



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1996, Vol 3, Part 1**

**1996, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**

**Cited as [1996] 3 F.C., 3-258**

**Renvoi [1996] 3 C.F., 3-258**

---



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

---

Editorial Board

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

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

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

---

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production Manager  
LAURA VANIER

Publications Specialist  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants  
PIERRE LANDRIAULT  
LISE LEPAGE-PELLETIER

*Inquiries concerning the contents of the Canada Federal Court Reports should be directed to: The Executive Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 110 O'Connor Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.*

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Court Reports should be referred to the Canadian Government Publishing Centre, Canada Communications Group, 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, 110 O'Connor Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.*

---

## CONTENTS

Digests .....	D-1
<b>Canada v. Duha Printers (Western) Ltd. (C.A.) ...</b>	<b>78</b>
Income tax — Associated companies — Whether taxpayer may deduct non-capital losses incurred by amalgamated corporation under Income Tax Act, ss. 111(1)(a), 87(2.1) —	

*Continued on next page*

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

---

Bureau des arrêtiistes

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

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

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

---

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

Services techniques

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Spécialiste des publications  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT  
LISE LEPAGE-PELLETIER

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées au: Directeur général, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 110, rue O'Connor, Ottawa (Canada) K1A 1E3.*

*Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe Communication 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, 110, rue O'Connor, Ottawa, Canada, K1A 1E3.*

---

## SOMMAIRE

Fiches analytiques .....	F-1
<b>Canada c. Duha Printers (Western) Ltd. (C.A.) ...</b>	<b>78</b>
Impôt sur le revenu — Compagnies associées — La contribuable peut-elle déduire, en vertu des art. 111(1)(a) et 87(2.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, les pertes, autres	

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Whether corporations “related” to each other under Income Tax Act, s. 256(7)(a)(i), “controlled by same person or group of persons” under Act, s. 251(2)(c)(i) — Voting shares of both companies held by third company (Marr’s Leisure Holdings Inc.) — Deduction of loss permitted if control has not changed hands — Share transaction not sham — Unanimous shareholder agreement removing from Marr’s *de jure* control of taxpayer, restricting Marr’s voting rights — Whether two companies “related” depending on who “controlled” taxpayer immediately before amalgamation — Case law on “control” reviewed — Control meaning *de jure* control — Marr’s not controlling taxpayer immediately before share acquisition — Act, s. 111(5) denying deduction.

### Canada v. Locke (C.A.) ..... 171

Unemployment insurance — Application to set aside Umpire’s decision loss of part-time employment not affecting benefits already obtained — Applicant receiving U.I. benefits based on loss of full-time employment — Subsequently securing part-time employment, but fired due to own misconduct — Disqualified from receipt of benefits — Unemployment Insurance Act, s. 28 disqualifying claimant from receiving benefits if losing employment because of own misconduct — Regulations, s. 59.1, when interpreted with Act, s. 30.1(2), providing inexcusable loss of any employment since beginning of qualifying period, triggering application of s. 28 disqualification.

### Hale v. Canada (Treasury Board) (T.D.) ..... 3

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Judicial review of Deputy Minister’s nominee’s approval of Classification Grievance Committee’s recommendation grievance be dismissed — Committee consulting expert on aspect of classification assessment applicant unaware disputed without giving applicant opportunity to respond to expert’s evidence — As decision having significant monetary consequences for applicant, duty of fairness — Test for duty of fairness whether sufficient information disclosed to allow meaningful participation — Applicant not able to participate meaningfully as having no knowledge of significant evidence before Committee — Duty of fairness breached.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

que les pertes en capital, subies par une société qui a fusionné? — Il s’agissait de déterminer si des sociétés «liées» l’une à l’autre au sens de l’art. 256(7)a)(i) de la Loi de l’impôt sur le revenu étaient «contrôlées par la même personne ou le même groupe de personnes» au sens de l’art. 251(2)c)(i) de la Loi — Des actions avec droit de vote des deux sociétés étaient détenues par une troisième (Marr’s Leisure Holdings Inc.) — La déduction des pertes est permise si le contrôle n’a pas changé de mains — L’achat des actions n’était pas un trompe-l’œil — Une convention unanime des actionnaires retirait à Marr’s le contrôle *de jure* de la contribuable et restreignait les droits de vote de Marr’s — Pour savoir si deux sociétés étaient «liées», il faut déterminer qui «contrôlait» le contribuable immédiatement avant la fusion — Examen de la jurisprudence relative à la question du «contrôle» — On entend par là le contrôle *de jure* — Marr’s ne contrôlait pas la contribuable immédiatement avant l’acquisition des actions — L’art. 111(5) de la Loi refuse cette déduction.

### Canada c. Locke (C.A.) ..... 171

Assurance-chômage — Demande en vue de faire annuler la décision du juge-arbitre concluant que la perte d’un emploi à temps partiel ne portait pas atteinte au droit aux prestations qu’il touchait déjà — Le requérant touchait des prestations d’assurance-chômage par suite de la perte de son emploi à plein temps — Il a par la suite occupé un emploi à temps partiel mais a été renvoyé à cause de sa propre inconduite — Exclusion du bénéfice des prestations — L’art. 28 de la Loi sur l’assurance-chômage exclut le prestataire qui perd son emploi à cause de sa propre inconduite — L’art. 59.1 du Règlement, lu de concert avec l’art. 30.1(2) de la Loi, portant sur la perte inexcusable d’un emploi depuis le début de la période de référence, entraîne l’inadmissibilité prévue à l’art. 28.

### Hale c. Canada (Conseil du Trésor) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 3

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Contrôle judiciaire de la décision du délégué du sous-ministre d’approuver la recommandation du comité de règlement des griefs de classification de rejeter le grief — Le comité a consulté un expert sur un aspect de la mesure de classification du poste dont la contestation n’avait pas été portée à la connaissance du requérant et sans lui donner la possibilité de répondre à la preuve de l’expert — Comme la décision a des conséquences financières importantes pour le requérant, l’obligation d’agir équitablement s’applique — Le critère de cette obligation consiste à savoir si des renseignements suffisants ont été communiqués au requérant pour lui permettre de participer véritablement — Le requérant n’a pas été en mesure de véritablement participer au processus

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Public Service — Classification grievance — Judicial review of approval by Minister's nominee of Classification Grievance Committee's recommendation grievance be dismissed — Committee consulting expert on matter applicant thought not at issue: conditions of work, without applicant's knowledge or providing opportunity for applicant to comment on expert's evidence — That T.B. Manual stating all aspects of classification reviewed by Committee not sufficient notice — Duty of fairness given financial consequences of decision to applicant — Breach of duty of fairness as applicant not given opportunity to participate meaningfully, having no knowledge of significant evidence before Committee.

### **Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd. (C.A.) . . . . . 40**

Damages — Non-compensatory — Exemplary — Appeal from exemplary damages award — Trial Judge awarding exemplary damages before reference to assess amount of compensatory award for patent infringement — Exemplary damages intended to punish, express outrage at egregious conduct, deter — Awarded only where combined general, aggravated damages insufficient to punish, deter — Court to assess exemplary damages only if deciding general damages awarded insufficient for punishment, deterrent purposes.

Practice — Evidence — Appeal from order dismissing motion to adduce further evidence on continuance of trial of claim for exemplary damages — Claim for exemplary damages referred back to Trial Judge for continuance — Discretion conferred by R. 494 applied as trial still in progress — Discretionary decisions interfered with only if Trial Judge not giving sufficient weight to all relevant considerations — Trial Judge not giving sufficient weight to fact appellant permanently deprived of adequate opportunity to defend against serious claim — Justice requiring opportunity for appellant to adduce further evidence on claim for exemplary damages.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

étant donné qu'il n'était pas au courant de ces éléments de preuve importants déposés devant le comité — Violation de l'obligation d'agir équitablement.

Fonction publique — Grief de classification — Contrôle judiciaire de la décision du délégué du ministre d'approuver la recommandation du comité de règlement des griefs de classification de rejeter le grief — Le comité a consulté un expert sur un aspect que le requérant ne croyait pas visé par la contestation, c'est-à-dire les conditions de travail, sans qu'il en soit informé et sans lui donner la possibilité de formuler des observations sur la preuve de l'expert — Le fait que le Manuel du Conseil du Trésor indique que tous les aspects de la classification peuvent être examinés par le comité n'est pas un avis suffisant — L'obligation d'agir équitablement s'applique étant donné que la décision a des conséquences financières importantes pour le requérant — Violation de l'obligation d'agir équitablement parce que le requérant n'a pas eu la possibilité de participer véritablement au processus, étant donné qu'il n'était pas au courant d'une preuve importante dont était saisi le comité.

### **Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd. (C.A.) . . . . . 40**

Domages-intérêts — Non compensatoires — Exemplaaires — Appel du jugement accordant des dommages-intérêts exemplaaires — Le juge de première instance a accordé des dommages-intérêts exemplaaires avant la tenue d'une référence en vue de déterminer le montant des dommages-intérêts de nature compensatoire exigibles par suite de la contrefaçon du brevet — Les dommages-intérêts exemplaaires visent à punir, à exprimer l'indignation que cause le comportement malveillant, à dissuader — Ils ne sont accordés que lorsque les dommages-intérêts généraux et majorés ne suffisent pas à punir et à dissuader — La Cour ne peut faire droit à une demande de dommages-intérêts exemplaaires qu'après avoir déterminé que les dommages-intérêts généraux ne suffisent pas à punir et à dissuader.

Pratique — Preuve — Appel d'une ordonnance rejetant la requête présentée afin de produire des éléments de preuve supplémentaires lors de la poursuite de l'instruction de la demande de dommages-intérêts exemplaaires — Renvoi au juge de première instance de la demande de dommages-intérêts exemplaaires aux fins de la poursuite de l'instruction — Le pouvoir discrétionnaire conféré par la Règle 494 a été exercé, car l'instruction se poursuivait toujours — La décision issue de l'exercice de ce pouvoir ne peut être modifiée que si le juge de première instance n'accorde pas suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes — Le juge de première instance n'a pas accordé suffisamment d'importance au fait que l'appelante serait privée à jamais d'une possibilité raisonnable de contester une demande dont les répercussions étaient très graves — La justice exige que l'appelante soit autorisée à présenter

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice — Pleadings — Claim for exemplary damages referred back to Trial Judge for continuance — Claim not initially pleaded but added by amendment — Federal Court Rules not requiring exemplary damages claim be specifically pleaded — While R. 409(b) requiring party to plead so as not to take another by surprise, Rules not regarding failure to so plead as running afoul of rule.

Practice — *Res judicata* — Claim for exemplary damages referred back to Trial Judge for continuance — Appellant not estopped by doctrine of *res judicata* from raising issue of postponement of assessment of exemplary damages — F.C.A. not specifically directing Trial Judge to assess exemplary damages separately from general — Court bound by S.C.C. decision general damages to be assessed before award of exemplary damages considered.

Practice — Costs — Trial Judge in patent infringement action awarding costs on party and party basis — Appeal therefrom dismissed with costs — Cross-appeal re: exemplary damages claim allowed with costs in event of Trial Judge's disposition of claim — At continuance, Trial Judge awarding costs on solicitor-client basis for motions, trial, appeal, continuance — Only costs on cross-appeal, continuance remaining for Trial Judge's discretion — Other costs already awarded under final orders, judgments not subject to variation — Trial Judge lacking jurisdiction to change basis of previously awarded costs.

### Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada (T.D.) ..... 182

Human rights — Judicial review of CHRC's decision to refer PSAC's complaint alleging discrimination against female employees of G.N.W.T.'s public service in respect of job classification, pay equity matters, to conciliator — CHRA, s. 63 providing complaint about act occurring in NWT not dealt with unless act could be subject of complaint

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

d'autres éléments de preuve relativement à la demande de dommages-intérêts exemplaires.

Pratique — Plaidoiries — Renvoi au juge de première instance de la demande de dommages-intérêts exemplaires en vue de la poursuite de l'instruction — Demande non plaidée initialement mais ajoutée par voie de modification — Les Règles de la Cour fédérale n'exigent pas que la demande de dommages-intérêts exemplaires soit expressément plaidée — Même si la Règle 409b) exige qu'une partie plaide toute question de façon à ne pas prendre une autre partie par surprise, l'omission de le faire n'empêche pas la contravention aux Règles de la Cour.

Pratique — *Res judicata* — Renvoi au juge de première instance de la demande de dommages-intérêts exemplaires en vue de la poursuite de l'instruction — Le principe de l'autorité de la chose jugée n'empêche pas l'appelante de soulever la question du report de l'évaluation des dommages-intérêts exemplaires — La C.A.F. n'ordonne pas expressément au juge de première instance d'évaluer les dommages-intérêts exemplaires séparément des dommages-intérêts généraux — La Cour est liée par l'arrêt de la C.S.C. selon lequel les dommages-intérêts généraux doivent être établis avant qu'on puisse envisager l'octroi de dommages-intérêts exemplaires.

Pratique — Frais et dépens — Relativement à l'action pour contrefaçon de brevet, le juge de première instance a accordé des dépens entre parties — Appel de cet octroi rejeté avec dépens — Appel incident concernant la demande de dommages-intérêts exemplaires accueilli avec dépens suivant l'issue de la poursuite de l'instruction par le juge de première instance — Lors de la poursuite de l'instruction, le juge de première instance a adjugé des dépens sur la base procureur-client relativement aux requêtes, à l'instruction, à l'appel et à la poursuite de l'instruction — Les seuls dépens à l'égard desquels le juge de première instance conservait son pouvoir discrétionnaire étaient ceux afférents à l'appel incident et à la poursuite de l'instruction — Les autres dépens déjà adjugés dans le cadre d'ordonnances ou de jugements ayant acquis un caractère définitif ne pouvaient être modifiés — Le juge de première instance n'avait pas compétence pour modifier le fondement des dépens accordés précédemment.

### Territoires du Nord-Ouest c. Alliance de la fonction publique du Canada (1<sup>re</sup> inst.) ..... 182

Droits de la personne — Contrôle judiciaire d'une décision de la CCDP de transmettre à un conciliateur une plainte de l'AFPC alléguant que des distinctions ont été établies contre le personnel féminin de la fonction publique des T.N.-O. sur des questions de classification des emplois et d'équité salariale — L'art. 63 de la LCDP dispose qu'une plainte

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

had it occurred in province — G.N.W.T. federal territory, having only those powers granted by Parliament under Northwest Territories Act — Powers subject to any other Act of Parliament — S. 66 exempting G.N.W.T. from application of Act on day to be fixed by proclamation — No such proclamation — G.N.W.T. not having enacted human rights legislation — Parliament not intending Act to operate so as to leave G.N.W.T. employees without benefit of human rights legislation — S. 63 not ousting Commission's jurisdiction — Reasonable apprehension of bias as investigator, whose recommendations Commission adopted, chose to be full-fledged member of complainant union.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — CHRC adopting recommendations in investigation report, referring PSAC's complaint alleging discrimination against female employees of G.N.W.T.'s public service in respect of job classification, pay equity matters, to conciliator — Investigator choosing to be PSAC member — Informed person might reasonably wonder whether investigator having pre-determined pro-union view of pay equity, national issue being pushed aggressively by PSAC — Representation by union, payment of mandatory dues not raising same concerns — Investigation report, therefore Commission's decision, tainted.

### **Ruby v. Canada (Solicitor General) (T.D.) . . . . . 134**

Privacy — Act, s. 51 (providing for *in camera* and *ex parte* hearings in case of request for access to sensitive information) infringing right to freedom of press guaranteed in Charter, s. 2(b) — Infringement justified under Charter, s. 1.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Privacy Act, s. 51 (providing for *in camera* and *ex parte* hearings in case of request for access to sensitive information) infringing right to freedom of press guaranteed in Charter, s. 2(b) — Infringement justified under Charter, s. 1 — Pressing and substantial objective — Meeting proportionality test.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

portant sur des actions survenues dans les Territoires du Nord-Ouest ne sont recevables que dans la mesure où elles le seraient dans les provinces — Le G.T.N.-O. est un territoire fédéral, ne disposant que des pouvoirs qui lui sont conférés par le Parlement en vertu de la Loi sur les Territoires du Nord-Ouest — Ces pouvoirs sont assujettis aux lois du Parlement fédéral — L'art. 66 exempte le G.T.N.-O. de l'application de la Loi à une date fixée par proclamation — Il n'y a pas eu de telle proclamation — Le G.T.N.-O. n'a pas adopté de loi sur les droits de la personne — Le Parlement n'avait pas l'intention que la Loi s'applique d'une façon qui prive les employés des T.N.-O. de la protection d'une loi sur les droits de la personne — L'art. 63 ne prive pas la Commission de sa compétence — Il y a une crainte raisonnable de partialité de la part d'un enquêteur, dont la Commission a adopté les recommandations, qui a choisi d'être membre à part entière du syndicat qui a déposé plainte.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — La CCDP a adopté dans son rapport d'enquête les recommandations de transmettre à un conciliateur une plainte de l'AFPC alléguant que des distinctions ont été établies contre le personnel féminin de la fonction publique des T.N.-O. sur des questions de classification des emplois et d'équité salariale — Un enquêteur a choisi d'être membre de l'AFPC — Une personne bien renseignée pourrait raisonnablement se demander si l'enquêteur avait une position pro-syndicale et pré-déterminée sur la question d'équité salariale, qui est une question d'intérêt national énergiquement défendue par l'AFPC — La représentation syndicale et le paiement des cotisations obligatoires ne soulèvent pas les mêmes doutes — Le rapport d'enquête et, partant, la décision de la Commission sont viciés.

### **Ruby c. Canada (Solliciteur Général) (1<sup>re</sup> inst.) . . . 134**

Protection des renseignements personnels — L'art. 51 de la Loi (qui prévoit des auditions à huis clos et la présentation d'arguments en l'absence d'une autre partie en cas de demande d'accès à des renseignements délicats) contrevient au droit à la liberté de la presse garanti par l'art. 2b) de la Charte — Dérogation justifiée en vertu de l'art. premier de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Loi sur la protection des renseignements personnels — L'art. 51 (qui prévoit des auditions à huis clos et la présentation d'arguments en l'absence d'une autre partie en cas de demande d'accès à des renseignements délicats) contrevient au droit à la liberté de la presse garanti par l'art. 2b) de la Charte — Dérogation justifiée en vertu de l'art. premier — Objectif urgent et important — Satisfaction du critère de proportionnalité.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Security intelligence — In context of request to CSIS for access to sensitive information under Privacy Act, s. 12 and exemption claims by CSIS under Act, ss. 19, 21, 22 and 26, constitutionality of Privacy Act, s. 51 challenged — S. 51 (providing for *in camera* and *ex parte* hearings in case of request for access to sensitive information) infringing right to freedom of press guaranteed in Charter, s. 2(b) but justified under Charter, s. 1.

### Zelzle v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) ..... 20

Administrative law — Judicial review — CRDD decision not *functus officio* — Upon discovering positive notice of decision pursuant to expedited hearing process in file, Convention refugee hearing adjourned — Applicant advised positive decision administrative error — At *de novo* hearing, CRDD concluding first panel not reaching decision as to jurisdiction; not *functus officio* — Second panel having authority to consider jurisdiction issue pursuant to Immigration Act, s. 67 — *Functus officio* principle applied flexibly to administrative tribunals — May reopen proceedings, treat decision as nullity, reconsider matter where hearing not in accord with rules of natural justice — Outside second panel's jurisdiction to question decision validly made in conformity with Act — Application for judicial review proper procedure to challenge such decisions.

Citizenship and Immigration — Immigration practice — At Convention refugee hearing, CRDD discovering positive decision notice in file — Decision made under expedited hearing process — Hearing adjourned — Applicant later advised positive decision result of administrative error, case to proceed *de novo* — Whether board exceeded jurisdiction in reviewing own decision — Positive decision in conformity with Act, reviewable only upon judicial review.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Renseignement de sécurité — Dans le contexte d'une demande au SCRS visant l'accès à des renseignements délicats en vertu de l'art. 12 de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les demandes d'exemption faites par le SCRS en vertu des art. 19, 21, 22 et 26 de la Loi, la constitutionnalité de l'art. 51 de la Loi sur la protection des renseignements personnels est contestée — L'art. 51 (qui prévoit des auditions à huis clos et la présentation d'arguments en l'absence d'une autre partie en cas de demande d'accès à des renseignements délicats) contrevient au droit à la liberté de la presse garanti par l'art. 2b) de la Charte mais se justifie en vertu de son art. premier.

### Zelzle c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 20

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Décision par laquelle la SSR a jugé qu'elle n'était pas *functus officio* — L'audience portant sur la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention a été ajournée après qu'on eut découvert dans le dossier un avis de décision favorable rendue en vertu de la procédure accélérée — Le requérant a été informé que la décision favorable était attribuable à une erreur administrative — Lors de la nouvelle audience, la SSR a conclu que la première formation n'était pas *functus officio*, étant donné qu'elle ne s'était pas prononcée sur sa compétence — La seconde formation avait, en vertu de l'art. 67 de la Loi sur l'immigration, le pouvoir d'examiner la question de sa compétence — Application souple du principe du désaisissement (appelé aussi principe du *functus officio*) dans le cas des tribunaux administratifs — Les tribunaux administratifs peuvent rouvrir le dossier, considérer la décision comme nulle et réexaminer l'affaire lorsque l'audition de la demande ne s'est pas déroulée conformément aux règles de justice naturelle — La seconde formation n'était pas compétente pour remettre en cause une décision régulièrement rendue en conformité avec la Loi — La façon de contester de telles décisions consiste à présenter une demande de contrôle judiciaire.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Lors de l'audience portant sur la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention, la SSR a découvert dans le dossier un avis de décision favorable — Cette décision avait été rendue en vertu de la procédure accélérée — Le requérant a été par la suite informé que la décision favorable était attribuable à une erreur administrative — La Commission a-t-elle outrepassé sa compétence en réexaminant sa propre décision? — La décision favorable avait été rendue en conformité avec la Loi et ne peut être révisée que dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **Zündel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) ..... 215**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Denial of citizenship application — In Minister's report under Citizenship Act, s. 19(2)(a), applicant considered threat to security of Canada — SIRC prohibited from investigating, reporting thereon to Governor in Council — Reasonable apprehension of bias as in anterior report on Heritage Front, SIRC made numerous comments on applicant indicating latter effectively considered threat to security of Canada.

Security intelligence — SIRC prohibited from investigating, reporting to Governor in Council on Minister's report against applicant under Citizenship Act, s. 19(2)(a) — Reasonable apprehension of bias as in anterior report on Heritage Front, SIRC made numerous comments on applicant indicating latter effectively considered threat to security of Canada.

## SOMMAIRE (Fin)

### **Zündel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 215**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Rejet d'une demande de citoyenneté — Dans le rapport qu'il a établi en vertu de l'art. 19(2)a) de la Loi sur la citoyenneté, le ministre s'est dit d'avis que le requérant constituait une menace envers la sécurité du Canada — Interdiction faite au comité de surveillance de mener une enquête et d'en faire rapport au gouverneur en conseil — Crainte raisonnable de partialité en raison du fait que, dans un rapport antérieur sur le Heritage Front, le comité de surveillance avait fait de nombreux commentaires permettant de conclure qu'il était effectivement d'avis que le requérant constituait une menace envers la sécurité du Canada.

Renseignement de sécurité — Interdiction faite au comité de surveillance de mener une enquête et d'en faire rapport au gouverneur en conseil en vertu de l'art. 19(2)a) de la Loi sur la citoyenneté — Crainte raisonnable de partialité en raison du fait que, dans un rapport antérieur sur le Heritage Front, le comité de surveillance avait fait de nombreux commentaires permettant de conclure qu'il était effectivement d'avis que le requérant constituait une menace envers la sécurité du Canada.



**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1996, Vol. 3, Part 1**

**1996, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**



T-1029-95

T-1029-95

**Kenneth G. Hale** (*Applicant*)**Kenneth G. Hale** (*requérant*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Treasury Board** (*Respondent*)**Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le Conseil du Trésor** (*intimée*)*INDEXED AS: HALE v. CANADA (TREASURY BOARD) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: HALE c. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Reed J.—Ottawa, May 13 and 23, 1996.

Section de première instance, juge Reed—Ottawa, 13 et 23 mai 1996.

*Administrative law — Judicial review — Certiorari — Judicial review of Deputy Minister's nominee's approval of Classification Grievance Committee's recommendation grievance be dismissed — Committee consulting expert on aspect of classification assessment applicant unaware disputed without giving applicant opportunity to respond to expert's evidence — As decision having significant monetary consequences for applicant, duty of fairness — Test for duty of fairness whether sufficient information disclosed to allow meaningful participation — Applicant not able to participate meaningfully as having no knowledge of significant evidence before Committee — Duty of fairness breached.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Contrôle judiciaire de la décision du délégué du sous-ministre d'approuver la recommandation du comité de règlement des griefs de classification de rejeter le grief — Le comité a consulté un expert sur un aspect de la mesure de classification du poste dont la contestation n'avait pas été portée à la connaissance du requérant et sans lui donner la possibilité de répondre à la preuve de l'expert — Comme la décision a des conséquences financières importantes pour le requérant, l'obligation d'agir équitablement s'applique — Le critère de cette obligation consiste à savoir si des renseignements suffisants ont été communiqués au requérant pour lui permettre de participer véritablement — Le requérant n'a pas été en mesure de véritablement participer au processus étant donné qu'il n'était pas au courant de ces éléments de preuve importants déposés devant le comité — Violation de l'obligation d'agir équitablement.*

*Public Service — Classification grievance — Judicial review of approval by Minister's nominee of Classification Grievance Committee's recommendation grievance be dismissed — Committee consulting expert on matter applicant thought not at issue: conditions of work, without applicant's knowledge or providing opportunity for applicant to comment on expert's evidence — That T.B. Manual stating all aspects of classification reviewed by Committee not sufficient notice — Duty of fairness given financial consequences of decision to applicant — Breach of duty of fairness as applicant not given opportunity to participate meaningfully, having no knowledge of significant evidence before Committee.*

*Fonction publique — Grief de classification — Contrôle judiciaire de la décision du délégué du ministre d'approuver la recommandation du comité de règlement des griefs de classification de rejeter le grief — Le comité a consulté un expert sur un aspect que le requérant ne croyait pas visé par la contestation, c'est-à-dire les conditions de travail, sans qu'il en soit informé et sans lui donner la possibilité de formuler des observations sur la preuve de l'expert — Le fait que le Manuel du Conseil du Trésor indique que tous les aspects de la classification peuvent être examinés par le comité n'est pas un avis suffisant — L'obligation d'agir équitablement s'applique étant donné que la décision a des conséquences financières importantes pour le requérant — Violation de l'obligation d'agir équitablement parce que le requérant n'a pas eu la possibilité de participer véritablement au processus, étant donné qu'il n'était pas au courant d'une preuve importante dont était saisi le comité.*

This was an application for judicial review of the Deputy Minister's nominee's approval of a recommendation by the Classification Grievance Committee that the appli-

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire concernant la décision du délégué du sous-ministre d'approuver une recommandation du comité de règlement des griefs de

cant's grievance should be dismissed. The applicant's job as a technical illustrator at the Atlantic Geoscience Centre was classified at the DD-04 level. The applicant filed a grievance requesting that it be reclassified to a DD-05 or GT-03. After the Committee had reached its decision, it came to the applicant's attention that the Committee had consulted an expert about the conditions of work without giving the applicant an opportunity to respond to the expert's evidence which the Committee had relied upon in reaching its decision. The *Treasury Board Manual*, which sets out the procedure for dealing with classification grievances, provides that the decision of a deputy head or his nominee is final and binding. It also states that all aspects of the classification of the grieved position will be reviewed by the Committee.

The issue was whether the Committee had breached the duty of fairness by consulting an expert on an aspect of the classification assessment that the applicant did not know was in dispute and then relying on that information without giving the applicant and his union representative an opportunity to comment thereon.

*Held*, the application should be allowed.

The existence of a duty of fairness depends upon the effect of the decision on the individual's rights, the nature of the decision in question, and the relationship between the decision maker and the individual concerned. The Grievance Committee's decision and the adoption thereof by the Deputy Minister's nominee had significant monetary consequences for the applicant. The fairness of the classification process was also of concern to the applicant's bargaining agent (and thus to the applicant), as it was necessary to protect the integrity of the bargaining process as it relates to compensation. A person who is affected by a decision, whether he has some right or some interest or some legitimate expectation is entitled to have the decision which affects him made in accordance with the duty of fairness.

Treasury Board's classification of the process as non-adversarial was not a ground for justifying the Committee's non-disclosure to the applicant. One must look at the substance of the dispute and the process. Nothing in Treasury Board's procedure prevents grievance committees from according employees the type of disclosure sought.

The duty of fairness test was met if sufficient information was disclosed to allow for a meaningful participation by the person affected. That test was not met when information was obtained from an expert, on an aspect of the classification that the applicant was not aware was in dispute, and this was not disclosed to the applicant, nor

classification de refuser le grief déposé par le requérant. Le poste du requérant en tant qu'illustrateur technique au Centre géoscientifique de l'Atlantique était classé au niveau DD-04. Le requérant a déposé un grief demandant que son poste soit reclassé au niveau DD-05 ou dans le groupe GT-03. Après que le comité eut pris sa décision, le requérant a été informé que le comité avait consulté un expert au sujet des conditions de travail sans lui donner la possibilité de répondre au témoignage de l'expert sur lequel le comité s'était appuyé pour prendre sa décision. Le *Manuel du Conseil du Trésor*, qui établit la procédure de règlement des griefs de classification, dispose que la décision de l'administrateur général ou son délégué est définitive et obligatoire. Il indique également que tous les aspects de la mesure de classification du poste faisant l'objet du grief seront revus par le comité.

La question consiste à savoir si le comité a enfreint l'obligation d'agir équitablement en consultant un expert sur un aspect de la mesure de classification dont la contestation n'avait pas été portée à la connaissance du requérant et, ensuite, en s'appuyant sur les renseignements ainsi obtenus sans donner au requérant ou à son représentant syndical la possibilité de faire valoir leurs arguments.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

L'existence du devoir d'agir équitablement dépend de l'effet de la décision sur les droits du particulier, de la nature de la décision en question et de la relation existant entre le décideur et le particulier. La décision du comité de règlement des griefs et son adoption par le délégué du sous-ministre ont eu des conséquences financières importantes pour le requérant. L'équité du processus de classification revêt une grande importance pour l'agent de négociation du requérant (et, partant, pour le requérant lui-même), afin que soit protégée l'intégrité de la procédure de négociation des salaires. Une personne qui est touchée par une décision, quel que soit son droit ou son intérêt éventuel ou son espoir légitime, a droit à ce que cette décision soit soumise à l'obligation d'agir équitablement.

Le fait que le Conseil du Trésor qualifie la procédure de non contradictoire n'est pas un motif suffisant pour justifier le comité de ne pas communiquer toute l'information pertinente au requérant. Il est important d'examiner le fond du différend et la procédure utilisée. Il n'y a aucun élément dans la procédure établie par le Conseil du Trésor qui empêche le comité de règlement des griefs de communiquer aux employés le type de renseignements que demandait le requérant.

Le critère de l'obligation d'agir équitablement est respecté si les renseignements communiqués à l'intéressé lui ont permis de participer véritablement à la procédure. Ce critère n'a pas été respecté parce que l'information a été obtenue d'un expert sur un aspect de la mesure de classification dont la contestation n'avait pas été portée à la

was he given an opportunity to comment thereon. That the Manual provides that all aspects of the classification assessment will be looked at by the Committee was not sufficient notice to allow the applicant a meaningful participation in the decision-making process. The applicant was not able to participate meaningfully as he had no knowledge of significant evidence which the Committee had before it.

connaissance du requérant, que l'information n'a pas été communiquée au requérant, et qu'il n'a pas eu non plus la possibilité de faire valoir ses arguments. Le fait que le Manuel indique que tous les aspects de la mesure de classification seront revus par le comité n'est pas un avis suffisant pour permettre au requérant de participer véritablement au processus de décision. Le requérant n'a pas été en mesure de participer véritablement étant donné qu'il n'a pas été informé d'éléments de preuve importants dont était saisi le comité.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 7(1) (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 2), 11(2)(c), 12(1).  
*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 91, 92 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 68), 96.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159; (1994), 112 D.L.R. (4th) 129; 20 Admin. L.R. (2d) 79; 14 C.E.L.R. (N.S.) 1; [1994] 3 C.N.L.R. 49; 163 N.R. 241.

##### DISTINGUISHED:

*Chong et al. v. Canada (Attorney General) et al.* (1994), 104 F.T.R. 253 (F.C.T.D.).

##### REFERRED TO:

*Mercier v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 3 F.C. 3; (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 161; 167 N.R. 241 (C.A.); *Tanack v. Canada (Treasury Board)*, [1996] F.C.J. No. 582 (T.D.) (QL).

#### AUTHORS CITED

Blake, *S. Administrative Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 7(1) (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 2), 11(2)c), 12(1).  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 91, 92 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68), 96.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; (1994), 112 D.L.R. (4th) 129; 20 Admin. L.R. (2d) 79; 14 C.E.L.R. (N.S.) 1; [1994] 3 C.N.L.R. 49; 163 N.R. 241.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Chong et autre c. Canada (Procureur général) et autre* (1994), 104 F.T.R. 253 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Mercier c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 3 C.F. 3; (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 161; 167 N.R. 241 (C.A.); *Tanack c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1996] F.C.J. n° 582 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

#### DOCTRINE

Blake, *S. Administrative Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

*Treasury Board Manual. Personnel Management Component: Classification. Ottawa: Treasury Board of Canada.*

*Manuel du Conseil du Trésor. Module — Gestion du personnel: Classification. Ottawa: Conseil du Trésor du Canada.*

APPLICATION for judicial review of the Deputy Minister's nominee's approval of a Classification Grievance Committee's recommendation that the applicant's grievance should be dismissed. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire concernant la décision du délégué du sous-ministre d'approuver la recommandation d'un comité de règlement des griefs de classification de refuser le grief du requérant. Demande accueillie.

COUNSEL:

*Andrew J. Raven* for applicant.  
*Lyndsay K. Jeanes* for respondent.

AVOCATS:

*Andrew J. Raven* pour le requérant.  
*Lyndsay K. Jeanes* pour l'intimée.

SOLICITORS:

*Raven, Jewitt & Allen*, Ottawa, for applicant.  
*Attorney General of Canada* for respondent.

PROCUREURS:

*Raven, Jewitt & Allen*, Ottawa, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'intimée.

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

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

1 REED J.: The issue in this case is the content of the duty of fairness as it applies to a deputy minister's decision dismissing an employee's classification grievance. The decision is that of the Deputy Minister of Natural Resources Canada. The decision in question was made by the Deputy Minister's nominee, Mr. Moodie, on February 28, 1995. It approved a recommendation by the Classification Grievance Committee that the applicant's grievance be dismissed.

1 LE JUGE REED: Il s'agit en l'espèce de déterminer le contenu de l'obligation d'agir équitablement applicable à la décision d'un sous-ministre de rejeter le grief de classification déposé par un employé. La décision est celle du sous-ministre de Ressources naturelles Canada, prise par son délégué, Moodie, le 28 février 1995. Elle approuvait la recommandation du comité de règlement des griefs de classification de rejeter le grief du requérant.

2 A representative of the applicant's bargaining agent (the Public Service Alliance of Canada) wrote to Mr. Moodie on March 17, 1995, asking that he review the decision which had been taken because, among other things, the Committee had changed the wording used to describe the working conditions of the position the applicant held. The letter stated that this was a change from what had been described by the applicant's supervisor and the changes had not been discussed with local management, or the incumbent of the position, or his bargaining agent. A letter in response, dated April 5, 1995, was received

2 Un représentant de l'agent de négociation du requérant (l'Alliance de la fonction publique du Canada) a écrit à Moodie le 17 mars 1995, pour lui demander de revoir la décision qui avait été prise parce que, notamment, le comité avait modifié le libellé utilisé pour décrire les conditions de travail du poste occupé par le requérant. La lettre indiquait qu'il s'agissait d'un changement par rapport à ce qui avait été décrit par le superviseur du requérant et que ces changements n'avaient été discutés ni avec la direction locale, ni avec le titulaire du poste, ni avec l'agent de négociation. La réponse, en date du

from another Deputy Minister's nominee, A. Piscina. It expressed satisfaction with both the work of the Grievance Committee and the appropriateness of the classification level that had been assigned. The letter noted that the Committee had had "the benefit of a technical expert who spoke on the kind, frequency, intensity and duration of attention, concentration and mental-sensory co-ordination required for this type of position, as well as other aspects of the work".

3 Counsel for the applicant argues that a breach of the duty of fairness occurred. He argues that it was a breach for the Committee to have consulted an expert on an aspect of the classification assessment that the applicant did not know was in dispute and, then, rely on the information obtained to downgrade the level of the job, without giving the applicant and his union representative a chance to comment thereon. Counsel for the respondent argues that employees and their union representatives know that when a classification grievance is filed, all aspects of the assessment are open for reconsideration and that this is set out in the *Treasury Board Manual*, in the chapter dealing with the procedure applicable to such grievances. It is argued that there was no breach of fairness.

4 It is first necessary to describe the factual situation in more detail. The applicant works as a technical illustrator for the Atlantic Geoscience Centre in Dartmouth, Nova Scotia. In the public service, the requirements and duties of a position are set out in a "job description". The description is prepared by what I will call local management. The accuracy of that description can be verified by a desk audit and this was done in this case. Once an accurate description is decided upon, the job is then classified by reference to the requirements of the job, as being at a certain level. The object of this classification procedure is to try to ensure that individuals doing jobs of roughly similar nature, complexity, responsibility etc. receive roughly similar compensation. The

5 avril 1995, a été rédigée par un autre délégué du sous-ministre, A. Piscina. Elle indiquait que le sous-ministre était satisfait du travail du comité de règlement des griefs et qu'il était convaincu que le niveau de classification attribué au poste était approprié. La lettre mentionnait que le comité avait pu [TRADUCTION] «bénéficier des services d'un expert qui s'était prononcé sur la nature, la fréquence, l'intensité et la durée de l'attention, de la concentration et de la coordination mentale et sensorielle nécessaires pour ce type de poste, de même que sur d'autres aspects du travail».

L'avocat du requérant fait valoir qu'il y a eu 3 violation de l'obligation d'agir équitablement. Il prétend que le comité a enfreint cette règle en consultant un expert sur un aspect de la mesure de classification du poste dont la contestation n'avait pas été portée à la connaissance du requérant et, ensuite, en s'appuyant sur les renseignements ainsi obtenus pour déclasser le poste, sans donner au requérant et à son représentant syndical la possibilité de faire valoir leurs arguments. L'avocat de l'intimée fait valoir que les employés et leurs représentants syndicaux savent que, dans un grief de classification, tous les aspects de l'évaluation peuvent être réexaminés et que cette possibilité est énoncée dans le *Manuel du Conseil du Trésor*, au chapitre traitant de la procédure applicable à ce type de griefs. Il prétend donc qu'il n'y a pas eu violation de l'obligation d'agir équitablement.

Tout d'abord, il est nécessaire de décrire les faits 4 en détail. Le requérant travaille comme illustrateur technique au Centre géoscientifique de l'Atlantique à Dartmouth, en Nouvelle-Écosse. Dans la fonction publique, les exigences et fonctions d'un poste sont énoncées dans une «description d'emploi». Cette description est préparée par une équipe que j'appellerai la direction locale. L'exactitude de cette description peut être vérifiée sur place, ce qui a été fait en l'espèce. Une fois que la description exacte est acceptée, l'emploi est ensuite classé à un certain niveau en fonction des exigences du poste. Cette procédure de classification a pour objet d'assurer que les personnes qui occupent des emplois de nature, de complexité, de responsabilité, etc., à peu près

higher the occupational classification level of a job, the greater the amount of pay received.

5 In the present case, the job description carries a date of October 19, 1994. On November 4, 1994, the job was classified at a DD-04 level. The job was assessed under six headings and points were assessed with respect to each: knowledge (179), technical responsibility (80), accuracy and quality (46), contacts (27), conditions of work (120) and supervision (15). The job was thus assessed at 467 points. This placed it within the DD-04 level. On November 30, 1994, the applicant filed a grievance requesting that the position be reclassified to the DD-05 or GT-03 group. The submissions filed on his behalf argued that the points which had been awarded for knowledge and technical responsibility were too low, that these should be increased to 216 and 120 respectively.

6 A hearing before the Classification Grievance Committee took place on February 6, 1995, in Ottawa. The applicant's representative was invited to make representations and then required to leave the room. This is in keeping with the Grievance Committee's usual procedure. As noted, a decision issued from the Deputy Minister's nominee, on February 28, 1995, approving the Committee's recommendation that the grievance be dismissed. The Committee rejected the arguments concerning an increase in the points to be awarded for knowledge. The Committee accepted the applicant's arguments with respect to the under-evaluation of the job in so far as technical responsibility is concerned. It assessed that component of the job at 120 points, instead of the 80 that the initial classification assessment had given. The Committee, however, reduced the points accorded for conditions of work. It assessed that component at 60 points rather than 120. Thus the job was assessed at 447 points and within the DD-04 level. This gave rise to the correspondence described above, which sought a review of the decision because the applicant had not had an opportunity to make representations in response to the expert evidence, which the Committee had relied upon in reaching its decision respecting the conditions of work.

similaires, reçoivent une rémunération à peu près semblable. Plus le niveau de classification est élevé, plus la rémunération est élevée.

5 En l'espèce, la description d'emploi porte la date du 19 octobre 1994. Le 4 novembre 1994, l'emploi a été classé au niveau DD-04. L'emploi a été évalué selon six facteurs et des points ont été accordés de la façon suivante: connaissance (179), responsabilité technique (80), exactitude et qualité (46), contacts (27), conditions de travail (120) et supervision (15). L'emploi a donc été évalué à 467 points, ce qui le classait au niveau DD-04. Le 30 novembre 1994, le requérant a déposé un grief demandant que le poste soit reclassé au niveau DD-05 ou dans le groupe GT-03. Les arguments présentés en son nom faisaient valoir que les points attribués aux facteurs connaissance et responsabilité technique n'étaient pas suffisants, et qu'ils devraient être augmentés à 216 et 120, respectivement.

6 Une audience a eu lieu devant le comité de règlement des griefs de classification le 6 février 1995 à Ottawa. Le représentant du requérant a été invité à présenter des observations et il a ensuite été prié de quitter la pièce. Cette façon d'agir est conforme à la procédure habituellement suivie par le comité. Comme il a déjà été noté, le délégué du sous-ministre a rendu sa décision le 28 février 1995, en approuvant la recommandation du comité de rejeter le grief. Le comité a refusé les arguments concernant l'augmentation des points devant être attribués au facteur connaissance, mais il a accepté les arguments du requérant au sujet de la sous-évaluation du facteur responsabilité technique. Il a donc attribué 120 points à cet aspect de l'emploi, au lieu des 80 points accordés lors de la classification initiale. Toutefois, le comité a réduit le nombre de points attribués aux conditions de travail. Il les a établis à 60 points plutôt qu'à 120. L'emploi a donc été évalué à 447 points et est demeuré au niveau DD-04. Cette modification a donné lieu à l'échange de lettres susmentionné, dont l'objet était de faire réviser la décision parce que le requérant n'avait pas eu la possibilité de présenter des observations en réponse au témoignage de l'expert sur lequel le comité s'était appuyé pour rendre sa décision concernant les conditions de travail.

7 It is trite law that the content of the duty of fairness varies with the nature of the decision in issue. In *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, this was made clear. The Court held that the rules would vary depending upon the nature of the interests affected by the decision and the nature of the process involved.<sup>1</sup> See also *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at page 669. The *Knight* case is unusual because it concerned a contract of employment which was terminable on three months' notice without cause. The Court held that, even in that circumstance, a duty of fairness was owed before the applicant could be dismissed. Madam Justice L'Heureux-Dubé stated that the existence of a duty of fairness depended upon: the effect of the decision on the individual's rights; the nature of the decision in question; the relationship existing between the decision maker and the individual concerned. She found that in the situation in question a minimal duty of fairness was owed and this required that the individual be told the cause for termination of his employment and given an opportunity to respond. In the text by Blake, *Administrative Law in Canada* (Butterworths, 1992) at pages 9—17, the following factors are identified as ones that the courts consider in assessing the standard of fairness required: (1) what is the effect of the decision; (2) what is the nature of the decision; (3) what is the tribunal's mandate; (4) is there an opportunity for a later remedy for any errors to be corrected; (5) are there statutory rules relevant to the procedure to be followed?

8 With respect to the nature of the interests involved in the present case, if the job position which the applicant fills is classified at a DD-04 level, the pay range is \$31,008 to \$37,568. If his job is classified at the DD-05 level, the range is \$36,281 to \$41,259. Thus, a decision can mean a difference of about \$5,000 a year in the applicant's annual salary, and that amount becomes part of his base salary for subsequent years. The Public Service Alliance also has an interest in seeing that the job is properly classified. The Alliance, as the bargaining agent for the applicant and other public servants,

7 Il est bien établi en droit que le contenu de l'obligation d'agir équitablement varie en fonction de la nature de la décision contestée. C'est ce qui ressort clairement de l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602. La Cour y a statué que les règles pouvaient varier selon la nature des intérêts visés par la décision et la nature de la procédure suivie<sup>1</sup>. Voir également *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la page 669. L'affaire *Knight* est exceptionnelle parce qu'il y était question d'un contrat de travail résiliable sur préavis de trois mois sans motif valable. La Cour a statué que, même dans cette situation, l'obligation d'agir équitablement devait être remplie avant que le requérant puisse être renvoyé. M<sup>me</sup> le juge L'Heureux-Dubé a indiqué que l'existence du devoir d'agir équitablement dépend: de l'effet de la décision sur les droits du particulier; de la nature de la décision en question; et de la relation existant entre le décideur et le particulier. Elle a conclu, en l'espèce, qu'une obligation minimale devait être remplie, c'est-à-dire que le particulier devait être informé de la cause de son renvoi et avoir la possibilité de se faire entendre. Dans l'ouvrage de Blake, *Administrative Law in Canada* (Butterworths, 1992), aux pages 9 à 17, l'auteur classe les facteurs suivants au nombre des facteurs que les tribunaux prennent en considération dans l'évaluation de la norme d'équité applicable: (1) l'effet de la décision; (2) la nature de la décision; (3) le mandat du tribunal; (4) la possibilité que les erreurs puissent être corrigées par un redressement ultérieur; (5) l'assujettissement de la procédure suivie à des règles prévues par la loi.

8 Pour ce qui a trait à la nature des intérêts touchés en l'espèce, si le poste occupé par le requérant est classé au niveau DD-04, l'échelle de rémunération est de 31 008 \$ à 37 568 \$. Par ailleurs, si le poste est classé au niveau DD-05, l'échelle est augmentée de 36 281 \$ à 41 259 \$. La décision peut donc entraîner une différence d'environ 5 000 \$ par année sur le salaire du requérant, somme qui s'ajoute à son salaire de base pour les années subséquentes. L'Alliance de la fonction publique a également intérêt à ce que l'emploi soit correctement classé. En sa qualité d'agent négociateur pour le requérant et d'autres

bargains with Treasury Board representatives for the level of compensation that public servants will be paid. The bargaining takes place by reference to the various specific classification levels. Counsel argues that, if after pay levels have been set, as a result of the bargaining process, the employer can arbitrarily determine the classification level for any job, a mockery is made of the compensation bargaining process. The decision by the Grievance Committee, and the adoption by the Deputy Minister's nominee thereof, has significant monetary consequences for the applicant. That the process of classification be fair is also of concern to the applicant's bargaining agent (and thus to the applicant), to protect the integrity of the bargaining process as it relates to compensation.

9 Counsel for the respondent seemed to argue, either that the rules of fairness were not applicable in the present case or, at least, that the content thereof was very minimal because the applicant had no "right" to have the job he held reclassified upwards. It is important to recall the analysis in the *Martineau* decision. In that case the Supreme Court noted that there was an unfortunate tendency in analyzing judicial review situations, and what is required with respect thereto, "to 'treat' rights in the narrow sense".<sup>2</sup> The Court stated that a person who is affected by a decision, whether he has some right or some interest or some legitimate expectation, is entitled to have the decision, which affects him, made in accordance with the duty of fairness.<sup>3</sup>

10 I turn then to the applicable statutory provisions and the procedure which has been prescribed by Treasury Board for use in making these decisions. Subsection 7(1) of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 [as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 2], makes the Treasury Board responsible for the management of the public service:

7. (1) The Treasury Board may act for the Queen's Privy Council for Canada on all matters relating to

fonctionnaires, l'Alliance négocie avec les représentants du Conseil du Trésor le niveau de rémunération qui doit être versé aux fonctionnaires. Les négociations se fondent sur les différents niveaux de classification. L'avocat prétend que si, une fois que les différents niveaux de rémunération ont été établis dans le cadre du processus de négociation, l'employeur peut arbitrairement déterminer le niveau de classification de n'importe quel emploi, alors c'est toute la procédure de négociation des salaires qui est tournée en dérision. La décision du comité de règlement des griefs, confirmée par le délégué du sous-ministre, a d'importantes conséquences financières pour le requérant. L'équité du processus de classification revêt une grande importance pour l'agent de négociation du requérant (et, partant, pour le requérant lui-même), afin que soit protégé l'intégrité de la procédure de négociation des salaires.

9 L'avocat de l'intimée semble prétendre que les règles d'équité ne sont pas applicables en l'espèce ou, du moins, que le contenu de ces règles est très minimal parce que le requérant n'a aucun «droit» de faire relever la classification de son poste. Il est important de rappeler ici l'analyse qui a été faite dans l'arrêt *Martineau*. Dans cet arrêt, la Cour suprême fait remarquer qu'il existait une tendance malheureuse dans l'analyse des situations pouvant être assujetties à un contrôle judiciaire, qui avait pour effet de «considérer les 'droits' dans le sens étroit de droits auxquels sont attachées des obligations juridiques»<sup>2</sup>. La Cour déclare qu'une personne qui est touchée par une décision, quel que soit son droit ou son intérêt éventuel ou son espoir légitime, a droit à ce que cette décision soit soumise à l'obligation d'agir équitablement<sup>3</sup>.

10 J'aborde maintenant les dispositions législatives applicables et la procédure qui a été prescrite par le Conseil du Trésor relativement à ces décisions. Le paragraphe 7(1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 2], confère au Conseil du Trésor la responsabilité de la gestion de la fonction publique:

7. (1) Le Conseil du Trésor peut agir au nom du Conseil privé de la Reine pour le Canada à l'égard des questions suivantes:

(a) general administrative policy in the public service of Canada;

(b) the organization of the public service of Canada or any portion thereof, and the determination and control of establishments therein;

...

(e) personnel management in the public service of Canada, including the determination of the terms and conditions of employment of persons employed therein;

a) les grandes orientations applicables à l'administration publique fédérale;

b) l'organisation de l'administration publique fédérale ou de tel de ses secteurs ainsi que la détermination et le contrôle des établissements qui en font partie;

...

e) la gestion du personnel de l'administration publique fédérale, notamment la détermination de ses conditions d'emploi;

11 Part of Treasury Board's responsibility includes providing for the classification of positions and employees. Paragraph 11(2)(c) of the *Financial Administration Act* states:

11. . . .

(2) . . . the Treasury Board may, in the exercise of its responsibilities in relation to personnel management including its responsibilities in relation to employer and employee relations in the public service, . . .

...

(c) provide for the classification of positions and employees in the public service;

Subsection 12(1) provides:

12. (1) The Treasury Board may authorize the deputy head of a department or the chief executive officer of any portion of the public service to exercise and perform, in such manner and subject to such terms and conditions as the Treasury Board directs, any of the powers and functions of the Treasury Board in relation to personnel management in the public service and may, from time to time as it sees fit, revise or rescind and reinstate the authority so granted.

12 The policies and procedures for managing the public service, as established by Treasury Board, are set out in the *Treasury Board Manual*. The Manual contains a list of the various classification designations which are used (e.g., the abbreviation DD refers to the occupation of "Drafting and Illustration/Dessin et illustration"). Nine levels within that designation are set out (DD-01 to DD-09). A DD-04 job is identified as one that is assessed at 421—500 points; a DD-05 level job is one that is assessed at 501—580 points.

Dans le cadre de ses responsabilités, le Conseil du Trésor doit assurer la classification des postes et des employés. L'alinéa 11(2)c) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* dispose comme suit:

11. . . .

(2) . . . le Conseil du Trésor peut, dans l'exercice de ses attributions en matière de gestion du personnel, notamment de relations entre employeur et employés dans la fonction publique:

...

c) assurer la classification des postes et des employés au sein de la fonction publique;

Le paragraphe 12(1) est formulé dans les termes suivants:

12. (1) Le Conseil du Trésor peut, aux conditions et selon les modalités qu'il fixe, déléguer tel de ses pouvoirs en matière de gestion du personnel de la fonction publique à l'administrateur général d'un ministère ou au premier dirigeant d'un secteur de la fonction publique; cette délégation peut être annulée, modifiée ou rétablie à discrétion.

12 Les politiques et procédures relatives à la gestion de la fonction publique, établies par le Conseil du Trésor, sont énoncées dans le *Manuel du Conseil du Trésor*. Ce manuel contient une liste des différentes désignations utilisées aux fins de la classification (par exemple, l'abréviation DD fait référence au poste «Drafting and Illustration/Dessin et illustration»). À l'intérieur de cette désignation, sont établis neuf niveaux (DD-01 à DD-09). La fourchette de points applicable à un poste de niveau DD-04 est de 421 à 500 points; le poste de niveau DD-05 correspond à une fourchette de 501 à 580 points.

- 13 The objective of the classification system is described by Treasury Board in the Manual as being to ensure equitable compensation for public servants [Personnel Management Component: Classification, Chapter 1, at page 1]:
- [The system's objective is] to ensure that the relative value of all jobs in the Public Service is established in an equitable, consistent and effective manner and provides a basis for the compensation of public servants.
- 14 The Manual also explains that the job description of a position will provide the basis for its classification [Chapter 2, at page B-2]:
- 2.1 The job description is the basic document for classifying and evaluating a position. It is to be initiated by the line manager and must describe the duties, responsibilities, and other characteristics of the work actually being performed or if the position is vacant, the duties to be performed. The job description must contain the type of information needed to enable the job to be allocated to a particular category and occupational group, and evaluated against the standard for that group.
- 15 If an employee thinks that the position which he or she holds has been misclassified because the points assessed do not reflect the requirements of the position, the employee may grieve that classification decision. Section 91 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, provides that an employee has the right to grieve matters affecting his or her terms of employment. Some such grievances may go to third-party arbitration. A classification grievance is not one of these (see generally sections 92 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 68] and 96 of the *Public Service Staff Relations Act*). The procedure for dealing with a classification grievance is established by Treasury Board and is set out in the Manual. The purpose of the procedure is described as being [Chapter 4, at page 1]:
- To provide a redress process for employees who are dissatisfied with the classification of the duties they perform as assigned by the Employer.
- It is also stated that [Chapter 4, at page 1]:
- L'objectif du système de classification, selon le *Manuel du Conseil du Trésor*, est d'assurer une rémunération équitable aux fonctionnaires [Module—Gestion du personnel: Classification, chapitre 1, à la page 1]:
- [L'objectif du système est] d'assurer que la valeur relative de tous les emplois au sein de la fonction publique soit établie de façon équitable, uniforme et efficace, aux fins de la rémunération des fonctionnaires.
- Le Manuel explique également que c'est la description d'emploi qui constitue le fondement de cette classification [chapitre 2, à la page B-2]:
- 2.1 La description d'emploi constitue le document de base de la classification et de l'évaluation d'un poste. Elle doit être initiée par le gestionnaire axial et doit exposer les fonctions, responsabilités et autres caractéristiques du travail effectivement accompli ou si le poste est vacant, on doit décrire les fonctions de l'emploi. La description doit contenir le genre de renseignements nécessaires pour permettre d'attribuer le poste à une catégorie et un groupe spécifiques et de l'évaluer par rapport à la norme de ce groupe.
- Si un employé estime que le poste qu'il occupe n'a pas été correctement classé, parce que les points qui lui ont été attribués ne tiennent pas compte des exigences du poste, il peut contester cette décision de classification par voie de grief. L'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, dispose qu'un employé a le droit de présenter un grief concernant des faits qui portent atteinte à ses conditions d'emploi. Certains de ces griefs peuvent être renvoyés à l'arbitrage. Ce n'est pas le cas des griefs de classification (voir, en termes généraux, les articles 92 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68] et 96 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*). La procédure applicable à un grief de classification est établie par le Conseil du Trésor et est énoncée dans le Manuel. L'objectif de cette procédure est décrit dans les termes suivants [chapitre 4, à la page 1]:
- Fournir un mécanisme de recours aux employés qui sont mécontents de la classification attribuée aux fonctions qui leur sont assignées par l'employeur et qu'ils accomplissent.
- Le Manuel indique également ce qui suit [chapitre 4, à la page 1]:

All classification grievances received will be thoroughly reviewed by qualified persons who were not involved in any way in the making of the classification decision being grieved. They will make a recommendation to the deputy head or the nominee of the deputy head whose decision will be final and binding.<sup>4</sup> [Underlining added.]

Tous les griefs de classification reçus feront l'objet d'un examen approfondi par des personnes qualifiées n'ayant pas participé à la décision prise au sujet de la classification faisant l'objet du grief. Ces personnes présenteront une recommandation à l'administrateur général ou à son délégué, dont la décision sera définitive et obligatoire. [Non souligné dans l'original.]

16 The *Treasury Board Manual* [in a supplement entitled "Classification Grievance Procedure"] explains how a classification grievance committee is to be formed, what format a grievance must take, the time limits for the filing of a grievance and the making of a decision thereon. The Manual also sets out in the supplement to Chapter 4, the procedure to be followed by a grievance committee. Relevant portions thereof read:

16 Le *Manuel du Conseil du Trésor* [dans un supplément intitulé «Procédure du règlement des griefs de classification»] explique le mode de constitution d'un comité de règlement des griefs de classification, le mode de présentation du grief, les délais applicables au dépôt du grief et la décision. Le Manuel énonce également, au supplément du chapitre 4, la procédure que le comité doit suivre. Voici les extraits pertinents:

#### F. COMMITTEE PROCEDURE

1. The classification grievance process is not intended to be an adversarial system; it provides for a meeting to be convened during which information will be presented and sought, allowing committee members to make a recommendation to the deputy head or nominee.
2. The chairperson is responsible for ensuring that committee members and, in particular, the grievor are reminded of the committee's role and of the grievance procedure. It is very important that the grievor and his or her representative are made aware that *all aspects of the classification of the grieved position will be reviewed by the committee. The decision rendered will be final and binding and could result in the upgrading, confirmation or downgrading of the grievor's position.* The chairperson should explain the respective roles of the committee members and outline the procedure the committee will follow, as indicated below:
  - a. presentation of arguments by or on behalf of the grievor;
  - b. information provided by management;
  - c. committee deliberations;
  - d. committee report; and
  - e. final and binding decision by the deputy head or nominee.
3. The chairperson must clearly understand the substance and all the details of the grievance including details of the position being grieved to provide precise

#### F. PROCÉDURE DU COMITÉ

1. Le processus de règlement des griefs de classification n'a pas été conçu dans le but d'opposer deux parties, mais dans celui de permettre des audiences afin d'échanger des renseignements qui aideront les membres du comité à formuler une recommandation fondée à l'administrateur général ou à son délégué.
2. La personne qui préside doit s'assurer que les membres du comité, et en particulier, que le plaignant soient au courant du rôle du comité et du processus de règlement des griefs. Il est très important d'informer le plaignant et/ou son représentant que *tous les aspects de la mesure de classification seront revus, même si le grief ne porte pas nécessairement sur tous ces aspects, et que la décision définitive et obligatoire pourrait résulter en un relèvement, une confirmation ou un abaissement du niveau du poste.* La personne qui préside devrait expliquer ensuite le rôle de chaque membre du comité ainsi que la façon dont le comité procédera, c'est-à-dire:
  - a. présentation des arguments par le plaignant et/ou son représentant;
  - b. information fournie par la direction;
  - c. délibérations du comité;
  - d. rapport du comité;
  - e. décision définitive et obligatoire de la part de l'administrateur général et/ou son délégué.
3. La personne qui préside le comité doit être bien informée de la nature et de tous les détails du poste qui fait l'objet du grief afin de fournir des explications

and **first hand** explanations and information to the committee members with respect to departmental relativities. The chairperson is responsible for controlling the conduct of the meeting.

#### G. PRESENTATION BY THE GRIEVOR AND/OR HIS OR HER REPRESENTATIVE

1. The grievor, his or her representative, or both, shall be given the opportunity to make a presentation (in person or in writing) to the grievance committee before a recommendation is made with respect to classifying the grieved position. Once that presentation is completed, they must withdraw from the meeting.

#### H. MANAGEMENT INFORMATION

1. A management representative familiar with the work of the grieved position should be available to respond to questions the committee members may have with respect to the position. The management representative *is not permitted* to argue for or against the decision which led to the grievance, attempt to influence the committee members, participate in the committee deliberations or be present when the grievor, his or her representative or both, make a presentation to the committee.

#### I. ADDITIONAL INFORMATION

1. If deemed necessary, the committee may call upon other persons to provide additional information and/or conduct an on-site visit.

17 It is not contested that Treasury Board has authority to establish the terms and conditions, including classification levels, for employees in public service. It is not contested that it has authority to establish policy in this area, including the procedure for the handling of classification grievances. It is contended, however, that the implementation of the procedure which is established must be fair. This is particularly so given the fact that the decision which is made is final and binding. There is no mechanism for review of the decision.

18 Counsel for the applicant argues that whether or not the *Treasury Board Manual* describes the grievance procedure as "non-adversarial" is not significant. The process does, in fact, involve the resol-

précises et **immédiates** aux membres du comité quant à la relativité ministérielle. Le président doit s'assurer de contrôler le déroulement de la réunion.

#### G. PRÉSENTATION DU PLAIGNANT ET/OU DE SON REPRÉSENTANT

1. Le plaignant, son représentant, ou les deux devraient avoir l'occasion de faire une présentation, en personne ou par écrit, avant que le comité ne formule une recommandation au sujet de la classification du poste visé par le grief. Dès que leur présentation est chevcée, ils doivent quitter la réunion.

#### H. RENSEIGNEMENTS DU REPRÉSENTANT DE LA DIRECTION

1. Un représentant de la direction qui connaît bien la nature du travail du poste visé par le grief devrait être disponible afin de répondre aux questions des membres du comité au sujet du poste. Le représentant de la direction ne doit pas émettre d'opinion quant à la mesure de classification qui a donné lieu au grief, tenter d'influencer les membres du comité, participer aux délibérations du comité et être présent lors des présentations qui sont faites par le plaignant et/ou son représentant.

#### I. INFORMATIONS SUPPLÉMENTAIRES

1. Si les membres du comité le jugent nécessaire, ils peuvent convoquer d'autres personnes afin d'obtenir des renseignements supplémentaires et/ou décider d'aller vérifier sur place la nature du travail du poste en question.

17 Il n'est pas contesté que le Conseil du Trésor a le pouvoir d'établir les conditions de travail, y compris les niveaux de classification, pour les employés de la fonction publique. Il n'est pas non plus contesté qu'il a le pouvoir d'établir des politiques dans ce domaine, notamment la procédure pour le règlement des griefs de classification. Toutefois, on fait valoir que l'application de la procédure qui a été établie doit être équitable. Cela est d'autant plus vrai que la décision prise est finale et obligatoire. Aucun mécanisme de révision n'est prévu.

18 L'avocat du requérant fait valoir qu'il n'est pas important de savoir que le *Manuel du Conseil du Trésor* affirme que le processus de règlement des griefs «n'a pas été conçu dans le but d'opposer deux

ution of a dispute concerning certain facts and the conclusions to be drawn therefrom. It is a situation in which the employee is taking one position and “management” or the “employer” is taking another. The employee’s union representative comes before the committee, in much the same role he or she fulfils in other grievance procedures, to argue on behalf of the employee. I note that the *Treasury Board Manual*, itself describes the objective of the grievance procedure as being to provide “a redress process for employees who are dissatisfied with the classification of the duties they perform as assigned by the Employer” (emphasis added). I cannot accept that Treasury Board’s characterization of the process as non-adversarial can be used as a ground for justifying the Committee’s non-disclosure to the applicant. It is important to look at the substance of the dispute and the process, not at how one party, or those who established that process characterize it. There is nothing in the procedure established by Treasury Board that prevents the grievance committees from according employees the type of disclosure that the applicant seeks and from allowing him an opportunity to respond.

parties». En fait, ce processus a pour objet de régler un différend à partir de faits donnés et des conclusions que l’on peut en tirer. Dans ce genre de situation, l’employé adopte une position et la «direction» ou «l’employeur» en adopte une autre. Le représentant syndical de l’employé se présente devant le comité, et son rôle y est sensiblement le même que celui qui lui incombe dans d’autres procédures de règlement des griefs, c’est-à-dire qu’il présente des arguments au nom de l’employé. Je fais observer que le *Manuel du Conseil du Trésor* décrit lui-même l’objectif de la procédure de règlement des griefs de la façon suivante: «[f]ournir un mécanisme de recours aux employés qui sont mécontents de la classification attribuée aux fonctions qui leur sont assignées par l’employeur et qu’ils accomplissent» (non souligné dans l’original). Je ne peux accepter que, parce que le Conseil du Trésor qualifie la procédure de non contradictoire, le comité soit justifié de ne pas communiquer toute l’information pertinente au requérant. Il est important d’examiner le fond du différend et la procédure utilisée, et non pas la qualification qui en est donnée par une partie ou ceux qui ont établi cette procédure. Il n’y a aucun élément dans la procédure établie par le Conseil du Trésor qui empêche le comité de règlement des griefs de communiquer aux employés le type de renseignements que le requérant demande et de lui accorder la possibilité d’y répondre.

19 Counsel for the applicant argues that the nature of the decision, the decision-making process, and the relationship between the decision maker and the employee indicate that more, not less, content should be given to the duty of fairness. He notes, as is clear from what has been said above, that a classification decision has important financial consequences for the applicant. Secondly, that it is Treasury Board that bargains with the union to set salary levels. Treasury Board is the “employer”. The Deputy Minister exercises authority delegated to him by Treasury Board. It is Treasury Board that establishes the rules of procedure to be used by the Grievance Committee. A representative of Treasury Board sits on the Grievance Committee and Treasury Board determines how that Committee is to be composed. There is no appeal of the decision

L’avocat du requérant fait valoir qu’en raison de la nature de la décision, du processus décisionnel lui-même et de la relation qui existe entre le décideur et l’employé, le contenu de l’obligation d’agir équitablement devrait être plus que minimal. Il note, comme il ressort clairement de ce qui a été dit ci-dessus, qu’une décision de classification a d’importantes conséquences financières pour le requérant. Deuxièmement, il fait aussi valoir que c’est le Conseil du Trésor qui négocie l’établissement des niveaux de rémunération avec le syndicat. Le Conseil du Trésor est «l’employeur». Le sous-ministre exerce le pouvoir qui lui a été délégué par le Conseil du Trésor. C’est le Conseil du Trésor qui établit les règles de procédure utilisées par le comité de règlement des griefs. Un représentant du Conseil du Trésor siège à ce comité et c’est le Conseil qui en

which the Deputy Minister's nominee makes, on the recommendation of the Grievance Committee. Thus counsel argues that where management is both adverse in interest to the applicant and the final decision maker, greater care should be taken to ensure that a fair procedure is followed than might otherwise be the case. It seems to me there may be merit in that argument but I do not need to rely on it.

détermine la composition. La décision prise par le délégué du sous-ministre, sur la recommandation du comité de règlement des griefs, ne peut être portée en appel. L'avocat fait donc valoir que lorsque la direction a des intérêts contraires à ceux du requérant et à ceux du décideur final, il y a lieu d'exercer un plus grand soin qu'à l'ordinaire pour s'assurer qu'une procédure équitable est respectée. Il me semble que cet argument pourrait avoir un certain fondement, mais il n'est pas nécessaire que je m'appuie sur celui-ci.

20 As noted, counsel for the applicant is not arguing that Treasury Board does not have authority to set the terms and conditions of employment for public servants. Nor does he argue that the Treasury Board does not have authority to establish rules of procedure for dealing with grievances. He does not argue that a classification grievance committee is not entitled to consider all aspects of a classification which is brought before it, including those not raised by the grievor. He does not argue that an oral hearing is required, that there is any right of cross-examination, or that the applicant or his representative should be allowed to stay in the hearing room after the applicant's presentation is heard. He argues, however, that when the committee decides to review an aspect of the classification assessment, which the employee did not think was in dispute, and decides to elicit and rely on evidence with respect thereto about which the employee had no notice or information, fairness requires that that information be disclosed to the employee and he be given an opportunity to comment thereon. I agree with that position.

20 Comme il a déjà été noté, l'avocat du requérant ne conteste pas le fait que le Conseil du Trésor a le pouvoir d'établir les conditions d'emploi des fonctionnaires. Il ne prétend pas non plus que le Conseil du Trésor n'a pas le pouvoir d'établir les règles de procédure applicables au règlement des griefs. Il ne prétend pas qu'un comité de règlement des griefs de classification n'a pas le droit d'examiner tous les aspects de la mesure de classification dont il est saisi, et même les aspects qui ne sont pas contestés par le plaignant. Il ne prétend pas qu'il est nécessaire de tenir une audience, qu'un droit au contre-interrogatoire existe, ou que le requérant ou son représentant devrait être autorisé à demeurer dans la salle d'audience après la présentation de ses arguments. Toutefois, il fait valoir que, lorsque le comité décide d'examiner un aspect de la classification que l'employé ne s'attendait pas à voir contester, et qu'il décide d'obtenir une preuve ayant trait à cet aspect et de s'appuyer sur celle-ci sans que l'employé n'en soit informé ou n'ait de renseignements à cet égard, l'équité exige que des renseignements soient fournis à l'employé et qu'il ait la possibilité de faire valoir ses arguments. J'accepte cette position.

21 The decision *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada* (Canadian Human Rights Commission), [1989] 2 S.C.R. 879, provides a useful analogy. The decision under review in that case related to a complaint that gender-based discrimination existed and the complainant was not being paid equal pay for equal work. A decision was made by the Canadian Human Rights Commission, on the recommendation of a Commission investigator, that the applicant's com-

21 La décision *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada* (Commission canadienne des droits de la personne), [1989] 2 R.C.S. 879, nous fournit une analogie utile à cet égard. La décision à l'étude dans cette affaire concernait une plainte alléguant qu'il y avait de la discrimination fondée sur le sexe et que les employées ne recevaient par un salaire égal pour un travail équivalent à celui de leurs collègues masculins. La Commission canadienne des droits de la personne,

plaint not be proceeded with further. The investigator obtained information from the applicant/complainant and from her employer. On the basis of that information, the investigator made his recommendation to the Commission. The Supreme Court noted in rendering its decision that while the Commission was not obliged to comply with the rules of natural justice, which apply to judicial or quasi-judicial tribunals, it was required to comply with the duty of fairness.<sup>5</sup> Sopinka J., speaking for a majority of the Court, went on to state that this had been done in the case before the Court because the investigator had informed the applicant of the substance of the evidence he had obtained from the employer and which he put before the Commission as the basis of this recommendation. In addition, the applicant had been given an opportunity to respond thereto, in writing, before the Commission made its decision. See also *Mercier v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 3 F.C. 3 (C.A.). I fail to see why, in the case at bar, a similar disclosure to the applicant of the expert evidence and an opportunity to respond thereto should not have been given.

22 I was referred to two decisions which seem to take a different approach: *Tanack v. Canada (Treasury Board)*, [[1996] F.C.J. No. 582 (T.D.) (QL)] and *Chong et al. v. Canada (Attorney General) et al.* (1995), 104 F.T.R. 253 (F.C.T.D.). In *Tanack* the applicant was not represented by counsel. The analysis relevant to the present case is based upon that set out in the *Chong* decision.

23 In *Chong*, while a description was given of the nature of the applicant's interest and the Grievance Committee's procedure, much of the latter is, strictly speaking, *dicta* since the decision under review was quashed because the Committee had ignored evidence before it and not on a procedural fairness ground. Secondly, the alleged procedural defect in that case (not giving the individual access to all the information the Committee had before it) would seem to have been inconsequential. A description of

sur la recommandation de l'enquêteur de la Commission, a décidé que l'examen de la plainte du requérant n'était pas justifié. L'enquêteur avait obtenu des renseignements du requérant/plaignant et de l'employeur. L'enquêteur a fondé sa recommandation à la Commission sur ces renseignements. La Cour suprême a noté dans sa décision que, même si la Commission n'était pas tenue d'observer les règles de la justice naturelle, qui sont applicables aux délibérations des tribunaux judiciaires ou quasi-judiciaires, elle avait l'obligation d'agir équitablement<sup>5</sup>. Le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité, ajoute que cette obligation avait été remplie en l'espèce parce que l'enquêteur avait informé le requérant de la substance de la preuve qu'il avait obtenu de l'employeur et qu'il avait communiqué à la Commission pour motiver sa recommandation. En outre, le requérant avait eu la possibilité de répliquer à cette preuve, par écrit, avant que la Commission rende sa décision. Voir également *Mercier c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1994] 3 C.F. 3 (C.A.). Je ne vois pas pourquoi, dans le cas dont je suis saisie, le requérant n'aurait pas le droit à une communication semblable du témoignage de l'expert et à la possibilité de répliquer à cette preuve.

Deux décisions qui semblent adopter une approche différente ont été citées: *Tanack c. Canada (Conseil du Trésor)*, [[1996] F.C.J. n° 582 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)] et *Chong et autre c. Canada (Procureur général) et autre* (1995), 104 F.T.R. 253 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Dans la décision *Tanack*, le requérant n'était pas représenté par un avocat. L'analyse pertinente au cas en l'espèce se fonde sur celle qui a été faite dans la décision *Chong*.

Dans la décision *Chong*, bien qu'une description ait été donnée de la nature de l'intérêt du requérant et de la procédure suivie par le comité de règlement des griefs, la majeure partie de ce qui a été dit sur cette procédure est, à strictement parler, de l'ordre d'une opinion incidente puisque la décision à l'étude a été annulée parce que le comité n'avait pas tenu compte d'éléments de preuve dont il était saisi et non pas parce qu'il avait manqué à l'équité procédurale. Deuxièmement, le manquement à l'équité pro-

the information which was not disclosed is found at page 265 of the decision. It is characterized as having been the “clarification of certain discrete aspects of the position”. The conclusion that Mr. Justice McKeown then draws is “I would not have returned this matter to the committee if the lack of information on management’s responses in the reasons was the only error made by the committee”. It seems to me that the main reason no breach was found, as a result of a failure to disclose the information, was that this failure was not significant.

24 More importantly, the *Chong* decision, at pages 264-265, relied upon the decision in *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159. A passage, at page 182, of that decision was quoted. It described the issue to be decided as being whether the disclosure to the appellants had been such as to allow them to participate in a meaningful way:

. . . the issue is whether the Board provided to the appellants disclosure sufficient for their meaningful participation in the hearing, such that they were treated fairly in all the circumstances . . .

This is the test which was applied in *Chong* and it is also applicable here.

25 Applying that test leads to the conclusion that, in the present case, the duty of fairness was not met. I note, by way of explanation, that counsel for the respondent argued that the duty of fairness does not apply (or in its most minimal sense does not require the disclosure sought) because there is no case against the applicant that he has to meet. This is not a phrasing of the relevant condition that I find helpful. That phrasing seems to me to relate back to counsel for the respondent’s argument that the applicant does not have a “right” to reclassification. In my view, a more appropriate way of phrasing the

cédurale allégué dans cette affaire (c’est-à-dire le fait de ne pas avoir donné au particulier accès à la totalité des renseignements dont le comité était saisi) ne semble pas avoir entraîné de conséquence. À la page 265 de la décision, une description est faite des renseignements n’ayant pas été fournis. Il y est dit qu’il s’agissait d’«éclaircir certains éléments spécifiques du poste». Le juge McKeown tire ensuite la conclusion suivante: «Je n’aurais pas renvoyé l’affaire au comité si le défaut de noter les réponses de la direction dans les motifs de décision était la seule erreur qu’il eût commise». Il me semble que la principale raison pour laquelle le juge a conclu qu’il n’y avait pas eu violation par suite de l’omission de communiquer les renseignements, c’est que cette omission n’a pas eu de conséquence importante.

24 Ce qui est plus important, toutefois, c’est que la décision *Chong* s’appuie, aux pages 264 et 265, sur la décision rendue dans *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l’énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159. Elle cite un extrait de cette décision, à la page 182, dans lequel le juge déclare que la question en litige est celle de savoir si les renseignements communiqués aux appelants leur ont permis de participer véritablement à la procédure:

La question est plutôt de savoir si l’Office a fait aux appelants une divulgation suffisante pour leur permettre de véritablement participer à l’audition, leur accordant ainsi un traitement équitable dans toutes les circonstances . . .

C’est le critère qui a été appliqué dans la décision *Chong*, et c’est aussi celui qui est applicable en l’espèce.

25 L’application de ce critère m’amène à conclure qu’en l’espèce l’obligation d’agir équitablement n’a pas été remplie. Pour mieux expliquer cette conclusion, je note que l’avocat de l’intimée a fait valoir que l’obligation d’agir équitablement ne s’applique pas (ou, dans son contenu le plus minimal, n’exige pas la communication demandée) parce qu’aucune charge n’a été portée contre laquelle le requérant devait se défendre. Cette façon de formuler la condition pertinente ne m’est pas très utile. Cette formulation me semble se rattacher à l’argument de l’avocat de l’intimée selon lequel le requérant n’a aucun

question is the way it was done in the *Quebec* case, *supra*: was sufficient information disclosed to allow for a meaningful participation by the person affected? I do not know how that test can be said to be met when information is obtained from an expert, on an aspect of the classification that the applicant was not aware the employer disputed, and this is not disclosed to the applicant, nor is he given an opportunity to comment thereon.

«droit» de faire reclasser son poste. À mon avis, il serait plus approprié de reformuler la question comme elle a été énoncée dans l'arrêt *Québec*, précité: la divulgation a-t-elle été suffisante pour permettre au requérant de véritablement participer à la procédure? Je ne sais pas comment il est possible de prétendre que ce critère a été respecté quand l'information est obtenue d'un expert, sur un aspect de la classification contestée par l'employeur sans que le requérant en soit informé, que cette information n'est pas communiquée au requérant, et qu'il n'a pas non plus la possibilité de faire valoir ses arguments au sujet de cette information.

26 Counsel for the respondent argues that the applicant and his representative knew that all aspects of the classification assessment would be looked at by the Committee. They are told, in the Manual, that this will occur. This is not sufficient notice, however, to allow the applicant a meaningful participation in the decision-making process. The applicant is not able to participate meaningfully if he has no knowledge of significant evidence which the Committee has before it.

L'avocat de l'intimée fait valoir que le requérant et son représentant savaient que tous les aspects de la classification seraient examinés par le comité. Il prétend que le Manuel indique clairement que cela se produira. Toutefois, cela n'est pas suffisant pour permettre au requérant de participer véritablement au processus de décision. Le requérant n'est pas en mesure de participer véritablement s'il n'est pas informé d'éléments de preuve importants dont est saisi le comité. 26

27 For the reasons given the decision in question will be quashed and the matter referred back for reconsideration and redetermination.

Pour les motifs indiqués ci-dessus, la décision est 27  
annulée et l'affaire est renvoyée pour réexamen et nouvelle décision.

<sup>1</sup> See p. 618-619, 621-622, 624.

<sup>2</sup> At p. 618.

<sup>3</sup> At p. 619.

<sup>4</sup> See also s. 96(3) of the *Public Service Staff Relations Act*.

<sup>5</sup> At p. 899.

<sup>1</sup> Voir p. 618 et 619, 621 et 622, 624.

<sup>2</sup> A la p. 618.

<sup>3</sup> À la p. 619.

<sup>4</sup> Voir également l'art. 96(3) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*.

<sup>5</sup> À la p. 899.

IMM-1585-95

IMM-1585-95

**Ahmed Zelzle** (*Applicant*)**Ahmed Zelzle** (*requérant*)

v.

c.

**Minister of Citizenship and Immigration** (*Respondent*)**Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration** (*intimé*)**INDEXED AS: ZELZLE v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: ZELZLE c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Nadon J.—Ottawa, February 5 and April 12, 1996.

Section de première instance, juge Nadon—Ottawa, 5 février et 12 avril 1996.

*Administrative law — Judicial review — CRDD decision not functus officio — Upon discovering positive notice of decision pursuant to expedited hearing process in file, Convention refugee hearing adjourned — Applicant advised positive decision administrative error — At de novo hearing, CRDD concluding first panel not reaching decision as to jurisdiction; not functus officio — Second panel having authority to consider jurisdiction issue pursuant to Immigration Act, s. 67 — Functus officio principle applied flexibly to administrative tribunals — May reopen proceedings, treat decision as nullity, reconsider matter where hearing not in accord with rules of natural justice — Outside second panel's jurisdiction to question decision validly made in conformity with Act — Application for judicial review proper procedure to challenge such decisions.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Décision par laquelle la SSR a jugé qu'elle n'était pas functus officio — L'audience portant sur la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention a été ajournée après qu'on eut découvert dans le dossier un avis de décision favorable rendue en vertu de la procédure accélérée — Le requérant a été informé que la décision favorable était attribuable à une erreur administrative — Lors de la nouvelle audience, la SSR a conclu que la première formation n'était pas functus officio, étant donné qu'elle ne s'était pas prononcée sur sa compétence — La seconde formation avait, en vertu de l'art. 67 de la Loi sur l'immigration, le pouvoir d'examiner la question de sa compétence — Application souple du principe du désaisissement (appelé aussi principe du functus officio) dans le cas des tribunaux administratifs — Les tribunaux administratifs peuvent rouvrir le dossier, considérer la décision comme nulle et réexaminer l'affaire lorsque l'audition de la demande ne s'est pas déroulée conformément aux règles de justice naturelle — La seconde formation n'était pas compétente pour remettre en cause une décision régulièrement rendue en conformité avec la Loi — La façon de contester de telles décisions consiste à présenter une demande de contrôle judiciaire.*

*Citizenship and Immigration — Immigration practice — At Convention refugee hearing, CRDD discovering positive decision notice in file — Decision made under expedited hearing process — Hearing adjourned — Applicant later advised positive decision result of administrative error, case to proceed de novo — Whether board exceeded jurisdiction in reviewing own decision — Positive decision in conformity with Act, reviewable only upon judicial review.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Lors de l'audience portant sur la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention, la SSR a découvert dans le dossier un avis de décision favorable — Cette décision avait été rendue en vertu de la procédure accélérée — Le requérant a été par la suite informé que la décision favorable était attribuable à une erreur administrative — La Commission a-t-elle outrepassé sa compétence en réexaminant sa propre décision? — La décision favorable avait été rendue en conformité avec la Loi et ne peut être révisée que dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.*

This was an application for judicial review of a May 29, 1995 interlocutory decision of the CRDD that it was

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision interlocutoire datée du 29 mai 1995 par laquelle

not *functus officio*. At a November 15, 1993 hearing to determine whether the applicant was a Convention refugee, a positive notice of decision was discovered in the CRDD file. That decision had apparently been made pursuant to the expedited hearing process. The hearing was adjourned. The applicant was subsequently advised that the positive decision had been signed and left in the file as a result of an administrative error and that the case would proceed *de novo*. At the *de novo* hearing, the panel concluded that the November 15 panel had reached no final conclusion on the issue of its jurisdiction and accordingly it was not *functus officio* (the May 29 decision). Since the applicant had not been accorded a hearing, the entering of the November 15 panel's decision was a denial of natural justice and the proceedings were a nullity.

The issues were whether the Board exceeded its jurisdiction when it reviewed its own decision, and whether there was a breach of natural justice which would allow the Board to review its own decision.

*Held*, the application should be allowed.

The May 29 panel had the authority to consider the issue of jurisdiction pursuant to *Immigration Act*, section 67.

While the principle of *functus officio* favours the finality of proceedings, it is applied flexibly to administrative tribunals. Proceedings may be reopened if justice requires it. The "breach of natural justice exception" to the principle allows an administrative tribunal to reopen proceedings where the hearing of an application was not held according to the rules of natural justice. The administrative tribunal may treat its decision as a nullity and reconsider the matter.

The Board had no jurisdiction to question a decision validly made in conformity with the Act. The positive decision was properly signed and stated that the matter had been decided "without a hearing", which the *Immigration Act* authorizes the CRDD to do. That decision had apparently been made in conformity with the Act. Once a decision is rendered that on its face appears valid, the procedure for challenging it is by application for judicial review.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Convention Refugee Determination Division Rules*, SOR/93-45, RR. 18(3)(b), 19, 29, 30, 31, 39.

la SSR a jugé qu'elle n'était pas *functus officio*. À l'audience du 15 novembre 1993 visant à déterminer si le requérant était un réfugié au sens de la Convention, un avis de décision favorable a été trouvé dans le dossier de la SSR. Cette décision avait apparemment été rendue en vertu de la procédure d'audition accélérée. L'affaire a été ajournée. Le requérant a par la suite été informé que la décision favorable avait été signée et laissée dans le dossier par suite d'une erreur administrative et que l'affaire serait entendue de nouveau. Lors de la nouvelle audience, la formation a conclu que la formation du 15 novembre n'avait pas tranché de façon définitive la question de sa compétence et que, par conséquent, elle n'était pas *functus officio* (la décision du 29 mai). Comme on n'avait pas accordé d'audience au requérant, le prononcé de la décision de la formation du 15 novembre constituait un déni de justice naturelle et la procédure était nulle.

Les questions en litige sont celles de savoir si la Commission a outrepassé sa compétence en réexaminant sa propre décision et s'il y a eu un manquement aux règles de justice naturelle qui permet à la Commission de réexaminer sa propre décision.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

La formation du 29 mai avait, en vertu de l'article 67 de la *Loi sur l'immigration*, le pouvoir d'examiner la question de sa compétence.

Bien que le principe du désaisissement (appelé aussi principe du *functus officio*) favorise le caractère définitif des décisions, son application est souple dans le cas des tribunaux administratifs. Une affaire peut être rouverte si la justice l'exige. L'«exception du manquement à la justice naturelle» au principe du désaisissement a été établie pour permettre à un tribunal administratif de rouvrir une affaire lorsque l'audition de la demande ne s'est pas déroulée conformément aux règles de justice naturelle. Le tribunal administratif peut alors considérer sa décision comme nulle et réexaminer l'affaire.

La Commission n'avait pas compétence pour remettre en question une décision rendue régulièrement et en conformité avec la loi. La décision favorable était régulièrement signée et précisait que l'affaire avait été réglée «sans audience», ce que la *Loi sur l'immigration* permet de faire. Cette décision avait apparemment été rendue en conformité avec la Loi. Une fois qu'une décision qui semble à première vue régulière est rendue, la façon de la contester consiste à présenter une demande de contrôle judiciaire.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 65 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18;

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 65 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 55), 67 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), 68 (as am. *idem*; S.C. 1992, c. 49, s. 57), 68.1 (as enacted *idem*, s. 58), 69 (as am. *idem*, s. 59), 69.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60), 69.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 61), 69.3 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 62), 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73).

L.C. 1992, ch. 49, art. 55), 67 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18), 68 (mod., *idem*; L.C. 1992, ch. 49, art. 57), 68.1 (édicte, *idem*, art. 58), 69 (mod., *idem*, art. 59), 69.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60), 69.2 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18), 69.3 (édicte, *idem*; L.C. 1992, ch. 49, art. 62), 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

*Règles de la section du statut de réfugié*, DORS/93-45, Règles 18(3)b), 19, 29, 30, 31, 39.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 2 F.C. 425; (1987), 27 Admin. L.R. 257; 27 C.R.R. 235; 80 N.R. 1 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*M. (Q.H.) (Re)*, [1995] C.R.D.D. No. 81 (QL); *Lugano v. Minister of Manpower and Immigration*, [1977] 2 F.C. 605; (1977), 75 D.L.R. (3d) 625; 15 N.R. 254 (C.A.); *Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.); *Agbona v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 66 F.T.R. 191; 21 Imm. L.R. (2d) 279 (F.C.T.D.); *Camacho-Souza v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 74 F.T.R. 208 (F.C.T.D.); *Chaudhry v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 104; (1994), 83 F.T.R. 81; 25 Imm. L.R. (2d) 139 (T.D.); *Severud v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 F.C. 318; (1991), 47 Admin. L.R. 190; 91 CLLC 14,016; 127 N.R. 152 (C.A.); *Woldu v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 2 F.C. 216; (1977), 18 N.R. 46 (C.A.); *Page v. Canada (Veterans Appeal Board)* (1994), 5 C.C.P.B. 75; 82 F.T.R. 115 (F.C.T.D.); *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Nabiye*, [1989] 3 F.C. 424; (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 190; 102 N.R. 390 (C.A.); *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.); *Posluns v. Toronto Stock Exchange et al.*, [1968] S.C.R. 330; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277; *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 581; (1991), 85 D.L.R. (4th) 166 (C.A.).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Gill c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 2 C.F. 425; (1987), 27 Admin. L.R. 257; 27 C.R.R. 235; 80 N.R. 1 (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*M. (Q.H.) (Re)*, [1995] C.R.D.D. n° 81 (QL); *Lugano c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1977] 2 C.F. 605; (1977), 75 D.L.R. (3d) 625; 15 N.R. 254 (C.A.); *Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.); *Agbona c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 66 F.T.R. 191; 21 Imm. L.R. (2d) 279 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Camacho-Souza c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 74 F.T.R. 208 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Chaudhry c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 104; (1994), 83 F.T.R. 81; 25 Imm. L.R. (2d) 139 (1<sup>re</sup> inst.); *Severud c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 C.F. 318; (1991), 47 Admin. L.R. 190; 91 CLLC 14,016; 127 N.R. 152 (C.A.); *Woldu c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 C.F. 216; (1977), 18 N.R. 46 (C.A.); *Page c. Canada (Tribunal d'appel des anciens combattants)* (1994), 5 C.C.P.B. 75; 82 F.T.R. 115 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Nabiye*, [1989] 3 C.F. 424; (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 190; 102 N.R. 390 (C.A.); *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.); *Posluns v. Toronto Stock Exchange et al.*, [1968] R.C.S. 330; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277; *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 581; (1991), 85 D.L.R. (4th) 166 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Macaulay, Robert W. and James L. H. Sprague.  
*Hearings before Administrative Tribunals*. Toronto:  
Carswell, 1994.

APPLICATION for judicial review of a CRDD interlocutory decision that it was not *functus officio*. Application allowed.

## COUNSEL:

*Karla D. Unger* for applicant.  
*Brian D. Titemore* for respondent.

## SOLICITORS:

*Mike Bell & Associates*, Ottawa, for applicant.  
  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

- 1 NADON J.: This is an application for judicial review by Ahmed Zelzle (the applicant) pursuant to section 82.1 of the *Immigration Act* (the Act)<sup>1</sup> of an interlocutory decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board (the CRDD) dated 29 May 1995 [[1995] C.R.D.D. No. 81 (QL)], wherein it was determined that a previous CRDD panel had failed to render a decision, leaving the CRDD open to hear the applicant's Convention refugee claim *de novo*.

The applicant seeks the following relief:

A declaration that the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board has no jurisdiction in this matter, or, in the alternative, set aside the interlocutory decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board, dated 29 May 1995 and reinstate the decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board dated 15 November 1993.

## DOCTRINE

Macaulay, Robert W. and James L. H. Sprague.  
*Hearings before Administrative Tribunals*. Toronto:  
Carswell, 1994.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision interlocutoire par laquelle la SSR a jugé qu'elle n'était pas *functus officio*. Demande accueillie.

## AVOCATS:

*Karla D. Unger* pour le requérant.  
*Brian D. Titemore* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Mike Bell & Associates*, Ottawa, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE NADON: La Cour est saisie d'une demande présentée par Ahmed Zelzle (le requérant) en vertu de l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration* (la Loi<sup>1</sup>) en vue d'obtenir le contrôle judiciaire d'une décision interlocutoire datée du 29 mai 1995 [[1995] C.R.D.D. n° 81 (QL)] par laquelle la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SSR) a jugé qu'une formation précédente de la SSR n'avait pas rendu de décision, permettant ainsi à la SSR d'entendre de nouveau la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention du requérant.

Le requérant sollicite la réparation suivante:

[TRADUCTION] Un jugement déclarant que la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié n'a pas compétence pour entendre la présente affaire ou, à titre subsidiaire, un jugement annulant la décision interlocutoire rendue le 29 mai 1995 par la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié et rétablissant la décision rendue le 15 novembre 1993 par la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

## FACTS AND BACKGROUND

2 This application concerns an interlocutory decision of the CRDD dated 29 May 1995 in which the CRDD (the 29 May panel) determined that it was not *functus officio*. The applicant made a claim for Convention refugee status on 26 November 1992. The applicant, after a number of adjournments, appeared for a hearing on 15 November 1993. At the commencement of the 15 November 1993 hearing, a positive notice of decision, duly signed and dated 10 May 1993 (the 10 May decision), was found in the CRDD file. The decision had apparently been made pursuant to the expedited hearing process. The CRDD panel at the hearing of 15 November 1993 (the 15 November panel) adjourned the matter pending an inquiry to the office of the CRDD Registrar. On 4 May 1994, counsel for the applicant received a letter from the Immigration and Refugee Board stating that the 10 May decision had been signed and left in the file as a result of an administrative error and, as such, the case would proceed *de novo*. At the *de novo* hearing on 9 January 1995, counsel for the applicant made a motion that the panel did not have the jurisdiction to hear the matter. An interlocutory decision with reasons dated 29 May 1995 was delivered to counsel for the applicant by letter dated 2 June 1995, which stated that the Board was not *functus* and hence had the jurisdiction to hear the applicant's refugee claim.

## DECISION UNDER REVIEW

3 The reasons for the decision made by the 29 May panel are concerned with two issues: the first, whether the 15 November panel made a decision with respect to its jurisdiction; and, if so, then the 29 May panel had to reopen that decision (regarding jurisdiction) "in order to examine the legal effect of the purported positive decision" dated 10 May 1993.

## FAITS ET GENÈSE DE L'INSTANCE

2 La présente demande concerne la décision interlocutoire datée du 29 mai 1995 par laquelle la SSR (la formation du 29 mai) a jugé qu'elle n'était pas *functus officio*. Le requérant avait revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention le 26 novembre 1992. Après plusieurs ajournements, le requérant a comparu à l'audience le 15 novembre 1993. À l'ouverture de l'audience du 15 novembre 1993, un avis de décision favorable dûment signé et daté du 10 mai 1993 (la décision du 10 mai) a été trouvé dans le dossier de la SSR. La décision avait apparemment été rendue en vertu de la procédure d'audition accélérée. La formation de la SSR qui présidait l'audience du 15 novembre 1993 (la formation du 15 novembre) a ajourné l'affaire en attendant que certaines vérifications soient faites auprès du greffe de la SSR. Le 4 mai 1994, l'avocate du requérant a reçu une lettre dans laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié l'informait que la décision du 10 mai avait été signée et laissée dans le dossier par suite d'une erreur administrative et que, pour cette raison, l'affaire serait entendue de nouveau. Lors de la nouvelle audience du 9 janvier 1995, l'avocate du requérant a présenté une requête dans laquelle elle contestait la compétence de la formation pour entendre l'affaire. Une décision interlocutoire motivée rendue le 29 mai 1995 a été notifiée à l'avocate du requérant par lettre datée du 2 juin 1995. Cette lettre précisait que la Commission n'était pas dessaisie de l'affaire et qu'elle était donc compétente pour entendre la revendication du statut de réfugié du requérant.

## LA DÉCISION À L'EXAMEN

3 Dans les motifs de sa décision, la formation du 29 mai traite de deux questions litigieuses. La première était celle de savoir si la formation du 15 novembre s'était prononcée au sujet de sa compétence; dans l'affirmative, la seconde question en litige était celle de savoir si la formation du 29 mai devait réexaminer cette décision (relative à la compétence) [TRADUCTION] «pour examiner les conséquences juridiques de la présumée décision favorable» du 10 mai 1993.

4 For ease of reference, I reproduce the text of the 10 May decision in its entirety:

CONVENTION REFUGEE DETERMINATION  
DIVISION NOTICE OF DECISION

[*Immigration Act*, ss.69.1(9)]

File No: T93-01640

W. Moore  
Presiding Member

In the Convention refugee claim of:

Ahmed Hussein ZELZLE D.O.B. 20/04/66

This claim was determined without a hearing on the 10th day of May, 1993.

The Refugee Division determines that these [*sic*] claimant

**IS A CONVENTION REFUGEE.**

May 10, 1993

[Signature] \_\_\_\_\_  
Registrar

4 Par souci de commodité, je reproduis le texte intégral de la décision du 10 mai:

[TRADUCTION]

SECTION DU STATUT DE RÉFUGIÉ  
AVIS DE DÉCISION

[*Loi sur l'immigration*, par. 69.1(9)]

Dossier n°: T93-01640

W. Moore  
Président de l'audienc

Affaire intéressant la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention de:

Ahmed Hussein ZELZLE né le 1966.04.20

La revendication a été jugée sans audition le 10 mai 1993.

La section du statut de réfugié conclut que le revendicateur

**EST UN RÉFUGIÉ AU SENS DE LA CONVENTION.**

10 mai 1993

[signature] \_\_\_\_\_  
Greffier

5 The 29 May panel examined the transcript of the 15 November 1993 proceedings, and noted that the refugee hearing officer, after the discovery of the 10 May decision, observed that there was no doubt to suspect that decision's authenticity or its validity. The Presiding Member of the 15 November panel stated that he considered that the matter had already been decided (i.e. that the applicant was a Convention refugee) and that the panel had no jurisdiction to proceed "at this time". The 29 May panel understood this to mean that the phrase "at this time" was not the language of a final decree, but of an interim step. The matter, in the view of the 29 May panel, was not fully resolved in the Presiding Member's mind. The 29 May panel concluded that the 15 November panel reached no final conclusion on the issue of its jurisdiction and, accordingly, the CRDD was not *functus officio*.

5 La formation du 29 mai a examiné le procès-verbal de l'audience du 15 novembre 1993 et a constaté qu'à la suite de la découverte de la décision du 10 mai, l'agent d'audience avait fait observer que rien ne me permettait de mettre en doute l'authenticité ou la validité de cette décision. Le président de l'audience qui faisait partie de la formation du 15 novembre a déclaré qu'il estimait que l'affaire avait déjà été réglée (c'est-à-dire que le statut de réfugié au sens de la Convention avait été reconnu au requérant) et que la formation n'avait pas compétence pour entendre l'affaire [TRADUCTION] «pour le moment». La formation du 29 mai a déduit de l'emploi de l'expression «pour le moment» que la décision qui avait été rendue n'était pas définitive, mais qu'elle constituait plutôt une mesure provisoire. De l'avis de la formation du 29 mai, l'affaire n'était pas complètement réglée dans l'esprit du président de l'audience. La formation du 29 mai a conclu que la formation du 15 novembre n'avait pas tranché de

6 The panel then considered an alternative argument, that is, if the 15 November panel had determined that it had no jurisdiction, the 29 May panel would have to reopen that decision in any event in order to examine the legal effect of the 10 May decision. In the result, the panel found that, since the applicant was accorded no natural justice in the rendering of the 15 November panel's decision, the proceedings were a nullity. The CRDD stated that it found the ruling of the 15 November panel "fatally flawed" by virtue of, *inter alia*, procedural ambiguity.

7 In coming to this conclusion, the 29 May panel examined the power of a panel of the Convention and Refugee Determination Division to reopen a decision reached by another panel. The panel noted that it is settled law that an administrative tribunal created by statute, in the absence of express statutory authority, has no general power to set aside its own decisions.<sup>2</sup> The panel noted, however, that a decision may be revisited in common law where the issue which was referred to the decision-maker has not been dealt with.<sup>3</sup> According to the tribunal, Macaulay, in *Hearings before Administrative Tribunals*, notes that a decision may be re-opened where the error has affected the integrity of the decision-making process.<sup>4</sup> The CRDD may reopen a decision where there has been a denial of natural justice at the original hearing. This was established in *Woldu*,<sup>5</sup> as quoted in *Gill*,<sup>6</sup> where the Court held:

Notwithstanding the general principle, affirmed in the *Lugano* case, that an administrative tribunal does not have the power, in the absence of express statutory authority, to set aside its decision, there is judicial opinion to suggest that where a tribunal recognizes that it has failed to observe the rules of natural justice it may treat its decision as a nullity and rehear the case.<sup>7</sup>

The CRDD quoted my decision in *Chaudhry*<sup>8</sup> in support of the proposition that a decision may be

façon définitive la question de sa compétence et que, par conséquent, la SSR n'était pas *functus officio*.

6 La formation a ensuite examiné un moyen subsidiaire par lequel on prétendait que, si la formation du 15 novembre avait jugé qu'elle n'était pas compétente, la formation du 29 mai serait tenue de réexaminer cette décision en tout état de cause pour examiner les conséquences juridiques de la décision du 10 mai. Par conséquent, la formation a conclu que, comme le requérant n'avait pas bénéficié de la justice naturelle lors du prononcé de la décision de la formation du 15 novembre, la procédure était nulle. La SSR a déclaré qu'elle concluait que la décision du 15 novembre était [TRADUCTION] «entachée d'une erreur fondamentale» en raison notamment de certaines ambiguïtés procédurales.

7 Pour en venir à cette conclusion, la formation du 29 mai a examiné le pouvoir que possède une formation de la section du statut de réfugié de réexaminer la décision rendue par une autre formation. La formation a fait remarquer qu'il est de jurisprudence constante qu'en l'absence d'autorisation expresse de la loi, un tribunal administratif créé par la loi n'a pas le pouvoir général d'annuler ses propres décisions<sup>2</sup>. La formation a toutefois fait remarquer qu'une décision peut être réexaminée en common law lorsque la question en litige qui était soumise au tribunal n'a pas été abordée<sup>3</sup>. Suivant le tribunal administratif, dans son ouvrage *Hearings before Administrative Tribunals*, l'auteur Macaulay souligne qu'une décision peut être réexaminée lorsque l'erreur qui a été commise porte atteinte à l'intégrité du processus juridictionnel<sup>4</sup>. La SSR peut réexaminer une décision lorsqu'un déni de justice naturelle a été commis lors de l'audience initiale. Ce principe a été posé dans l'arrêt *Woldu*<sup>5</sup> et qui a été cité dans l'arrêt *Gill*<sup>6</sup>, dans lequel la Cour a statué que:

Nonobstant le principe général confirmé dans *Lugano*, à savoir qu'en l'absence d'autorisation expresse de la loi, un tribunal administratif n'a pas le pouvoir d'annuler sa propre décision, un courant de jurisprudence suggère que, lorsqu'un tribunal reconnaît n'avoir pas appliqué les règles de justice naturelle, il peut annuler sa décision et réentendre l'affaire<sup>7</sup>.

La SSR a cité la décision que j'ai rendue dans l'affaire *Chaudhry*<sup>8</sup> à l'appui de la proposition qu'une

reopened where there has been a breach of natural justice.

8 In the result, the 29 May panel determined that the applicant had a right to a hearing into the merits of his case which had been denied to him by the actions of the 15 November panel. The 29 May panel decided that, if the 15 November panel had reached a decision, it had failed to observe the rules of natural justice in so doing. The 29 May panel concluded [at pages 52-54 of QL]:

In making its determination it committed an egregious procedural error which deprived the claimant of the procedures created by the Act. It made its decision based on a single piece of paper whose authenticity was itself contested by an official of the Board from whose office the document emanated. The panel never concerned itself with whether the legal requirements of a domestic refugee determination under the Act—a hearing pursuant to section 69.1 or administrative positive determination in compliance with section 69.1(7.1)—had actually been complied with. The then panel's treatment of a most serious and unusual matter, one where caution had to be exercised in the extreme, has left the claimant with his claim never heard. As a result, his status is yet undetermined, his attempt to seek landing has been thwarted.

Thus, in the alternative, if we have erred in our decision that the panel of 15 November 1993 did not rule on jurisdiction, we find their ruling fatally flawed by disregard of the statutory requisites for a domestic refugee determination, disregard for the substantial ultimate issue, and procedural ambiguity. For the reasons we have addressed above, in respect of both the substantial ultimate issue and the specific question of the status of the "Notice of Decision," we find that the proceedings of 15 November 1993 were, if a decision were intended, so defective as to be an absolute nullity.

## ISSUES

9 The applicant has identified two issues for determination:

décision peut être réexaminée lorsqu'il y a eu un manquement aux règles de justice naturelle.

Par conséquent, la formation du 29 mai a décidé 8 que le requérant avait le droit d'être entendu sur le fond et que ce droit qui lui avait été nié en raison des agissements de la formation du 15 novembre. La formation du 29 mai a jugé que, si la formation du 15 novembre avait effectivement rendu une décision, elle n'avait pas observé les règles de justice naturelle en la rendant. La formation du 29 mai a conclu en disant [aux pages 52 à 54 de QL]:

[TRADUCTION] En rendant sa décision, la formation a commis une grave erreur procédurale qui a eu pour effet de priver le revendicateur des procédures prévues par la Loi. Elle a rendu sa décision en se fondant sur un seul document dont l'authenticité elle-même était contestée par un fonctionnaire de la Commission du bureau duquel il émanait. La formation ne s'est jamais interrogée sur la question de savoir si les exigences prévues par la Loi en ce qui concerne la reconnaissance du statut de réfugié au Canada—la tenue d'une audience conforme au paragraphe 69.1 ou le prononcé d'une décision administrative favorable conforme au paragraphe 69.1(7.1)—avaient effectivement été respectées. Par suite de la façon dont la formation a ensuite traité cette affaire fort grave et inusitée dans laquelle il convenait de faire preuve d'une prudence extrême, la revendication du demandeur n'a jamais été entendue. En conséquence, son statut n'a pas encore été déterminé et les démarches qu'il a entreprises en vue d'obtenir le droit d'établissement ont été contrecarrées.

Ainsi donc, à titre subsidiaire, si nous avons tort de conclure que la formation du 15 novembre 1993 ne s'est pas prononcée sur sa compétence, nous concluons que la décision qu'elle a rendue était entachée d'une erreur fondamentale, en raison de certaines ambiguïtés procédurales et du fait que la formation n'a tenu compte ni des exigences prévues par la Loi en ce qui concerne la reconnaissance du statut de réfugié au Canada ni de l'ultime question de fond. Pour les motifs que nous avons déjà exposés, tant en ce qui concerne la question de fond ultime que la question précise du statut de l'«avis de décision», nous concluons que l'audience du 15 novembre 1993—si tant est que la formation ait voulu rendre une décision—est irrégulière au point d'être entachée de nullité absolue.

## QUESTIONS EN LITIGE

Le requérant demande à la Cour de trancher les 9 deux questions suivantes:

10 1. Was the Board (the CRDD) acting within its jurisdiction when it reviewed its own decision?

11 2. Was there a breach of natural justice which would allow the Board to review its own decision?

### STATUTORY PROVISIONS

12 The powers of the CRDD are set out in sections 67 [(as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), 68 (as am. *idem*; S.C. 1992, c. 49, s. 57), 68.1 (as enacted *idem*, s. 58), 69 (as am. *idem*, s. 59), 69.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60), 69.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 61), 69.3 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 62)] to 69.3 of the Act. The CRDD's jurisdiction is set out in section 67 of the Act as follows:

67. (1) The Refugee Division has, in respect of proceedings under section 69.1 and 69.2, sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction.

(2) The Refugee Division, and each member thereof, has all the powers and authority of a commissioner appointed under Part I of the *Inquiries Act* and, without restricting the generality of the foregoing, may, for the purposes of a hearing,

(a) issue a summons to any person requiring that person to appear at the time and place mentioned therein to testify with respect to all matters within that person's knowledge relative to the subject-matter of the hearing and to bring and produce any document, book or paper that the person has or controls relative to that subject-matter;

(b) administer oaths and examine any person on oath;

(c) issue commissions or requests to take evidence in Canada; and

(d) do any other thing necessary to provide a full and proper hearing.

Subsection 69.1(7.1) provides for determinations without hearings:

10 1. La Commission (la SSR) a-t-elle respecté les limites de sa compétence en réexaminant sa propre décision?

11 2. Y a-t-il eu un manquement aux règles de justice naturelle qui permettrait à la Commission de réexaminer sa propre décision?

### DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

12 Les pouvoirs de la SSR sont énoncés aux articles 67 [(mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18), 68 (mod., *idem*; L.C. 1992, ch. 49, art. 57), 68.1 (édicte, *idem*, art. 58), 69 (mod., *idem*, art. 59), 69.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60), 69.2 (édicte, par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18), 69.3 (édicte, *idem*; L.C. 1992, ch. 49, art. 62)] à 69.3 de la Loi. Voici en quels termes l'article 67 définit la compétence de la SSR:

67. (1) La section du statut a compétence exclusive, en matière de procédures visées aux articles 69.1 et 69.2, pour entendre et juger sur des questions de droit et de fait, y compris des questions de compétence.

(2) La section du statut et chacun de ses membres sont investis des pouvoirs d'un commissaire nommé aux termes de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*. Ils peuvent notamment, dans le cadre d'une audience:

a) par citation adressée aux personnes ayant connaissance de faits se rapportant à l'affaire dont ils sont saisis, leur enjoindre de comparaître comme témoins aux date, heure et lieu indiqués et d'apporter et de produire tous documents, livres ou pièces, utiles à l'affaire, dont elles ont la possession ou la responsabilité;

b) faire prêter serment et interroger sous serment;

c) par commission rogatoire ou requête, faire recueillir des éléments de preuve au Canada;

d) prendre toutes autres mesures nécessaires à une instruction approfondie de l'affaire.

Le paragraphe 69.1(7.1) permet à la section du statut de reconnaître le statut de réfugié sans tenir d'audience:

## 69.1 . . .

(7.1) Notwithstanding subsections (1) and (2), where the Minister does not, at any time within the period prescribed by rules made under subsection 65(1), notify the Refugee Division that the Minister intends to participate in accordance with subsection (5) at any hearing into a person's claim to be a Convention refugee, a member of the Refugee Division may, in accordance with any rules made under paragraph 65(1)(d), determine that the person is a Convention refugee without a hearing into the matter.

13 The *Convention Refugee Determination Division Rules*<sup>9</sup> (the Rules) govern the CRDD's practice and procedure. These Rules are made pursuant to the rule-making authority granted to the Chairperson of the Immigration and Refugee Board pursuant to section 65 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 55] of the Act. Any rules so made are subject to the approval of the Governor in Council. Rule 19 allows for determinations without hearings:

19. (1) Where a member receives a file pursuant to paragraph 18(3)(b),<sup>10</sup> the member, before determining that the person concerned is a Convention refugee without a hearing into the matter, shall verify that

(a) the Minister has not given notice of the Minister's intention to participate at the hearing within the periods referred to in subrule 8(2); and

(b) the information with respect to the claim that is provided by the person concerned is sufficient to enable the member to determine that the person concerned is a Convention refugee, without a hearing into the matter.

(2) Where, after verification of the matters in subrule (1), a member determines that the person concerned is a Convention refugee, the member shall forthwith render the member's decision and shall send the file to the registrar;

(3) Where a member decides that the person concerned cannot be determined to be a Convention refugee without a hearing into the matter, the member shall send the file to the registrar so that a date for a hearing may be fixed.

Rules 29 to 31 deal with decisions of the CRDD:

29. In the event of a split decision on an interlocutory matter, the presiding member shall have the deciding vote.

## 69.1 . . .

(7.1) Par dérogation aux paragraphes (1) et (2), dans le cas où le ministre n'a pas avisé la section du statut dans le délai prévu par les règles mentionnées au paragraphe 65(1) qu'il entend intervenir au titre du paragraphe (5) à l'égard d'une revendication, le statut de réfugié peut être reconnu à l'intéressé par un membre de la section du statut conformément à la procédure établie par les règles mentionnées à l'alinéa 65(1)d) sans qu'il soit nécessaire de tenir une audience.

13 Les *Règles de la section du statut de réfugié*<sup>9</sup> (les Règles) régissent la pratique et la procédure de la SSR. Ces règles sont établies en vertu du pouvoir de réglementation conféré au président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié par l'article 65 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 55] de la Loi. Les règles ainsi établies sont assujetties à l'agrément du gouverneur en conseil. L'article 19 des Règles permet dans les termes suivants de reconnaître le statut de réfugié sans audience:

19. (1) Sur réception du dossier visé à l'alinéa 18(3)b)<sup>10</sup>, le membre, avant de déterminer que le statut de réfugié au sens de la Convention peut être reconnu à l'intéressé sans qu'il soit nécessaire de tenir une audience, vérifie que:

a) le ministre n'a pas, dans les délais visés au paragraphe 8(2), donné avis de son intention de participer à l'audience;

b) les renseignements fournis par l'intéressé à l'égard de sa revendication sont suffisants pour qu'il puisse lui reconnaître le statut de réfugié sans qu'il soit nécessaire de tenir une audience.

(2) Dans le cas où le membre détermine, après avoir fait les vérifications visées au paragraphe (1), que le statut de réfugié au sens de la Convention peut être reconnu à l'intéressé, il rend sa décision sur-le-champ et transmet le dossier au greffier.

(3) Dans le cas où le membre détermine que le statut de réfugié au sens de la Convention ne peut être reconnu à l'intéressé sans la tenue d'une audience, il transmet le dossier au greffier afin qu'une date d'audience soit fixée.

Les articles 29 à 31 des Règles traitent des décisions de la SSR:

29. En cas de décision partagée en matière interlocutoire, le président de l'audience a voix prépondérante.

30. The registrar shall sign all notices of decisions of the Refugee Division and shall forthwith serve the Minister and the person concerned with a copy of all such notices.

31. A request made to the Refugee Division pursuant to paragraph 69.1(11)(b) or 69.3(7)(b) of the Act for written reasons for a decision shall be in writing and filed at the registry.

Finally, Rule 39 provides the CRDD with jurisdiction over its own procedures:

39. These Rules are not exhaustive and, where any matter that is not provided for in these Rules arises in the course of any proceeding, the Refugee Division may take whatever measures are necessary to provide for a full and proper hearing and to dispose of the matter expeditiously.

## DISCUSSION

### A. APPLICANT'S POSITION

#### 1. Jurisdiction of the CRDD

14 The applicant notes that the CRDD's jurisdiction is set out in subsection 67(1) of the Act. The Act, according to the applicant, does not expressly authorize a reconsideration of a decision of a panel of the CRDD. Once a decision on the law, facts or jurisdiction has been made, the Act provides for judicial review of that decision pursuant to subsection 82.1(1) of the Act. The applicant submits that if the CRDD is of the belief that there has been an error of fact or law in the decision or order of a panel, it cannot simply instruct the Registrar to disregard its earlier decision and set the matter down for a new hearing. The CRDD must look to what is expressly stated in its enabling legislation. The only route available in the event the Minister does not concur with the 10 May decision is to request leave to review the decision in the Federal Court.

15 The applicant asserts that a tribunal exercising adjudicative powers may not retry a matter after it

30. Le greffier signe les avis des décisions rendues par la section du statut et en signifie sans délai une copie au ministre et à l'intéressé.

31. La demande d'un exposé écrit des motifs d'une décision, faite conformément aux alinéas 69.1(11)b) ou 69.3(7)b) de la Loi, est présentée par écrit à la section du statut et déposée au greffe.

Finally, l'article 39 des Règles confère à la SSR la compétence sur sa propre procédure:

39. Les présentes règles ne sont pas exhaustives; en l'absence de dispositions sur des questions qui surviennent dans le cadre d'une procédure, la section du statut peut prendre les mesures voulues pour assurer une instruction approfondie de l'affaire et le règlement des questions de façon expéditive.

## ANALYSE

### A. THÈSE DU REQUÉRANT

#### 1. Compétence de la SSR

14 Le requérant fait remarquer que la compétence de la SSR est énoncée au paragraphe 67(1) de la Loi. Suivant le requérant, la Loi ne permet pas expressément de réexaminer une décision rendue par une formation de la SSR. Une fois qu'une décision a été rendue sur le droit, les faits ou la compétence, la Loi permet de demander le contrôle judiciaire de cette décision en vertu du paragraphe 82.1(1) de la Loi. Le requérant soutient que si la SSR estime qu'une formation a commis une erreur de fait ou de droit dans la décision ou l'ordonnance qu'elle a rendue, elle ne peut se contenter de donner pour instructions au greffier de ne pas tenir compte de sa décision antérieure et d'inscrire l'affaire au rôle pour la tenue d'une nouvelle audience. La SSR doit tenir compte des dispositions expresses de sa loi habilitante. La seule voie de recours ouverte au ministre s'il ne souscrit pas à la décision du 10 mai consiste à solliciter l'autorisation de faire contrôler cette décision par la Cour fédérale.

15 Le requérant soutient que le tribunal administratif qui exerce des pouvoirs juridictionnels ne peut ins-

has disposed of that matter in accordance with the governing legislation, unless it is expressly authorized to do so by that governing legislation.<sup>11</sup> This is the principle of *functus officio*.<sup>12</sup> Both the 15 November panel and the 29 May panel, according to the applicant, were *functus officio*, since a final decision had been rendered by the CRDD on 10 May 1993. Both panels were therefore without jurisdiction.

## 2. Breach of natural justice

16 Even though the principle that a tribunal may not review its own decision unless expressly authorized by statute is well-established in law, certain exceptions to this rule have arisen in the case of administrative tribunals. The first exception to this principle occurs where the governing statute adds a non-adjudicative function to the adjudicative function.<sup>13</sup> The applicant submits that this exception is not applicable to the case at bar since the function of the CRDD is purely adjudicative.

17 A second exception to this rule arises where there has been a breach of natural justice. An administrative tribunal may declare its own decision a nullity in such a case. This exception, according to the applicant, may only be used to the benefit of the person who has been denied natural justice by the administrative tribunal, and who has been harmed by that denial. In such a case, the tribunal may cure its own defect by rehearing the claim.<sup>14</sup> The applicant submits that there has been no breach of natural justice that would necessitate the invocation of this second exception. Even though the applicant was not given a hearing, the 10 May decision did not result in harm being brought to the applicant. The panel of the CRDD which issued the positive notice of decision dated 10 May 1993 treated the applicant fairly, according to the applicant's submissions. The applicant had the right to a hearing, to unbiased adjudication, to fair procedure and a reasonable opportunity to present his case.

truire de nouveau une affaire qu'il a déjà tranchée conformément à la loi qui le régit que si cette dernière lui permet expressément de le faire<sup>11</sup>. C'est le principe du dessaisissement (appelé également «principe du *functus officio*»)<sup>12</sup>. Selon le requérant, tant la formation du 15 novembre que celle du 29 mai étaient dessaisies de l'affaire, étant donné que la SSR avait rendu une décision définitive le 10 mai 1993. Les deux formations n'avaient donc pas compétence.

## 2. Manquement aux règles de justice naturelle

Même si le principe qu'un tribunal administratif ne peut réexaminer ses propres décisions que s'il est expressément autorisé à le faire en vertu de la loi est bien établi en droit, ce principe souffre certaines exceptions dans le cas des tribunaux administratifs. La première exception à ce principe se produit lorsque la loi applicable ajoute une fonction non juridictionnelle à la fonction juridictionnelle du tribunal administratif<sup>13</sup>. Le requérant affirme que cette exception ne s'applique pas au cas qui nous occupe, étant donné que la fonction qu'exerce la SSR est purement juridictionnelle.

Il existe une seconde exception à ce principe lorsqu'il y a eu un manquement aux règles de justice naturelle. Un tribunal administratif peut en pareil cas annuler sa propre décision. Suivant le requérant, cette exception ne peut être invoquée qu'au profit de la personne à qui le tribunal administratif a nié la justice naturelle et qui a subi un préjudice en raison de ce déni de justice. En pareil cas, le tribunal administratif peut corriger son propre manquement en réentendant la demande<sup>14</sup>. Le requérant soutient qu'il n'y a pas eu en l'espèce de manquement aux règles de justice naturelle qui nécessiterait l'invocation de cette seconde exception. Même si le requérant n'a pas bénéficié d'une audience, la décision du 10 mai n'a pas eu pour effet de lui causer un préjudice. Le requérant affirme, dans ses observations, qu'il a été traité équitablement par la formation de la SSR qui lui a transmis l'avis de décision favorable daté du 10 mai 1993. Le requérant avait droit à une audition, à une décision impartiale, à une procédure équitable et à une possibilité raisonnable de faire valoir son point de vue.

## B. RESPONDENT'S POSITION

### 1. Jurisdiction

18 The respondent submits that the 29 May panel did not err in determining that the 15 November panel did not make a final disposition regarding the applicant's Convention refugee claim. The respondent observes that the evidence before the 29 May panel, which included the minutes from the 15 November 1993 hearing, indicated that the 15 November panel doubted that it had jurisdiction to hear the applicant's claim but decided to adjourn the matter. As such, the 29 May panel, in the respondent's submission, properly concluded that the panel on 15 November had made no conclusive decision on the issue of its jurisdiction and therefore it was not *functus officio* and could consider the purported decision dated 10 May 1993 and the applicant's Convention refugee claim.

19 The respondent further submits that the evidence before the 29 May panel supports the findings of fact made by the CRDD in rendering its decision. In particular, the evidence supports the CRDD's conclusions that a true decision respecting the applicant's Convention refugee claim had not been made on 10 May 1993 or otherwise, that the 15 November panel adjourned the applicant's hearing, and that the 29 May panel had the jurisdiction to proceed with the applicant's claim.

### 2. Breach of Natural Justice

20 The respondent submits that the 29 May panel did not err in finding that if the 15 November panel did finally dispose of the applicant's claim, then the applicant was denied natural justice. The 29 May panel therefore had jurisdiction to reopen the matter. A tribunal may reopen or rehear a matter where the tribunal recognizes that it has failed in according a claimant natural justice. A tribunal may consider a

## B. THÈSE DE L'INTIMÉ

### 1. Compétence

L'intimé soutient que la formation du 29 mai n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a jugé que la formation du 15 novembre n'avait pas rendu de décision définitive au sujet de la revendication du statut de réfugié du requérant. L'intimé fait observer qu'il ressortait des éléments de preuve portés à la connaissance de la formation du 29 mai—et notamment du procès-verbal de l'audience du 15 novembre 1993—que la formation du 15 novembre doutait qu'elle avait compétence pour entendre la revendication du requérant, mais qu'elle a toutefois décidé d'ajourner l'affaire. Suivant l'intimé, la formation du 29 mai a conclu à bon droit que la formation du 15 novembre n'avait rendu aucune décision concluante sur la question de sa propre compétence et qu'elle n'était donc pas *functus officio* et qu'elle pouvait examiner la présumée décision du 10 mai 1993 ainsi que la revendication du statut de réfugié du requérant.

L'intimé soutient en outre que les éléments de preuve portés à la connaissance de la formation du 29 mai appuient les conclusions de fait que la SSR a tirées pour rendre sa décision. En particulier, la preuve appuie la conclusion de la SSR suivant laquelle aucune décision véritable n'a été rendue le 10 mai 1993 ou à une autre date au sujet de la revendication du statut de réfugié du requérant, que la formation du 15 novembre a ajourné l'audition de la revendication du requérant et que la formation du 29 mai avait compétence pour entendre la revendication du requérant.

### 2. Manquement aux règles de justice naturelle

L'intimé soutient que la formation du 29 mai n'a pas commis d'erreur en concluant que, si la formation du 15 novembre avait effectivement réglé la revendication du requérant de façon définitive, le requérant avait subi un déni de justice naturelle. La formation du 29 mai avait donc compétence pour réentendre l'affaire. Un tribunal administratif peut rouvrir ou réentendre une affaire lorsqu'il reconnaît

previous decision a nullity and reconsider the matter if the hearing resulting in the previous decision was not held according to the rules of natural justice.<sup>15</sup> Given that the 29 May panel found that the notice of decision had been placed on the applicant's file in error and that no hearing had been held into the merits of the applicant's claim, the panel, according to the respondent, properly concluded that, if the 15 November panel disposed of the applicant's claim, then the applicant's Convention refugee application had never been dealt with. As a result, the 29 May panel correctly found that the applicant had been denied a fair procedure by the previous panel, in that the effect of the panel's action was to cast the applicant into "legal limbo" regarding his status in Canada, without having had an opportunity to bring evidence and make his case.

### C. ANALYSIS

21 In the case at bar, it is clear that the 29 May panel had the authority to consider the issue of jurisdiction, pursuant to subsection 67(1) of the Act. The panel's decision is somewhat confusing: the 29 May panel first concludes:

We find that the panel on 15 November 1993 made no conclusive decision. It did not reach the conclusion Counsel suggests. It reached no final conclusion on the issue of its jurisdiction. Accordingly, the CRDD is not *functus officio*, and can consider the purported positive decision dated 10 May 1993. (At page 13 (QL) of the CRDD's reasons; page 14 of the applicant's record.)

The panel then continues:

If we have erred in our interpretation of the effect of the hearing on 15 November 1993, and the panel did then determine that it had no jurisdiction, it would be necessary to reopen that decision in order to examine the legal effect of the purported positive decision dated 10 May 1993. We turn now to a consideration of the facts upon which that decision was based and our jurisdiction to

qu'il n'a pas accordé la justice naturelle au requérant. Le tribunal administratif peut annuler la décision qu'il a déjà rendue et réexaminer l'affaire si l'audience qui a abouti à sa décision antérieure ne s'est pas déroulée conformément aux règles de justice naturelle<sup>15</sup>. Compte tenu du fait que la formation du 29 mai a conclu que l'avis de décision avait été versé au dossier du requérant par erreur et qu'aucune audience n'a été tenue sur le fond de la revendication du requérant, c'est, selon l'intimé, à bon droit que la formation a conclu que, si la formation du 15 novembre a réglé la revendication du requérant, la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention du requérant n'a jamais été examinée. Par conséquent, la formation du 29 mai a conclu à juste titre que le requérant s'était vu refuser une procédure équitable par la formation préalable, en ce sens que les agissements de la formation en question ont eu pour effet de placer le requérant «dans les limbes» sur le plan juridique en ce qui concerne son statut au Canada et de le priver de la possibilité de présenter des éléments de preuve et de faire valoir son point de vue.

### C. ANALYSE

En l'espèce, il est évident que la formation du 29 mai avait, en vertu du paragraphe 67(1) de la Loi, le pouvoir d'examiner la question de sa compétence. La décision de la formation est quelque peu déroutante. En effet, elle commence par dire:

[TRADUCTION] Nous concluons que la formation du 15 novembre 1993 n'a rendu aucune décision concluante. Elle n'en est pas venue à la conclusion que l'avocate prétend qu'elle a tirée. Elle n'a tiré aucune conclusion définitive sur la question de sa compétence. En conséquence, la SSR n'est pas dessaisie de l'affaire et elle peut examiner la décision qui aurait été rendue le 10 mai 1993. (Page 13 (QL) des motifs de la SSR; page 14 du dossier du requérant.)

La formation poursuit en disant:

[TRADUCTION] Si nous avons commis une erreur dans notre interprétation des conséquences de l'audience du 15 novembre 1993 et si la formation a effectivement jugé lors de cette audience qu'elle n'avait pas compétence, il serait nécessaire de réexaminer la décision en question pour analyser les conséquences juridiques de la décision favorable qui aurait été rendue le 10 mai 1993. Nous passons

review it. Because the law in regard to this jurisdiction is technical it is necessary to deal with the factual background prior to deciding whether or not we have jurisdiction to set aside the decision. With these facts in mind we will return to the question of whether or not there is jurisdiction to examine the decision and declare it null and void. (At page 13 (QL) of the CRDD's reasons; page 14 of the applicant's record.)

In the result, the panel finds that, since the applicant was accorded no natural justice in the rendering of the 15 November panel's decision, the proceedings were a nullity. The CRDD states:

Thus, in the alternative, if we have erred in our decision that the panel of 15 November 1993 did not rule on jurisdiction, we find their ruling fatally flawed by disregard of the statutory requisites for a domestic refugee determination, disregard for the substantial ultimate issue, and procedural ambiguity. For the reasons we have addressed above, in respect of both the substantial ultimate issue and the specific question of the status of the "Notice of Decision", we find that the proceedings of 15 November 1993 were, if a decision were intended, so defective as to be an absolute nullity. (At pages 53-54 (QL) of the CRDD's reasons; page 41 of the applicant's record.)

22 It is trite law that once a tribunal has rendered a final decision, that tribunal's jurisdiction ceases and the tribunal becomes *functus officio*. In the case of administrative tribunals, however, Mr. Justice Sopinka of the Supreme Court of Canada observed in *Chandler* that "[j]ustice may require the reopening of administrative proceedings in order to provide relief which would otherwise be available on appeal".<sup>16</sup> The "breach of natural justice exception" to the principle of *functus officio* was established to allow an administrative tribunal to reopen proceedings where, if the hearing of an application has not been held according to the rules of natural justice, the administrative tribunal may treat its decision as a nullity and reconsider the matter.<sup>17</sup> The "natural justice exception" has usually been invoked by unsuccessful refugee claimants where, for example, the CRDD has failed to consider evidence of

maintenant à l'examen des faits sur lesquels cette décision est fondée et à la question de notre compétence pour examiner cette décision. Étant donné que les règles de droit qui régissent cette compétence sont techniques, il est nécessaire d'examiner le contexte factuel avant de décider si nous sommes compétents ou non pour annuler la décision en question. En tenant compte de ces faits, nous reviendrons à la question de savoir si nous avons ou non compétence pour examiner la décision et la déclarer nulle et non avenue. (Page 13 (QL) des motifs de la SSR; page 14 du dossier du requérant.)

Finalement, la formation conclut que, comme la formation du 15 novembre n'a pas accordé la justice naturelle au requérant en rendant sa décision, l'audience est entachée de nullité. La SSR déclare:

[TRADUCTION] Ainsi donc, à titre subsidiaire, si nous avons tort de conclure que la formation du 15 novembre 1993 ne s'est pas prononcée sur sa compétence, nous concluons que la décision qu'elle a rendue était entachée d'une erreur fondamentale, en raison de certaines ambiguïtés procédurales et du fait que la formation n'a tenu compte ni des exigences prévues par la loi en ce qui concerne la reconnaissance du statut de réfugié au Canada ni de l'ultime question de fond. Pour les motifs que nous avons déjà exposés, tant en ce qui concerne la question de fond ultime que la question précise du statut de l'«avis de décision», nous concluons que l'audience du 15 novembre 1993—si tant est que la formation ait voulu rendre une décision—est irrégulière au point d'être entachée de nullité absolue. (Pages 53 et 54 (QL) des motifs de la SSR; page 41 du dossier du requérant.)

C'est un principe élémentaire de droit qu'une fois 22 qu'un tribunal administratif a rendu une décision définitive, il cesse d'avoir compétence et est dessaisi de l'affaire. Toutefois, dans le cas des tribunaux administratifs, le juge Sopinka de la Cour suprême du Canada a fait observer, dans l'arrêt *Chandler*, que «[i]l est possible que des procédures administratives doivent être rouvertes, dans l'intérêt de la justice, afin d'offrir un redressement qu'il aurait par ailleurs été possible d'obtenir par voie d'appel»<sup>16</sup>. L'«exception du manquement à la justice naturelle» au principe du dessaisissement a été établie pour permettre à un tribunal administratif de rouvrir une audience lorsque, dans le cas où il a été jugé que l'audition de la demande ne s'est pas déroulée conformément aux règles de justice naturelle, le tribunal administratif peut considérer sa décision comme nulle et réexaminer l'affaire<sup>17</sup>. L'«exception de la justice naturelle» a

changed country conditions.<sup>18</sup> Neither party brought any case law to my attention in which the CRDD invoked the natural justice exception on behalf of a claimant where the claimant himself or herself did not invoke it.

habituellement été invoquée par des revendicateurs du statut de réfugié éconduits dans les cas où, par exemple, la SSR n'a pas tenu compte des éléments de preuve portant sur l'évolution de la situation dans le pays d'origine<sup>18</sup>. Ni l'une ni l'autre des parties n'a soumis à mon attention de jurisprudence dans laquelle la SSR a invoqué l'exception de la justice naturelle au nom d'un revendicateur lorsque le revendicateur—ou la revendicatrice—ne l'avait pas lui-même—ou elle-même—invocée.

23 The leading case on the principle of *functus officio* is the Supreme Court of Canada's decision in *Chandler*. In *Chandler*, the Court reviewed the application of the principle. Sopinka J. stated:

L'arrêt qui fait autorité en ce qui concerne le principe du dessaisissement est l'arrêt *Chandler* de la Cour suprême du Canada. Dans l'arrêt *Chandler*, la Cour a examiné l'application de ce principe. Le juge Sopinka a déclaré:

Functus Officio

The general rule that a final decision of a court cannot be reopened derives from the decision of the English Court of Appeal in *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88. The basis for it was that the power to rehear was transferred by the *Judicature Acts* to the appellate division. The rule applied only after the formal judgment had been drawn up, issued and entered, and was subject to two exceptions:

1. where there had been a slip in drawing it up, and,
2. where there was an error in expressing the manifest intention of the court.<sup>19</sup>

Sopinka J. went on to say that, in the case of administrative tribunals, a different rule may apply. He stated:

In *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577, Martland J., speaking for himself and Laskin J., opined that the same reasoning did not apply to the Immigration Appeal Board from which there was no appeal except on a question of law. Although this was a dissenting judgment, only Pigeon J. of the five judges who heard the case disagreed with this view. At page 589 Martland J. stated:

The same reasoning does not apply to the decisions of the Board, from which there is no appeal, save on a question of law. There is no appeal by way of a rehearing.

...

I do not understand Martland J. to go so far as to hold that *functus officio* has no application to administrative

Functus Officio

La règle générale portant qu'on ne saurait revenir sur une décision judiciaire définitive découle de la décision de la Court of Appeal d'Angleterre dans *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88. La cour y avait conclu que le pouvoir d'entendre à nouveau une affaire avait été transféré à la division d'appel en vertu des *Judicature Acts*. La règle ne s'appliquait que si le jugement avait été rédigé, prononcé et inscrit, et elle souffrait deux exceptions:

1. lorsqu'il y avait eu un lapsus en le rédigeant ou
2. lorsqu'il y avait une erreur dans l'expression de l'intention manifeste de la cour<sup>19</sup>.

Le juge Sopinka a poursuivi en précisant que, dans le cas des tribunaux administratifs, un principe différent pouvait s'appliquer. Il a déclaré:

Dans *Grillas c. Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577, le juge Martland s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Laskin, s'est dit d'avis que le même raisonnement ne s'appliquait pas à la Commission d'appel de l'immigration dont les décisions ne pouvaient faire l'objet d'un appel que sur une question de droit. Même s'il s'agissait d'une opinion dissidente, seul le juge Pigeon, parmi les cinq juges ayant entendu l'affaire, n'y a pas souscrit. Le juge Martland affirme, à la p. 589:

Le même raisonnement ne s'applique pas aux décisions de la Commission, dont il n'y a pas d'appel, sauf sur une question de droit. Il n'y a pas d'appel par voie de nouvelle audition.

...

Je ne crois pas que le juge Martland ait voulu affirmer que le principe *functus officio* ne s'applique aucunement

tribunaux. Apart from the English practice which is based on a reluctance to amend or reopen formal judgments, there is a sound policy reason for recognizing the finality of proceedings before administrative tribunals. As a general rule, once such a tribunal has reached a final decision in respect to the matter that is before it in accordance with its enabling statute, that decision cannot be revisited because the tribunal has changed its mind, made an error within jurisdiction or because there has been a change of circumstances. It can only do so if authorized by statute or if there has been a slip or error within the exceptions enunciated in *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, *supra*.<sup>20</sup>

Sopinka J. continued:

To this extent, the principle of *functus officio* applies. It is based, however, on the policy ground which favours finality of proceedings rather than the rule which was developed with respect to formal judgments of a court whose decision was subject to a full appeal. For this reason I am of the opinion that its application must be more flexible and less formalistic in respect to the decisions of administrative tribunals which are subject to appeal only on a point of law. Justice may require the reopening of administrative proceedings in order to provide relief which would otherwise be available on appeal.

Accordingly, the principle should not be strictly applied where there are indications in the enabling statute that a decision can be reopened in order to enable the tribunal to discharge the function committed to it by enabling legislation. This was the situation in *Grillas*, *supra*.

Furthermore, if the tribunal has failed to dispose of an issue which is fairly raised by the proceedings and of which the tribunal is empowered by its enabling statute to dispose, it ought to be allowed to complete its statutory task.<sup>21</sup>

While the principle of *functus officio* favours the finality of proceedings, its application is flexible in the case of administrative tribunals. Proceedings may be reopened if justice requires it. I am of the opinion that, in the instant case, the CRDD discharged the function committed to it by its enabling legislation by issuing the 10 May decision, a decision which is valid on its face.

24 In the case at bar, the real issue to be canvassed, in my view, is whether or not the 29 May panel

aux tribunaux administratifs. Si l'on fait abstraction de la pratique suivie en Angleterre, selon laquelle on doit hésiter à modifier ou à rouvrir des jugements officiels, la reconnaissance du caractère définitif des procédures devant les tribunaux administratifs se justifie par une bonne raison de principe. En règle générale, lorsqu'un tel tribunal a statué définitivement sur une question dont il était saisi conformément à sa loi habilitante, il ne peut revenir sur sa décision simplement parce qu'il a changé d'avis, parce qu'il a commis une erreur dans le cadre de sa compétence, ou parce que les circonstances ont changé. Il ne peut le faire que si la loi le lui permet ou s'il y a eu un lapsus ou une erreur au sens des exceptions énoncées dans l'arrêt *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, précité<sup>20</sup>.

Le juge Sopinka a poursuivi en disant:

Le principe du *functus officio* s'applique dans cette mesure. Cependant, il se fonde sur un motif de principe qui favorise le caractère définitif des procédures plutôt que sur la règle énoncée relativement aux jugements officiels d'une cour de justice dont la décision peut faire l'objet d'un appel en bonne et due forme. C'est pourquoi j'estime que son application doit être plus souple et moins formaliste dans le cas de décisions rendues par des tribunaux administratifs qui ne peuvent faire l'objet d'un appel que sur une question de droit. Il est possible que des procédures administratives doivent être rouvertes, dans l'intérêt de la justice, afin d'offrir un redressement qu'il aurait par ailleurs été possible d'obtenir par voie d'appel.

Par conséquent, il ne faudrait pas appliquer le principe de façon stricte lorsque la loi habilitante porte à croire qu'une décision peut être rouverte afin de permettre au tribunal d'exercer la fonction que lui confère sa loi habilitante. C'était le cas dans l'affaire *Grillas*, précitée.

De plus, si le tribunal administratif a omis de trancher une question qui avait été soulevée à bon droit dans les procédures et qu'il a le pouvoir de trancher en vertu de sa loi habilitante, on devrait lui permettre de compléter la tâche que lui confie la loi<sup>21</sup>.

Bien que le principe du dessaisissement (appelé aussi principe du *functus officio*) favorise le caractère définitif des décisions, son application est souple dans le cas des tribunaux administratifs. Une affaire peut être rouverte si la justice l'exige. Je suis d'avis qu'en l'espèce, la SSR s'est acquittée des fonctions qui lui étaient confiées par sa loi habilitante lorsqu'elle a rendu sa décision du 10 mai et que cette décision est, à première vue, régulière.

Dans le cas qui nous occupe, la véritable question à analyser, selon moi, est celle de savoir si la forma- 24

erred in law by considering the 10 May decision an “administrative error”. Put another way, can the Board question or investigate the making of a decision which, on its face, appears to be valid? As noted above, the decision was properly signed, and stated that the matter was decided “without a hearing”. The governing statute enables the CRDD to make decisions without hearings. It appears that a decision in the applicant’s case was made without a hearing. A notice of decision was duly signed by the Registrar indicating that the claim was determined without a hearing on the 10th day of May 1993, and that the applicant was determined to be a Convention refugee. The 10 May decision appears to be a valid decision, made in conformity with the provisions of the Act. The 29 May panel exceeded its jurisdiction in looking beyond that decision and determining that it was an administrative error. The Board had no jurisdiction to question a decision validly made in conformity with the Act. Once a decision was made, however it was made, both the 15 November and the 29 May panels were *functus officio*, since a decision with respect to the applicant’s Convention refugee status had been made. If the Minister had concerns regarding the legitimacy of the 10 May decision, the proper method by which to address those concerns would have been by way of an application for judicial review of the decision. Once a decision is rendered that on its face appears valid, the procedure for challenging it is by way of an application for judicial review.

25 For the foregoing reasons, this application for judicial review is allowed. As the decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board dated 29 May 1995 was made without jurisdiction regarding the applicant’s claim, the decision must be quashed.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. I-2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73).

tion du 29 mai a commis ou non une erreur de droit en considérant la décision du 10 mai comme une «erreur administrative». En d’autres termes, la Commission peut-elle remettre en question une décision qui semble, à première vue, valide ou enquêter sur les circonstances dans lesquelles cette décision a été prononcée? Ainsi qu’il a déjà été précisé, la décision était régulièrement signée et précisait que l’affaire était réglée «sans audience». La loi applicable autorise la SSR à rendre des décisions sans tenir d’audience. Il semble que, dans le cas du requérant, une décision a été rendue sans qu’une audience ne soit tenue. Un avis de décision a été dûment signé par le greffier, qui y précisait qu’une décision avait été rendue sans audience au sujet de la revendication le 10 mai 1993 et que le statut de réfugié au sens de la Convention avait été reconnu au requérant. La décision du 10 mai semble être régulière et avoir été rendue en conformité avec les dispositions de la Loi. La formation du 29 mai a excédé sa compétence en allant au-delà de cette décision et en jugeant qu’elle constituait une erreur administrative. La Commission n’avait pas compétence pour remettre en question une décision rendue régulièrement et en conformité avec la Loi. Une fois que la décision a été rendue—peu importe la façon dont elle l’a été—les formations du 15 novembre et du 29 mai étaient toutes les deux *functus officio*, étant donné que la revendication du statut de réfugié du requérant avait été tranchée. Si le ministre avait des réserves au sujet de la légitimité de la décision du 10 mai, la bonne façon de s’y prendre pour dissiper ses doutes consistait à demander le contrôle judiciaire de cette décision. Une fois qu’une décision qui semble à première vue régulière est rendue, la façon de la contester consiste à présenter une demande de contrôle judiciaire.

Par ces motifs, la présente demande de contrôle judiciaire est accueillie. Étant donné qu’elle a été rendue sans compétence, la décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié datée du 29 mai 1995 au sujet de la revendication du requérant doit être annulée. 25

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. I-2 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

<sup>2</sup> The panel referred to the following decisions: *Lugano v. Minister of Manpower and Immigration*, [1977] 2 F.C. 605 (C.A.); *Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 288 (C.A.) (hereinafter *Longia*); *Agbona v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 66 F.T.R. 191 (F.C.T.D.), per Noël J.; *Camacho-Souza v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 74 F.T.R. 208 (F.C.T.D.), per Wetston J.; and *Chaudhry v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 104 (T.D.), per Nadon J. (hereinafter *Chaudhry*).

<sup>3</sup> *Severud v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 F.C. 318 (C.A.).

<sup>4</sup> (Toronto: Carswell, 1994), at p. 27A-41.

<sup>5</sup> *Woldu v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 2 F.C. 216 (C.A.) (hereinafter *Woldu*).

<sup>6</sup> *Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 2 F.C. 425 (C.A.), at pp. 428-429 (hereinafter *Gill*).

<sup>7</sup> *Woldu*, supra, note 5, at p. 219.

<sup>8</sup> *Supra*, note 2.

<sup>9</sup> SOR/93-45.

<sup>10</sup> R. 18(3)(b) reads as follows:

18. . . .

(3) After the preliminary conference, the refugee hearing officer shall make a report, and

. . . .

(b) where the Minister has not given notice of the Minister's intention to participate at a hearing within the periods referred to in subrule 8(2), and where the refugee hearing officer is of the opinion that the person could be determined to be a Convention refugee without a hearing, shall forward the file to a member so that the member may decide, in accordance with subsection 69.1(7.1) of the Act and rule 19, whether the person concerned is a Convention refugee, without a hearing into the matter.

<sup>11</sup> *Page v. Canada (Veterans Appeal Board)* (1994), 5 C.C.P.B. 75 (F.C.T.D.), per Joyal J.

<sup>12</sup> *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Nabiye*, [1989] 3 F.C. 424 (C.A.), per Marceau J.A. (hereinafter *Nabiye*).

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Gill*, supra, note 6; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.); *Posluns v. Toronto Stock Exchange et al.*, [1968] S.C.R. 330; *Longia*, supra, note 2.

<sup>15</sup> *Longia*, supra, note 2; *Gill*, supra, note 6; *Woldu*, supra, note 5, at p. 219.

<sup>16</sup> *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, at p. 862 (hereinafter *Chandler*).

<sup>2</sup> La formation a cité les décisions suivantes: *Lugano c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1977] 2 C.F. 605 (C.A.); *Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 288 (C.A.) (ci-après appelée *Longia*); *Agbona c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 66 F.T.R. 191 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), (le juge Noël); *Camacho-Souza c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 74 F.T.R. 208 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), (le juge Wetston) et *Chaudhry c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 104 (1<sup>re</sup> inst.), (le juge Nadon) (ci-après appelée *Chaudhry*).

<sup>3</sup> *Severud c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 C.F. 318 (C.A.).

<sup>4</sup> (Toronto, Carswell, 1994), à la p. 27A-41.

<sup>5</sup> *Woldu c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 C.F. 216 (C.A.) (ci-après appelé *Woldu*).

<sup>6</sup> *Gill c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 2 C.F. 425 (C.A.), aux p. 428 et 429 (ci-après appelé *Gill*).

<sup>7</sup> *Woldu*, précité, note 5, à la p. 219.

<sup>8</sup> *Précité*, note 2.

<sup>9</sup> DORS/93-45.

<sup>10</sup> L'art. 18(3)(b) dispose:

18. . . .

(3) À la suite de la conférence préliminaire, l'agent d'audience rédige un rapport et:

. . . .

b) dans le cas où le ministre n'a pas, dans les délais visés au paragraphe 8(2), donné avis de son intention de participer à l'audience et où l'agent d'audience est d'avis que le statut de réfugié au sens de la Convention pourrait être reconnu à l'intéressé sans la tenue d'une audience, transmet le dossier à un membre afin qu'il détermine, conformément au paragraphe 69.1(7.1) de la Loi et à l'article 19 des présentes règles, si le statut de réfugié au sens de la Convention peut être reconnu à l'intéressé sans qu'il soit nécessaire de tenir une audience.

<sup>11</sup> *Page c. Canada (Tribunal d'appel des anciens combattants)*, (1994), 5 C.C.P.B. 75 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), (le juge Joyal).

<sup>12</sup> *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Nabiye*, [1989] 3 C.F. 424 (C.A.) (le juge d'appel Marceau) (ci-après appelé *Nabiye*).

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Gill*, précité, note 6; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.); *Posluns v. Toronto Stock Exchange et al.*, [1968] R.C.S. 330; *Longia*, précité, note 2.

<sup>15</sup> *Longia*, précité, note 2, *Gill*, précité, note 6, *Woldu*, précité, note 5, à la p. 219.

<sup>16</sup> *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, à la p. 862 (ci-après appelé *Chandler*).

<sup>17</sup> See e.g. *Gill*, *supra*, note 6; *Nabiye*, *supra*, note 11.

<sup>18</sup> See e.g. *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 581 (C.A.).

<sup>19</sup> *Chandler*, *supra*, note 16, at p. 860.

<sup>20</sup> *Ibid.*, at pp. 860-861.

<sup>21</sup> *Ibid.*, at p. 862.

<sup>17</sup> Voir, par ex., l'arrêt *Gill*, précité, note 6 et l'arrêt *Nabiye*, précité, note 11.

<sup>18</sup> Voir, par ex., l'arrêt *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 581 (C.A.).

<sup>19</sup> *Chandler*, précité, note 16, à la p. 860.

<sup>20</sup> *Ibid.*, aux p. 860 et 861.

<sup>21</sup> *Ibid.*, à la p. 862.

A-535-94

**Imperial Oil Limited and its subdivision  
Paramins** (*Appellant*) (*Respondent*)

v.

**The Lubrizol Corporation and Lubrizol Canada  
Limited** (*Respondents*) (*Plaintiffs*)

*INDEXED AS: LUBRIZOL CORP. v. IMPERIAL OIL LTD.  
(C.A.)*

Court of Appeal, Stone, Linden and McDonald JJ.A.  
—Toronto, February 12, 13; Ottawa, April 3, 1996.

*Damages — Non-compensatory — Exemplary — Appeal from exemplary damages award — Trial Judge awarding exemplary damages before reference to assess amount of compensatory award for patent infringement — Exemplary damages intended to punish, express outrage at egregious conduct, deter — Awarded only where combined general, aggravated damages insufficient to punish, deter — Court to assess exemplary damages only if deciding general damages awarded insufficient for punishment, deterrent purposes.*

*Practice — Evidence — Appeal from order dismissing motion to adduce further evidence on continuance of trial of claim for exemplary damages — Claim for exemplary damages referred back to Trial Judge for continuance — Discretion conferred by R. 494 applied as trial still in progress — Discretionary decisions interfered with only if Trial Judge not giving sufficient weight to all relevant considerations — Trial Judge not giving sufficient weight to fact appellant permanently deprived of adequate opportunity to defend against serious claim — Justice requiring opportunity for appellant to adduce further evidence on claim for exemplary damages.*

*Practice — Pleadings — Claim for exemplary damages referred back to Trial Judge for continuance — Claim not initially pleaded but added by amendment — Federal Court Rules not requiring exemplary damages claim be*

A-535-94

**Compagnie Pétrolière Impériale Ltée et sa filiale  
Paramins** (*appelante*) (*intimée*)

c.

**The Lubrizol Corporation et Lubrizol Canada  
Limited** (*intimées*) (*demandereses*)

*RÉPERTORIÉ: LUBRIZOL CORP. c. IMPERIAL OIL LTD.  
(C.A.)*

Cour d'appel, juges Stone, Linden et McDonald,  
J.C.A.—Toronto, 12 et 13 février; Ottawa, 3 avril  
1996.

*Dommages-intérêts — Non compensatoires — Exemplaires — Appel du jugement accordant des dommages-intérêts exemplaires — Le juge de première instance a accordé des dommages-intérêts exemplaires avant la tenue d'une référence en vue de déterminer le montant des dommages-intérêts de nature compensatoire exigibles par suite de la contrefaçon du brevet — Les dommages-intérêts exemplaires visent à punir, à exprimer l'indignation que cause le comportement malveillant, à dissuader — Ils ne sont accordés que lorsque les dommages-intérêts généraux et majorés ne suffisent pas à punir et à dissuader — La Cour ne peut faire droit à une demande de dommages-intérêts exemplaires qu'après avoir déterminé que les dommages-intérêts généraux ne suffisent pas à punir et à dissuader.*

*Pratique — Preuve — Appel d'une ordonnance rejetant la requête présentée afin de produire des éléments de preuve supplémentaires lors de la poursuite de l'instruction de la demande de dommages-intérêts exemplaires — Renvoi au juge de première instance de la demande de dommages-intérêts exemplaires aux fins de la poursuite de l'instruction — Le pouvoir discrétionnaire conféré par la Règle 494 a été exercé, car l'instruction se poursuivait toujours — La décision issue de l'exercice de ce pouvoir ne peut être modifiée que si le juge de première instance n'accorde pas suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes — Le juge de première instance n'a pas accordé suffisamment d'importance au fait que l'appelante serait privée à jamais d'une possibilité raisonnable de contester une demande dont les répercussions étaient très graves — La justice exige que l'appelante soit autorisée à présenter d'autres éléments de preuve relativement à la demande de dommages-intérêts exemplaires.*

*Pratique — Plaidoiries — Renvoi au juge de première instance de la demande de dommages-intérêts exemplaires en vue de la poursuite de l'instruction — Demande non plaidée initialement mais ajoutée par voie de modification*

*specifically pleaded — While R. 409(b) requiring party to plead so as not to take another by surprise, Rules not regarding failure to so plead as running afoul of rule.*

*Practice — Res judicata — Claim for exemplary damages referred back to Trial Judge for continuance — Appellant not estopped by doctrine of res judicata from raising issue of postponement of assessment of exemplary damages — F.C.A. not specifically directing Trial Judge to assess exemplary damages separately from general — Court bound by S.C.C. decision general damages to be assessed before award of exemplary damages considered.*

*Practice — Costs — Trial Judge in patent infringement action awarding costs on party and party basis — Appeal therefrom dismissed with costs — Cross-appeal re: exemplary damages claim allowed with costs in event of Trial Judge's disposition of claim — At continuance, Trial Judge awarding costs on solicitor-client basis for motions, trial, appeal, continuance — Only costs on cross-appeal, continuance remaining for Trial Judge's discretion — Other costs already awarded under final orders, judgments not subject to variation — Trial Judge lacking jurisdiction to change basis of previously awarded costs.*

This was an appeal from a Trial Division order awarding the respondents exemplary damages and from an earlier order dismissing with costs the appellant's motion to adduce further evidence on the continuance of the trial of the respondents' claim for exemplary damages. In 1989 an interlocutory injunction was granted restraining Imperial Oil from making, using, selling any lubricating composition or lubricant additive containing Lubrizol's products ECA 10444 or ECA 11014, including Paranox 600 and 300. The patent was subsequently found to be valid and infringed and Lubrizol was awarded its costs. Lubrizol subsequently elected an accounting of Imperial Oil's profits. An appeal from the trial judgment was dismissed with costs, but the cross-appeal was allowed and Lubrizol's claim for exemplary damages was referred back to the Trial Judge for a continuance of the trial. The costs of the cross-appeal were to "be in the event of the Trial Judge's disposition of that claim". Exemplary damages were awarded with costs on a solicitor and client

*— Les Règles de la Cour fédérale n'exigent pas que la demande de dommages-intérêts exemplaires soit expressément plaidée — Même si la Règle 409b) exige qu'une partie plaide toute question de façon à ne pas prendre une autre partie par surprise, l'omission de le faire n'emporte pas la contravention aux Règles de la Cour.*

*Pratique — Res judicata — Renvoi au juge de première instance de la demande de dommages-intérêts exemplaires en vue de la poursuite de l'instruction — Le principe de l'autorité de la chose jugée n'empêche pas l'appelante de soulever la question du report de l'évaluation des dommages-intérêts exemplaires — La C.A.F. n'ordonne pas expressément au juge de première instance d'évaluer les dommages-intérêts exemplaires séparément des dommages-intérêts généraux — La Cour est liée par l'arrêt de la C.S.C. selon lequel les dommages-intérêts généraux doivent être établis avant qu'on puisse envisager l'octroi de dommages-intérêts exemplaires.*

*Pratique — Frais et dépens — Relativement à l'action pour contrefaçon de brevet, le juge de première instance a accordé des dépens entre parties — Appel de cet octroi rejeté avec dépens — Appel incident concernant la demande de dommages-intérêts exemplaires accueilli avec dépens suivant l'issue de la poursuite de l'instruction par le juge de première instance — Lors de la poursuite de l'instruction, le juge de première instance a adjugé des dépens sur la base procureur-client relativement aux requêtes, à l'instruction, à l'appel et à la poursuite de l'instruction — Les seuls dépens à l'égard desquels le juge de première instance conservait son pouvoir discrétionnaire étaient ceux afférents à l'appel incident et à la poursuite de l'instruction — Les autres dépens déjà adjugés dans le cadre d'ordonnances ou de jugements ayant acquis un caractère définitif ne pouvaient être modifiés — Le juge de première instance n'avait pas compétence pour modifier le fondement des dépens accordés précédemment.*

Il s'agit d'un appel relatif à l'ordonnance de la Section de première instance accordant aux intimés des dommages-intérêts exemplaires ainsi qu'à une ordonnance préalable rejetant avec dépens la requête présentée par l'appelante afin de produire des éléments de preuve supplémentaires lors de la poursuite de l'instruction de la demande de dommages-intérêts exemplaires des intimés. En 1989, une injonction interlocutoire a enjoint à la Compagnie Pétrolière Impériale de cesser de fabriquer, d'utiliser et de vendre tout lubrifiant ou additif renfermant les produits ECA 10444 ou ECA 11014 de Lubrizol, y compris Paranox 600 et Paranox 300. Il a par la suite été déterminé que le brevet était valide et avait été contrefait. Après que les dépens lui eurent été adjugés, Lubrizol a opté pour la comptabilisation des profits de la Compagnie Pétrolière Impériale. L'appel du jugement de première instance a été rejeté avec dépens, mais l'appel incident a été accueilli et la demande de dommages-intérêts exemplaires de Lubrizol a été renvoyée au juge de première

basis "for motions, trial, appeal and continuance of the trial".

The issues were: (1) whether the Trial Judge erred in refusing to allow Imperial Oil to adduce evidence about the alleged contempt of the interlocutory injunction; (2) whether the factual finding that Imperial Oil knowingly breached the interlocutory injunction was a palpable and overriding error; (3) whether the Trial Judge erred in awarding punitive damages before the Court assessed the amount of the compensatory award against Imperial Oil; and (4) whether the Trial Judge had jurisdiction to change his earlier award of costs and to amend the award of costs in the Court of Appeal despite the Court's order.

*Held*, the appeal should be allowed.

(1) Although Lubrizol's initial pleading did not include a claim for exemplary damages, the amended statement of claim did contain an allegation that Imperial Oil knowingly appropriated the invention of, and wilfully infringed the patent and persisted in wilful infringement. The pleading was amended in 1989 to claim "exemplary or punitive damages" and counsel's opening address at trial referred to the claim for exemplary damages. Imperial Oil cannot now argue that callous disregard of the interlocutory injunctions giving rise to exemplary damages was not properly before the Trial Judge for lack of pleading. Imperial Oil was obviously aware that the claim was being pursued on the cross-appeal. The interlocutory injunction was granted in the framework of the litigation. While callous disregard of the interlocutory injunction was not pleaded, the obvious purpose of counsel's opening was to raise that issue, to assert a claim for exemplary damages and to provide particulars thereof. The trial proceeded without request for adjournment. Evidence relevant to counsel's assertions was adduced by Lubrizol without further objection. The argument that the allegation of callous disregard was not properly before the Trial Judge because it was not specifically pleaded, was not raised on the cross-appeal, which succeeded. Imperial Oil cannot now re-litigate the point. The matter was returned to the Trial Judge for continuance on the express basis that the claim was not devoid of evidential support.

instance afin qu'il en poursuive l'instruction. Les dépens afférents à l'appel incident devaient être adjugés «suivant l'issue de la poursuite de l'instruction par le juge de première instance». Des dommages-intérêts exemplaires ont été accordés avec dépens sur la base procureur-client «pour les requêtes, l'instruction, l'appel et la poursuite de l'instruction».

Les questions en litige étaient les suivantes: (1) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en refusant de permettre à la Compagnie Pétrolière Impériale de présenter des éléments de preuve concernant le prétendu outrage au Tribunal découlant du non-respect de l'injonction interlocutoire? (2) La conclusion de fait selon laquelle la Compagnie Pétrolière Impériale avait sciemment désobéi à l'injonction interlocutoire constituait-elle une erreur manifeste et dominante? (3) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en accordant des dommages-intérêts punitifs avant que la Cour n'établisse le montant des dommages-intérêts de nature compensatoire exigibles de la Compagnie Pétrolière Impériale? (4) Le juge de première instance avait-il compétence pour modifier la nature des dépens qu'il avait adjugés auparavant ainsi que l'adjudication des dépens en Cour d'appel fédérale malgré l'ordonnance de la Cour?

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

(1) Même si, à l'origine, la plaidoirie de Lubrizol ne comportait pas de demande de dommages-intérêts exemplaires, la déclaration modifiée renfermait une allégation selon laquelle la Compagnie Pétrolière Impériale avait sciemment usurpé l'invention visée par le brevet et contre-fait délibérément celui-ci. La plaidoirie a été modifiée en 1989 par l'adjonction d'une demande de «dommages-intérêts exemplaires ou punitifs» et, dans les remarques faites au début de l'instruction, l'avocat a fait mention de la demande de dommages-intérêts exemplaires. La Compagnie Pétrolière Impériale ne peut plus faire valoir que le juge de première instance n'était pas dûment saisi de l'allégation de complète indifférence à l'égard de l'injonction interlocutoire qui sous-tendait la demande de dommages-intérêts exemplaires. Elle savait de toute évidence que cette allégation faisait l'objet de l'appel incident. L'injonction interlocutoire a été accordée dans le cadre du litige. Bien qu'aucune allégation de complète indifférence à l'égard de l'injonction interlocutoire n'ait été plaidée, l'objectif manifeste de l'avocat, en faisant ses remarques préliminaires, était de soulever la question en formulant la demande de dommages-intérêts exemplaires et en donnant des précisions sur celle-ci. L'instruction s'est déroulée sans qu'aucune demande d'ajournement ne soit présentée. Lubrizol a présenté des éléments de preuve à l'appui de l'allégation de l'avocat sans qu'aucune objection ne soit formulée. L'argument selon lequel le juge de première instance n'avait pas été dûment saisi de l'allégation de complète indifférence n'a pas été repris dans le cadre de l'appel incident, lequel a été accueilli. La Com-

In any event, the issue had been sufficiently raised to permit its adjudication. The *Federal Court Rules* do not require exemplary damages to be specifically pleaded. Exemplary damages can be awarded even though not pleaded wherever rules of practice do not require a claim for exemplary damages to be specifically pleaded. While Rule 409(b) lays down a general requirement that a party must plead in such a way as not to take another by surprise, the Rules, by not expressly requiring exemplary damages to be specifically pleaded, evidently do not regard a failure to so plead as running afoul of that rule. That is not to say that a specific plea would not be preferable.

The discretion conferred by Rule 494 applied because the trial was still in progress. A discretionary decision should only be interfered with if, in exercising it, the Trial Judge failed to give "sufficient weight to all relevant considerations". In rejecting the motion for further evidence, the Trial Judge failed to give sufficient weight to the fact that the appellant would be permanently deprived of an adequate opportunity of defending itself against a very serious claim. In these exceptional circumstances, the appellant should not be deprived of a fair opportunity to fully respond to the grave misconduct with which it is charged and the potential award of exemplary damages. Fairness and justice required that the appellant should have been permitted to adduce further evidence on the claim for exemplary damages at the continuance to the extent of showing, if it could, that it did not callously disregard the interlocutory injunction even though it was found to have done so knowingly. It should have that opportunity on a further continuance.

(2) Imperial Oil contended that the Trial Judge committed a "palpable and overriding error" in finding that its product ECA 10444 was the same as Lubrizol's ECA 10271. The interlocutory injunction was clear on its face and the Trial Judge concluded, based upon the language and the evidence before him that the appellant had failed to respect its requirements. That finding was open to him on the evidence. However, as that evidence was incomplete, the appellant should be permitted to adduce evi-

gnie Pétrolière Impériale ne peut rouvrir le débat à ce sujet. Le dossier a été renvoyé au juge de première instance aux fins de la poursuite de l'instruction de pair avec la directive expresse selon laquelle l'allégation n'était pas dénuée de fondement sur le plan de la preuve.

Quoi qu'il en soit, l'allégation a été faite de façon suffisante pour que la Cour tranche la question. Les *Règles de la Cour fédérale* n'exigent pas que la demande de dommages-intérêts exemplaires fasse spécifiquement l'objet d'une plaidoirie. Des dommages-intérêts exemplaires peuvent être accordés même s'ils n'ont pas été plaidés chaque fois que les règles de pratique n'exigent pas qu'une demande de dommages-intérêts exemplaires soit expressément plaidée. Même si la Règle 409(b) exige, de façon générale, qu'une partie plaide toute question de façon à ne pas prendre une autre partie par surprise, l'omission de plaider les dommages-intérêts exemplaires n'emporte évidemment pas la contravention aux Règles de la Cour, qui n'exigent pas expressément que ces dommages soient spécifiquement plaidés. On ne saurait conclure qu'une allégation spécifique n'est pas préférable.

Le pouvoir discrétionnaire conféré par la Règle 494 pouvait être exercé, car l'instruction se poursuivait toujours. La décision résultant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire ne peut être modifiée que si, en exerçant ce pouvoir, le juge de première instance a omis d'accorder «suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes». En rejetant la requête visant la présentation de nouveaux éléments de preuve, le juge de première instance n'a pas accordé suffisamment d'importance au fait que l'appelante serait privée à jamais d'une possibilité raisonnable de contester une demande dont les répercussions sont très graves. Vu ces circonstances exceptionnelles, l'appelante ne devrait pas être privée d'une chance équitable de repousser l'allégation d'inconduite grave qui pèse contre elle et d'échapper à la condamnation éventuelle à des dommages-intérêts exemplaires. L'équité et la justice exigeaient que l'appelante soit autorisée à présenter d'autres éléments de preuve relativement à la demande de dommages-intérêts exemplaires, lors de la poursuite de l'instruction, aux fins d'établir, si elle le pouvait, qu'elle n'avait pas manifesté une complète indifférence à l'endroit de l'injonction interlocutoire et ce, même s'il avait été jugé qu'elle avait sciemment omis de se conformer à celle-ci. Cette possibilité devrait lui être accordée dans le cadre d'une nouvelle poursuite de l'instruction.

(2) Selon la Compagnie Pétrolière Impériale, le juge de première instance a commis une «erreur manifeste et dominante» en concluant que son produit ECA 10444 était identique au produit ECA 10271 de Lubrizol. De prime abord, l'injonction interlocutoire avait une portée claire, et le juge de première instance a conclu, à partir de son libellé et de la preuve qui lui était présentée, que l'appelante avait omis de s'y conformer. Il lui était loisible de tirer pareille conclusion compte tenu de la preuve. Cepen-

dence to explain its conduct for failing to comply with the injunction, if able to do so, but not that by its actions it did not knowingly contravene the interlocutory injunction.

(3) Punitive or exemplary damages are intended to “punish” a defendant and to express “outrage at the egregious conduct of the defendant”. They are akin to a civil fine which is meant to “act as a deterrent to the defendant and to others from acting in this manner”. Exemplary damages may be awarded only “where the combined award of general and aggravated damages would be insufficient to achieve the goal of punishment and deterrence”. In addition, it is necessary for such an award to “serve a rational purpose” i.e. was the misconduct so outrageous that punitive damages were rationally required to act as a deterrent? There remains outstanding a claim for general damages which has not been quantified. This claim awaits assessment on the reference. The Court cannot decide whether exemplary damages are required until after it decides whether the general damages were insufficient for punishment and deterrent purposes.

The appellant was not estopped by the doctrine of *res judicata* from raising the issue of the postponement of the assessment of the exemplary damages. The Court of Appeal did not specifically direct the Trial Judge to assess the exemplary damages separately from the general damages. In any event, this Court was bound by the decision of the Supreme Court of Canada in *Hill v. Church of Scientology* that general damages must be determined before an award of exemplary damages can be made.

The amount of the award will depend on the figure required to deter the appellant and others, in all the circumstances.

Once the trial judgment was issued and filed, the Trial Judge was *functus officio*. The only costs remaining for the Trial Judge’s discretion were those on the cross-appeal and on the continuance. All other costs had already been awarded under orders or judgments which had become final and were not subject to variation by the Trial Judge. These included the disposition of all costs left to the discretion of the Trial Judge at trial, a discretion which, having been exercised in his judgment of September 17, 1990 could not be again exercised. Moreover, the Trial Judge lacked jurisdiction to change the basis of any previously awarded costs. He did possess jurisdiction under the Court of Appeal’s judgment to dispose of the costs on the cross-appeal in his discretion and likewise to award the costs of the continuance.

dant, comme celle-ci était incomplète, l’appelante devrait être autorisée à présenter des éléments de preuve pour expliquer sa conduite, si elle est en mesure de le faire, mais non afin d’établir que, par ses actes, elle n’a pas sciemment contrevenu à l’injonction interlocutoire.

(3) Les dommages-intérêts punitifs ou exemplaires visent à «punir» le défendeur et à exprimer «l’outrage à l’égard du comportement inacceptable du défendeur». Ils s’apparentent à l’amende en matière civile, laquelle vise «à dissuader le défendeur et les autres d’agir ainsi». Les dommages-intérêts exemplaires ne peuvent être accordés «que dans les situations où les dommages-intérêts généraux et majorés réunis ne permettent pas d’atteindre l’objectif qui consiste à punir et à dissuader». En outre, ils doivent «servir un objectif rationnel», c’est-à-dire qu’il faut se demander si la mauvaise conduite était si outrageante qu’il était rationnellement nécessaire d’accorder des dommages-intérêts punitifs dans un but de dissuasion? Il n’a pas été statué sur la demande de dommages-intérêts généraux, le montant de ceux-ci n’ayant pas été déterminé. L’évaluation de ces dommages doit avoir lieu dans le cadre d’une référence. La Cour ne peut statuer que des dommages-intérêts exemplaires doivent être accordés avant qu’elle ne détermine que les dommages-intérêts généraux me suffisent pas à punir et à dissuader.

Le principe de l’autorité de la chose jugée n’empêchant pas l’appelante de soulever la question du report de l’évaluation des dommages-intérêts exemplaires. La Cour n’a pas ordonné expressément au juge de première instance d’évaluer les dommages-intérêts exemplaires séparément des dommages-intérêts généraux. Quoi qu’il en soit, la Cour était liée par le jugement de la Cour suprême du Canada dans *Hill c. Église de scientologie* selon lequel les dommages-intérêts généraux doivent être établis avant que des dommages-intérêts exemplaires ne puissent être accordés.

Le montant des dommages dépend de ce qu’exige la dissuasion de l’appelante et d’autres personnes, vu l’ensemble des circonstances de l’espèce.

Une fois le jugement rendu et déposé, le juge de première instance était dessaisi en application du principe *functus officio*. Les seuls dépens à l’égard desquels il conservait son pouvoir discrétionnaire étaient ceux afférents à l’appel incident et à la poursuite de l’instruction. Les autres dépens avaient déjà été adjugés dans le cadre d’ordonnances ou de jugements ayant acquis un caractère définitif, en sorte que le juge de première instance ne pouvait les modifier. Ils comprenaient les dépens dont l’adjudication relevait du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance à l’instruction, lequel pouvoir discrétionnaire, ayant été exercé dans le cadre du jugement du 17 septembre 1990, ne pouvait plus l’être à nouveau. Par ailleurs, le juge de première instance n’avait pas compétence pour modifier le fondement des dépens accordés

The matter was remitted to the Trial Judge for a further continuance of the trial subject to directions as to the issue to be retried, production and discovery relating thereto, documentary and oral evidence and when the question of exemplary damages should be considered and, if necessary, assessed.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(b)(iii).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 337(5),(6), 408(1), 409(b), 415(1)(a), 494 (as am. by SOR/90-846, s. 21).  
*Rules of the Supreme Court 1965* (U.K.), S.I. 1965/1776, Ord. 18, r. 8.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; (1995), 126 D.L.R. (4th) 129; 25 C.C.L.T. (2d) 89; 184 N.R. 1.

##### APPLIED:

*Green v. Weatherill*, [1929] 2 Ch. 213; *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100; *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065; (1992), 96 D.L.R. (4th) 376; 76 C.C.C. (3d) 289; 45 C.P.R. (3d) 1; 141 N.R. 281; 50 Q.A.C. 161; *Cropper v. Smith* (1884), 26 Ch. D. 700 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1989), 23 C.I.P.R. 302; 22 C.P.R. (3d) 493; 25 F.T.R. 33 (F.C.T.D.); *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1989), 27 C.I.P.R. 147; 26 C.P.R. (3d) 461; 103 N.R. 237 (F.C.A.); *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 1; 39 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Imperial Oil Ltd. v. Lubrizol Corp.* (1993), 48 C.P.R. (3d) 1; 154 N.R. 196 (F.C.A.); *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 1; 45 C.P.R. (3d) 449; 150 N.R. 207 (F.C.A.) leave to appeal to S.C.C. refused [1993] 3 S.C.R. vii; *Lubrizol Corp. v.*

précédemment. Il avait la compétence voulue, aux termes du jugement de la Cour, pour adjuger à son gré les dépens relatifs à l'appel incident, de même que les dépens liés à la poursuite de l'instruction.

Le dossier a été renvoyé au juge de première instance afin qu'il poursuive l'instruction de l'affaire conformément à des directives portant sur la question devant faire l'objet d'un complément d'instruction, la production de documents et la communication préalable y afférentes, la preuve documentaire et testimoniale, ainsi que sur la question de savoir dans quels cas il y a lieu d'accorder des dommages-intérêts exemplaires et, au besoin, d'en déterminer le montant.

#### LOIS ET RÉGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52b)(iii).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 337(5),(6), 408(1), 409b), 415(1)a), 494 (mod. par DORS/90-846, art. 21).  
*Rules of the Supreme Court 1965* (R.-U.), S.I. 1965/1776, Ord. 18, règle 8.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION SUIVIE:

*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; (1995), 126 D.L.R. (4th) 129; 25 C.C.L.T. (2d) 89; 184 N.R. 1.

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Green v. Weatherill*, [1929] 2 Ch. 213; *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100; *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065; (1992), 96 D.L.R. (4th) 376; 76 C.C.C. (3d) 289; 45 C.P.R. (3d) 1; 141 N.R. 281; 50 C.A.Q. 161; *Cropper v. Smith* (1884), 26 Ch. D. 700 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1989), 23 C.I.P.R. 302; 22 C.P.R. (3d) 493; 25 F.T.R. 33 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1989), 27 C.I.P.R. 147; 26 C.P.R. (3d) 461; 103 N.R. 237 (C.A.F.); *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 1; 39 F.T.R. 161 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Imperial Oil Ltd. c. Lubrizol Corp.* (1993), 48 C.P.R. (3d) 1; 154 N.R. 196 (C.A.F.); *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 1; 45 C.P.R. (3d) 449; 150 N.R. 207 (C.A.F.); autorisation de se pourvoir devant la C.S.C. refusée dans [1993] 3 R.C.S. vii; *Lubrizol*

*Imperial Oil Ltd.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 141 (F.C.A.); *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*, [1971] 2 Q.B. 354 (C.A.); *Glisic v. Canada*, [1988] 1 F.C. 731; (1987), 80 N.R. 39 (C.A.); *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*, [1972] A.C. 1027 (H.L.); *TRW Inc. v. Walbar of Canada Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 176; 132 N.R. 161 (F.C.A.); *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Southport Corporation*, [1956] A.C. 218 (H.L.); *Grenn v. Brampton Poultry Co.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 9 (Ont. C.A.); *Wood v. British Columbia Electric Ry. Co., Ltd.* (1925), 34 B.C.R. 527 (S.C.); *Celestino v. Celestino*, judgment dated August 16, 1990, Fed. Ct. of Aust. A.C.T., not reported; *Bird v Northern Territory* (1992), 108 FLR 270 (S.C.N.T.); *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; (1989), 58 D.L.R. (4th) 193; [1989] 4 W.W.R. 218; 36 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 81; 90 CLLC 14,035; 94 N.R. 321.

## REFERRED TO:

*Maynard v. Maynard*, [1951] S.C.R. 346; [1951] 1 D.L.R. 241; *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1966] 1 Q.B. 630 (C.A.); *Gulf Canada Limited v. The Tug Mary Mackin*, [1984] 1 F.C. 884; (1984), 42 C.P.C. 146; 52 N.R. 282 (C.A.); *Drane v Evangelou*, [1978] 2 All E.R. 437 (C.A.); *Starkman v. Delhi Court Ltd.*, [1961] O.R. 467 (C.A.); *Sturrock et al. v. Ancona Petroleum Ltd. et al.* (1990), 111 A.R. 86; 75 Alta. L.R. (2d) 216 (Q.B.); *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; (1992), 71 C.C.C. (3d) 225; 135 N.R. 321; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 22 Admin. L.R. (2d) 79; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348; *Becker Milk Co. Ltd. et al. v. Consumers' Gas Co.* (1974), 2 O.R. (2d) 554; 43 D.L.R. (3d) 498 (C.A.); *International Corona Resources Ltd. v. LAC Minerals Ltd.* (1988), 66 O.R. (2d) 610 (H.C.); *Shoe Machinery Company v. Cutlan*, [1896] 1 Ch. 108 (C.A.); *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; (1992), 92 D.L.R. (4th) 449; [1992] 4 W.W.R. 577; 68 B.C.L.R. (2d) 29; 9 B.C.A.C. 1; 12 C.C.L.T. (2d) 1; 138 N.R. 81; 19 W.A.C. 1; *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129 (H.L.); *MacDonald Estate, Re* (1993), 89 Man. R. (2d) 161 (Q.B.); *MacDonald Estate, Re* (1994), 95 Man. R. (2d) 123 (C.A.); *Robitaille v. Vancouver Hockey Club Ltd.* (1979), 19 B.C.L.R. 158 (S.C.); affd (1981), 124 D.L.R. (3d) 228; [1981] 3 W.W.R. 481; 30 B.C.L.R. 284; 16 C.C.L.T. 225; 20 C.P.C. 293 (B.C.C.A.); *Coughlin v. Kuntz*, [1990] 2 W.W.R. 737; (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 108; 2 C.C.L.T. (2d) 42 (B.C.C.A.); *Huff v. Price* (1990), 76 D.L.R. (4th) 138; 51 B.C.L.R. (2d) 282; 46 C.P.C. (2d) 209 (B.C.C.A.); *Pro Arts, Inc. v. Campus Crafts Holdings Ltd. et al.* (1980), 28 O.R. (2d) 422; 110 D.L.R. (3d) 366; 10

*Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 141 (C.A.F.); *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*, [1971] 2 Q.B. 354 (C.A.); *Glisic c. Canada*, [1988] 1 C.F. 731; (1987), 80 N.R. 39 (C.A.); *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*, [1972] A.C. 1027 (H.L.); *TRW Inc. c. Walbar of Canada Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 176; 132 N.R. 161 (C.A.F.); *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Southport Corporation*, [1956] A.C. 218 (H.L.); *Grenn v. Brampton Poultry Co.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 9 (C.A. Ont.); *Wood v. British Columbia Electric Ry. Co., Ltd.* (1925), 34 B.C.R. 527 (C.S.); *Celestino v. Celestino*, jugement en date du 16 août 1990, Federal Court d'Australie, A.C.T., non publié; *Bird v Northern Territory* (1992), 108 FLR 270 (S.C.N.T.); *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; (1989), 58 D.L.R. (4th) 193; [1989] 4 W.W.R. 218; 36 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 81; 90 CLLC 14,035; 94 N.R. 321.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Maynard v. Maynard*, [1951] R.C.S. 346; [1951] 1 D.L.R. 241; *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchled*, [1966] 1 Q.B. 630 (C.A.); *Gulf Canada Limited c. Le remorqueur Mary Mackin*, [1984] 1 C.F. 884; (1984), 42 C.P.C. 146; 52 N.R. 282 (C.A.); *Drane v Evangelou*, [1978] 2 All E.R. 437 (C.A.); *Starkman v. Delhi Court Ltd.*, [1961] O.R. 467 (C.A.); *Sturrock et al. v. Ancona Petroleum Ltd. et al.* (1990), 111 A.R. 86; 75 Alta. L.R. (2d) 216 (B.R.); *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; (1992), 71 C.C.C. (3d) 225; 135 N.R. 321; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 22 Admin. L.R. (2d) 79; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348; *Becker Milk Co. Ltd. et al. v. Consumers' Gas Co.* (1974), 2 O.R. (2d) 554; 43 D.L.R. (3d) 498 (C.A.); *International Corona Resources Ltd. v. LAC Minerals Ltd.* (1988), 66 O.R. (2d) 610 (H.C.); *Shoe Machinery Company v. Cutlan*, [1896] 1 Ch. 108 (C.A.); *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; (1992), 92 D.L.R. (4th) 449; [1992] 4 W.W.R. 577; 68 B.C.L.R. (2d) 29; 9 B.C.A.C. 1; 12 C.C.L.T. (2d) 1; 138 N.R. 81; 19 W.A.C. 1; *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129 (H.L.); *MacDonald Estate, Re* (1993), 89 Man. R. (2d) 161 (B.R.); *MacDonald Estate, Re* (1994) 95 Man. R. (2d) 123 (C.A.); *Robitaille v. Vancouver Hockey Club Ltd.* (1979), 19 B.C.L.R. 158 (C.S.); conf. par (1981), 124 D.L.R. (3d) 228; [1981] 3 W.W.R. 481; 30 B.C.L.R. 284; 16 C.C.L.T. 225; 20 C.P.C. 293 (C.A.C.-B.); *Coughlin v. Kuntz*, [1990] 2 W.W.R. 737; (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 108; 2 C.C.L.T. (2d) 42 (C.A.C.-B.); *Huff v. Price* (1990), 76 D.L.R. (4th) 138; 51 B.C.L.R. (2d) 282; 46 C.P.C. (2d) 209 (C.A.C.-B.); *Pro Arts, Inc. v. Campus Crafts Holdings Ltd. et al.* (1980), 28 O.R. (2d) 422; 110 D.L.R. (3d) 366; 10 B.L.R. 1; 50

B.L.R. 1; 50 C.P.R. (2d) 230 (H.C.); *Fenwick v. Staples* (1977), 18 O.R. (2d) 128; 82 D.L.R. (3d) 145 (Co. Ct.); *Canada Metal Co. Ltd. et al. v. Canadian Broadcasting Corp. et al. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585; 48 D.L.R. (3d) 641; 19 C.C.C. (2d) 218 (H.C.); affd (1974), 11 O.R. (2d) 167; 65 D.L.R. (3d) 231; 29 C.C.C. (2d) 325 (C.A.); *Dictionnaires (Les) Robert Canada SCC et al. v. Librairie du Normade Inc. et al.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 319; 11 F.T.R. 44 (F.C.T.D.); *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 F.C. 483; (1994), 58 C.P.R. (3d) 359; 175 N.R. 225 (C.A.); *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd.*, [1976] R.P.C. 197 (H.L.); *Gustar v. Wadden*, [1994] 7 W.W.R. 148; (1994), 45 B.C.A.C. 55; 91 B.C.L.R. (2d) 86; 26 C.P.C. (3d) 197; 72 W.A.C. 55 (B.C.C.A.); *Claiborne Industries Ltd. v. National Bank of Canada* (1989), 69 O.R. (2d) 65; 59 D.L.R. (4th) 533; 34 O.A.C. 241 (C.A.); *Paper Machinery Ltd. et al. v. J. O. Ross Engineering Corp. et al.*, [1934] S.C.R. 186; [1934] 2 D.L.R. 239; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277.

C.P.R. (2d) 230 (H.C.); *Fenwick v. Staples* (1977), 18 O.R. (2d) 128; 82 D.L.R. (3d) 145 (C. Ct.); *Canada Metal Co. Ltd. et al. v. Canadian Broadcasting Corp. et al. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585; 48 D.L.R. (3d) 641; 19 C.C.C. (2d) 218 (H.C.); conf. par (1974), 11 O.R. (2d) 167; 65 D.L.R. (3d) 231; 29 C.C.C. (2d) 325 (C.A.); *Dictionnaires (Les) Robert Canada SCC et al. c. Librairie du Normade Inc. et al.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 319; 11 F.T.R. 44 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 C.F. 483; (1994), 58 C.P.R. (3d) 359; 175 N.R. 225 (C.A.); *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd.*, [1976] R.P.C. 197 (H.L.); *Gustar v. Wadden*, [1994] 7 W.W.R. 148; (1994), 45 B.C.A.C. 55; 91 B.C.L.R. (2d) 86; 26 C.P.C. (3d) 197; 72 W.A.C. 55 (C.A.C.-B.); *Claiborne Industries Ltd. v. National Bank of Canada* (1989), 69 O.R. (2d) 65; 59 D.L.R. (4th) 533; 34 O.A.C. 241 (C.A.); *Paper Machinery Ltd. et al. v. J. O. Ross Engineering Corp. et al.*, [1934] R.C.S. 186; [1934] 2 D.L.R. 239; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277.

## AUTHORS CITED

*Bullen & Leake's Precedents of Pleadings*, 10th ed. by George Kirkhouse Jenkins. London: Sweet & Maxwell, 1950.

Ontario Law Reform Commission. *Report on Exemplary Damages*. Toronto: The Commission, 1991.

Roy, Pauline. *Les dommages exemplaires en droit québécois*. Doctoral Thesis, University of Montréal, 1996.

*Supreme Court Practice 1993*. London: Sweet & Maxwell, 1992.

Williston, W. B. and R. J. Rolls. *The Law of Civil Procedure*. Toronto: Butterworths, 1970.

APPEAL from Trial Division orders awarding the respondents exemplary damages and dismissing with costs the appellant's motion to adduce further evidence on the continuance of the trial of the respondents' claim for exemplary damages (*Lubrizol Corp. et al. v. Imperial Oil Ltd. et al.* (1994), 84 F.T.R. 197; 58 C.P.R. (3d) 167 (F.C.T.D.); *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 129; 79 F.T.R. 14 (F.C.T.D.)). Appeal allowed.

## DOCTRINE

*Bullen & Leake's Precedents of Pleadings*, 10th ed. by George Kirkhouse Jenkins. London: Sweet & Maxwell, 1950.

Commission de réforme du droit de l'Ontario. *Report on Exemplary Damages*. Toronto: La Commission, 1991.

Roy, Pauline. *Les dommages exemplaires en droit québécois*, Thèse de doctorat, Université de Montréal, 1996.

*Supreme Court Practice 1993*. London: Sweet & Maxwell, 1992.

Williston, W. B. and R. J. Rolls. *The Law of Civil Procedure*. Toronto: Butterworths, 1970.

APPEL visant les ordonnances de la Section de première instance qui accordent aux intimées des dommages-intérêts exemplaires et qui rejettent avec dépens la requête de l'appelante présentée en vue d'offrir un complément de preuve lors de la poursuite de l'instruction de la demande de dommages-intérêts exemplaires des intimées (*Lubrizol Corp. et al. c. Imperial Oil Ltd et al.* (1994), 84 F.T.R. 197; 58 C.P.R. (3d) 167 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 129; 79 F.T.R. 14 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)). Appel rejeté.

## COUNSEL:

*W. Ian C. Binnie, Q.C. and Jenny P. Stephenson* for appellant (respondent).

*Donald J. Wright, Q.C., Donald H. MacOdrum and Peter E. J. Wells* for respondents (plaintiffs).

## SOLICITORS:

*McCarthy Tétrault*, Toronto, for appellant.  
*Ridout & Maybee*, Toronto, for respondents.

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

- 1 STONE AND LINDEN J.J.A.: This appeal is from an order of the Trial Division of October 4, 1994 [*Lubrizol Corp. et al. v. Imperial Oil Ltd. et al.* (1994), 84 F.T.R. 197] awarding the respondents \$15,000,000 in exemplary damages, and from its earlier order of April 25, 1994 [*Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 129 (F.C.T.D.)] dismissing with costs the appellant's motion to adduce further evidence on the continuance of the trial of the respondents' claim for exemplary damages.

BACKGROUND

- 2 The action was commenced March 16, 1987 for infringement and inducing infringement of Canadian patent No. 1,094,044. By order of January 12, 1989 [*Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1989), 23 C.I.P.R. 302 (F.C.T.D.)], Reed J. granted an interlocutory injunction in the action restraining the appellant,

... from making, having made, using, selling or offering for sale, in Canada, any lubricating composition or lubricant additive containing the defendant's products ECA 10444 or ECA 11014, including its products Paranox 600 and Paranox 300, and from supplying in or from Canada any such composition or additive combination in a lubricating composition outside Canada.

An appeal against that order was allowed by this Court on September 22, 1989 [*Lubrizol Corp. v.*

## AVOCATS:

*W. Ian C. Binnie, c.r. et Jenny P. Stephenson* pour l'appelante (intimée).

*Donald J. Wright, c.r., Donald H. MacOdrum et Peter E. J. Wells* pour les intimés (demandeurs).

## PROCUREURS:

*McCarthy Tétrault*, Toronto, pour l'appelante.  
*Ridout & Maybee*, Toronto, pour les intimés.

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

- 1 LES JUGES STONE ET LINDEN, J.C.A.: Il s'agit en l'espèce d'un appel visant l'ordonnance de la Section de première instance datée du 4 octobre 1994 [*Lubrizol Corp. et al. c. Imperial Oil Ltd. et al.* (1994), 84 F.T.R. 197] accordant aux intimés la somme de 15 000 000 \$ à titre de dommages-intérêts exemplaires, ainsi que son ordonnance du 25 avril 1994 [*Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 129 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)] rejetant avec dépens la requête de l'appelante présentée afin de produire des éléments de preuve supplémentaires lors de la poursuite de l'instruction de la demande de dommages-intérêts exemplaires des intimés.

RÉSUMÉ DES PROCÉDURES

- 2 L'action alléguant la contrefaçon et l'incitation à la contrefaçon du brevet canadien n° 1 094 044 a été intentée le 16 mars 1987. Par voie d'ordonnance datée du 12 janvier 1989 [*Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1989), 23 C.I.P.R. 302 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)], le juge Reed a accordé une injonction interlocutoire enjoignant à l'appelante de s'abstenir de faire ce qui suit:

[TRADUCTION] ... fabriquer, faire fabriquer, utiliser, vendre ou offrir en vente, au Canada, un lubrifiant ou un additif renfermant les produits ECA 10444 ou ECA 11014 de la défenderesse, y compris ses produits Paranox 600 et Paranox 300, et de fournir au Canada ou à l'étranger à partir du Canada un tel lubrifiant ou additif dans un composé lubrifiant.

L'appel interjeté à l'égard de cette ordonnance a été accueilli par la Cour le 22 septembre 1989 [*Lubrizol*

*Imperial Oil Ltd.* (1989), 27 C.I.P.R. 147 (F.C.A.)] but only to the extent of varying the award of costs made by Reed J.

*Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1989), 27 C.I.P.R. 147 (C.A.F.)], mais seulement aux fins de modifier l'adjudication des dépens.

3 After a twenty-nine day trial which commenced May 7, 1990, by judgment of September 17, 1990 [*Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 1 (F.C.T.D.)], the learned Trial Judge found the patent to be valid and infringed. By the terms of that judgment, the respondents were awarded an election of being paid damages or profits made by the appellant, to be determined on a reference pursuant to the consent order of Associate Senior Prothonotary Giles of March 22, 1989. The respondents were awarded their costs. On February 23, 1995 the respondents filed an election for an account of the appellant's profits.

3 À l'issue d'un procès qui a commencé le 7 mai 1990 et duré 29 jours, le juge de première instance conclut, dans un jugement daté du 17 septembre 1990 [*Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)], que le brevet est valide et a été contrefait. Les intimées se voient accorder le droit de choisir entre des dommages-intérêts ou les profits réalisés par l'appelante. dont le montant doit être établi dans le cadre d'une référence aux termes de l'ordonnance par consentement du protonotaire adjoint Giles en date du 22 mars 1989. Les intimées ont également droit aux dépens. Le 23 février 1995, elles ont opté pour la comptabilisation des profits de l'appelante.

4 By judgment of April 14, 1993 [*Imperial Oil Ltd. v. Lubrizol Corp.* (1993), 48 C.P.R. (3d) 1 (F.C.A.)], this Court dismissed with costs the appellant's appeal from the judgment at trial but allowed the respondents' cross-appeal in the following terms:

4 Dans un jugement daté du 14 avril 1993 [*Imperial Oil Ltd. c. Lubrizol Corp.* (1993), 48 C.P.R. (3d) 1 (C.A.F.)], la Cour rejette avec dépens l'appel interjeté par l'appelante relativement au jugement de première instance, mais accueille l'appel incident des intimées en s'exprimant comme suit:

5. The cross-appeal is allowed. Pursuant to Section 52(b)(iii) of the *Federal Court Act*, the matter of the claim of the Respondents (Plaintiffs), the cross-appeal appellants, for exemplary damages is referred back to the Trial Judge for a continuance of the trial to deal with that claim.

[TRADUCTION] 5. L'appel incident est accueilli. Conformément au sous-alinéa 52b)(iii) de la *Loi sur la Cour fédérale*, la poursuite de l'instruction, par le juge de première instance, de la demande présentée par les intimées/demandereses (les appelantes aux fins de l'appel incident) en vue de l'obtention de dommages-intérêts exemplaires, est ordonnée.

This Court ordered the costs of the cross-appeal "to be in the event of the Trial Judge's disposition of the claim".

La Cour ordonne que les dépens afférents à l'appel incident soient adjugés suivant l'issue de la poursuite de l'instruction par le juge de première instance.

5 Leave to appeal from the judgment of this Court was dismissed by the Supreme Court of Canada [*Imperial Oil Ltd. v. Lubrizol Corporation*, [1993] 3 S.C.R. vii].

5 La Cour suprême du Canada a refusé l'autorisation d'en appeler du jugement de la Cour [*Imperial Oil Ltd. c. Lubrizol Corporation*, [1993] 3 S.C.R. vii].

6 By order of April 25, 1994, the Trial Judge dismissed the appellant's motion to adduce further evidence on the continuance of the trial with respect to the claim for exemplary damages. That order, too, was the subject of an appeal, which was dismissed with costs by this Court's judgment of June 1, 1994

6 Dans une ordonnance datée du 25 avril 1994, le juge de première instance rejette la requête présentée par l'appelante afin de produire des éléments de preuve supplémentaires lors de la poursuite de l'instruction de la demande de dommages-intérêts exemplaires. Cette ordonnance a également fait l'objet

[*Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 141] on the ground that it was a matter that could be raised on an appeal from the final judgment at trial. Finally, as already indicated, the Trial Judge by his judgment of October 4, 1994, awarded exemplary damages with costs on a solicitor and client basis “for motions, trial, appeal and continuance of the trial.”

### THE ISSUES

7 The issues raised in this appeal are as follows:

(1) Did the Trial Judge err in refusing to allow Imperial Oil to adduce evidence about the alleged contempt of the interlocutory injunction?

(2) Was the factual finding by the Trial Judge that Imperial Oil knowingly breached<sup>1</sup> the interlocutory injunction a palpable and overriding error?

(3) Did the Trial Judge err in proceeding to award punitive damages before the Court assessed the amount of the compensatory award against Imperial Oil?

(4) Did the Trial Judge have jurisdiction to change the basis of the award of costs he had previously made (and which had been affirmed by this Court) from a party and party award to an award on a solicitor client basis, and further to amend the award of costs in the Federal Court of Appeal despite the order of this Court?

### ANALYSIS

#### Issue No. 1

8 The appellant reduces this first issue to three sub-issues. These are whether the respondents had com-

d'un appel, qui a été rejeté avec dépens par la Cour dans un jugement daté du 1<sup>er</sup> juin 1994 [*Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 141], pour le motif qu'il s'agissait d'une question qui pouvait être soulevée en appel du jugement final rendu à l'issue de l'instruction. Enfin, comme mentionné précédemment, dans son jugement du 4 octobre 1994, le juge de première instance accorde des dommages-intérêts exemplaires avec dépens sur la base procureur-client pour les requêtes, l'instruction, l'appel et la poursuite de l'instruction.

### LES QUESTIONS EN LITIGE

Le présent appel soulève les questions en litige 7 suivantes:

(1) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en refusant de permettre à la Compagnie Pétrolière Impériale de présenter des éléments de preuve concernant l'outrage au tribunal qui découlerait du non-respect de l'injonction interlocutoire?

(2) La conclusion de fait tirée par le juge de première instance selon laquelle la Compagnie Pétrolière Impériale a sciemment désobéi<sup>1</sup> à l'injonction interlocutoire constitue-t-elle une erreur manifeste et dominante?

(3) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en accordant des dommages-intérêts punitifs avant que la Cour n'établisse le montant des dommages-intérêts de nature compensatoire exigibles de la Compagnie Pétrolière Impériale?

(4) Le juge de première instance avait-il compétence pour modifier la nature des dépens qu'il avait adjugés auparavant (et qui avaient été confirmés par la Cour) en remplaçant les dépens entre parties par des dépens entre procureur et client et, en outre, pour modifier l'adjudication des dépens en Cour d'appel fédérale malgré l'ordonnance de la Cour?

### ANALYSE

#### Première question en litige

L'appelante divise la première question en litige 8 en trois sous-questions. Premièrement, les intimées

plied with relevant rules of pleading and particularly paragraphs 409(b) and 415(1)(a) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]; whether the Trial Judge correctly characterized the appellant's decision not to lead evidence on the claim for callous disregard of the interlocutory injunction as a "tactical decision" and, if so, whether the Court should punish the appellant by concluding on an incomplete record that it had so disregarded the interlocutory injunction; finally, whether the Trial Judge erred in applying the rules governing the introduction of fresh evidence on appeal in deciding to disallow any further evidence on the continuance. It is sufficient, in our view, that these sub-issues be dealt with in the overall context of the primary issue.

9 In the Court below, the appellant contended that it should have been permitted to adduce further evidence on the continuance with respect to the issue to be determined because such evidence would show (1) that its product ECA 10271 is neither the same nor equivalent to its product ECA 10444 which by the interlocutory injunction the appellant was restrained from making, having made, using, selling, or offering for sale, (2) the value of the offending product manufactured subsequent to the interlocutory injunction, (3) the steps taken by the appellant to comply with the injunction.

10 Among the appellant's submissions on the motion for further evidence was that, as no issue of callous disregard of the injunction had been pleaded by the respondents at any stage of the proceedings, the issue was not properly before the Trial Judge. Therefore, it was argued that the appellant should not have been deprived of the opportunity of explaining its conduct on the continuance despite its failure to lead evidence on the issue at trial. The Trial Judge took the view that the claim was properly before him because, as he put it at page 140 of his reasons for the order of April 25, 1994:

se sont-elles conformées aux règles pertinentes régissant les plaidoiries et, en particulier, aux alinéas 409b) et 415(1)a) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663]? Deuxièmement, le juge de première instance a-t-il, à juste titre, qualifié de «tactique» la décision de l'appelante de ne pas présenter d'élément de preuve relativement à l'allégation de complète indifférence à l'égard de l'injonction interlocutoire et, le cas échéant, la Cour devrait-elle punir l'appelante en concluant, à partir d'un dossier incomplet, qu'elle a manifesté une telle indifférence à l'endroit de l'injonction interlocutoire? Troisièmement, le juge de première instance a-t-il appliqué de façon erronée les règles régissant la production d'éléments de preuve nouveaux en appel en refusant le dépôt de tout autre élément de preuve lors de la poursuite de l'instruction? Il suffit, selon nous, d'examiner ces sous-questions dans le cadre de l'examen global de la première question en litige.

9 En première instance, l'appelante a prétendu qu'elle aurait dû être autorisée à présenter de nouveaux éléments de preuve, lors de la poursuite de l'instruction, concernant la question qui devait être tranchée, car cette preuve nouvelle aurait établi 1) que son produit ECA 10271 n'était ni identique ni équivalent à son produit ECA 10444 que l'injonction interlocutoire lui interdisait de fabriquer, de faire fabriquer, d'utiliser, de vendre ou d'offrir en vente, 2) la valeur du produit emportant contrefaçon fabriqué après le prononcé de l'injonction interlocutoire et 3) les mesures prises par elle pour se conformer à l'injonction.

10 L'appelante a notamment prétendu, relativement à la requête présentée en vue de produire de nouveaux éléments de preuve, qu'étant donné que la question de la complète indifférence à l'égard de l'injonction n'avait pas été plaidée par les intimées à une étape ou l'autre de la procédure, le juge de première instance n'en était pas dûment saisi. Elle a donc fait valoir qu'elle n'aurait pas dû être empêchée d'expliquer sa conduite, lors de la poursuite de l'instruction, même si elle n'avait pas produit de preuve relativement à la question au procès. Le juge de première instance a estimé qu'il était dûment saisi de la question. Voici ce qu'il dit à ce sujet à la page

The pleadings combined with counsel's arguments at trial made it clear what the issue was at trial.

11 In historical terms, the respondents' pleading did not include a claim of this kind for exemplary damages. Paragraph 16 of the further amended statement of claim contains an allegation that the appellant "knowingly appropriated the invention of and wilfully infringed the Patent" and that the appellant "persists in its wilful infringement in Canada by the continued manufacture, use and sale of infringing concentrates and lubricating compositions". The respondents' pleading was amended on April 29, 1989, by the addition of as paragraph 17(d) claiming "exemplary or punitive damages". In his opening at the commencement of the trial on May 7, 1990, as recorded in Vol. 1 of the transcript, at page 97, counsel for the respondents asserted that the appellant had manufactured and sold the product ECA 10271 and that it was "exactly the same thing we called 10444 . . . as if the interlocutory injunction never existed". Later in his opening, at page 131 of the transcript, Vol. 1, counsel made reference to the effect of the interlocutory injunction. At pages 165-166 of the same volume, he went on to submit that the appellant "came up with a new specification" for the same product covered by the interlocutory injunction which they "called 10271", and then continued:

They just continued on with that after the injunction order as if nothing had ever happened, and they continued right through to September 1989, to supply a product made according, presumably to that specification, to Shell in Canada, because Shell would not . . . I believe the reason was Shell would not accept 12819.

Counsel concluded his submission in the same vein when he alleged, at pages 167-168:

Following the injunction in Canada restraining it from manufacturing and selling 10444, [the defendant] simply

140 de ses motifs d'ordonnance datés du 25 avril 1994:

La question en litige à l'instruction ressortait clairement des plaidoiries écrites et des arguments que les avocats ont alors invoqués.

À l'origine, la plaidoirie des intimées ne comportait pas de demande de dommages-intérêts exemplaires. Le paragraphe 16 de la déclaration à nouveau modifiée renferme une allégation selon laquelle l'appelante [TRADUCTION] «a sciemment usurpé l'invention visée par le brevet et contrefait délibérément celui-ci» et que l'appelante [TRADUCTION] «persiste dans sa contrefaçon délibérée au Canada en se livrant sans discontinuer à la fabrication, à l'utilisation et à la vente de concentrés et de lubrifiants contrefaits». La plaidoirie des intimées a été modifiée le 29 avril 1989 par l'adjonction de l'alinéa 17d) où des [TRADUCTION] «dommages-intérêts exemplaires ou punitifs» sont demandés. Comme en fait foi le volume 1 de la transcription, à la page 97, l'avocat des intimées a tout d'abord fait valoir, dans les remarques préliminaires qu'il a faites au début de l'instruction, le 7 mai 1990, que l'appelante avait fabriqué et vendu le produit ECA 10271 et qu'il s'agissait [TRADUCTION] «exactement de la même chose que le produit 10444 . . . comme si l'injonction interlocutoire n'avait jamais existé». Plus loin, toujours dans ses remarques préliminaires, à la page 131 du volume 1 de la transcription, l'avocat renvoie aux effets de l'injonction interlocutoire. Puis, aux pages 165 et 166 du même volume, il ajoute que l'appelante [TRADUCTION] «a lancé une nouvelle formule» pour le produit visé par l'injonction interlocutoire, qu'elle désignait à l'aide des chiffres 10271, et il poursuit:

[TRADUCTION] Ils ont simplement poursuivi leurs activités en ce sens une fois l'injonction accordée, comme si de rien n'était, et ils ont continué jusqu'en septembre 1989 à fournir un produit fabriqué présumément en conformité avec cette formule, à Shell au Canada, parce que Shell n'aurait pas . . . je crois que la raison en était que Shell n'aurait pas accepté le produit 12819.

Dans le même ordre d'idées, l'avocat conclut en disant ce qui suit (aux pages 167 et 168):

[TRADUCTION] Après que l'injonction eut interdit la fabrication et la vente au Canada du produit 10444, [la

named the product they were selling as 10444 as 10271, and slightly modified the . . . 10444 specification to . . . presumably to enable them to argue that on the basis of that specification they were not infringing.

. . .

So, My Lord, in our respectful submission, this was a flagrant defiance of the spirit, if not the actual literal words of the order of the court, and we have a claim for exemplary damages in these proceedings arising from that.

défenderesse] a simplement modifié l'appellation du produit en remplaçant les chiffres 10444 par 10271, et elle a légèrement modifié la . . . formule du produit 10444 afin . . . de lui permettre, semble-t-il, de prétendre, par le fait même, qu'elle ne se livrait à aucune contrefaçon.

. . .

Ainsi, Monsieur le juge, nous prétendons respectueusement qu'il y a eu mépris flagrant de l'esprit, si ce n'est de la lettre, de l'ordonnance de la Cour, et nous soutenons que cela justifie l'octroi de dommages-intérêts exemplaires.

12 At the trial itself, the respondents adduced evidence (Ex. P-13 and P-14) in support of its allegation that the interlocutory injunction had been callously disregarded together with a booklet of discovery evidence entitled "Read-Ins re Continued Manufacture Of ECA 10271 And its Non-Borated Form Following Interlocutory Injunction" (Ex. P-49). For its part, apart from contending that the allegation of callous disregard of the interlocutory injunction had not been made out, the appellant took the position that the claim for exemplary damages had not been pleaded and accordingly that it was not properly before the Trial Judge. The appellant led no evidence on the allegation at trial.

Pendant l'instruction comme telle, les intimées ont produit des éléments de preuve (pièces P-13 et P-14) à l'appui de leur allégation selon laquelle l'injonction interlocutoire avait fait l'objet d'une complète indifférence, de pair avec une brochure intitulée «Read-Ins re Continued Manufacture Of ECA 10271 And its Non-Borated Form Following Interlocutory Injunction» (pièce P-49) obtenue dans le cadre de la communication préalable. Pour sa part, en plus de prétendre que l'allégation de complète indifférence à l'égard de l'injonction interlocutoire n'avait pas été faite, l'appelante a défendu la thèse que la question des dommages-intérêts exemplaires n'avait pas été plaidée et que, en conséquence, le juge de première instance n'en était pas dûment saisi. À l'instruction, l'appelante n'a présenté aucun élément de preuve concernant l'allégation.

12

13 The motion to adduce further evidence on this allegation was brought following the allowance of the respondents' cross-appeal by this Court on April 14, 1993, when a continuance of the trial was ordered. In disposing of that motion, the Trial Judge took the view that the matter was one of discretion under Rule 494 [as am. by SOR/90-846, s. 21] and that it should be exercised against the appellant for the following reasons, which appear at page 139 of his reasons for the order of April 25, 1994:

La requête en vue de produire de nouveaux éléments de preuve relativement à cette allégation a été présentée après que la Cour eut accueilli l'appel incident des intimées le 14 avril 1993, la poursuite de l'instruction ayant alors été ordonnée. Lorsqu'il a statué sur la requête, le juge de première instance a estimé que la question relevait du pouvoir discrétionnaire que lui conférait la Règle 494 [mod. par DORS/90-846, art. 21] et que ce pouvoir discrétionnaire devait être exercé au détriment de l'appelante pour les motifs suivants, lesquels figurent à la page 139 des motifs de l'ordonnance en date du 25 avril 1994:

13

With respect to my discretion under Rule 494, there are several factors which weigh against my exercising it in favour of the applicant. First, at least some of the documents in issue were previously sought by Lubrizol and not produced by Imperial, to the prejudice of Lubrizol. It

En ce qui a trait au pouvoir discrétionnaire dont je dispose en vertu de la Règle 494, plusieurs facteurs m'incitent à ne pas l'exercer en faveur de la requérante. D'abord, au moins quelques-uns des documents en litige ont déjà été demandés par Lubrizol et l'Impériale ne les a pas

should be noted that I do not accept counsel for the applicant's argument that there could have been no prejudice to Lubrizol since it was ultimately victorious in the trial. I believe that it is indeed possible to be prejudiced and yet still win a case. The prejudice manifests itself in having to fight a tougher battle because of the defendant's tactics than had all the evidence requested been produced. Second, to conduct the action in this manner, by effectively re-opening the evidence stage, would merely serve to unduly delay what should be a fairly straightforward issue. I am also of the opinion that it would be manifestly unfair, at this late date, to allow Imperial to improve its evidential position on an issue previously argued in court. Lastly, I am convinced that Imperial, and its solicitors, made a tactical decision not to produce documents previous to this. That was certainly their decision to make, but it is one by which they must now abide. I am not prepared to allow them the benefit of "20/20 hindsight" to change that position now. A continuance is not a new trial. If it were, then my discretion might be exercised in a different manner. Such is not the case here.

produits, ce qui a nui à Lubrizol. Je ne suis pas d'accord avec l'avocat de la requérante lorsqu'il dit qu'aucun préjudice n'a été causé à Lubrizol, puisqu'elle a eu finalement gain de cause à l'instruction. A mon avis, une partie peut subir un préjudice et gagner sa cause malgré tout. Le préjudice est celui de devoir, en raison de la tactique de la partie adverse, livrer une bataille plus difficile qu'elle ne l'aurait été si tous les éléments de preuve demandés avaient été produits. En deuxième lieu, si je permettais que l'action se déroule de cette façon et que j'autorisais effectivement une réouverture de la preuve, je ne ferais que reporter indûment le règlement d'une question assez simple. En outre, il serait manifestement injuste, à cette date tardive, de permettre à l'Impériale d'améliorer sa position sur une question déjà débattue devant la Cour. Enfin, je suis convaincu que l'Impériale et ses avocats avaient choisi, par stratégie, de ne pas produire les documents en question avant aujourd'hui. Ils pouvaient certainement le faire, mais ils doivent aujourd'hui en subir les conséquences. Je ne suis pas prêt à leur permettre de changer complètement de tactique après coup. Une poursuite d'instance n'est pas une nouvelle instruction. Si elle l'était, je pourrais peut-être exercer mon pouvoir discrétionnaire de façon différente. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

14 We shall return momentarily to consider whether this discretion was properly exercised. In our view it is now past time for the appellant to be heard to argue that callous disregard of the interlocutory injunction giving rise to a claim for exemplary damages was not properly before the Trial Judge because of lack of pleading. While the Trial Judge did not deal with that claim as raised by counsel in his opening, the appellant was obviously aware that it was being pursued on the cross-appeal. It had not been addressed in the reasons for judgment at trial. On the cross-appeal, in deciding to refer the matter back to the Trial Judge for determination, [*Lubrizol Corp v. Imperial Oil Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 1] Mahoney J.A., speaking for the Court, stated at pages 30-31:

Lubrizol says the trial judge erred in not awarding exemplary damages in respect of the infringement by one of Imperial's products. In disposing of the issue, the trial judge said only (at p. 45):

14 Nous devons revenir momentanément à la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire a été exercé convenablement. Nous estimons qu'il est désormais trop tard pour que l'appelante fasse valoir que, vu l'absence de plaidoirie, le juge de première instance n'était pas dûment saisi de la question de la complète indifférence à l'égard de l'injonction interlocutoire qui sous-tendait la demande de dommages-intérêts exemplaires. Même si le juge de première instance n'a pas examiné la question soulevée par l'avocat dans ses remarques préliminaires, l'appelante savait de toute évidence qu'elle faisait l'objet de l'appel incident. Les motifs du jugement de première instance n'en faisaient pas mention. Dans le cadre de l'appel incident, en décidant de renvoyer l'affaire au juge de première instance afin que la question soit tranchée [*Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 1], le juge Mahoney, J.C.A. dit ce qui suit au nom de la Cour, aux pages 30 et 31:

Lubrizol affirme que le juge de première instance a commis une erreur en n'accordant pas de dommages-intérêts exemplaires pour la contrefaçon d'un produit en particulier d'Imperial. Celui-ci s'est borné à trancher ainsi la question (à la p. 45):

At trial, counsel for the plaintiffs alluded to deliberate infringement but did not in my view produce sufficient evidence to warrant an award of exemplary damages. I do have some concerns regarding the defendant's conduct, but there was not enough concrete evidence to conclude a situation of callous disregard for the plaintiff's rights and for the patent system existed to warrant exemplary damages.

As argued on appeal, it was not callous disregard to Lubrizol's rights or the patent system that gave rise to exemplary damages, but a callous disregard for the interlocutory injunction issued by Reed J., January 12, 1989. If that is proved, exemplary damages are an available remedy. . . . In view of the disposition I think must be made, I will only say that the allegation is not devoid of evidential support.

I have perused Lubrizol's written Memorandum of Fact and Law at trial . . . which, along with Imperial's, was ordered to be included in the appeal case . . . . I have also perused the transcript of its oral argument at trial. . . . There is simply no doubt that the argument was based on the allegation that Imperial had continued to manufacture and sell a product, the manufacture and sale of which had been enjoined by the interlocutory injunction, until after this Court had dismissed its appeal against the interlocutory injunction on September 22, 1989.

It is apparent that the trial judge misapprehended the issue. He cannot, therefore, be found to have properly exercised his discretion in refusing exemplary damages. Lubrizol was, and is, entitled to have its claim for exemplary damages dealt with. I have reluctantly come to the conclusion that, absent relevant findings of fact by the trial judge, this Court is not able to resolve it.

15 The interlocutory injunction was claimed and granted within the framework of the litigation. The appellant's attempt to overturn it on appeal failed. While no allegation of callous disregard of its terms was pleaded, the obvious purpose of respondents' counsel in his opening was to raise the issue by asserting that claim and providing particulars thereof. The trial proceeded without request for adjournment. Evidence relevant to counsel's assertions was adduced by the respondents without further objection. The appellant's ultimate position at trial—that

À l'instruction, l'avocat des demanderesse a fait allusion à une contrefaçon délibérée mais il n'a pas à mon avis produit suffisamment de preuves pour justifier l'octroi de dommages-intérêts exemplaires. Je nourris certaines préoccupations au sujet de la conduite de la défenderesse, mais je n'ai pas été saisi de suffisamment de preuves concrètes pour conclure que cette dernière a manifesté à l'égard des droits des demanderesse et du système des brevets une complète indifférence justifiant l'octroi de dommages-intérêts exemplaires.

Ainsi qu'il a été allégué en appel, ce n'est pas la complète indifférence manifestée à l'égard des droits de Lubrizol ou du système des brevets qui est susceptible de donner ouverture à des dommages-intérêts exemplaires, mais une indifférence complète à l'égard de l'injonction interlocutoire prononcée par le juge Reed le 12 janvier 1989. Si on en fait la preuve, l'octroi de dommages-intérêts exemplaires constituera un redressement possible. . . . Étant donné la manière dont j'estime devoir disposer du présent appel, je dirai seulement que cette allégation n'est pas, d'après la preuve, dénuée de fondement.

J'ai lu attentivement l'exposé des faits et du droit que Lubrizol a présenté à l'instruction . . . , lequel, à l'instar de l'exposé d'Imperial, a été, par ordonnance, inclus dans le dossier d'appel. . . . J'ai également lu avec soin la transcription des arguments que Lubrizol a soutenus oralement à l'instruction. . . . Il ne fait absolument aucun doute que le débat était fondé sur l'allégation qu'Imperial avait continué à fabriquer et à vendre un produit dont la fabrication et la vente avaient été interdites par injonction interlocutoire, et ce jusqu'à ce que cette Cour rejette l'appel formé contre ladite injonction le 22 septembre 1989.

Il est manifeste que le juge de première instance a mal apprécié cette question. On ne peut donc conclure qu'il a judicieusement exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant d'octroyer des dommages-intérêts exemplaires. Lubrizol avait et a droit à ce qu'il soit statué sur sa demande de dommages-intérêts exemplaires. Je ne suis toutefois venu, à regret, à la conclusion qu'en l'absence de faits établis par le juge de première instance, cette Cour n'est pas en mesure de résoudre la question.

L'injonction interlocutoire a été demandée et accordée dans le cadre du litige. La tentative de l'appelante de la faire renverser en appel a échoué. Bien qu'aucune allégation de complète indifférence à l'égard de l'injonction n'ait été plaidée, l'objectif manifeste de l'avocat des intimées, en faisant l'allégation préliminaire, était de soulever la question en formulant la demande et en donnant des précisions sur celle-ci. L'instruction s'est déroulée sans qu'aucune demande d'ajournement ne soit présentée. Les intimées ont présenté des éléments de preuve à

15

the allegation of callous disregard of the injunction was not properly before the Trial Judge because it was not specifically pleaded—was not raised on the cross-appeal, which succeeded. The matter was returned to the Trial Judge for continuance on the express basis, as Mahoney J.A. put it [at page 31], that the claim was “not devoid of evidential support”.

l'appui de l'allégation sans qu'aucune objection ne soit formulée. Le point de vue défendu ultimement par l'appelante à l'instruction—à savoir que le juge de première instance n'était pas dûment saisi de la question de la complète indifférence à l'égard de l'injonction parce que celle-ci n'avait pas été expressément plaidée—n'a pas été repris dans le cadre de l'appel incident, lequel a été accueilli. Le dossier a été renvoyé au juge de première instance aux fins de la poursuite de l'instruction de pair avec la directive expresse du juge Mahoney [à la page 31] selon laquelle l'allégation n'était pas «dénuée de fondement».

16 What the respondents sought to achieve on the cross-appeal and, indeed, what they succeeded in achieving was the continuance of the trial for the sole purpose of having their claim of callous disregard of the interlocutory injunction dealt with by the Trial Judge. Given that apparent purpose, the appellant might have been expected to contend on the cross-appeal that the respondents should not succeed there because the claim was not, for want of pleading, properly before the Trial Judge at trial. This the appellant did not do. Having failed to so do, in our view, the appellant cannot now re-litigate the point on the present appeal. As was stated by Maugham J., as he then was, in *Green v. Weatherill*,<sup>2</sup> quoting from Wigram V.C. in *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100:

Ce que les intimées ont cherché à obtenir en appel incident et ont obtenu dans les faits est la poursuite de l'instruction à la seule fin que leur allégation de complète indifférence à l'égard de l'injonction interlocutoire soit examinée par le juge de première instance. Vu ce but apparent, on aurait pu s'attendre à ce que l'appelante fasse alors valoir que les intimées ne devaient pas avoir gain de cause parce que le juge de première instance n'avait pas été dûment saisi de l'allégation, pendant l'instruction, en raison de l'absence de plaidoirie à ce sujet. L'appelante ne l'a pas fait. C'est pourquoi, à notre avis, elle ne peut maintenant soulever la question dans le cadre du présent appel. Comme l'a dit le juge Maugham, tel était alors son titre, dans *Green v. Weatherill*<sup>2</sup>, reprenant les propos du vice chancelier Wigram dans *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100:

. . . the Court requires the parties to that litigation to bring forward their whole case and will not (except under special circumstances) permit the same parties to open the same subject of litigation in respect of matter which might have been brought forward as part of the subject in contest, but which was not brought forward . . . .

[TRADUCTION] . . . la Cour exige des parties qu'elles soumettent toute leur cause et, sauf dans des circonstances spéciales, elle n'autorisera pas ces parties à rouvrir le débat sur un point qui aurait pu être soulevé lors du litige, mais qui ne l'a pas été . . .

To repeat, the point was decided against the appellant by this Court's judgment of April 14, 1993.<sup>3</sup> The appellant cannot now be heard to say that the claim was not properly raised at trial.

La question a en effet été tranchée de façon défavorable vis-à-vis de l'appelante dans le jugement de la Cour daté du 14 avril 1993<sup>3</sup>. L'appelante ne peut plus désormais faire valoir que la prétention n'a pas été dûment soulevée à l'instruction.

17 In view of this analysis, the question of whether the claim for callous disregard of the injunction had been properly raised was no longer at large after this Court made its pronouncement of April 14, 1993. If

Compte tenu de cette analyse, la question de savoir si l'allégation de complète indifférence à l'égard de l'injonction avait été dûment faite ne se posait plus après que la Cour eut prononcé son

it were, we would nonetheless conclude that it was sufficiently raised to permit its adjudication. The *Federal Court Rules* underscore the value and function of a pleading. Subsection 408(1) of the Rules requires that every pleading “contain a precise statement of the material facts on which the party pleading relies”. Paragraph 409(b) of the Rules requires that, in the types of cases exemplified, a party shall plead specifically any matter that “if not specifically pleaded, might take the opposite party by surprise”. Paragraph 415(1)(a) of the Rules lays down that “every pleading shall contain the necessary particulars of any allegation including . . . particulars of . . . wilful default”. The jurisprudence of this Court has equally emphasized the value of pleading. In *TRW Inc. v. Walbar of Canada Inc.*,<sup>4</sup> this Court adopted the following views of Lord Normand in *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Southport Corporation*:<sup>5</sup>

I wish to associate myself with the observations of my noble and learned friend, Lord Radcliffe, on the value of the pleadings. To condemn a party on a ground of which no fair notice has been given may be as great a denial of justice as to condemn him on a ground on which his evidence has been improperly excluded.

See also *Gulf Canada Limited v. The Tug Mary Mackin*<sup>6</sup> and *Glisic v. Canada*.<sup>7</sup>

18 An objection based on a pleading may perhaps be seen as merely technical or formal. It is much more than that, in our view. In general, the Court expects parties to adhere to the rules of pleading so that each side will know the case the other is required to meet when it comes to trial. It may be said that it is the facts as pleaded and the issues as defined in the pleadings which determine the relevancy of evidence whether oral or documentary; and if the latter, whether a document must be produced before trial. At the same time, the *Federal Court Rules* do not require exemplary damages to be specifically pleaded.

jugement le 14 avril 1993. Si elle s'était posée, nous serions néanmoins arrivés à la conclusion que l'allégation avait été faite de façon suffisante pour que la Cour tranche la question. Les *Règles de la Cour fédérale* mettent en évidence la valeur et le rôle d'une plaidoirie. Le paragraphe 408(1) des Règles prévoit que chaque plaidoirie «doit obligatoirement contenir un exposé précis des faits essentiels sur lesquels se fonde la partie qui plaide». L'alinéa 409b) des Règles prévoit que, dans les cas indiqués, une partie doit plaider spécifiquement toute question qui, «si elle n'est pas spécifiquement plaidée, pourrait prendre la partie opposée par surprise». Pour sa part, l'alinéa 415(1)a) des Règles énonce que «toute plaidoirie doit fournir les détails nécessaires à toute allégation y compris . . . des détails des . . . manquements délibérés». La jurisprudence de la Cour fait également ressortir la valeur d'une plaidoirie. Dans *TRW Inc. c. Walbar of Canada Inc.*,<sup>4</sup> la Cour adopte le point de vue suivant exprimé par lord Normand dans *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Southport Corporation*<sup>5</sup>:

Je désire reprendre les observations de mon noble et savant collègue, lord Radcliffe, sur la valeur de la plaidoirie. La condamnation d'une partie pour un motif à l'égard duquel aucun avis équitable n'a été donné peut constituer un déni de justice aussi grave que sa condamnation pour un motif à l'égard duquel on a incorrectement exclu sa preuve.

Voir également *Gulf Canada Limited c. Le remorqueur Mary Mackin*<sup>6</sup> et *Glisic c. Canada*.<sup>7</sup>

18 Une objection fondée sur une plaidoirie pourrait peut-être être considérée comme purement technique ou formelle. Or, elle revêt une importance beaucoup plus grande selon nous. En règle générale, la Cour s'attend à ce que les parties se conforment aux règles régissant les plaidoiries, de sorte que chacune d'entre elles connaisse la preuve que l'autre devra faire au procès. On pourrait dire que ce sont les faits plaidés et les questions circonscrites dans les plaidoiries qui permettent de déterminer la pertinence d'un témoignage ou d'une preuve documentaire, et dans ce dernier cas, si un document doit être déposé avant l'instruction. En même temps, les *Règles de la Cour fédérale* n'exigent pas que la demande de

19 By contrast, in England, under Order 18, rule 8(1) of the *Rules of the Supreme Court 1965* [S.I. 1965/1776], such damages must be specifically pleaded. That rule negatives the ruling in *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*,<sup>8</sup> no doubt as a result of the action recommended by Lord Hailsham of St. Marylebone L.C. as a result of his speech on the appeal in that case to the House of Lords, [1972] A.C. 1027, at page 1083. The object of the proposed new rule, in Lord Hailsham's words, was to prevent a defendant from being "taken by surprise", despite the prevailing view that this is one of the principal objects of pleading.<sup>9</sup> Because the County Court Rules in that country lay down no corresponding requirement, the "old practice" under which "exemplary damages can be awarded, even though not pleaded", continues to apply.<sup>10</sup> This "old practice" obtains in Canada wherever rules of practice do not require a claim for exemplary damages to be specifically pleaded.<sup>11</sup> While paragraph 409(b) of the Rules lays down a general requirement that a party must plead in such a way as not to take another party by surprise,<sup>12</sup> the Rules of the Court as they now stand, by not expressly requiring exemplary damages to be specifically pleaded, evidently do not regard a failure to so plead as running afoul of that Rule. This is not to say, however, that a specific plea would not be preferable even though not strictly required by the *Federal Court Rules*.

20 This, however, does not end the matter. The appellant submits that, even if the claim for exemplary damages was properly before the Trial Judge, we should set aside his decision refusing further evidence to be adduced on the continuance as well as his decision on the continuance. We are not here dealing with a case involving either criminal or civil

dommages-intérêts exemplaires fasse spécifiquement l'objet d'une plaidoirie.

19 À l'opposé, en Angleterre, aux termes de l'ordonnance 18, règle 8(1) des *Rules of the Supreme Court 1965* [S.I. 1965/1776], de tels dommages-intérêts doivent être expressément plaidés. Cette règle annule l'effet de la décision rendue dans *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*<sup>8</sup>, ce qui résulte sans aucun doute de la mesure recommandée par lord Hailsham de St. Marylebone, lord chancelier, dans les propos qu'il a tenus en appel, dans cette affaire, devant la chambre des lords, [1972] A.C. 1027, à la page 1083. Selon les dires mêmes de lord Hailsham, l'objet de la nouvelle règle proposée était d'empêcher un défendeur d'être [TRADUCTION] «pris par surprise», malgré l'opinion prédominante selon laquelle il s'agit de l'un des principaux objets de la plaidoirie<sup>9</sup>. Comme, dans ce pays, les Règles de la Cour de comté ne prévoient aucune exigence correspondante, la [TRADUCTION] «vieille pratique» selon laquelle des [TRADUCTION] «dommages-intérêts exemplaires peuvent être accordés même s'ils n'ont pas été plaidés», continue de s'appliquer<sup>10</sup>. Cette [TRADUCTION] «vieille pratique» s'applique au Canada chaque fois que les règles de pratique n'exigent pas qu'une demande de dommages-intérêts soit expressément plaidée<sup>11</sup>. Même si l'alinéa 409b) des Règles exige, de façon générale, qu'une partie plaide toute question de façon à ne pas prendre une autre partie par surprise<sup>12</sup>, l'omission de plaider les dommages-intérêts exemplaires n'emporte évidemment pas la contravention aux Règles de la Cour qui, dans leur libellé actuel, n'exigent pas expressément que ces dommages soient spécifiquement plaidés. On ne saurait conclure, cependant, qu'une allégation spécifique n'est pas préférable même si les *Règles de la Cour fédérale* ne l'exigent pas à strictement parler.

20 Cela ne règle pas pour autant la question. L'appellante fait valoir que, même si le juge de première instance était dûment saisi de la demande de dommages-intérêts exemplaires, nous devrions annuler sa décision de refuser que d'autres éléments de preuve soient présentés à la poursuite de l'instruction, de même que la décision rendue à l'issue de

contempt of court.<sup>13</sup> Nevertheless, because the allegation that the appellant callously disregarded a solemn order of the Court is so serious, adequate safeguards are required to ensure that the appellant may come before the Court to show, if it can, that its conduct is not deserving of the severe censure that an award of exemplary damages represents. It seems to us that the views expressed by Gonthier J. in *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*,<sup>14</sup> although a case involving contempt, offers some useful guidance here:

The judge must allow the respondent a certain degree of latitude in respect of the relevance of the evidence presented in attempting to justify himself or herself.

celle-ci. Nous ne sommes pas saisis, en l'espèce, d'une affaire d'outrage au tribunal en matière pénale ou civile<sup>13</sup>. Néanmoins, vu la gravité de l'allégation selon laquelle l'appelante a manifesté une complète indifférence à l'égard d'une ordonnance de la Cour, des mesures appropriées doivent être prises pour faire en sorte que l'appelante puisse établir devant la Cour, si elle le peut, que ses actes ne justifient pas le blâme sévère que constitue l'octroi de dommages-intérêts exemplaires. Il nous semble que les propos tenus par le juge Gonthier dans l'arrêt *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*<sup>14</sup>, bien que ce soit dans une affaire d'outrage au tribunal, énoncent un principe utile aux fins de la présente espèce:

Le juge doit laisser une certaine latitude à l'intimé quant à la pertinence de la preuve présentée pour tenter de se justifier.

21 Why then did the Trial Judge reject the motion for further evidence? He was of the view that the decision was one of discretion under Rule 494. We agree. The discretion conferred by that Rule applied because the trial was still in progress in consequence of this Court's judgment of April 14, 1993. Because the decision of April 25, 1994 was one of discretion, it must not be interfered with unless in exercising it the Trial Judge failed to give "sufficient weight to all relevant considerations".<sup>15</sup> The Trial Judge took account of four different considerations for exercising the discretion as he did. The first was that [at page 139] "at least some of the documents in issue were previously sought by Lubrizol and not produced by Imperial, to the prejudice of Lubrizol". If the exemplary damages for callous disregard of the interlocutory injunction had been pleaded we could accept the Judge's criticism. The failure on the part of the respondents to explicitly plead, although not required by the Rules of this Court to do so, had as one of its consequences that documents which would otherwise have been producible on an issue raised by the pleadings did not have to be produced prior to the trial. It seems to us, therefore, that the Trial Judge ought not to have laid as much stress as he apparently did on this consideration. The second [at page 139] was that allowing further evidence would "unduly delay what should be a fairly

Pourquoi alors le juge de première instance a-t-il 21  
 rejeté la demande d'autorisation de présenter de  
 nouveaux éléments de preuve? Il a estimé qu'il avait  
 le pouvoir discrétionnaire de le faire en application  
 de la Règle 494. Nous en convenons. Le pouvoir  
 discrétionnaire conféré par cette Règle pouvait être  
 exercé, car l'instruction se poursuivait toujours par  
 suite du jugement de la Cour daté du 14 avril 1993.  
 Parce qu'elle a résulté de l'exercice du pouvoir  
 discrétionnaire, la décision du 25 avril 1994 ne peut  
 être modifiée que si, en exerçant ce pouvoir, le juge  
 de première instance a omis d'accorder «suffisam-  
 ment d'importance à toutes les considérations perti-  
 nentes»<sup>15</sup>. Le juge de première instance a tenu compte  
 de quatre considérations différentes dans l'exer-  
 cice de son pouvoir discrétionnaire. Premièrement [à  
 la page 139], «au moins quelques-un des documents  
 en litige ont déjà été demandés par Lubrizol et l'Im-  
 périale ne les a pas produits, ce qui a nui à  
 Lubrizol». Si la question des dommages-intérêts  
 exemplaires demandés sur le fondement de la com-  
 plète indifférence manifestée à l'égard de l'injon-  
 ction interlocutoire avait été plaidée, nous pourrions  
 accepter la critique formulée par le juge de première  
 instance. L'omission des intimées de plaider la ques-  
 tion explicitement, même si elles n'étaient pas ten-  
 nues de le faire par les Règles de la Cour, a eu  
 notamment pour conséquence que des documents qui

straightforward issue". While we accept this as a legitimate consideration, its significance is somewhat lessened when weighed against the requirement for a fair trial. Before the point was dealt with by this Court on April 14, 1993, the claim based on callous disregard of the interlocutory injunction had not been disposed of by the Trial Judge. Indeed, it was his opinion that the evidence before him at trial—which was the same evidence as was before him at the time he made his order of April 25, 1994—did not establish a claim for exemplary damages for infringement of the respondents' rights or the patent system. It is true that the trial was a lengthy one and that the appeal, the cross-appeal, the leave application to the Supreme Court and the motion to adduce further evidence, consumed a good deal of additional time. Nevertheless, in our view, the need for a fair trial outweighs the need to avoid any additional delay in bringing the litigation to a conclusion. The third [at page 139] was that to allow further evidence would be unfair to the respondents because it would "allow Imperial to improve its evidential position on an issue previously argued in court". While again we believe the Judge's concern was quite legitimate, we are of the view that he attached too much weight to the fact that—despite the silence of the pleading—the claim was properly before him at trial and not enough to the manner in which it was raised, that is to say, in counsel's opening. A final consideration was that as the appellant had made a "tactical decision" at the first part of the trial not to lead evidence on the issue, it should be bound by that decision. The decision was obviously taken in the heat of the trial and at a time when the respondents' claim for callous disregard of the interlocutory injunction had been raised for the first time. In retrospect, this was a mistake. That decision appears to have been based on a view that as the claim had not been specifically pleaded any documents touching it were not producible because they were not relevant. In our view, the appellant was fully aware of the issue as raised in the opening and of the need to confront it.

auraient pu par ailleurs être produits relativement à une question soulevée dans les plaidoiries n'ont pas dû être produits avant l'instruction. Il nous semble donc que le juge de première instance n'aurait pas dû accorder autant d'importance qu'il semble l'avoir fait à cet élément. Deuxièmement [à la page 139], le fait d'autoriser la présentation de nouveaux éléments de preuve aurait retardé «indûment le règlement d'une question assez simple». Bien que nous estimions qu'il s'agit d'une considération légitime, son importance est quelque peu atténuée par l'exigence d'une instruction équitable. Avant que la question ne soit examinée par la Cour le 14 avril 1993, le juge de première instance n'avait pas statué sur l'allégation de complète indifférence à l'égard de l'injonction interlocutoire. Il était en fait d'avis que la preuve dont il était saisi à l'instruction qui était la même que celle dont il était saisi au moment de rendre l'ordonnance du 25 avril 1994 ne justifiait pas l'octroi de dommages-intérêts exemplaires pour atteinte aux droits des intimées ou au système des brevets. Il est vrai que l'instruction a été longue et que l'appel, l'appel incident, la demande d'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada et la requête en vue de présenter d'autres éléments de preuve ont prolongé considérablement l'affaire. Nous estimons néanmoins que l'obligation de procéder à une instruction équitable l'emporte sur la nécessité d'éviter que la procédure ne se prolonge indûment. Troisièmement [à la page 139], permettre le dépôt de nouveaux éléments de preuve aurait été inéquitable vis-à-vis des intimées, car cela aurait «permi[s] à l'Impériale d'améliorer sa position, sur une question déjà débattue devant la cour». Encore une fois, nous sommes d'avis qu'il s'agissait d'une préoccupation tout à fait légitime, mais que le juge de première instance a accordé trop d'importance au fait que—malgré le silence de la plaidoirie—il avait été dûment saisi de l'allégation lors de l'instruction et pas assez à la manière dont il l'avait été, c'est-à-dire dans le cadre des remarques préliminaires de l'avocat. Enfin, l'appelante aurait pris, pendant la première partie de l'instruction, la «décision tactique» de ne pas présenter de preuve sur la question, de

sorte qu'elle devait en subir les conséquences. Cette décision a évidemment été prise dans le feu de l'action, au procès et à un moment où l'allégation de complète indifférence à l'endroit de l'injonction interlocutoire a été faite pour la première fois par les intimées. Rétrospectivement, il s'agissait d'une erreur. Cette décision semble avoir été prise en tenant pour acquis que, l'allégation n'ayant pas été spécifiquement plaidée, aucun document s'y rapportant ne pouvait être produit, car il n'aurait pas été pertinent. Selon nous, l'appelante était parfaitement au courant de la question soulevée dans le cadre des remarques préliminaires et consciente de la nécessité de la réfuter.

22 Save in exceptional circumstances, a litigant who has had a full opportunity of adducing evidence at trial will not be permitted to reopen his case so as to allow new evidence to be introduced after the judgment at trial.<sup>16</sup> It has been well observed that as under our adversary system of justice, "what witnesses are called and what questions they are asked is a matter left to counsel" and it is counsel who "makes decisions, both strategic and tactical, as to what approach will be taken", counsel cannot later complain about the absence of evidence at trial.<sup>17</sup> The case at bar, it seems to us, does present a somewhat unusual situation. It is not the normal case where all of the issues are defined by the pleadings and there has been full discovery of documents and of witnesses on the issues so defined in advance of the trial. Nor is it a case where a party seeks to reopen after the trial has ended and judgment has been pronounced by the trial judge on the issue to which the new evidence relates. On April 25, 1994, when the Trial Judge disposed of the appellant's motion for further evidence, the trial had not yet come to an end, this Court having by its judgment of June 14, 1993, ordered its continuance to deal with the very issue raised by the respondents' counsel in his opening.

22 Sauf circonstances exceptionnelles, la partie qui a eu pleinement l'occasion de présenter des éléments de preuve au procès ne sera pas autorisée à rouvrir la preuve afin de présenter de nouveaux éléments après que le jugement a été rendu à l'issue de l'instruction<sup>16</sup>. D'aucuns font remarquer à juste titre que, dans le cadre de la procédure contradictoire qui caractérise notre système de justice, [TRADUCTION] «l'identité des témoins appelés à témoigner et la teneur des questions qui leur sont posées dépendent entièrement de l'avocat» et qu'il appartient à ce dernier «de prendre les décisions, tant stratégiques que tactiques, quant à la démarche à adopter», de sorte que l'avocat ne peut invoquer ultérieurement l'omission de présenter des éléments de preuve au procès<sup>17</sup>. La présente espèce semble se caractériser, selon nous, par une situation quelque peu inusitée. Il ne s'agit pas d'un cas habituel où toutes les questions en litige ont été circonscrites dans les plaidoiries et où la preuve documentaire et testimoniale se rapportant à ces questions a été entièrement communiquée avant l'instruction. Il ne s'agit pas non plus d'un cas où une partie demande la réouverture de l'affaire une fois l'instruction terminée et le jugement prononcé par le juge de première instance relativement à la question à laquelle se rapporte le nouvel élément de preuve. Le 25 avril 1994, lorsque le juge de première instance a statué sur la requête de l'appelante relative à la présentation d'autres éléments de preuve, l'instruction n'était pas encore terminée, la Cour ayant ordonné, dans son jugement du 14 juin 1993, la poursuite de celle-ci afin de

23 It is a long-standing principle that the object of courts is to decide the rights of the parties in litigation and not to punish for mistakes made in the conduct of a case unless the circumstances are exceptional. That principle was expressed in the following way by Bowen L.J. in *Cropper v. Smith*:<sup>18</sup>

Now, I think it is a well established principle that the object of Courts is to decide the rights of the parties, and not to punish them for mistakes they make in the conduct of their cases by deciding otherwise than in accordance with their rights. Speaking for myself, and in conformity with what I have heard laid down by the other division of the Court of Appeal and by myself as a member of it, I know of no kind of error or mistake which, if not fraudulent or intended to overreach, the Court ought not to correct, if it can be done without injustice to the other party. Courts do not exist for the sake of discipline, but for the sake of deciding matters in controversy. . . .

While Bowen L.J. wrote in dissent of how the particular case ought to be decided, the principle, in our view, remains good law. (See *Shoe Machinery Company v. Cutlan*,<sup>19</sup> *Supreme Court Practice 1993*, Vol. 1, Part I (London: Sweet & Maxwell, 1992), at pages 371-372.) The case itself was concerned with whether a pleading should be amended on an appeal, and while the principle is of particular relevance in cases involving amendment of a pleading it has received broader application. Thus in *Wood v. British Columbia Electric Ry. Co., Ltd.*,<sup>20</sup> it was applied in rejecting an argument put forward at the end of a trial that the plaintiff could not recover damages because he was not the proper party to the action.<sup>21</sup>

24 In our opinion, by rejecting the motion for further evidence the Trial Judge failed to give sufficient weight to all relevant considerations and particularly that the appellant would be permanently deprived of an adequate opportunity of defending itself against a very serious claim—one which, in the sequel, has

trancher la question soulevée par l'avocat des intimées dans le cadre de ses remarques préliminaires.

Il est un principe établi de longue date selon lequel le rôle du tribunal consiste à statuer sur les droits des parties au litige et non à sanctionner les erreurs commises dans le déroulement de la procédure, sauf circonstances exceptionnelles. Ce principe est énoncé comme suit par le lord juge Bowen dans *Cropper v. Smith*<sup>18</sup>:

[TRADUCTION] Je crois qu'il est un principe bien établi selon lequel le rôle du tribunal consiste à statuer sur les droits des parties et non à punir celles-ci pour les erreurs qu'elles commettent dans le déroulement d'une affaire en prenant des décisions défavorables à la reconnaissance de leurs droits. Pour ma part, et conformément à ce qui a été établi par l'autre section de la Cour d'appel et par moi-même en tant que juge de celle-ci, je ne vois pas pourquoi une erreur qui n'est ni frauduleuse ni délibérément trompeuse ne devrait pas être corrigée par la Cour si cela peut être fait sans commettre d'injustice à l'endroit de l'autre partie. La raison d'être d'un tribunal n'est pas de faire régner la discipline, mais bien de trancher des litiges . . .

Bien que le lord juge Bowen ait exprimé une opinion dissidente quant à la façon dont il convenait de statuer dans cette affaire en particulier, le principe qu'il énonce demeure, selon nous, valable en droit. (Voir *Shoe Machinery Company v. Cutlan*<sup>19</sup> et *Supreme Court Practice 1993*, vol. 1, partie I, Londres, Sweet & Maxwell, 1992, aux pages 371 et 372.) Il s'agissait de savoir, dans ce cas précis, si une plaidoirie devait être modifiée au stade de l'appel, et bien que le principe s'applique particulièrement à la modification d'une plaidoirie, il a été interprété de façon plus large. Ainsi, dans *Wood v. British Columbia Electric Ry. Co., Ltd.*<sup>20</sup>, il a été appliqué pour écarter l'argument avancé à la fin d'une instruction selon lequel la partie demanderesse ne pouvait obtenir des dommages-intérêts, car elle n'était pas la personne qui aurait dû intenter l'action<sup>21</sup>.

À notre avis, en rejetant la requête visant à présenter de nouveaux éléments de preuve, le juge de première instance n'a pas accordé suffisamment d'importance à tous les éléments pertinents et, en particulier, au fait que l'appelante serait privée à jamais d'une possibilité raisonnable de contester une

resulted in a substantial award of exemplary damages. In the exceptional circumstances recited above, the appellant should not be deprived of a fair opportunity to fully respond to the grave misconduct with which it is charged and the potential award of exemplary damages. Given these circumstances, it is our opinion that fairness and justice requires that the appellant should have been permitted to adduce further evidence on the claim for exemplary damages at the continuance to the extent of showing, if it could, that it did not callously disregard the interlocutory injunction of January 12, 1989 even though it was found to have done so knowingly. It should have that opportunity on a further continuance.

#### Issue No. 2

25 The appellant submits that by finding it to have knowingly disregarded the interlocutory injunction, the Trial Judge committed a palpable and overriding error in his assessment of the facts. The interlocutory injunction, as we have seen, restrained the appellant from “making, having made, using, selling or offering for sale, in Canada, any lubricating composition or lubricant additive containing the defendant’s products ECA 10444”. Reed J. was of the view that the respondents had presented “a very strong *prima facie* case” of infringement and issued the restraining order accordingly.

26 The “palpable and overriding error” contended for by the appellant is with the Trial Judge’s finding that product ECA 10444 and ECA 10271 were the same. At page 203 of his reasons for the judgment of October 4, 1994, the Trial Judge stated:

Was there ever any doubt in the minds of Imperial that ECA 10444 and ECA 10271 were one and the same

demande dont les répercussions sont très graves—une demande qui, par la suite, a débouché sur l’octroi de dommages-intérêts exemplaires dont le montant était substantiel. Dans les circonstances exceptionnelles qui sont énoncées précédemment, l’appelante ne devrait pas être privée d’une chance équitable de repousser l’allégation d’inconduite grave qui pèse contre elle et d’échapper à la condamnation éventuelle à des dommages-intérêts exemplaires. Vu les faits de l’espèce, nous sommes d’avis que l’équité et la justice exigeaient que l’appelante soit autorisée à présenter d’autres éléments de preuve relativement à la demande de dommages-intérêts exemplaires, lors de la poursuite de l’instruction, aux fins d’établir, si elle le pouvait, qu’elle n’avait pas manifesté une complète indifférence à l’endroit de l’injonction interlocutoire du 12 janvier 1989, et ce, même s’il avait été jugé qu’elle avait sciemment omis de se conformer à celle-ci. Cette possibilité devrait lui être accordée dans le cadre d’une nouvelle poursuite de l’instruction.

#### Deuxième question en litige

L’appelante prétend que, en arrivant à la conclusion qu’elle avait sciemment omis de se conformer à l’injonction interlocutoire, le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante dans l’appréciation des faits. Comme nous l’avons vu, l’injonction interlocutoire interdisait à l’appelante de [TRADUCTION] «fabriquer, faire fabriquer, utiliser, vendre ou offrir en vente, au Canada, un lubrifiant ou un additif renfermant les produits ECA 10444 . . . de la défenderesse». Le juge Reed a estimé que les intimées avaient présenté une preuve *prima facie* très forte de contrefaçon et elle a par conséquent décerné l’ordonnance de ne pas faire.

L’«erreur manifeste et dominante» avancée par l’appelante vise la conclusion du juge de première instance selon laquelle le produit ECA 10444 et le produit ECA 10271 sont identiques. À la page 203 de ses motifs datés du 4 octobre 1994, le juge de première instance dit ce qui suit:

Existe-t-il un doute dans l’esprit des dirigeants d’Imperial qu’ECA 10444 et qu’ECA 10271 constituaient un seul

product? Mr. Levy, the senior officer of Imperial's Esso Chemical division, responsible for the Paramin Division which manufactured the dispersants in question, and the person put forward by Imperial Oil to be its representative on its examination for discovery, has made an express admission on examination for discovery of Imperial Oil, first, (and referred to herein at p. 9 of transcript):

"... for several months following the issue of the injunction on January 12, 1989 and until September 1989, Imperial manufactured and sold ECA 10271. That admission was made in October of 1989, on discovery ...

"Secondly, he admitted expressly that Imperial came up with the specification for ECA 10271 to cover the product that they had formerly made ... manufactured under the specification for ECA 10444.

"And thirdly, he admitted that ECA 10271 was, in fact, the product Imperial had made and called ECA 10444 for all practical purposes."

In my reasons following the trial, I ruled that ECA 10444 and ECA 10271 were the same product and it needs no more elaboration here. It is travelling old ground for Imperial Oil to trot out once again the argument that Imperial Oil did not comply with its own specifications for ECA 10444. That has been rejected by this Court and the Court of Appeal.

He continued at page 204:

Clearly, Imperial Oil chose to defy the injunction rather than lose Shell as a customer. It was a business and legal risk taken by a corporation in violation of a court injunction and I am satisfied they knew it. They chose not to test ECA 10271 before the court or Reed, J. as I stated earlier.

and again, at pages 206-207:

Did Imperial really have a nonoffending product solely because they thought anything under 1.5 [1.25] succination ratio did not violate the patent? They took that risk when guidance from the court was available, and must face the consequences. Imperial Oil can hardly be surprised because Reed, J. took great pains to point out, as paraphrased by Lubrizol (p. 83 of transcript):

"In defying the injunction Imperial accomplished exactly what Madame Justice Reed was concerned to deter, namely, it continued in the market place with Shell as a customer and thereby bought time to switch Shell to

et même produit? M. Levy est cadre supérieur de la division Esso Chemical, chez Imperial; il est responsable de la division Paramin, qui fabriquent les produits en question. C'est lui qui a représenté Imperial Oil lors de l'interrogatoire préalable, et il a admis expressément tout d'abord (à la p. 9 de la transcription):

«... pendant plusieurs mois suivant l'injonction prononcée le 12 janvier 1989 et jusqu'en septembre 1989, Imperial a fabriqué et vendu l'ECA 10271. Cette admission a été faite en octobre 1989, durant l'interrogatoire préalable ...

«Deuxièmement, il a été admis expressément qu'Imperial a rédigé les spécifications pour l'ECA 10271 afin de décrire le produit fabriqué auparavant et qui répondait aux spécifications de l'ECA 10444.

«Troisièmement, il a admis qu'ECA 10271 était, à toutes fins pratiques, le produit qu'Imperial avait fabriqué sous le nom d'ECA 10444.»

Dans mes motifs faisant suite au procès, j'ai statué qu'ECA 10444 et qu'ECA 10271 étaient le même produit, et il n'est pas nécessaire d'approfondir ce point ici. Nous ne ferions que répéter des arguments déjà connus par Imperial Oil en affirmant que celle-ci ne s'est pas conformée à ses propres spécifications pour l'ECA 10444. Cet argument a été rejeté par la présente cour et la Cour d'appel.

Il poursuit à la page 204:

Il est clair qu'Imperial Oil a choisi de défier l'injonction plutôt que de perdre Shell comme client. Il s'agissait d'un risque commercial et juridique pris par une entreprise à l'encontre d'une injonction judiciaire, et je suis convaincu que les dirigeants le savaient. Ils ont choisi de ne pas soumettre ECA 10271 à l'examen de la Cour ou du juge Reed, comme je l'ai dit précédemment.

Puis, aux pages 206 et 207:

Imperial s'est-elle réellement conformée à l'injonction parce qu'elle pensait qu'un produit dont le ratio de succinamide était inférieur à 1,5 ne contrefaisait pas le brevet? L'entreprise a pris un risque, alors que la Cour aurait pu les guider, et elle doit en assumer les conséquences. Elle peut difficilement être surprise, car le juge Reed a pris la peine de souligner ce qui suit, comme le déclare la demanderesse Lubrizol en ses propres termes (à la p. 83 de la transcription):

«En défiant l'injonction, Imperial a adopté exactement la conduite que Madame le juge Reed voulait prévenir à tout prix, soit la poursuite de ses activités sur le marché avec Shell comme client; de la sorte, elle a eu tout le

12819. As a result, among other things, Lubrizol lost the opportunity to obtain Shell's additive business and was denied . . . the advantage it was entitled to reap from having a patented product which met the new standards. This caused Lubrizol irreparable harm."

temps nécessaire pour permettre à Shell de se convertir au 12819. Par conséquent, Lubrizol a notamment perdu l'occasion de vendre des produits additifs à Shell et s'est vu refuser . . . l'avantage auquel elle avait droit à l'égard de son produit breveté qui répondait aux nouvelles normes. Elle en a donc subi un préjudice irréparable.»

27 The interlocutory injunction is clear on its face and the Trial Judge concluded, based upon its language and the evidence before him, that the appellant had failed to respect its requirements. In our view, that finding was open to him on the evidence. We can find no basis for interfering with the Trial Judge's conclusion that the interlocutory injunction was knowingly disregarded. At the same time, as already stated, his view that the appellant callously disregarded that order was based on evidence which was incomplete. The appellant should be permitted to adduce evidence to explain its conduct for failing to comply with the injunction, if indeed the appellant is able to do so, but not that by its actions it did not knowingly contravene the interlocutory injunction.

De prime abord, l'injonction interlocutoire a une portée claire, et le juge de première instance a conclu, à partir de son libellé et de la preuve qui lui était présentée, que l'appelante avait omis de s'y conformer. À notre avis, il lui était loisible de tirer pareille conclusion compte tenu de la preuve. Nous ne voyons aucun motif de modifier sa conclusion selon laquelle l'appelante a sciemment omis de se conformer à l'injonction interlocutoire. Par contre, comme mentionné précédemment, l'avis du juge de première instance selon lequel l'appelante a manifesté une complète indifférence à l'égard de l'ordonnance se fonde sur une preuve incomplète. L'appelante devrait être autorisée à présenter des éléments de preuve pour expliquer sa conduite, si elle est en mesure de le faire, mais non afin d'établir que, par ses actes, elle n'a pas sciemment contrevenu à l'injonction interlocutoire.

### Issue No. 3

### Troisième question en litige

28 Some general comments about the place of punitive or exemplary damages in Canadian law are required at this juncture. It is now clear that Canadian law recognizes three distinct types of damages. First, there are general or compensatory damages, which are meant to reimburse a victim of wrongdoing for any losses suffered, both pecuniary and non-pecuniary. Second, there are aggravated damages, which are also compensatory, but which may be awarded only in cases where "defendants' conduct has been particularly high-handed or oppressive, thereby increasing the plaintiff's humiliation and anxiety". To allow such damages there must be a finding that a defendant was "motivated by actual malice, which increased the injury to the plaintiff . . . by increasing the mental distress and humiliation of the plaintiff". Aggravated damages express the "natural indignation of right-thinking people arising from the malicious conduct of the defend-

Certaines observations d'ordre général concernant le rôle des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires en droit canadien s'imposent à ce stade-ci. Il est désormais clair que le droit canadien reconnaît trois types distincts de dommages-intérêts. Premièrement, il y a les dommages-intérêts généraux ou de nature compensatoire, qui visent à indemniser la victime d'un acte fautif à l'égard des pertes subies, tant pécuniaires que non pécuniaires. Deuxièmement, il y a les dommages-intérêts majorés, qui sont également de nature compensatoire, mais qui ne peuvent être accordés que lorsque «le comportement des défendeurs est particulièrement abusif ou opprimant, et accroît l'humiliation et l'anxiété [du demandeur]». Le tribunal n'accorde de tels dommages-intérêts que s'il arrive à la conclusion que le défendeur était «motivé par une malveillance véritable et a ainsi accru le préjudice subi par le demandeur . . . en intensifiant son angoisse morale et son humiliation».

ant”.<sup>22</sup> Third, punitive or exemplary damages, unlike general and aggravated damages, are not compensatory; their aim is “to punish” a defendant and to express “outrage at the egregious conduct of the defendant”. They are akin to a civil fine which is meant to “act as a deterrent to the defendant and to others from acting in this manner”. Exemplary damages may be awarded only “where the combined award of general and aggravated damages would be insufficient to achieve the goal of punishment and deterrence”. In addition, it is necessary for such an award to “serve a rational purpose”, that is, “was the misconduct of the defendant so outrageous that punitive damages were rationally required to act as deterrence”?<sup>23</sup>

Les dommages-intérêts majorés sont l’expression de «l’indignation que cause naturellement chez les personnes sensées le comportement malveillant du défendeur»<sup>22</sup>. Troisièmement, les dommages-intérêts punitifs ou exemplaires, contrairement aux dommages-intérêts généraux et majorés, ne sont pas de nature compensatoire; leur objet est de «punir» le défendeur et d’exprimer l’«outrage à l’égard du comportement inacceptable du défendeur». Ce type de dommages-intérêts s’apparente à l’amende en matière civile, laquelle vise «à dissuader le défendeur et les autres d’agir ainsi». Les dommages-intérêts exemplaires ne peuvent être accordés «que dans les situations où les dommages-intérêts généraux et majorés réunis ne permettent pas d’atteindre l’objectif qui consiste à punir et à dissuader». En outre, ils doivent «serv[ir] un objectif rationnel». En d’autres termes, il faut se demander si «la mauvaise conduite du défendeur était . . . si outrageante qu’il était rationnellement nécessaire d’accorder des dommages-intérêts punitifs dans un but de dissuasion?»<sup>23</sup>»

29 Exemplary damages are necessary, for, according to Cory J., without them the wealthy and powerful might regard awards of general damages as a “licence fee” to continue harming “vulnerable victims.” “The most effective means of protection will be supplied by the knowledge that fines in the form of punitive damages may be awarded in cases where the defendant’s conduct is truly outrageous”.<sup>24</sup> In the words of La Forest J., punitive or exemplary damages are “awarded to punish the defendant and to make an example of him or her in order to deter others.”<sup>25</sup> Exemplary damages are meant to “teach a wrongdoer that tort does not pay.”<sup>26</sup>

29 Selon le juge Cory, les dommages-intérêts punitifs sont nécessaires car, sans eux, les gens importants, puissants et riches pourraient considérer les dommages-intérêts généraux comme la «redevance» à payer pour continuer de s’en prendre à des «victimes vulnérables». «La meilleure protection est de faire savoir que des amendes, sous forme de dommages-intérêts punitifs, peuvent être imposées lorsque le comportement du défendeur est véritablement outrageant»<sup>24</sup>. Pour reprendre les termes employés par le juge La Forest, les dommages-intérêts punitifs ou exemplaires sont «accordés pour punir le défendeur et pour en faire un exemple afin de dissuader d’autres personnes de commettre le même délit»<sup>25</sup>. Les dommages-intérêts exemplaires existent pour [TRADUCTION] «indiquer à l’auteur d’un acte fautif que le délit ne paie pas»<sup>26</sup>.

30 McIntyre J. has listed the adjectives describing the type of conduct that would warrant punitive damages as “harsh, vindictive, reprehensible and malicious”; in other words, the conduct must be so “extreme in its nature and such that by any reasonable standard it is deserving of full condemnation and punishment”.<sup>27</sup> Cory J. felt that the conduct has

30 Le juge McIntyre qualifie le comportement qui justifie l’octroi de dommages-intérêts punitifs de «dur, vengeur, répréhensible et malicieux»; en d’autres termes, il faut que le comportement «soit de nature extrême et mérite, selon toute norme raisonnable, d’être condamné et puni»<sup>27</sup>. Le juge Cory estime que la conduite reprochée doit être si «mal-

to be so “malicious, oppressive and high-handed that it offends the court’s sense of decency.”<sup>28</sup> Another common word used to identify the state of mind of the wrongdoer is “callousness”.

31 The Canadian law relating to punitive or exemplary damages has diverged sharply from that of the United Kingdom in recent years. As McIntyre J. pointed out in *Vorvis*,<sup>29</sup> the courts of Australia, New Zealand and Canada have all “rejected” the narrower British approach as expressed in *Rookes v. Barnard*,<sup>30</sup> adopting instead a “wider scope for the application of punitive damages”. The Ontario Law Reform Commission has encouraged this show of independence in this country.<sup>31</sup> The law of Quebec also permits exemplary damages in appropriate situations.<sup>32</sup>

32 The standard of proof in punitive or exemplary damage cases is the civil standard of proof—on the balance of probabilities, not the criminal standard of proof—beyond a reasonable doubt. Nevertheless, an award of exemplary damages “should always receive the most careful consideration and the discretion to award them should be most cautiously exercised”.<sup>33</sup> Furthermore, according to Wilson J., the *quantum* awarded should not be “excessive”, but should be “reasonable”, “in keeping with the Canadian experience in the award of relatively modest punitive damages”.<sup>34</sup>

33 In recent years, there have been many awards of punitive or exemplary damages made by Canadian courts. They have not been limited to defamation and intentional tort situations, where they are most prevalent, but they may be awarded in contract cases,<sup>35</sup> in certain negligence cases,<sup>36</sup> fiduciary relationship cases,<sup>37</sup> and other situations where the court, in a civil case, feels that it is necessary to condemn the outrageous conduct of a defendant. We can see no reason why, in appropriate circumstances, punitive or exemplary damages could not be

veillante, opprimante et abusive qu’elle choque le sens de la dignité de la cour»<sup>28</sup>. Un autre terme communément employé pour désigner l’état d’esprit de l’auteur de l’acte fautif est la «désinvolture» (en anglais, *callousness*).

Ces dernière années, le droit canadien relatif aux dommages-intérêts punitifs ou exemplaires s’est considérablement démarqué du droit britannique en la matière. Comme le signale le juge McIntyre dans l’arrêt *Vorvis*<sup>29</sup>, les tribunaux de l’Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Canada ont tous «rejeté» la restriction apportée dans l’arrêt britannique *Rookes v. Barnard*<sup>30</sup>, et ont plutôt reconnu une «plus grande latitude pour accorder des dommages-intérêts punitifs». La Commission de réforme du droit de l’Ontario a encouragé une telle manifestation d’indépendance au pays<sup>31</sup>. Le droit québécois prévoit également l’octroi de dommages-intérêts exemplaires dans les cas qui s’y prêtent<sup>32</sup>.

La norme de preuve applicable à l’égard de dommages-intérêts exemplaires ou punitifs est celle qui s’applique en matière civile, c’est-à-dire la prépondérance des probabilités, et non la norme qui s’applique en matière pénale, soit la preuve hors de tout doute raisonnable. Toutefois, l’attribution de dommages-intérêts exemplaires «doit toujours se faire après mûre réflexion et . . . le pouvoir discrétionnaire de les accorder doit être exercé avec une très grande prudence»<sup>33</sup>. De plus, selon les motifs du juge Wilson, le montant accordé ne doit pas être «excessif», mais doit être «raisonnable et conforme à l’expérience canadienne qui consiste à accorder des dommages-intérêts punitifs relativement modestes»<sup>34</sup>.

Ces dernières années, les tribunaux canadiens ont accordé des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires à de nombreuses occasions. Ils ne s’en sont pas tenus aux cas de diffamation et de délit intentionnel, qui sont les plus fréquents, et ont accordé de tels dommages-intérêts dans des affaires d’inexécution contractuelle<sup>35</sup>, de négligence<sup>36</sup>, de rapports fiduciaires<sup>37</sup>, ainsi que dans d’autres cas où, dans une affaire civile, ils ont estimé nécessaire de condamner le comportement outrageant du défendeur. Nous ne voyons pas de raison pour laquelle, lorsque les cir-

available in a copyright<sup>38</sup> or patent infringement case, a type of statutory tort claim, and counsel have not even suggested that they should not be permissible.

34 It should also be noted that, where the conduct being complained of in the civil case has yielded a criminal conviction, this generally is a bar to a punitive damages award, on the theory that such punishment as was required has been exacted in the criminal proceeding.<sup>39</sup>

35 Turning now to the particular issue raised in this appeal.

36 It is argued that the Trial Judge erred in assessing the exemplary damages in this case before the assessment of general damages was done. This contention is based on the recent jurisprudence of the Supreme Court of Canada in *Hill*.<sup>40</sup> In this case, there was no claim for aggravated damages and, hence, none were awarded. There remains outstanding, however, a claim for general damages, which has not yet been quantified. This claim awaits assessment on the reference. The conclusion follows inexorably from this that the Court cannot decide whether exemplary damages are required until after it decides whether the general damages were insufficient for punishment and deterrent purposes. In other words, the Court must first assess the general damages. Only after that is done can the Court determine whether they are sufficient to deter the appellant or whether an additional award by way of punitive damages is required to effectively deter the appellant and others from similar outrageous conduct if such conduct should be found. This, indeed, is the teaching of *Hill*, where Cory J. stated:<sup>41</sup>

It is important to emphasize that punitive damages should only be awarded in those circumstances where the com-

stances le justifient, des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires ne pourraient être accordés dans une affaire de violation du droit d'auteur<sup>38</sup> ou de contrefaçon de brevet, lesquelles correspondent à un type de délit créé par une loi. Les avocats n'ont d'ailleurs pas laissé entendre que de tels dommages-intérêts ne pouvaient être accordés.

34 Il convient de remarquer également que, lorsque le comportement reproché dans une affaire civile entraîne une déclaration de culpabilité au pénal, celle-ci constitue généralement un obstacle à l'octroi de dommages-intérêts punitifs, pour le motif que la sanction demandée a été obtenue dans le cadre de la poursuite au pénal.<sup>39</sup>

35 Revenons-en maintenant à la troisième question en litige aux fins du présent appel.

36 L'appelante soutient que le juge de première instance a commis une erreur en déterminant le montant des dommages-intérêts exemplaires avant que celui des dommages-intérêts généraux ne soit établi. Cette prétention se fonde sur la décision rendue récemment par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hill*.<sup>40</sup> En l'espèce, aucuns dommages-intérêts majorés n'ont été demandés ni, par conséquent, accordés. Il n'a cependant pas été statué sur la demande de dommages-intérêts généraux, le montant de ceux-ci n'ayant pas encore été déterminé. L'évaluation de ces dommages doit avoir lieu dans le cadre d'une référence. Il s'ensuit inexorablement que la Cour ne peut déterminer si des dommages-intérêts exemplaires devaient être accordés avant qu'elle ne décide si les dommages-intérêts généraux suffisaient à punir et à dissuader. En d'autres termes, la Cour doit tout d'abord évaluer les dommages-intérêts généraux. C'est seulement après cela qu'elle peut déterminer s'ils sont suffisants pour dissuader l'appelante ou si l'octroi de dommages-intérêts punitifs en sus est nécessaire pour la dissuader efficacement, de même que toute autre personne, d'adopter un comportement aussi outrageant, advenant qu'un tel comportement soit établi. Tel est de fait l'enseignement de l'arrêt *Hill*, où le juge Cory dit ce qui suit<sup>41</sup>:

Il importe de souligner que les dommages-intérêts punitifs ne devraient être accordés que dans les situations où les

bined award of general and aggravated damages would be insufficient to achieve the goal of punishment and deterrence.

Unlike compensatory damages, punitive damages are not at large. Consequently, courts have a much greater scope and discretion on appeal. The appellate review should be based upon the court's estimation as to whether the punitive damages serve a rational purpose. In other words, was the misconduct of the defendant so outrageous that punitive damages were rationally required to act as deterrence?

37 The respondents contend that this case was distinguishable from the *Hill* case which involved a defamation claim. Here, it was argued, there is no danger of overlap, as in other cases; an accounting of profits is being claimed by the respondents not by way of compensation but by way of restitution. This is not convincing, for, whatever the basis for the award—reimbursement of loss or disgorging of profits, they are given to the patent holder “as compensation” for the infringement. It is only after that figure is established, therefore, that the Court is able to determine whether the amount will suffice or whether additional punitive damages are needed. Thus, this Court is unable, at this time, to decide whether \$15,000,000 is too much or too little in the circumstances. It will depend upon what the assessment of general damages for infringement will be, as well as the additional evidence that will be introduced and the arguments that will be made.

38 It was also argued that the exemplary damage award in this case was for breach of the injunction and not for the patent infringement, so that the general damages were completely unconnected to the exemplary damages. True, the exemplary damages award in this case was based on the fact that a breach of an injunction had occurred. But this was not entirely divorced from the fact of the patent infringement. The action here was for patent infringement, with the breach of the injunction serving as an aggravating factor, suggesting arrogant conduct<sup>42</sup> deserving of extra civil punishment. There is no such thing as a separate civil action for dam-

dommages-intérêts généraux et majorés réunis ne permettent pas d'atteindre l'objectif qui consiste à punir et à dissuader.

Contrairement aux dommages-intérêts compensatoires, les dommages-intérêts punitifs ne sont pas généralisés. En conséquence, les tribunaux disposent d'une latitude et d'une discrétion beaucoup plus grandes en appel. Le contrôle en appel devrait consister à déterminer si les dommages-intérêts punitifs servent un objectif rationnel. En d'autres termes, la mauvaise conduite du défendeur était-elle si outrageante qu'il était rationnellement nécessaire d'accorder des dommages-intérêts punitifs dans un but de dissuasion?

Les intimées soutiennent qu'une distinction doit être établie entre la présente affaire et l'arrêt *Hill*, lequel se rapporte à une allégation de diffamation. Elles font valoir que, dans la présente affaire, il n'y a aucun risque de chevauchement; elles demandent la comptabilisation des profits par voie non pas d'indemnisation, mais de restitution. Cela n'est pas convaincant, car, quel qu'en soit le fondement—le remboursement d'une perte ou la restitution des profits, la somme est versée au titulaire du brevet «à titre d'indemnité» par suite de la contrefaçon. Ce n'est donc qu'une fois que ce montant est établi que la Cour peut déterminer si le montant est suffisant ou si des dommages-intérêts punitifs doivent être accordés en sus. La Cour ne peut donc pas, à ce stade, décider si la somme de 15 000 000 \$ est excessive ou est insuffisante dans les circonstances. Cela dépendra du montant des dommages-intérêts généraux accordés pour contrefaçon, ainsi que de la preuve supplémentaire qui sera présentée et des arguments qui seront avancés.

Les intimées ont également fait valoir que les dommages-intérêts exemplaires accordés en l'espèce se rapportaient au non-respect de l'injonction, et non à la contrefaçon du brevet, de sorte que les dommages-intérêts généraux n'avaient absolument aucun lien avec les dommages-intérêts exemplaires. Il est vrai que les dommages-intérêts exemplaires octroyés dans la présente affaire découlaient du non-respect de l'injonction. Toutefois, cet octroi n'était pas tout à fait étranger à la contrefaçon du brevet. L'action intentée dans la présente affaire allègue la contrefaçon d'un brevet, et le non-respect de l'injonction constitue un facteur aggravant et est associé

ages for contempt; a contempt proceeding is either a quasi-criminal or a civil proceeding in which, if successful, the Court orders that a penalty be paid to the state, not to the claimant.<sup>43</sup> However, where there is a patent infringement and a wilful breach of injunction following that, the Court in a civil case may by an award of punitive damages punish that conduct in the context of the patent infringement action. Although the state of mind of a defendant is significant, there is no room for talk of *actus reus* and *mens rea* in a civil case. These are concepts of the criminal law, not the civil law. In our view, the reasons of this Court which sent the case back for the continuance are in harmony with these principles.

39 The respondents' argument that the appellant is estopped by the doctrine of *res judicata* from raising this issue of the postponement of the assessment of the exemplary damages is not persuasive. This Court, in its judgment of April 14, 1993, did not specifically direct the Trial Judge to assess the exemplary damages separately from the general damages. In any event, the Supreme Court decision in *Hill* of July 20, 1994, following this Court's decision in this case, held that the general damages had to be determined before it could be concluded that an award of exemplary damages should be made. This Court is bound by that jurisprudence.

40 The Trial Judge, who could not have known what the Supreme Court would decide in relation to timing, correctly isolated the main factors to be considered in assessing whether exemplary damages should be awarded, which he succinctly summarized as follows at page 209 of the reasons for his order of October 4, 1994:

Exemplary damages are not compensatory. Rather, they are punitive and must be sufficiently substantial to act as a deterrent.

à un comportement arrogant<sup>42</sup> qui justifierait une sanction civile supplémentaire. Il n'existe pas, au civil, d'action distincte en dommages pour outrage au tribunal; la procédure prévue est soit quasi pénale soit civile et, dans ce dernier cas, si le demandeur a gain de cause, la Cour ordonne le paiement d'une amende à l'État, et non au demandeur<sup>43</sup>. Cependant, lorsqu'il y a contrefaçon de brevet et non-respect délibéré d'une injonction par la suite, la Cour peut, dans une affaire civile, accorder des dommages-intérêts punitifs afin de sanctionner le comportement dans le cadre de l'action en contrefaçon de brevet. Même si l'état d'esprit du défendeur est important, il ne saurait être question d'*actus reus* et de *mens rea* au civil. Il s'agit de notions de droit pénal, et non de droit civil. À notre avis, les motifs de la Cour prévoyant le renvoi de l'affaire pour la poursuite de l'instruction sont en accord avec ces principes.

L'argument des intimées selon lequel l'appelante ne peut, en raison du principe de l'autorité de la chose jugée, soulever cette question du report de l'évaluation des dommages-intérêts exemplaires n'est pas convaincant. Dans le jugement daté du 14 avril 1993, la Cour n'ordonne pas expressément au juge de première instance d'évaluer les dommages-intérêts exemplaires séparément des dommages-intérêts généraux. Quoiqu'il en soit, le 20 juillet 1994, la Cour suprême du Canada a statué, dans l'arrêt *Hill*, après le prononcé de la décision de la Cour dans la présente affaire, que les dommages-intérêts généraux devaient être établis avant qu'on ne puisse conclure à l'opportunité d'accorder des dommages-intérêts exemplaires. La Cour est liée par cet arrêt.

Le juge de première instance, qui ne pouvait savoir ce que la Cour suprême du Canada conclurait relativement aux étapes successives de l'évaluation des dommages, a correctement dégagé les principaux facteurs à prendre en considération pour déterminer si des dommages-intérêts exemplaires doivent être accordés, lesquels sont résumés comme suit aux pages 209 et 210 des motifs de l'ordonnance du 4 octobre 1994:

Les dommages exemplaires ne constituent pas une indemnisation; il s'agit de dommages punitifs qui doivent être assez importants pour avoir un effet dissuasif.

The defendant continued to manufacture and sell the offending product and did so for eight months. The volume of product sold, although not quantified, must be enormous (see earlier comments by the applicant). Clearly, this product was sold at a profit and helped Imperial Oil to maintain Shell as a customer illegally, thereby preventing the applicant the benefit of its invention. The means of the respondent is also a factor when weighing the amount to be awarded. Imperial Oil is a large corporation with annual sales of 10 billion dollars.

There may be additional factors and additional facts that may come to light on the further continuance of this case, for example, the fact that someone may have intentionally hidden the fact that they were infringing the patent.<sup>44</sup> In addition, of course, the new evidence of the specific state of mind of the appellant will have to be fully assessed to see whether it was callous, reprehensible, vindictive or outrageous so as to warrant an award of exemplary damages.

41 As for the amount that may be awarded ultimately, it may still be \$15,000,000 or it may be less or even more. It depends on what figure would be required to deter this appellant and others, in all the circumstances of this case. It is true that, in patent infringement cases, courts do not normally consider that they punish infringers by granting awards of compensatory damages or accounting of profits.<sup>45</sup> They may do so, however, by an award of exemplary damages in appropriate situations. The appellant's factum contains a list of over 160 exemplary damages awards granted by Canadian courts between 1985 and 1995 in all types of cases. The vast majority of them are in the \$5,000 to \$50,000 range. There are nine awards of \$100,000 listed. There are four between \$175,000 and \$250,000. Two awards are in terms of a percentage of the compensatory damages. The largest awards made before this one were \$800,000.<sup>46</sup> This Court makes no comment on what the appropriate amount, if any, might be for this case, but will leave it for the Trial Judge on the further continuance to decide, based on all the evidence, both new and old, the principles set out in these reasons and having regard to the compensatory damages figure that will have been

La partie défenderesse a continué de fabriquer et de vendre le produit en litige pendant huit mois. Le chiffre de ventes du produit, même s'il n'a pas été quantifié, doit être énorme (voir les commentaires précédents de la demanderesse). Il est clair que ce produit a été vendu avec profit et a aidé Imperial Oil à garder illégalement Shell comme client et donc à empêcher la demanderesse de tirer partie de son invention. La situation financière de l'intimé doit également être prise en considération lorsqu'on détermine le montant des dommages exemplaires. Imperial Oil est une grande entreprise dont le chiffre d'affaires annuel atteint 10 milliards de dollars.

Des facteurs et des faits supplémentaires pourraient être révélés lors de la poursuite de l'instruction en l'espèce, comme le fait qu'une personne a pu cacher délibérément la contrefaçon du brevet<sup>44</sup>. En outre, la preuve nouvelle concernant l'état d'esprit précis de l'appelante devra évidemment être dûment analysée pour déterminer si celui-ci était désinvolte, répréhensible, vengeur ou outrageant au point de justifier l'octroi de dommages-intérêts exemplaires.

Pour ce qui concerne le montant accordé en fin de compte, il peut encore s'agir de 15 000 000 \$ ou d'une somme inférieure, voire supérieure. Cela dépend du montant qu'exige la dissuasion de l'appelante et d'autres personnes, vu l'ensemble des circonstances de l'espèce. Il est vrai que, dans une affaire de contrefaçon de brevet, le tribunal ne considère habituellement pas qu'il punit le contrefacteur en accordant des dommages-intérêts de nature compensatoire ou la comptabilisation des profits<sup>45</sup>. Il peut toutefois le faire en accordant des dommages-intérêts exemplaires dans les cas où cela est opportun. Le mémoire de l'appelante renferme la liste de plus de 160 cas, tous domaines du droit confondus, où les tribunaux canadiens ont accordé des dommages-intérêts exemplaires entre 1985 et 1995. Dans la vaste majorité des cas, le montant accordé oscille entre 5 000 \$ et 50 000 \$. Neuf octrois de 100 000 \$ sont signalés. Une somme située entre 175 000 \$ et de 250 000 \$ a été accordée à quatre reprises. Dans deux cas, le montant accordé correspond à un pourcentage des dommages-intérêts de nature compensatoire. Le montant le plus important consenti avant celui accordé en l'espèce est de 800 000 \$<sup>46</sup>. La Cour s'abstient de toute

assessed.

#### Issue No. 4

42 The Trial Judge disposed of costs in his order of October 4, 1994, as follows:

2. that costs be awarded to the plaintiffs on a solicitor and client basis for motions, trial, appeal and continuance of the trial.

By the trial judgment of September 17, 1990, costs were awarded as follows:

7. the defendants pay the plaintiffs their costs of this action to be taxed;

8. the plaintiffs be allowed costs for their counsel to be taxed above the tariff, the plaintiffs be further entitled to all reasonable disbursements and payment for the fees and disbursements of their expert witnesses;

43 Once that judgment was issued and filed, the Trial Judge was *functus officio* (Williston & Rolls, *The Law of Civil Procedure* (Toronto: Butterworths, 1970), Vol. 2, at page 1059). The circumstances in which a court may amend a judgment are very limited (see *Paper Machinery Ltd. et al. v. J. O. Ross Engineering Corp. et al.*, [1934] S.C.R. 186, at page 188; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, at page 860). They are also set forth in subsections 337(5) and (6) of the Rules. None of these apply here. The only costs remaining for the Trial Judge's discretion under his order of October 4, 1994, were those on the cross-appeal and on the continuance. All other costs had been already awarded under orders or judgments which had become final and, accordingly, were not subject to variation by the Trial Judge's order of October 4, 1994.<sup>47</sup> These included the disposition of all costs left to the discretion of the Trial Judge at

remarque concernant le montant qu'il convient d'accorder, le cas échéant, dans la présente affaire. Elle laisse au juge de première instance le soin d'en décider lors de la poursuite de l'instruction, compte tenu de tous les éléments de preuve, nouveaux et anciens, des principes dégagés dans les présents motifs et du montant des dommages-intérêts de nature compensatoire qui sera accordé.

#### Quatrième question en litige

Dans son ordonnance du 4 octobre 1994, le juge 42 de première instance adjuge les dépens comme suit:

[TRADUCTION] 2. les dépens sont adjugés aux demanderes-  
ses sur la base procureur-client relativement aux requêtes,  
à l'instruction, à l'appel et à la poursuite de l'instruction.

Dans le jugement de première instance daté du 17  
septembre 1990, les dépens sont adjugés comme  
suit:

[TRADUCTION] 7. les défenderesses paient aux demanderes-  
ses les dépens de la présente action, après taxation;

8. les demandereses ont droit à ce que les dépens relatifs  
aux services de leurs avocats soient taxés en sus du mon-  
tant prévu par le tarif, elles ont par ailleurs droit au rem-  
boursement de tous les débours raisonnables et au paie-  
ment des débours afférents à leurs témoins experts;

Une fois le jugement rendu et déposé, le juge de 43 première instance est dessaisi en application du principe *functus officio* (Williston & Rolls, *The Law of Civil Procedure*, Toronto: Butterworths, 1970, vol. 2, à la page 1059). Les cas dans lesquels un tribunal peut modifier un jugement sont très restreints (voir *Paper Machinery Ltd. et al. v. J. O. Ross Engineering Corp. et al.*, [1934] R.C.S. 186, à la page 188; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, à la page 860). Ces circonstances sont également énoncées aux paragraphes 337(5) et (6) des Règles. Aucune d'elles n'existe en l'espèce. Les seuls dépens à l'égard desquels le juge de première instance conservait son pouvoir discrétionnaire aux termes de l'ordonnance du 4 octobre 1994, étaient ceux afférents à l'appel incident et à la poursuite de l'instruction. Les autres avaient déjà été adjugés dans le cadre d'ordonnances ou de jugements ayant acquis un caractère définitif.

trial, a discretion which, having been exercised in his judgment of September 17, 1990, could not be exercised over again. Moreover, the Trial Judge lacked jurisdiction to change the basis of any previously awarded costs. We agree, however, that he did possess jurisdiction under this Court's judgment of April 14, 1993, to dispose of the costs on the cross-appeal in his discretion and, likewise, to award the costs of the continuance. However, in view of the disposition we are about to propose for this appeal, it is of no consequence that the Trial Judge purported to dispose of costs in respect of which he was *functus officio*.

#### DISPOSITION

44 We would allow the appeal, set aside the orders of the Trial Division of April 25, 1994 and October 4, 1994 and, pursuant to subparagraph 52(b)(iii) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], remit to the Trial Judge for a further continuance of the trial of the matter of the claim of the respondents for exemplary damages for callous disregard of the interlocutory injunction, which matter should be dealt with in accordance with the following directions;

(a) the Trial Judge should retry only the issue of whether the appellant callously disregarded the interlocutory injunction in failing to comply with the requirements of that order;

(b) the parties should be entitled to such further production and discovery on the issue remitted under paragraph (a) as may be necessary to support their respective positions or to answer the position of the opposite party or parties;

de sorte que le juge de première instance ne pouvait les modifier en application de l'ordonnance du 4 octobre 1994<sup>47</sup>. Ils comprenaient les dépens dont l'adjudication relevait du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance à l'instruction, lequel pouvoir discrétionnaire, ayant été exercé dans le cadre du jugement du 17 septembre 1990, ne pouvait plus l'être à nouveau. Par ailleurs, le juge de première instance n'avait pas compétence pour modifier le fondement de dépens accordés précédemment. Nous reconnaissons toutefois qu'il avait la compétence voulue, aux termes du jugement de la Cour en date du 14 avril 1993, pour adjuger à son gré les dépens afférents à l'appel incident, de même que pour adjuger les dépens liés à la poursuite de l'instruction. Toutefois, compte tenu du jugement que nous comptons rendre dans le cadre du présent appel, le fait que le juge de première instance ait voulu se prononcer sur des dépens à l'égard desquels le principe *functus officio* s'appliquait n'a pas de conséquences.

#### DISPOSITIF

Nous sommes d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler les ordonnances de la Section de première instance en date du 25 avril 1994 et du 4 octobre 1994 et, en application de l'alinéa 52b)(iii) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], de renvoyer l'affaire au juge de première instance afin qu'il poursuive l'instruction de l'affaire relativement à la demande des intimées visant à obtenir des dommages-intérêts exemplaires pour indifférence complète à l'égard de l'injonction interlocutoire et ce, conformément aux instructions suivantes:

a) le complément d'instruction ne portera que sur la question de savoir si l'appelante a manifesté une complète indifférence à l'endroit de l'injonction interlocutoire en omettant de se conformer aux exigences de celle-ci;

b) les parties ont droit à la production de documents et à la communication préalable d'éléments de preuve pertinents aux fins de la question visée à l'alinéa a), selon ce qui est nécessaire pour étayer leurs thèses respectives et répondre à celle de la ou des parties adverses;

(c) the Trial Judge should receive into evidence at the further continuance such of the appellant's documents contained in Appendix 1 of the Appeal Book as well as any other documentary evidence from the parties, as are relevant to the issue remitted under paragraph (a);

(d) the parties should be entitled at the further continuance to call oral evidence that is relevant to the issue remitted under paragraph (a);

(e) in the event the Trial Judge finds on the further continuance that the appellant did callously disregard the interlocutory injunction and that there should be an award of exemplary damages against the appellant, the exemplary damages should be assessed by him only after the accounting for profit has been disposed of on the reference.

45 As success on this appeal has been fairly evenly divided, there should normally be no order as to costs. However, because this appeal has its genesis in the appellant's failure to lead at trial the evidence it now wishes to adduce even though the claim to which it may relate was clearly raised in counsel's opening, the respondents should have their costs of this appeal as well as on the continuance ordered in the Court's judgment of April 14, 1993, in any event of the cause payable forthwith after taxation.

46 MCDONALD J.A.: I agree.

<sup>1</sup> We find this phrase more accurate than "in wilful contempt", the phrase used by the appellant in its factum. In his reasons for order of October 4, 1994, the Trial Judge found, at p. 201, that "the breach was a deliberate, flagrant and callous disregard of the injunction". Afterward, at p. 202, he took up the question of whether the appellant had "secretly flouted the injunction" and, at p. 209, found "callous disregard" of that order.

<sup>2</sup> [1929] 2 Ch. 213, at pp. 221-222.

c) lors de la poursuite de l'instruction, le juge de première instance jugera recevables, à titre d'éléments de preuve, les documents de l'appelante que renferme l'annexe 1 du dossier d'appel, ainsi que toute autre preuve documentaire des parties, qui sont pertinents aux fins de la question visée à l'alinéa a);

d) lors de la poursuite de l'instruction, les parties pourront faire entendre des témoignages pertinents aux fins de la question visée à l'alinéa a);

e) advenant que, à l'issue de la poursuite de l'instruction, le juge de première instance arrive à la conclusion que l'appelante a fait preuve de complète indifférence à l'égard de l'injonction interlocutoire et qu'il y a lieu de la condamner à des dommages-intérêts exemplaires, il calculera le montant de ceux-ci une fois qu'il aura été statué sur la comptabilisation des profits dans le cadre de la référence.

Le jugement rendu dans le cadre du présent appel favorisant également les deux parties, aucune ordonnance portant adjudication des dépens ne devrait normalement être rendue. Or, comme l'appel est imputable à l'omission de l'appelante de présenter, à l'instruction, la preuve qu'elle souhaite maintenant offrir, même si l'allégation à laquelle elle se rapporte a clairement été faite dans les remarques préliminaires de l'avocat, les intimées devraient avoir droit aux dépens du présent appel ainsi qu'à ceux afférents à la poursuite de l'instruction ordonnée dans le jugement de la Cour en date du 14 avril 1993, quelle que soit l'issue de l'affaire, payables sans délai après taxation.

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

<sup>1</sup> Nous jugeons ces termes plus précis que les termes [TRADUCTION] «a délibérément contrevenu» utilisés par l'appelante dans son mémoire. Dans les motifs afférents à l'ordonnance qu'il a rendue le 4 octobre 1994, le juge de première instance dit, à la p. 201, que «la contravention était délibérée et flagrante et qu'elle dénotait une complète indifférence à l'égard de l'injonction». Plus loin, à la p. 202, il examine la question de savoir si l'appelante a «secrètement violé l'injonction» et, à la p. 209, il conclut à la «complète indifférence» à l'égard de cette ordonnance.

<sup>2</sup> [1929] 2 Ch. 213, aux p. 221 et 222.

<sup>3</sup> See *Maynard v. Maynard*, [1951] S.C.R. 346; *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1966] 1 Q.B. 630 (C.A.), at p. 640.

<sup>4</sup> (1991), 39 C.P.R. (3d) 176 (F.C.A.), at p. 196.

<sup>5</sup> [1956] A.C. 218 (H.L.), at p. 239.

<sup>6</sup> [1984] 1 F.C. 884 (C.A.).

<sup>7</sup> [1988] 1 F.C. 731 (C.A.).

<sup>8</sup> [1971] 2 Q.B. 354 (C.A.).

<sup>9</sup> It was at the time of that decision recognized that pleadings of all parties should not take a party by surprise. Thus in G. K. Jenkins, *Bullen & Leake's Precedents of Pleadings*, 10th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1950), it is stated, at p. 1:

The principal objects of pleading are, firstly, to define the issues of fact and questions of law to be decided between the parties; secondly, to give to each of them distinct notice of the case intended to be set up by the other, and thus to prevent either party from being taken by surprise at the trial; and, thirdly. . . .

Order 18, rule 8(1)(b) of the *Rules of the Supreme Court 1965* as it stood in 1970 required a party "in any pleading subsequent to a statement of claim" to plead any matter "which, if not specifically pleaded, might take the opposite party by surprise".

<sup>10</sup> *Drane v Evangelou*, [1978] 2 All E.R. 437 (C.A.), per Denning M.R., at p. 440.

<sup>11</sup> See e.g. *Grenn v. Brampton Poultry Co.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 9 (Ont. C.A.), per Gibson J.A., at p. 14:

Exemplary or punitive damages need not be specifically claimed but are part of the general damages and need not be claimed separately.

See also *Starkman v. Delhi Court Ltd.*, [1961] O.R. 467 (C.A.), at p. 473; *Sturrock et al. v. Ancona Petroleum Ltd. et al.* (1990), 111 A.R. 86 (Q.B.), at pp. 110-111.

<sup>12</sup> Thus in *Glisic v. Canada*, *supra*, the Rule was applied so as to prevent a defence which had not been expressly pleaded from being relied upon at trial.

<sup>13</sup> Cf. *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065.

<sup>14</sup> [1992] 2 S.C.R. 1065, at p. 1077.

<sup>15</sup> *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, at pp. 404-405.

<sup>16</sup> *Becker Milk Co. Ltd. et al. v. Consumers' Gas Co.* (1974), 2 O.R. (2d) 554 (C.A.), at p. 556.

<sup>17</sup> *International Corona Resources Ltd. v. LAC Minerals Ltd.* (1988), 66 O.R. (2d) 610 (H.C.), at p. 624.

<sup>18</sup> (1884), 26 Ch. D. 700 (C.A.), at p. 710.

<sup>3</sup> Voir *Maynard v. Maynard*, [1951] R.C.S. 346; *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1966] 1 Q.B. 630 (C.A.), à la p. 640.

<sup>4</sup> (1991), 39 C.P.R. (3d) 176 (C.A.F.), à la p. 196.

<sup>5</sup> [1956] A.C. 218 (H.L.), à la p. 239.

<sup>6</sup> [1984] 1 C.F. 884 (C.A.).

<sup>7</sup> [1988] 1 C.F. 731 (C.A.).

<sup>8</sup> [1971] 2 Q.B. 354 (C.A.).

<sup>9</sup> Il a été reconnu, au moment de cette décision, que les plaidoiries de toutes les parties ne devaient pas prendre l'une d'elle par surprise. Ainsi, dans G. K. Jenkins, *Bullen & Leake's Precedents of Pleadings*, 10<sup>e</sup> éd., Londres: Sweet & Maxwell, 1950, il est dit à la p. 1:

[TRADUCTION] Les principaux objets de la plaidoirie sont, premièrement, de déterminer quelles sont les questions de fait et les questions de droit à trancher entre les parties, deuxièmement, d'informer chacune des parties de la preuve que compte faire l'autre, et ainsi empêcher que l'une d'elle ne soit prise par surprise au procès, et, troisièmement, . . .

L'ordonnance 18, règle 8(1)(b) des *Rules of the Supreme Court 1965*, telles qu'elles étaient libellées en 1970, exigeait d'une partie [TRADUCTION] «dans toute plaidoirie subséquente à une déclaration» qu'elle plaide toute question «qui, si elle n'était pas expressément plaidée, pourrait prendre la partie adverse par surprise».

<sup>10</sup> *Drane v Evangelou*, [1978] 2 All E.R. 437 (C.A.), par le maître des rôles Denning, à la p. 440.

<sup>11</sup> Voir, p. ex., *Grenn v. Brampton Poultry Co.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 9 (C.A. Ont.), le juge Gibson, à la p. 14:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire que les dommages-intérêts exemplaires ou punitifs soient demandés expressément, car ils font partie des dommages-intérêts généraux et n'ont pas à être demandés séparément.

Voir également *Starkman v. Delhi Court Ltd.*, [1961] O.R. 467 (C.A.), à la p. 473 et *Sturrock et al. v. Ancona Petroleum Ltd. et al.* (1990), 111 A.R. 86 (B.R.), aux p. 110 et 111.

<sup>12</sup> Dans *Glisic c. Canada*, précité, la Règle a été appliquée de façon à empêcher le recours, au procès, à un moyen de défense qui n'a pas été expressément plaidé.

<sup>13</sup> Voir *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901 et *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065.

<sup>14</sup> [1992] 2 R.C.S. 1065, à la p. 1077.

<sup>15</sup> *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, aux p. 404 et 405.

<sup>16</sup> *Becker Milk Co. Ltd. et al. v. Consumers' Gas Co.* (1974), 2 O.R. (2d) 554 (C.A.), à la p. 556.

<sup>17</sup> *International Corona Resources Ltd. v. LAC Minerals Ltd.* (1988), 66 O.R. (2d) 610 (H.C.), à la p. 624.

<sup>18</sup> (1884), 26 Ch. D. 700 (C.A.), à la p. 710.

<sup>19</sup> [1896] 1 Ch. 108 (C.A.), at pp. 112, 115.

<sup>20</sup> (1925), 34 B.C.R. 527 (S.C.), at p. 530.

<sup>21</sup> In *Celestino v. Celestino* (No. A.C.T. G7 of 1990, FED No. 449, Judgment rendered August 16, 1990—not reported), the Federal Court of Australia, General Division, at pp. 11-13, took this principle into consideration in deciding whether to interfere with the trial judge's refusal to allow the defendant at the trial of a motor negligence case to withdraw an admission of liability made on the first day of the trial. See also *Bird v Northern Territory* (1992), 108 FLR 270 (S.C.N.T.) [at p. 275], in which the principle was applied in setting aside a case flow management order dismissing the plaintiff's action, on the ground that "justice" required that it be vacated "because of the overriding factor of the plaintiff's hardship" notwithstanding that the order had been duly made under the governing rules of practice.

<sup>22</sup> See *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, per Cory J., at pp. 1205, 1206.

<sup>23</sup> *Ibid.*, at pp. 1208, 1209.

<sup>24</sup> *Ibid.*, at p. 1209.

<sup>25</sup> See *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at pp. 263-264.

<sup>26</sup> *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129 (H.L.), per Lord Devlin, at p. 1227.

<sup>27</sup> See *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, at p. 1108.

<sup>28</sup> See *Hill*, *supra*, note 22, at p. 1208.

<sup>29</sup> *Supra*, note 27, at p. 1105.

<sup>30</sup> *Supra*, note 26.

<sup>31</sup> See Ontario Law Reform Commission, *Report on Exemplary Damages* (Toronto: 1991).

<sup>32</sup> See Pauline Roy, *Les dommages exemplaires en droit québécois*. (Doctoral Thesis, University of Montréal, 1996).

<sup>33</sup> See McIntyre J. in *Vorvis*, *supra*, note 27, at pp. 1104-1105.

<sup>34</sup> See *Vorvis*, *supra*, note 27, at p. 1131; See also Schwartz J. in *MacDonald Estate (Re)* (1993), 89 Man. R. (2d) 161 (Q.B.); (1994), 95 Man. R. (2d) 123 (C.A.), at p.149—awards should "conform with the restraint that Canadian courts have exercised."

<sup>35</sup> See *Vorvis*, *supra*, note 27.

<sup>36</sup> See *Robitaille v. Vancouver Hockey Club Ltd.* (1979), 19 B.C.L.R. 158 (S.C.); affd (1981), 124 D.L.R. (3d) 228 (B.C.C.A.); *Coughlin v. Kuntz*, [1990] 2 W.W.R. 737 (B.C.C.A.).

<sup>37</sup> See *Norberg v. Wynrib*, *supra*, note 25, per McLachlin J.; *Huff v. Price* (1990), 76 D.L.R. (4th) 138 (B.C.C.A.); *MacDonald Estate (Re)* (1994), 95 Man. R. (2d) 123 (C.A.).

<sup>19</sup> [1896] 1 Ch. 108 (C.A.), aux p. 112 et 115.

<sup>20</sup> (1925), 34 B.C.R. 527 (C.S.), à la p. 530.

<sup>21</sup> Dans *Celestino v. Celestino* (A.C.T. G7 de 1990, FED n° 449, jugement rendu le 16 août 1990, non publié), la Cour fédérale d'Australie, division générale, aux p. 11 à 13, a tenu compte de ce principe en décidant s'il y avait lieu de modifier la décision du juge de première instance de refuser de permettre à la partie défenderesse, lors de l'instruction d'une affaire de négligence au volant, de retirer un aveu de responsabilité formulé le premier jour du procès. Voir aussi *Bird v Northern Territory* (1992), 108 FLR 270 (S.C.N.T.) [à la p. 275], où le principe a été appliqué pour annuler une ordonnance de gestion des dossiers rejetant l'action de la partie demanderesse pour le motif que la «justice» exigeait qu'elle soit écartée [TRADUCTION] «en raison du facteur prépondérant du préjudice infligé à la partie demanderesse», même si l'ordonnance avait été dûment rendue sous le régime des règles de pratique applicables.

<sup>22</sup> Voir *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, le juge Cory, aux p. 1205 et 1206.

<sup>23</sup> *Ibid.*, aux p. 1208 et 1209.

<sup>24</sup> *Ibid.*, à la p. 1209.

<sup>25</sup> Voir *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, à la p. 264.

<sup>26</sup> *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129 (H.L.), lord Devlin, à la p. 1227.

<sup>27</sup> Voir *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, à la p. 1108.

<sup>28</sup> Voir *Hill*, précité, note 22, à la p. 1208.

<sup>29</sup> Précité, note 27, à la p. 1105.

<sup>30</sup> Précité, note 26.

<sup>31</sup> Voir Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Exemplary Damages*, Toronto, 1991.

<sup>32</sup> Voir Pauline Roy, *Les dommages exemplaires en droit québécois*. Thèse de doctorat, Université de Montréal, 1996.

<sup>33</sup> Voir les motifs du juge McIntyre, dans *Vorvis*, précité, note 27, à la p. 1105.

<sup>34</sup> Voir *Vorvis*, précité, note 27, à la p. 1131; voir également les motifs du juge Schwartz dans *MacDonald Estate (Re)* (1993), 89 Man. R. (2d) 161 (B.R.); (1994), 95 Man. R. (2d) 123 (C.A.), à la p. 149—le montant accordé devrait [TRADUCTION] «tenir compte de la retenue dont ont fait preuve les tribunaux au Canada».

<sup>35</sup> Voir *Vorvis*, précité, note 27.

<sup>36</sup> Voir *Robitaille v. Vancouver Hockey Club Ltd.* (1979), 19 B.C.L.R. 158 (C.S.); conf. dans (1981), 124 D.L.R. (3d) 228 (C.A.C.-B.); *Coughlin v. Kuntz*, [1990] 2 W.W.R. 737 (C.A.C.-B.).

<sup>37</sup> Voir *Norberg c. Wynrib*, précité, note 25, le juge McLachlin; *Huff v. Price* (1990), 76 D.L.R. (4th) 138 (C.A.C.-B.); *MacDonald Estate (Re)* (1994), 95 Man. R. (2d) 123 (C.A.).

<sup>38</sup> *Pro Arts, Inc. v. Campus Crafts Holdings Ltd. et al.* (1980), 28 O.R. (2d) 422 (H.C.), at pp. 441-442.

<sup>39</sup> *Fenwick v. Staples* (1977), 18 O.R. (2d) 128 (Co. Ct.).

<sup>40</sup> *Supra*, note 22, at p. 1208; see also *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*, [1972] A.C. 1027 (H.L.), per Lord Reid, at p. 1089; *Huff v. Price*, *supra*, note 37.

<sup>41</sup> *Supra*, note 22, at pp. 1208-1209.

<sup>42</sup> See *Pro Arts, Inc.*, *supra*, note 38, at p. 443.

<sup>43</sup> *Canada Metal Co. Ltd. et al. v. Canadian Broadcasting Corp. et al. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585 (H.C.), affd (1974), 11 O.R. (2d) 167 (C.A.). Of course, prison sentences may also be imposed on individuals in serious cases.

<sup>44</sup> See *Dictionnaires (Les) Robert Canada SCC et al. v. Librairie du Normade Inc. et al.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 319 (F.C.T.D.), at p. 339.

<sup>45</sup> See *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 F.C. 483 (C.A.), at p. 493; see also *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd.*, [1976] R.P.C. 197 (H.L.).

<sup>46</sup> See *Hill*, *supra*, note 22; see *Gustar v. Wadden*, [1994] 7 W.W.R. 148 (B.C.C.A.); see also *Claiborne Industries Ltd. v. National Bank of Canada* (1989), 69 O.R. (2d) 65 (C.A.).

<sup>47</sup> Other relevant orders as to costs in this litigation were: September 16, 1988 (Associate Senior Prothonotary)—“to the plaintiffs in the cause”; January 12, 1989 (Reed J.)—to the plaintiffs; September 22, 1989 (F.C.A.)—order of January 12, 1989 varied by allowing “costs to be in the cause” and awarding the costs of appeal to the respondents; November 15, 1989 (Associate Senior Prothonotary)—“in the cause”; March 15, 1990 (Associate Senior Prothonotary)—“in the cause”; April 24, 1990 (Associate Senior Prothonotary)—“to the plaintiffs in the cause”; May 7, 1990 (Associate Senior Prothonotary)—“in the cause”; April 14, 1993 (F.C.A.)—of appeal to the respondents and of the cross-appeal “in the event of the Trial Judge’s disposition of the claim”; April 25, 1994 (Trial Judge)—“to the respondents”; June 1, 1994 (F.C.A.)—to the respondents.

<sup>38</sup> *Pro Arts, Inc. v. Campus Crafts Holdings Ltd. et al.* (1980), 28 O.R. (2d) 422 (H.C.), aux p. 441 et 442.

<sup>39</sup> *Fenwick v. Staples* (1977), 18 O.R. (2d) 128 (C. Ct.).

<sup>40</sup> Précité, note 22, à la p. 1208; voir également *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*, [1972] A.C. 1027 (H.L.), lord Reid, à la p. 1089; *Huff v. Price*, précité, note 37.

<sup>41</sup> Précité, note 22, aux p. 1208 et 1209.

<sup>42</sup> Voir *Pro Arts, Inc.*, précité, note 38, à la p. 443.

<sup>43</sup> *Canada Metal Co. Ltd. et al. v. Canadian Broadcasting Corp. et al. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585 (H.C.), conf. dans (1974), 11 O.R. (2d) 167 (C.A.). Évidemment, une peine d’emprisonnement peut également être infligée à une personne lorsque les faits sont graves.

<sup>44</sup> Voir *Dictionnaires (Les) Robert Canada SCC et al. c. Librairie du Normade Inc. et al.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 319 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 339.

<sup>45</sup> Voir *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 C.F. 483 (C.A.), à la p. 493; voir également *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd.*, [1976] R.P.C. 197 (H.L.).

<sup>46</sup> Voir *Hill*, précité, note 22; *Gustar v. Wadden*, [1994] 7 W.W.R. 148 (C.A.C.-B.) et *Claiborne Industries Ltd. v. National Bank of Canada* (1989), 69 O.R. (2d) 65 (C.A.).

<sup>47</sup> Les autres ordonnances pertinentes quant aux dépens rendues dans le cadre du présent litige sont: celle du 16 septembre 1988 rendue par le protonotaire adjoint adjudgeant aux demandresses les dépens à suivre la cause; celle du 12 janvier 1989 rendue par le juge Reed en faveur des demandresses; celle du 22 septembre 1989 (C.A.F.) modifiant l’ordonnance du 12 janvier 1989 par l’adjudication de dépens à suivre la cause et accordant les dépens de l’appel aux intimées; celle du 15 novembre 1989 rendue par le protonotaire adjoint accordant des dépens à suivre la cause; celle du 15 mars 1990 rendue par le protonotaire adjoint accordant des dépens à suivre la cause; celle du 24 avril 1990 rendue par le protonotaire adjoint accordant des dépens à suivre la cause aux demandresses; celle du 7 mai 1990 rendue par le protonotaire adjoint accordant des dépens à suivre la cause; celle du 14 avril 1993 (C.A.F.) adjudgeant les dépens de l’appel aux intimées et ceux afférents à l’appel incident suivant l’issue de la poursuite de l’instruction devant le juge de première instance; celle du 25 avril 1994 rendue par le juge de première instance adjudgeant les dépens aux intimées; celle du 1<sup>er</sup> juin 1994 (C.A.F.) en faveur des intimées.

A-726-94

A-726-94

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

v.

c.

Duha Printers (Western) Limited (*Respondent*)Duha Printers (Western) Limited (*intimée*)

INDEXED AS: CANADA v. DUHA PRINTERS (WESTERN) LTD. (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. DUHA PRINTERS (WESTERN) LTD. (C.A.)

Court of Appeal, Isaac C.J., Stone and Linden JJ.A.  
—Winnipeg, March 27; Ottawa, May 30, 1996.

Cour d'appel, juge en chef Isaac et juges Stone et Linden, J.C.A.—Winnipeg, 27 mars; Ottawa, 30 mai 1996.

*Income tax — Associated companies — Whether taxpayer may deduct non-capital losses incurred by amalgamated corporation under Income Tax Act, ss. 111(1)(a), 87(2.1) — Whether corporations “related” to each other under Income Tax Act, s. 256(7)(a)(i), “controlled by same person or group of persons” under Act, s. 251(2)(c)(i) — Voting shares of both companies held by third company (Marr’s Leisure Holdings Inc.) — Deduction of loss permitted if control has not changed hands — Share transaction not sham — Unanimous shareholder agreement removing from Marr’s de jure control of taxpayer, restricting Marr’s voting rights — Whether two companies “related” depending on who “controlled” taxpayer immediately before amalgamation — Case law on “control” reviewed — Control meaning de jure control — Marr’s not controlling taxpayer immediately before share acquisition — Act, s. 111(5) denying deduction.*

*Impôt sur le revenu — Compagnies associées — La contribuable peut-elle déduire, en vertu des art. 111(1)a) et 87(2.1) de la Loi de l’impôt sur le revenu, les pertes, autres que les pertes en capital, subies par une société qui a fusionné? — Il s’agissait de déterminer si des sociétés «liées» l’une à l’autre au sens de l’art. 256(7)a)(i) de la Loi de l’impôt sur le revenu étaient «contrôlées par la même personne ou le même groupe de personnes» au sens de l’art. 251(2)c)(i) de la Loi — Des actions avec droit de vote des deux sociétés étaient détenues par une troisième (Marr’s Leisure Holdings Inc.) — La déduction des pertes est permise si le contrôle n’a pas changé de mains — L’achat des actions n’était pas un trompe-l’œil — Une convention unanime des actionnaires retirait à Marr’s le contrôle de jure de la contribuable et restreignait les droits de vote de Marr’s — Pour savoir si deux sociétés étaient «liées», il faut déterminer qui «contrôlait» le contribuable immédiatement avant la fusion — Examen de la jurisprudence relative à la question du «contrôle» — On entend par là le contrôle de jure — Marr’s ne contrôlait pas la contribuable immédiatement avant l’acquisition des actions — L’art. 111(5) de la Loi refuse cette déduction.*

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision allowing the respondent, under paragraph 111(1)(a) and subsection 87(2.1) of the *Income Tax Act*, to deduct from its 1985 taxable income the non-capital losses incurred by a corporation with which it was amalgamated. That company (Outdoor Leisureland of Manitoba Ltd.) had utilizable losses on its books and the respondent had taxable income which could be reduced if it could use those losses. It was therefore arranged that the respondent would amalgamate with Outdoor Leisureland so that the former could take advantage of the latter’s non-capital losses. On February 8, 1984, the company that controlled Outdoor Leisureland, Marr’s Leisure Holdings Inc., purchased 2,000 Class C Duha Printers shares at \$1 per share, giving Marr’s a 55.71 percent ownership of, and ostensible control over, the respondent. On the same date, a unanimous shareholder agreement was signed between

Il s’agissait d’un appel formé contre une décision par laquelle la Cour canadienne de l’impôt a permis à l’intimée, en vertu de l’alinéa 111(1)a) et du paragraphe 87(2.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, de déduire de son revenu imposable pour son année d’imposition 1985 les pertes, autres que les pertes en capital, subies par une société avec laquelle elle avait fusionné. Cette société (Outdoor Leisureland of Manitoba Ltd.) avait dans ses livres des pertes utilisables, et l’intimée avait un revenu imposable que les pertes de Outdoor Leisureland auraient peut-être permis de réduire. Des dispositions furent donc prises pour que l’intimée fusionne avec Outdoor Leisureland, de telle sorte que celle-là puisse utiliser les pertes, autres que les pertes en capital, de celle-ci. Le 8 février 1984, la société qui contrôlait Outdoor Leisureland, soit Marr’s Leisure Holdings Inc., achetait 2 000 actions de catégorie C de Duha Printers au prix de 1 \$ l’action, ce

all the shareholders and the respondent. The Tax Court Judge found that this was not a "unanimous shareholder agreement" as defined in subsections 1(1) and 140(2) of *The Corporations Act* of Manitoba because nowhere in the agreement was there a provision that restricted, in whole or in part, the powers of the respondent's directors to manage its business and affairs. On the issue of "control", the Judge held that Marr's controlled the respondent by virtue of its majority share ownership and that subsection 111(5) of the *Income Tax Act*, therefore, did not apply. In his opinion, the respondent and Outdoor Leisureland were related through common control and Outdoor Leisureland's losses were fully deductible. The main issue raised on appeal was whether the respondent was "controlled" by Marr's immediately prior to its amalgamation with Outdoor Leisureland.

*Held*, the appeal should be allowed.

*Per* Linden J.A.: The share transaction by which Marr's purchased 56 percent of the respondent's voting shares could not be classified as a sham. It was not conducted so as to create an illusion calculated to lead the tax collector away from the taxpayer or the true nature of the transaction. The purposes of subsection 111(5) and subparagraph 256(7)(a)(i) of the *Income Tax Act* are to permit a deduction of a loss if control has not changed hands but to deny it if control has changed hands. The word "control" not being defined in the Act, the jurisprudence has settled that control is based on *de jure* control and not *de facto* control, and that the most important single factor to be considered is the voting rights attaching to shares. In determining issues of corporate control, the Court will look to the time in question, to legal documents pertaining to the issue and to any actual or contingent legal obligations affecting the voting rights of shares. These factors are simply facts with legal consequences, so that the distinction between *de jure* and *de facto* is not as stark as it once was. A control analysis must not be foreshortened by an oversimplified view of "*de jure*". Transactions must be assessed in the context in which they appear and with an eye to commercial and economic realities. Corporate control must be real, effective legal control over the company in question. This does not change the law at all: it merely encourages one to focus on the true legal position of the parties, not only on the formal one. If majority ownership does not allow for real legal control over a company, the *de jure* test of control will not have been met.

qui conférait à Marr's 55,71 p. 100 du capital de l'intimée et le contrôle apparent de cette société. À la même date, une convention unanime des actionnaires était signée entre l'intimée et tous ses actionnaires. Le juge de la Cour de l'impôt est arrivé à la conclusion que ce n'était pas une «convention unanime des actionnaires» au sens des paragraphes 1(1) et 140(2) de la *Loi sur les corporations* du Manitoba parce qu'aucune disposition de cette convention ne restreignait, en tout ou en partie, les pouvoirs des administrateurs de l'intimée de gérer l'entreprise et les affaires internes de la corporation. Quant à la question du «contrôle», le juge a estimé que Marr's contrôlait l'intimée en vertu de sa participation majoritaire dans le capital de cette entreprise et que le paragraphe 111(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'était donc pas applicable. À son avis, le lien entre l'intimée et Outdoor Leisureland était le fait d'un contrôle commun, et les pertes de Outdoor Leisureland étaient intégralement déductibles. Le point principal que soulevait l'appel était de savoir si l'intimée était «contrôlée» par Marr's immédiatement avant sa fusion avec Outdoor Leisureland.

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

Le juge Linden, J.C.A.: L'achat par Marr's de 56 p. 100 des actions avec droit de vote de l'intimée ne pouvait pas être considéré comme un trompe-l'œil. Cette opération n'a pas été faite de manière à créer une illusion destinée à cacher au percepteur le contribuable ou la nature réelle de l'opération. Le paragraphe 111(5) et le sous-alinéa 256(7)(a)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* visent à permettre la déduction d'une perte si le contrôle n'a pas changé de mains, mais à le refuser dans le cas contraire. Comme le mot «contrôle» n'est pas défini dans la Loi, la jurisprudence a établi qu'il s'agit du contrôle *de jure* et non du contrôle *de facto* et que le facteur primordial à considérer se rapporte aux droits de vote afférents aux actions. Pour savoir où siège le contrôle d'une société, la Cour tiendra compte de l'époque considérée, des documents juridiques pertinents et des obligations juridiques réelles ou éventuelles pouvant influencer sur les droits de vote afférents aux actions. Ces facteurs sont simplement des faits ayant des conséquences juridiques, de telle sorte que la distinction entre un contrôle *de jure* et un contrôle *de facto* n'est pas aussi nette qu'autrefois. L'analyse du contrôle ne saurait être réduite par une simplification excessive de l'expression «*de jure*». Les opérations considérées doivent être évaluées selon le contexte dans lequel elles se présentent et sans que soient ignorées les réalités commerciales et économiques. Lorsqu'on parle du contrôle d'une société, il doit s'agir d'un contrôle juridique réel et effectif exercé sur la société en question. Cette règle ne modifie aucunement le droit; elle nous encourage simplement à nous focaliser sur la position juridique véritable des parties, et pas seulement sur leur position apparente. Si une participation majoritaire ne permet pas d'exercer un contrôle juridique réel sur une société, le critère du contrôle *de jure* ne sera pas satisfait.

In view of those principles, Marr's did not control the respondent "immediately before" the share acquisition through which the latter amalgamated with Outdoor Leisureland. It was party to a unanimous shareholder agreement which was signed by all the shareholders and by the respondent as it was meant to both directly and indirectly bind the company's directors to the agreement's provisions. The agreement restricted Marr's voting rights in an important manner since it stipulated that three directors were to be elected to the Board of Directors from a list of four candidates that included Emeric and Gwendolyn Duha, Paul Quinton and William Marr. The choice of any three of them would necessarily ensure a majority of Duha family nominees on the Board of Directors. Three Duha family nominees were in fact elected as directors and Marr's did not even elect as a director its own majority shareholder. The fact that the respondent could not issue new voting shares without unanimous shareholder consent and that, by virtue of the agreement, Marr's could not dissent from a corporate transaction and apply to a court for the redemption of its shares is other evidence that Marr's did not control the respondent. Marr's ability to dissolve the respondent was not a significant element suggesting that Marr's had control over it. The power to dissolve a company will be given weight only where the ability to elect directors is either equally shared or otherwise inconclusive on the issue of control. *The Corporations Act* of Manitoba does not require that a shareholder agreement restrict the powers of directors in order to be a "unanimous shareholder agreement". The agreement was legally binding and was signed by all the shareholders and the respondent. It was meant to have legal effect and did. It also significantly affected the legal position of the shareholders as to how they could vote their shares. The minimum conditions required before a court will look at such an agreement in a control analysis were all met. By providing that two of any three elected directors would be nominees of the Duha family, the authors of the shareholders agreement ensured that real legal control would not be vested with Marr's. This was clearly what the parties intended. The respondent was prevented by subsection 111(5) of the Act from using Outdoor Leisureland's non-capital losses.

*Per Stone J.A.:* In order for the respondent to be entitled to deduct the non-capital losses incurred by Outdoor Leisureland, both corporations must have been controlled by the same person or group of persons immediately prior to the amalgamation of February 10, 1984. If control were to be determined on the basis of voting rights only, there could be no question that by purchasing

À cause de ces principes, Marr's ne contrôlait pas l'intimée «immédiatement avant» l'acquisition d'actions qui a permis la fusion de cette dernière et de Outdoor Leisureland. Elle était partie à une convention unanime d'actionnaires qui était signée par tous les actionnaires et par l'intimée et qui était censée lier, directement et indirectement, les administrateurs de cette société. La convention restreignait considérablement les droits de vote de Marr's puisqu'elle prévoyait que trois administrateurs devaient être élus au conseil d'administration et choisis sur une liste de quatre candidats, savoir Emeric et Gwendolyn Duha, Paul Quinton et William Marr. Le choix de trois d'entre eux allait nécessairement garantir que le conseil d'administration serait composé en majorité de candidats de la famille Duha. Trois candidats de la famille Duha ont été élus administrateurs, et Marr's n'a même pas élu comme administrateur son propre actionnaire majoritaire. Le fait que l'intimée ne pouvait pas émettre de nouvelles actions avec droit de vote sans le consentement unanime des actionnaires et le fait aussi que, en vertu de la convention, Marr's ne pouvait pas empêcher une opération concernant l'intimée et demander à un tribunal que ses actions soient rachetées constituent d'autres éléments de preuve attestant que Marr's ne contrôlait pas l'intimée. La possibilité pour Marr's de dissoudre l'intimée n'était pas un facteur important qui laissait croire que Marr's exerçait un contrôle sur elle. Le pouvoir de dissoudre une société n'aura de poids que si le droit d'élire les administrateurs est soit également partagé, soit sans effet réel sur la question du contrôle. La *Loi sur les corporations* du Manitoba n'exige pas qu'une convention des actionnaires restreigne les pouvoirs des administrateurs pour être une «convention unanime des actionnaires». La convention était juridiquement contraignante et elle était signée par tous les actionnaires et l'intimée. Elle était censée avoir un effet juridique et elle en avait un effectivement. Elle modifiait sensiblement aussi la position juridique des actionnaires quant à la manière dont ils pouvaient exercer les droits de vote afférents à leurs actions. Les conditions minimales requises avant qu'un tribunal ne tienne compte d'une convention de ce genre pour l'analyse du contrôle d'une société étaient toutes remplies. En prévoyant que deux administrateurs sur trois qui étaient élus seraient des candidats de la famille Duha, les auteurs de la convention des actionnaires se sont assurés que le contrôle juridique réel ne serait pas conféré à Marr's. C'est précisément ce que les parties voulaient. Le paragraphe 111(5) de la Loi avait pour effet d'empêcher l'intimée d'utiliser les pertes, autres que les pertes en capital, de Outdoor Leisureland.

Le juge Stone, J.C.A.: Pour que l'intimée puisse déduire les pertes, autres que les pertes en capital, subies par Outdoor Leisureland, les deux compagnies devaient avoir été contrôlées par la même personne ou le même groupe de personnes immédiatement avant la fusion du 10 février 1984. Si le contrôle devait être défini en fonction seulement des droits de vote, il ne ferait alors aucun doute que,

2,000 Class C Duha Printers voting shares on February 8, 1984 representing some 55.71 percent of all outstanding voting shares of that corporation, Marr's did acquire *de jure* control of the respondent. However, the agreement of February 8, 1984 between the shareholders and the company immediately before the issuance of Class C shares was a "unanimous shareholder agreement" within the meaning of subsection 140(2) of *The Corporations Act* of Manitoba and that agreement removed *de jure* control from Marr's. It is clear from subsection 1(1) of that statute that the word "affairs" is not synonymous with the word "business". Article 2.1 of the agreement did not leave with the respondent's Board of Directors the powers it otherwise would have possessed under subsection 97(1) of the Manitoba statute of directing the management "of the business and affairs of the corporation". The effect of the article was to strip the Board of Directors of power to manage the business of the corporation and to leave with them only the power to manage its affairs, and for that reason, the agreement of February 8, 1984 was a unanimous shareholder agreement as defined in the Manitoba statute. The ability to elect a board of directors which could manage only the "affairs" and not the "business" of the respondent could not be seen as an exercise of *de jure* control by Marr's. The respondent was not "controlled" by Marr's at the relevant time and, accordingly, Outdoor Leisureland and the respondent were not "related" to each other within the meaning of subparagraphs 251(2)(c)(i) and 256(7)(a)(i) of the *Income Tax Act*.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Corporations Act (The)*, R.S.M. 1987, c. C225, ss. 1(1) "affairs", "unanimous shareholder agreement", 97(1), 140(2),(5),(6).  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, s. 39(4)(a) (as am. by S.C. 1960, c. 43, s. 11).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 87(2.1) (as enacted by S.C. 1977-78 c. 1, s. 42; 1984, c. 1, s. 38), 111(1)(a) (as am. *idem*, s. 54), (5) (as am. *idem*), 245, 251(2)(c)(i), 256(7)(a)(i) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 131; c. 48, s. 112).  
*Trustee Act*, R.S.O. 1980, c. 512, s. 6(c).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Harvard International Resources Ltd. v. Alberta (Provincial Treasurer)* (1992), 136 A.R. 197; [1993] 2 W.W.R. 491; (1992), 6 Alta. L.R. (3d) 42; [1993] 1 C.T.C. 329; 93 DTC 5254 (Q.B.).

en achetant 2 000 actions avec droit de vote de catégorie C de Duha Printers le 8 février 1984, ce qui représente environ 55,71 p. 100 de toutes les actions en circulation avec droit de vote de cette société, Marr's a bel et bien acquis le contrôle *de jure* de l'intimée. Cependant, la convention du 8 février 1984 intervenue entre les actionnaires et la compagnie immédiatement avant l'émission des actions de catégorie C était une «convention unanime des actionnaires» au sens du paragraphe 140(2) de la *Loi sur les corporations* du Manitoba et privait Marr's du contrôle *de jure* de l'intimée. Il ressort clairement du paragraphe 1(1) de cette Loi que le mot «affaires internes» et le mot «entreprise» ne sont pas synonymes. L'article 2.1 de la convention a enlevé au conseil d'administration de l'intimée le pouvoir qu'il aurait autrement possédé en vertu du paragraphe 97(1) de la loi manitobaine, c'est-à-dire le pouvoir de gérer «l'entreprise et les affaires internes de la corporation». L'article a eu pour effet de priver le conseil d'administration du pouvoir de gérer l'entreprise de la société et de lui laisser uniquement le pouvoir de gérer ses affaires internes, et, pour cette raison, la convention du 8 février 1984 était une convention unanime des actionnaires au sens de la loi manitobaine. Il est impossible de dire que la société Marr's exerçait un contrôle *de jure* sur l'intimée puisque le conseil d'administration qu'elle avait le droit d'élire ne pouvait gérer que les «affaires internes», et non l'«entreprise», de l'intimée. Cette dernière n'était pas «contrôlée» par Marr's à l'époque pertinente et donc Outdoor Leisureland et l'intimée n'étaient pas «liées» au sens où l'entendent les sous-alinéas 251(2)(c)(i) et 256(7)(a)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 39(4)a) (mod. par S.C. 1960, ch. 43, art. 11).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 87(2.1) (édicte par S.C. 1977-78 ch. 1, art. 42; 1984, ch. 1, art. 38), 111(1)a) (mod., *idem* art. 54), (5) (mod., *idem*), 245, 251(2)c)(i), 256(7)a)(i) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 131; ch. 48, art. 112).  
*Loi sur les corporations*, L.R.M. 1987, ch. C225, art. 1(1) «affaires internes», «convention unanime des actionnaires», 97(1), 140(2),(5),(6).  
*Trustee Act*, R.S.O. 1980, ch. 512, art. 6c).

#### JURISPRUDENCE

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Harvard International Resources Ltd. v. Alberta (Provincial Treasurer)* (1992), 136 A.R. 197; [1993] 2 W.W.R. 491; (1992), 6 Alta. L.R. (3d) 42; [1993] 1 C.T.C. 329; 93 DTC 5254 (B.R.).

## CONSIDERED:

*Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; (1994), 63 Q.A.C. 161; 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; *Alberta (Treasury Branches) v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*; *Toronto-Dominion Bank v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1996] S.C.J. No. 45 (QL); *Buckerfield's Ltd. et al v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 Ex. C.R. 299; [1964] C.T.C. 504; (1964), 64 DTC 5301; *International Iron & Metal Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1974] S.C.R. 898; (1972), 27 D.L.R. (3d) 1; [1972] CTC 242; 72 DTC 6205; *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd. et al.*, [1967] S.C.R. 223; (1967), 60 D.L.R. (2d) 488; [1967] C.T.C. 50; 67 DTC 5035; *Vineland Quarries and Crushed Stone Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] Ex. C.R. 417; [1966] C.T.C. 69; (1966), 66 DTC 5092; *R. v. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 288; (1985), 21 D.L.R. (4th) 741; 31 B.L.R. 77; [1985] 2 C.T.C. 299; 85 DTC 5500; 62 N.R. 137; *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] S.C.R. 1032; (1971), 19 D.L.R. (3d) 347; [1971] C.T.C. 283; 71 DTC 5175; *The International Iron & Metal Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1969] C.T.C. 668; (1969) 69 DTC 5445 (Ex. Ct.); *Donald Applicators Ltd. et al. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 43; [1969] C.T.C. 98; (1969), 69 DTC 5122; *Donald Applicators Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] S.C.R. v; (1971), 71 DTC 5202(n); *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] A.C. 335 (H.L.); *Vancouver Towing Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1946] Ex. C.R. 623; [1947] C.T.C. 18; [1947] 2 D.L.R. 93; *Ringuet v. Bergeron*, [1960] S.C.R. 672; (1960), 24 D.L.R. (2d) 449; *M.N.R. v. Consolidated Holding Co.*, [1974] S.C.R. 419; (1971), 23 D.L.R. (3d) 546; [1972] CTC 18; 72 DTC 6007; *The Queen v Lusita Holdings Ltd.*, [1984] CTC 335; (1984), 84 DTC 6346; 55 N.R. 122 (F.C.A.); *International Mercantile Factors Ltd. v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 137; (1990), 90 DTC 6390; 36 F.T.R. 45 (F.C.T.D.); *Alteco Inc. v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2087 (T.C.C.); *Ensign Tankers (Leasing) v. Stokes (HMIT)*, [1992] B.T.C. 110.

## REFERRED TO:

*Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; (1993), 94 DTC 6001; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, [1995] 2 C.T.C. 369; (1995), 95 DTC 5551; *Vineland Quarries & Crushed Stone Ltd. v. Minister of Nation-*

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; (1994), 63 C.A.Q. 161; 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; *Alberta (Treasury Branches) c. Canada (ministre du Revenu national—M.R.N.)*; *Banque Toronto-Dominion c. Canada (ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1996] A.C.S. n° 45 (QL); *Buckerfield's Ltd. et al v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 R.C.É. 299; [1964] C.T.C. 504; (1964), 64 DTC 5301; *International Iron & Metal Co. Ltd. c. M.R.N.*, [1974] R.C.S. 898; (1972), 27 D.L.R. (3d) 1; [1972] CTC 242; 72 DTC 6205; *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd. et al.*, [1967] R.C.S. 223; (1967), 60 D.L.R. (2d) 488; [1967] C.T.C. 50; 67 DTC 5035; *Vineland Quarries and Crushed Stone Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.É. 417; [1966] C.T.C. 69; (1966), 66 DTC 5092; *R. c. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 288; (1985), 21 D.L.R. (4th) 741; 31 B.L.R. 77; [1985] 2 C.T.C. 299; 85 DTC 5500; 62 N.R. 137; *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1971] R.C.S. 1032; (1971), 19 D.L.R. (3d) 347; [1971] C.T.C. 283; 71 DTC 5175; *The International Iron & Metal Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1969] C.T.C. 668; (1969) 69 DTC 5445 (C. de l'É.); *Donald Applicators Ltd. et al. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 43; [1969] C.T.C. 98; (1969), 69 DTC 5122; *Donald Applicators Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] R.C.S. v; (1971), 71 DTC 5202(n); *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] A.C. 335 (H.L.); *Vancouver Towing Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1946] R.C.É. 623; [1947] C.T.C. 18; [1947] 2 D.L.R. 93; *Ringuet v. Bergeron*, [1960] R.C.S. 672; (1960), 24 D.L.R. (2d) 449; *M.R.N. c. Consolidated Holding Co.*, [1974] R.C.S. 419; (1971), 23 D.L.R. (3d) 546; [1972] CTC 18; 72 DTC 6007; *The Queen v Lusita Holdings Ltd.*, [1984] CTC 335; (1984), 84 DTC 6346; 55 N.R. 122 (C.A.F.); *International Mercantile Factors Ltd. c. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 137; (1990), 90 DTC 6390; 36 F.T.R. 45 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Alteco Inc. c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2087 (C.C.I.); *Ensign Tankers (Leasing) v. Stokes (HMIT)*, [1992] B.T.C. 110.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; (1993), 94 DTC 6001; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, [1995] 2 C.T.C. 369; (1995), 95 DTC 5551; *Vineland Quarries & Crushed Stone Ltd. v. Minister of Nation-*

*al Revenue*, [1967] S.C.R. vi; (1967), 67 DTC 5283(n); *Vina-Rug (Canada) Limited v. Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 193; (1968), 66 D.L.R. (2d) 456; [1968] C.T.C. 1; 68 DTC 5021; *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134; *British Columbia Telephone Co. v. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 26; (1992), 92 DTC 6129; 139 N.R. 211 (F.C.A.); *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *Bert Robbins Excavating Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] Ex. C.R. 1160; [1966] C.T.C. 371; (1966), 66 DTC 5269.

*al Revenue*, [1967] R.C.S. vi; (1967), 67 DTC 5283(n); *Vina-Rug (Canada) Limited v. Minister of National Revenue*, [1968] R.C.S. 193; (1968), 66 D.L.R. (2d) 456; [1968] C.T.C. 1; 68 DTC 5021; *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134; *British Columbia Telephone Co. c. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 26; (1992), 92 DTC 6129; 139 N.R. 211 (C.A.F.); *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *Bert Robbins Excavating Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.E. 1160; [1966] C.T.C. 371; (1966), 66 DTC 5269.

## AUTHORS CITED

Welling, B. *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision ([1995] 1 C.T.C. 2481) allowing the respondent to deduct from its 1985 taxable income the non-capital losses incurred by an amalgamated corporation under paragraph 111(1)(a) and subsection 87(2.1) of the *Income Tax Act*. Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Robert M. Gosman* for appellant.  
*Anita R. Wortzman* and *Jacqueline N. Freedman* for respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Aikins, MacAuley and Thorvaldson*, Winnipeg, for respondent.

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

- 1 ISAAC C.J. (*concurring*): I have had the benefit of reading the draft reasons of Mr. Justice Stone and Mr. Justice Linden. For the reasons given by them, with which I agree, I too, would dispose of the appeal in the manner proposed by Mr. Justice Linden.

## DOCTRINE

Welling, B. *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.

APPEL formé contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt ([1995] 1 C.T.C. 2481) permettant à l'intimée, en vertu de l'alinéa 111(1)a) et du paragraphe 87(2.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de déduire de son revenu imposable pour son année d'imposition 1985 les pertes, autres que les pertes en capital, subies par une société qui avait fusionné. Appel accueilli.

## AVOCATS:

*Robert M. Gosman* pour l'appelante.  
*Anita R. Wortzman* et *Jacqueline N. Freedman* pour l'intimée.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.  
*Aikins, MacAuley et Thorvaldson*, Winnipeg, pour l'intimée.

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

- 1 LE JUGE EN CHEF ISAAC (*motifs concordants*): J'ai eu l'avantage de lire l'ébauche des motifs des juges Stone et Linden. Pour les motifs qu'ils donnent, et que je partage, je disposerais moi aussi de l'appel comme le propose le juge Linden.

\* \* \*

\* \* \*

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

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

2 STONE J.A. (*concurring*): I have had the advantage of reading in draft the reasons for judgment of my colleague Mr. Justice Linden. Although I agree with his conclusion, I follow a somewhat different path and wish, therefore, to set forth my reasons for doing so.

2 LE JUGE STONE, J.C.A. (*motifs concordants*): J'ai eu l'avantage de lire, sous leur forme provisoire, les motifs du jugement de mon collègue le juge Linden. J'arrive à la même conclusion que lui, mais par une voie un peu différente, et je voudrais donc ici exposer mes propres motifs.

3 The facts as agreed to by the parties are set forth in the reasons for judgment of the learned Tax Court Judge [[1995] 1 C.T.C. 2481]. The relevant statutory provisions are recited by my colleague.

3 Les faits, qui sont admis par les parties, sont énoncés dans les motifs de la décision du juge de la Cour de l'impôt [[1995] 1 C.T.C. 2481]. Les dispositions législatives pertinentes ont été reproduites par mon collègue.

4 This appeal concerns the deductibility of non-capital losses by the respondent which resulted from the amalgamation of Duha Printers (Western) Limited (Duha Printers No. 2) and Outdoor Leisureland of Manitoba Ltd. (Outdoor) on February 10, 1984. The respondent deducted from its taxable income for its 1985 taxation year the non-capital losses incurred by Outdoor pursuant to paragraph 111(1)(a) [as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 54] and subsection 87(2.1) [as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 42; 1984, c. 1, s. 38] of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended (the Act). Paragraph 111(1)(a) of the Act allowed a taxpayer to deduct his non-capital losses from his taxable income. In effect, subsection 87(2.1) allowed a corporate taxpayer that was formed as a result of an amalgamation of two or more corporations, subject to certain restrictions, to deduct from its taxable income the non-capital losses of the amalgamated corporations. One of these restrictions is that the new corporation could only deduct the non-capital losses of either of the amalgamated corporations if at the time of the amalgamation the amalgamated corporations were "related" to each other within the meaning of subparagraph 256(7)(a)(i) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 112; c. 140, s. 131] of the Act. To be so "related" the two corporations had to be "controlled by the same person or group of persons" as provided in subparagraph 251(2)(c)(i) of the Act.

4 Dans le présent appel, il s'agit de savoir si l'intimée pouvait déduire des pertes, autres que des pertes en capital, après la fusion de Duha Printers (Western) Limited (Duha Printers n° 2) et de Outdoor Leisureland of Manitoba Ltd. (Outdoor) le 10 février 1984. L'intimée a déduit de son revenu imposable pour son année d'imposition 1985 les pertes, autres que les pertes en capital, subies par Outdoor, et cela conformément à l'alinéa 111(1)a) [mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 54] et au paragraphe 87(2.1) [édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 42; 1984, ch. 1, art. 38] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, dans sa forme modifiée (ci-après la Loi). L'alinéa 111(1)a) de la Loi permettait à un contribuable de déduire de son revenu imposable ses pertes autres que les pertes en capital. Le paragraphe 87(2.1) permettait aussi à une société contribuable formée par suite de la fusion de deux ou plusieurs sociétés, et sous réserve de certaines limites, de déduire de son revenu imposable les pertes, autres que les pertes en capital, des sociétés fusionnées. L'une de ces limites était que la nouvelle société ne pouvait déduire les pertes, autres que les pertes en capital, de l'une ou l'autre des sociétés fusionnées, que si, au moment de la fusion, les sociétés fusionnées étaient «liées» l'une à l'autre au sens du sous-alinéa 256(7)a)(i) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 112; ch. 140, art. 131] de la Loi. Pour être «liées», les deux sociétés devaient être «contrôlées par la même personne ou le même groupe de per-

sonnes», selon ce que prévoit le sous-alinéa 251(2)c(i) de la Loi.

5 As applied to the present case, in order for the respondent to be entitled to deduct the non-capital losses incurred by Outdoor, Duha Printers No. 2 and Outdoor must have been “controlled by the same person or group of persons” immediately prior to the amalgamation of February 10, 1984. The Minister disallowed the deduction on the basis that Duha Printers No. 2 and Outdoor were not so related. On the facts as agreed, at that time all of the outstanding voting shares of Outdoor were owned by Marr’s Leisure Holdings Inc. (Marr’s) which also held all of the outstanding Class C shares of Duha Printers No. 2, representing 55.71 percent of the voting shares of that company. It is not disputed that Marr’s controlled Outdoor. What is disputed is that Marr’s “controlled” Duha Printers No. 2 despite its ownership of a majority of the voting shares of that corporation.

5 Ainsi, pour que l’intimée puisse déduire les pertes, autres que les pertes en capital, subies par Outdoor, Duha Printers n° 2 et Outdoor devaient avoir été «contrôlées par la même personne ou le même groupe de personnes» immédiatement avant la fusion du 10 février 1984. Le ministre a refusé la déduction pour le motif que Duha Printers n° 2 et Outdoor n’étaient pas des sociétés liées. Selon l’exposé conjoint des faits, toutes les actions en circulation avec droit de vote de Outdoor étaient à ce moment-là entre les mains de Marr’s Leisure Holdings Inc. (ci-après Marr’s), qui détenait aussi toutes les actions en circulation de catégorie C de Duha Printers n° 2, soit 55,71 p. 100 des actions avec droit de vote de cette société. Il n’est pas contesté que Marr’s contrôlait Outdoor. Ce qui est contesté, c’est que Marr’s «contrôlait» Duha Printers n° 2, quand bien même Marr’s détenait la majorité des actions avec droit de vote de Duha Printers n° 2.

6 Before the Tax Court, the appellant also relied on the anti-avoidance provisions of section 245 of the Act as it then stood. An argument based on those provisions was not advanced in this Court.

6 Devant la Cour de l’impôt, l’appelante a aussi invoqué les dispositions antiévitement de l’article 245 de la Loi, tel qu’il se lisait alors. Aucun argument fondé sur ces dispositions n’a été invoqué devant la Cour d’appel fédérale.

7 The learned Tax Court Judge allowed the appeal from the assessment. He concluded that Marr’s held *de jure* control of both Duha Printers No. 2 and Outdoor at the relevant time with the result that both corporations were “related” to each other for the purposes of subparagraph 256(7)(a)(i). In the course of his reasons, at pages 2498-2499, the Tax Court Judge stated:

7 Le juge de la Cour de l’impôt a accueilli l’appel dirigé contre la cotisation. Selon lui, Marr’s détenait, à l’époque pertinente, le contrôle *de jure* à la fois de Duha Printers n° 2 et de Outdoor, le résultat étant que les deux sociétés étaient «liées» l’une à l’autre aux fins du sous-alinéa 256(7)a(i). Dans ses motifs, le juge de la Cour de l’impôt s’exprime ainsi, aux pages 2498 et 2499:

I agree with respondent’s counsel that sole purpose of the transaction was to enable the appellant to make use of the losses incurred by Outdoor. There was no other reason. The issuance of the 2,000 Class “C” voting preferred shares to Marr’s did not transfer *de facto* or real control to Marr’s. All three Duha corporations reported net income for the fiscal period January 1, 1983 to December 31, 1983 of \$182,223 and of \$96,695 for the 41 days ending February 10, 1984. The respective companies had retained earnings of \$296,486 and \$393,181 as at December 31, 1983 and February 10, 1984. Surely a person controlling such a corporation would not surrender control to a stran-

Je conviens avec l’avocat de l’intimée que le seul objet de l’opération était de permettre à l’appelante de se servir des pertes subies par Outdoor. Il n’y avait pas d’autre raison. Les 2 000 actions privilégiées de catégorie «C» avec droit de vote qui ont été émises à Marr’s n’ont pas eu pour effet de transférer à cette dernière le contrôle de fait ou effectif. Les trois corporations Duha ont déclaré un revenu net de 182 223 \$ pour l’exercice allant du 1<sup>er</sup> janvier 1983 au 31 décembre 1983 et de 96 695 \$ pour la période de 41 jours se terminant le 10 février 1984. Les compagnies respectives avaient des bénéfices non répartis de 296 486 \$ et de 393 181 \$ au 31 décembre 1983 et au

ger for the consideration of \$2,000. And in reality the Duha family shareholders did not relinquish control and Marr's never intended to control the company. The majority of persons elected to the Board of Duha #2 by Marr's were members of the Duha family. There is no evidence Mr. Marr was ever involved in the business carried on by Duha #2 or was even interested in the affairs of the company. Marr's could not transfer its shares nor allow them to be encumbered in any way; obviously one may infer the Duhas did not want a person other than Marr's to own the shares. The Class "C" preferred shares were redeemed on January 4, 1985, eleven months after Marr's "invested" in Duha #2. With such facts before an assessor it is not too difficult to appreciate the reason for the assessment and perhaps these facts may be considered again in another forum.

10 février 1984. Une personne contrôlant une telle corporation n'en abandonnerait certainement pas le contrôle au profit d'un étranger pour la contrepartie de 2 000 \$. De plus, en réalité, les actionnaires de la famille Duha n'ont pas renoncé au contrôle, et Marr's n'a jamais eu l'intention de contrôler la compagnie. La majorité des personnes élues au conseil d'administration de Duha 2 par Marr's étaient des membres de la famille Duha. Rien n'établit que M. Marr ait déjà joué un rôle dans l'entreprise exploitée par Duha 2 ou se soit même intéressé aux affaires internes de la compagnie. Marr's ne pouvait transférer ses actions ni les grever d'une charge quelconque; de toute évidence, on peut en déduire que les Duha ne voulaient pas qu'une personne autre que Marr's détienne ces actions. Les actions privilégiées de catégorie «C» ont été rachetées le 4 janvier 1985, soit onze mois après que Marr's eut «investi» dans Duha 2. Avec de tels faits, il n'est pas difficile de comprendre le motif de la cotisation, et peut-être que ces faits pourraient être à nouveau examinés dans un autre cadre.

8 The Supreme Court's decision in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, commenced a new era for interpreting tax legislation. Subsequent to that case, the Supreme Court has dealt with interpretation of the Act in the series of cases culminating with its decisions in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Alberta (Treasury Branches) v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*; *Toronto-Dominion Bank v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1996] S.C.J. No. 45 (QL). In *Stubart*, at page 580, Estey J. stated:

... where the substance of the Act, when the clause in question is contextually construed, is clear and unambiguous and there is no prohibition in the Act which embraces the taxpayer, the taxpayer shall be free to avail himself of the beneficial provision in question.

That principle of the interpretation was applied in *Antosko* where, speaking for the Court, Iacobucci J. added, at pages 326-327:

While it is true that the courts must view discrete sections of the *Income Tax Act* in light of the other provisions of the Act and of the purpose of the legislation, and that they must analyze a given transaction in the context of economic and commercial reality, such techniques cannot alter

L'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'espèce *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, a marqué le début d'une nouvelle ère dans l'interprétation des lois fiscales. Par la suite, la Cour suprême a prononcé à maintes reprises sur l'interprétation de la Loi, et ses arrêts les plus récents en la matière sont les suivants: *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Alberta (Treasury Branches) c. Canada (ministre du Revenu national—M.R.N.)*; *Banque Toronto-Dominion c. Canada (ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1996] A.C.S. n° 45 (QL). Dans l'arrêt *Stubart*, le juge Estey s'exprime ainsi, à la page 580:

... si le contenu de la Loi, lorsque la disposition en cause est interprétée dans son contexte, est clair et précis et que la Loi ne comporte pas d'interdiction qui vise le contribuable, celui-ci est libre de se prévaloir des dispositions avantageuses en cause.

Ce principe d'interprétation a été appliqué dans l'affaire *Antosko*, où, s'exprimant pour la Cour, le juge Iacobucci ajoute, aux pages 326 et 327:

Même si les tribunaux doivent examiner un article de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à la lumière des autres dispositions de la Loi et de son objet, et qu'ils doivent analyser une opération donnée en fonction de la réalité économique et commerciale, ces techniques ne sauraient altérer le

the result where the words of the statute are clear and plain and where the legal and practical effect of the transaction is undisputed: *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175, at p. 194; see also *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695.

A majority of the Supreme Court in *Friesen* adopted the approach taken in *Antosko*. The respondent relies heavily on the principles enunciated in these various decisions on the basis that it is entitled to an advantage made available under clear and unambiguous provisions of the Act which contains no prohibition.

9 The word “control” is not defined by the Act. On the other hand, it has been the subject of much judicial consideration. If control were to be determined on the basis of voting rights only, there could be no question that by its ownership of 2,000 Class C voting shares of Duha Printers No. 2 on February 8, 1984 representing some 55.71 percent of all outstanding voting shares of that corporation, Marr’s did acquire *de jure* control of Duha Printers No. 2 in the sense that Marr’s alone had the right to a majority of votes in the election of the board of directors: *Buckerfield’s Ltd. et al v. Minister of National Revenue*. [1965] 1 Ex. C.R. 299; *International Iron & Metal Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1974] S.C.R. 898; *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd. et al.*, [1967] S.C.R. 223; *Vineland Quarries and Crushed Stone Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] Ex. C.R. 417, appeal dismissed, [1967] S.C.R. vi; *Vina-Rug (Canada) Limited v. Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 193.

10 In *R. v. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 288, the Supreme Court was faced with determining where “control”, within the meaning of paragraph 39(4)(a) of the Act [R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1960, c. 43, s. 11)], lay after a reorganization and the issuance of such number of newly created shares to the minority shareholder such that he held a number of voting shares equal to those held by the former majority shareholder. As Estey J. pointed out at pages 292-293, “of the greatest significance is the further provision in the corporate charter of the respondent that the company

résultat lorsque les termes de la Loi sont clairs et nets et que l’effet juridique et pratique de l’opération est incontestée. *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175, à la p. 194; voir également *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695.

Dans l’arrêt *Friesen*, la Cour suprême a adopté à la majorité la solution retenue dans l’arrêt *Antosko*. L’intimée invoque abondamment les principes énoncés dans ces divers arrêts, affirmant qu’elle a droit à un avantage conféré sans la moindre équivoque par certaines dispositions de la Loi, laquelle ne renferme aucune interdiction.

9 Le mot «contrôle» n’est pas défini par la Loi. Il a en revanche fait l’objet d’une jurisprudence considérable. Si le contrôle devait être défini en fonction seulement des droits de vote, il ne ferait alors aucun doute que, en achetant 2 000 actions avec droit de vote de catégorie C de Duha Printers n° 2 le 8 février 1984, ce qui représente environ 55.71 p. 100 de toutes les actions en circulation avec droit de vote de cette société, Marr’s a bel et bien acquis le contrôle *de jure* de Duha Printers n° 2, en ce sens que Marr’s avait la majorité des voix dans l’élection du conseil d’administration: *Buckerfield’s Ltd. et al v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 R.C.É. 299; *International Iron & Metal Co. Ltd. c. M.R.N.*, [1974] R.C.S. 898; *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd. et al.*, [1967] R.C.S. 223; *Vineland Quarries and Crushed Stone Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.É. 417, appel rejeté, [1967] R.C.S. vi; *Vina-Rug (Canada) Limited v. Minister of National Revenue*, [1968] R.C.S. 193.

10 Dans l’espèce *R. c. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 288, la Cour suprême avait pour tâche de dire où se situait le «contrôle», au sens de l’alinéa 39(4)a) de la Loi [S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1960, ch. 43, art. 11)], après une réorganisation et l’émission, en faveur de l’actionnaire minoritaire, d’un nombre de nouvelles actions, de telle sorte que le nombre d’actions avec droit de vote qu’il détenait était égal au nombre détenu par l’ancien actionnaire majoritaire. Comme le fait observer le juge Estey, aux pages 292 et 293, «[c]e qui est peut-être le plus important est cette autre disposi-

may be wound up on a resolution for that purpose supported by 50 per cent of all voting shares in the company”, with the result that the former majority shareholder would receive all of the residual assets. In assessing the legal rights attached to the shares of the corporation “over the long run”, Estey J. applied the Supreme Court’s decision in *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] S.C.R. 1032, where the single class of voting shares, held equally, resulted in a deadlock. In that case, as was observed by Estey J. at page 296 of *Imperial General Properties, supra*, it was the fact that the former controlling shareholder retained the right to wind up the company that was the “bedrock upon which the *Oakfield* judgment was founded”. Although there were two classes of voting shares at play in *Imperial General Properties*, Estey J. concluded, at pages 296-297, that “the right to terminate the corporate existence should the presence of the minority common and preference shareholders become undesirable to the 90 per cent common stockholders . . . [was] the linchpin of the tax plan introduced following the 1960 amendments to the tax statute”, so that control “in the real sense of the term, was not surrendered” by the former majority shareholder. In the course of his analysis at page 295, Estey J. observed that “the court is not limited to a highly technical and narrow interpretation of the legal rights attached to the shares of a corporation”. Such interpretation would, indeed, have resulted in neither of the 50 percent shareholders controlling the corporation. At the same time, Estey J. was careful to clarify, at page 298, that his approach to “control” did “not involve any departure from prior judicial pronouncements” and that his conclusions “merely result from applying existing case law and existing legislation to the particular facts of the case at bar”.

tion prévue aux lettres patentes de l’intimée selon laquelle la société peut être liquidée par suite d’une résolution en ce sens appuyée par 50 pour 100 de tous les droits de vote dont sont assorties les actions de la société», le résultat étant que l’ancien actionnaire majoritaire recevrait tous les actifs résiduels. Pour définir les droits «à long terme» afférents aux actions de la société, le juge Estey appliqua la décision rendue par la Cour suprême dans l’affaire *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1971] R.C.S. 1032. Dans cette affaire, la répartition égale de l’unique catégorie d’actions avec droit de vote avait conduit à une impasse. Comme le fait observer le juge Estey dans l’affaire *Imperial General Properties, supra*, à la page 296, le «fondement de l’arrêt *Oakfield*» était le fait que l’ancien actionnaire majoritaire avait conservé le droit de liquider la société. Dans l’affaire *Imperial General Properties*, deux catégories d’action avec droit de vote étaient en jeu, mais le juge Estey arrive à la conclusion, aux pages 296-297, que le «droit de liquider la société si la présence d’actionnaires ordinaires et privilégiés minoritaires devenait non souhaitable pour le détenteur de 90 pour 100 des actions ordinaires . . . est . . . la pierre angulaire du programme fiscal aménagé à la suite des modifications apportées en 1960 à la loi de l’impôt», de telle sorte que le contrôle «au sens véritable du terme, n’a pas été abandonné» par l’ancien actionnaire majoritaire. Dans son analyse, le juge Estey fait observer, à la page 295, que «une cour n’est pas restreinte à une interprétation très formaliste et étroite des droits qui, en vertu de la loi, sont liés aux actions d’une société». Le résultat d’une telle interprétation aurait été en effet qu’aucun des deux groupes d’actionnaires détenant la moitié des actions ne contrôlait la société. Simultanément, le juge Estey n’omet pas de préciser, à la page 298, que sa manière de voir le «contrôle» ne «comporte aucune dérogation à la jurisprudence antérieure» et que ses conclusions «résultent simplement de l’application de la jurisprudence et des textes législatifs existants aux faits particuliers de l’espèce».

11 In the case at bar, the appellant submits that the agreement of February 8, 1984, between the shareholders of Duha Printers No. 2 and the com-

Dans la présente affaire, l’appelante affirme que la convention du 8 février 1984 conclue entre les actionnaires de Duha Printers n° 2 et la société immé- 11

pany immediately following the issuance of Class C shares, was a “unanimous shareholder agreement” which removed *de jure* control from Marr’s. The role of agreements in the determination of *de jure* control has already been the subject of judicial consideration.

12 In *International Iron & Metal Co.*, *supra*, there existed an agreement between the shareholders of the taxpayer corporation to the effect that all of the directors of the corporation, each holding one voting share, would be designated and elected a director notwithstanding that their respective children controlled four corporations which together held all but 30,000 of the remaining 499,996 voting shares of the corporation. At the trial, Gibson J. held ([1969] C.T.C. 668 (Ex. Ct.), at page 674) the agreement to be irrelevant to the issue of control because “the corporation has nothing to do” with the requirement imposed on the majority shareholders to vote in favour of the persons designated by the minority shareholders. In his view, the majority shareholders continued to control the corporation because they held the majority voting power in the corporation. In upholding the judgment at trial, Hall J., speaking for the Supreme Court, stated at page 901:

I agree with the trial judge. The meaning of ‘control’ in s. 39(4)(b).

...

means the right of control that is vested in the owners of such a number of shares in a corporation so as to give them the majority of the voting power in the corporation: *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs*, and *Vina-Rug (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*. [Footnotes omitted.]

Conversely, in *Imperial General Properties*, *supra*, the Supreme Court in determining where control lay took account of the provisions contained in the charter of the taxpayer corporation.<sup>1</sup> Accordingly, if the agreement of February 8, 1984 was wholly external to the corporation, as was the agreement in *International Iron & Metal Co.*, *supra*, it would be irrelevant to the issue of *de jure* control. If the agreement was, as the appellant contends, a “unanimous shareholder agreement” as defined in subsec-

diatement après l’émission des actions de catégorie C était une «convention unanime des actionnaires» qui enlevait à Marr’s le contrôle *de jure*. Le rôle des conventions dans la détermination du contrôle *de jure* a déjà été examiné dans plusieurs précédents.

12 Dans l’affaire *International Iron & Metal Co.*, *supra*, il existait entre les actionnaires de la société contribuable une convention stipulant que tous les administrateurs de la société, qui détenaient chacun une action avec droit de vote, seraient désignés et élus administrateurs, même si leurs enfants respectifs contrôlaient quatre sociétés détenant ensemble la totalité, sauf 30 000, des 499 996 actions restantes avec droit de vote de la société. En première instance, le juge Gibson a estimé ([1969] C.T.C. 668 (C. de l’É.), à la page 674) que la convention était sans effet sur la question du contrôle, parce que la société n’était pas concernée par l’obligation des actionnaires majoritaires de voter en faveur des personnes désignées par les actionnaires minoritaires. Selon lui, les actionnaires majoritaires continuaient de contrôler la société parce qu’ils détenaient dans la société le plus grand nombre de voix. Le juge Hall, s’exprimant pour la Cour suprême, confirma le jugement de première instance. Voici ses propos, à la page 901:

Je suis d’accord avec le juge de première instance. Le terme «contrôle», au sens de l’art. 39(4)b) . . .

...

signifie le droit de contrôle dévolu aux détenteurs d’un nombre d’actions d’une compagnie propre à leur donner la majorité des voix dans cette compagnie. *Le ministre du Revenu national c. Dworkin Furs*, et *Vina-Rug (Canada) Limited c. Le ministre du Revenu national* [Références omises.]

En revanche, dans l’espèce *Imperial General Properties*, *supra*, la Cour suprême a déterminé la question du contrôle en se fondant sur les dispositions contenues dans la charte de la société contribuable<sup>1</sup>. En conséquence, si la convention du 8 février 1984 était totalement externe à la société, comme l’était la convention dans l’affaire *International Iron & Metal Co.*, *supra*, alors elle serait sans effet sur la question du contrôle *de jure*. Si la convention était, comme l’affirme l’appelante, une «con-

tion 1(1) of *The Corporations Act*, R.S.M. 1987, c. C225 (the Manitoba statute), I would find that such an agreement is to be read alongside of the corporation's charter and by-laws<sup>2</sup> in determining the issue of "control".

- 13 It must be determined whether the agreement of February 8, 1984 was a "unanimous shareholder agreement" and, if it was, whether it removed "control" from Marr's. To be a "unanimous shareholder agreement" under the Manitoba statute, an agreement must, for our purposes, be one that is described in subsection 140(2), which reads:

**140(2)** An otherwise lawful written agreement among all the shareholders of a corporation, or among all the shareholders and a person who is not a shareholder, that restricts, in whole or in part, the powers of the directors to manage the business and affairs of the corporation is valid.

That subsection should be read with subsection 140(5). It reads:

**140(5)** A shareholder who is a party to a unanimous shareholder agreement has all the rights, powers and duties and incurs the liabilities of a director of the corporation to which the agreement relates to the extent that the agreement restricts the discretion or powers of the directors to manage the business and affairs of the corporation, and the directors are thereby relieved of their duties and liabilities to the same extent.

- 14 The concept of "unanimous shareholder agreement" is relatively new to Canadian corporate law. Its purposes are explained by B. Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1991), at page 481.

One of the most interesting reforms of the 1970s and 1980s was the statutory provision for unanimous shareholder agreements. The unanimous shareholder agreement fills a procedural loophole that has long existed in Canadian corporate law. Though the shareholders could elect the board of directors, and could dismiss the incumbent directors and replace them with others, they were not able to control the day-to-day business decisions made by directors and their appointed officers. This was because

vention unanime des actionnaires» au sens du paragraphe 1(1) de la *Loi sur les corporations*, L.R.M. 1987, ch. C225 (la loi manitobaine), j'arriverais alors à la conclusion que, pour déterminer la question du «contrôle», il faut lire cette convention en même temps que la charte et les règlements administratifs de la société<sup>2</sup>.

- Il faut se demander si la convention du 8 février 1984 était une «convention unanime des actionnaires» et, dans l'affirmative, si elle a retiré le «contrôle» à Marr's. Pour être une «convention unanime des actionnaires» en vertu de la loi manitobaine, une convention doit, aux fins qui nous intéressent, correspondre à la description qu'en donne le paragraphe 140(2), qui se lit ainsi:

**140(2)** Est valide, si elle est par ailleurs licite, la convention écrite conclue par tous les actionnaires d'une corporation soit entre eux, soit avec des tiers, qui restreint en tout ou en partie les pouvoirs des administrateurs de gérer l'entreprise et les affaires internes de la corporation.

Ce paragraphe doit se lire avec le paragraphe 140(5), formulé ainsi:

**140(5)** L'actionnaire qui est partie à une convention unanime d'actionnaires assume tous les droits, pouvoirs et obligations des administrateurs de la corporation et encourt toutes leurs responsabilités dans la mesure où la convention restreint le pouvoir discrétionnaire ou les pouvoirs des administrateurs de gérer l'entreprise et les affaires internes de la corporation; les administrateurs sont, par la même occasion, déchargés de leurs obligations et responsabilités dans la même mesure.

- La notion de «convention unanime des actionnaires» est relativement nouvelle en droit canadien des sociétés. Ses objets sont expliqués par B. Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2<sup>e</sup> édition (Toronto, Butterworths, 1991), à la page 481.

[TRADUCTION] L'une des réformes les plus intéressantes des années 1970 et 1980 a été la disposition législative portant sur les conventions unanimes d'actionnaires. La notion de convention unanime des actionnaires comble une lacune de procédure qui existe depuis longtemps en droit canadien des sociétés. Même si les actionnaires pouvaient élire le conseil d'administration et renvoyer les administrateurs en exercice pour les remplacer par d'autres, ils ne pouvaient contrôler les décisions commerciales

the real power lay with the board: the shareholders could name those individuals who would make up the board, but the board members, once elected, wielded virtually all the decision-making power. They could be dismissed if they acted contrary to the shareholders' wishes, but what they chose to do could not be effectively prevented by the shareholders. Nor could it be easily undone.

- 15 The agreement of February 8, 1984 contained several articles. Article 2.1 of that agreement required the shareholders to "cause the affairs of the Corporation to be managed by a board of three (3) directors". By Article 2.2, the shareholders agreed to "always vote their shares in the Corporation in order to carry out the provisions of this Agreement including without limiting the generality of the foregoing the provisions of this Article 2 hereof respecting election of directors". By Article 3.1 the shareholders confirmed that the agreement (referred to therein as "this unanimous shareholder agreement") "is intended to supersede the provisions of Section 184(1) of *The Corporations Act* which deals with the right of dissent of a shareholder" and removed from a dissenting shareholder "the right to demand payment for his shares". Article 4.1 of the agreement placed restrictions on the transfer of shares by requiring the consent of the majority of the directors to approve a transfer. By Article 4.3 each shareholder agreed not to "sell, assign, transfer, dispose of, donate, mortgage, pledge, charge, hypothecate or otherwise encumber, deal with or dispose of shares" except in accordance with the agreement. Article 4.4. prevented the corporation from issuing further shares "without the written consent of all of the Shareholders". By Article 6.1 it was agreed to submit various differences to binding arbitration in the following terms:

6.1 Arbitration: In the event of any dispute, difference or question arising amongst the shareholders or any of them touching the business or accounts or transactions of the Corporation, or the construction, meaning or effect of these presents or anything contained herein, or the rights or liabilities of the parties hereto under these presents or otherwise in relation hereto, or in the event of the inability of the Board of Directors to function by reason of the

courantes prises par les administrateurs et leurs dirigeants attitrés. S'il en était ainsi, c'est parce que le pouvoir réel appartenait au conseil: les actionnaires pouvaient nommer les personnes qui allaient composer le conseil, mais les membres du conseil, une fois élus, exerçaient pour ainsi dire tous les pouvoirs décisionnels. Ils pouvaient être renvoyés s'ils agissaient d'une manière contraire aux vœux des actionnaires, mais ce qu'ils choisissaient de faire ne pouvait aucunement être empêché par les actionnaires. Et il n'était pas facile non plus d'annuler leurs actes.

15 La convention du 8 février 1984 renfermait plusieurs articles. L'article 2.1 de cette convention obligeait les actionnaires à «confier la gestion des affaires internes de la société à un conseil de trois (3) administrateurs» Selon l'article 2.2, les actionnaires s'engageaient à «toujours exercer les votes afférents à leurs actions dans la société de manière à donner effet aux dispositions de la présente convention, notamment à celles du présent article 2, qui concerne l'élection des administrateurs». Aux termes de l'article 3.1, les actionnaires confirmaient que la convention (appelée dans le document «la présente convention unanime des actionnaires») «vise à remplacer les dispositions du paragraphe 184(1) de la *Loi sur les corporations*, qui traite du droit d'un actionnaire à la dissidence» et enlève à un actionnaire dissident «le droit d'exiger le remboursement de ses actions». L'article 4.1 de la convention imposait des limites au transfert des actions, en subordonnant le transfert au consentement de la majorité des administrateurs. Aux termes de l'article 4.3, chacun des actionnaires s'engageait à ne pas «vendre, céder, transférer, aliéner, donner, hypothéquer, nantir, grever ou gager ses actions ou s'en départir d'une autre manière» si ce n'est conformément à la convention. L'article 4.4 empêchait la société d'émettre d'autres actions «sans le consentement écrit de tous les actionnaires». Aux termes de l'article 6.1, les parties à la convention s'engageaient, dans les termes suivants, à soumettre à l'arbitrage obligatoire une diversité de désaccords:

[TRADUCTION] 6.1 Arbitrage: S'il surgit parmi les actionnaires un différend, un désaccord ou une question se rapportant à l'entreprise, aux comptes ou aux opérations de la société, ou à l'interprétation, au sens ou à l'effet de la présente convention, ou encore aux droits ou responsabilités des parties aux termes de la présente convention ou à propos de la présente convention, ou si le conseil d'administration n'est plus en mesure de fonctionner en raison

failure or inability to obtain a quorum for meetings of the Board, or by reason of the Board of Directors becoming deadlocked for any reason, and, if such dispute, difference or question cannot be settled or determined in accordance with the provisions of this Agreement, or the Corporation's by-laws, then every such dispute, difference, question or deadlock shall be referred to a single arbitrator if all of the parties to the dispute can agree upon one, and, if no such agreement can be reached, such arbitrator shall be appointed by the Chief Justice of the Court of the Queen's Bench of Manitoba. The award of the arbitrator shall be final and binding upon the parties hereto and there shall be no appeal therefrom. The arbitration shall be conducted in accordance with the provisions of The Arbitration Act of Manitoba and any statutory amendment thereof for the time being in force.<sup>3</sup>

Article 6.2 called for the unanimous agreement of the shareholders to alter, change or amend the agreement, except as otherwise provided. By Article 6.4, all of the parties bound themselves and their heirs, executors, administrators, successors and assigns to the agreement. Article 6.6 was specifically aimed at binding Duha Printers No. 2 to the terms of the agreement. It reads as follows:

6.6 The Corporation, insofar as in its power lies, agrees to be bound by the terms of this Agreement and agrees to do and perform all such acts and things as it has power to do and perform to fully and effectually carry out the terms of this Agreement and, without limiting the generality of the foregoing, the Corporation hereby covenants and agrees to confirm, adopt and ratify the within Agreement insofar as same relates to the Corporation.

16 By resolution of the directors of February 8, 1984, the Duha Printers No. 2 was authorized to "enter into a certain unanimous shareholders' agreement" and the President of the corporation was authorized to execute "the said unanimous shareholders' agreement" under the corporate seal.

17 The Tax Court Judge concluded that the agreement of February 8, 1984, was not a "unanimous shareholder agreement" as defined in subsections 1(1) and 140(2) of the Manitoba statute because, as he found at page 2489 of his reasons: "Nowhere in the agreement is there a provision that restricts, in whole or in part, the powers of the directors of

de l'impossibilité pour lui d'atteindre un quorum dans ses réunions, ou en raison d'une impasse au sein du conseil pour quelque raison, et si le différend, le désaccord ou la question ne peut être réglé ou vidé conformément aux dispositions de la présente convention ou conformément aux règlements administratifs de la société, alors tout différend, désaccord, question ou impasse de cette nature sera soumis à un arbitre unique dans la mesure où toutes les parties au différend parviennent ensemble à en nommer un et, si elles n'y parviennent pas, l'arbitre sera alors nommé par le juge en chef de la Cour du banc de la Reine du Manitoba. La sentence de l'arbitre sera finale et obligatoire pour les parties, et elle ne pourra faire l'objet d'aucun appel. L'arbitrage sera conduit conformément aux dispositions de la *Loi sur l'arbitrage* du Manitoba et à ses modifications, pour autant qu'elles soient en vigueur à l'époque pertinente<sup>3</sup>.

L'article 6.2 prévoyait que la convention ne pouvait être modifiée qu'avec l'accord unanime des actionnaires, sauf disposition contraire. Selon l'article 6.4, toutes les parties, ainsi que leurs héritiers, exécuteurs testamentaires, administrateurs successoraux, successeurs et ayants droit, étaient liés par la convention. L'article 6.6 prévoyait expressément que Duha Printers n° 2 était liée par les dispositions de la convention. Il se lit ainsi:

[TRADUCTION] 6.6 La société, pour autant qu'elle en ait le pouvoir, reconnaît être liée par les modalités de la présente convention et elle s'engage à accomplir tous les actes et choses qu'elle a le pouvoir d'accomplir, afin de donner pleinement effet aux modalités de la présente convention, et la société s'engage notamment ici à confirmer, adopter et ratifier ladite convention dans la mesure où cette convention se rapporte à la société.

Par résolution des administrateurs en date du 8 février 1984, Duha Printers n° 2 fut autorisé à «conclure une certaine convention unanime des actionnaires», et le président de la société fut autorisé à signer «ladite convention unanime des actionnaires» sous le sceau de la société.

Le juge de la Cour de l'impôt est arrivé à la conclusion que la convention du 8 février 1984 n'était pas une «convention unanime des actionnaires» au sens des paragraphes 1(1) et 140(2) de la loi manitobaine parce que, comme il le dit à la page 2489 de ses motifs, «[a]ucune disposition de cette convention ne restreint, en tout ou en partie, les pouvoirs des

Duha No. 2 to manage its business and affairs”, a conclusion which he repeated at page 2490 of his reasons. With respect, I am unable to share this view. That the agreement did restrict the powers of the Board of Directors is evident from a careful examination thereof in the light of the relevant provisions of the Manitoba statute. Subsection 97(1) of that statute vested the board of directors of the corporation with the power of directing “the business and affairs of the corporation”. It is clear from subsection 1(1) of the same statute that the word “affairs” is not synonymous with the word “business”. There, the word “affairs” is defined as follows:

**1(1) . . .**

“affairs” means the relationships among a body corporate, its affiliates and the shareholders, directors and officers of those bodies corporate but does not include the business carried on by those bodies corporate; [Emphasis added.]

Nothing in the agreement of February 8, 1984 suggests that the word “affairs” was used therein other than in its statutory sense.

18 In my view, Article 2.1 of the agreement of February 8, 1984, did not leave with the Board of Directors the powers it otherwise would have possessed under subsection 97(1) of the Manitoba statute of directing the management “of the business and affairs of the corporation” (emphasis added). Instead, by that article the shareholders agreed to “cause the affairs of the Corporation to be managed by a board of three (3) directors” (emphasis added). The effect of the article was to strip the Board of Directors of Duha Printers No. 2 of power to manage the business of that corporation and to leave with them only the power to manage its affairs. I am fortified in this view by Article 6.1 which provided for the settlement of disputes by binding arbitration. Among the disputes to be so settled were “any dispute, difference or question arising amongst the shareholders or any of them touching the business or accounts or transactions of the Corporation” (emphasis added). It is thus made clear that it would be the inability of the shareholders, rather than the

administrateurs de Duha n° 2 de gérer l’entreprise et les affaires internes de la corporation», conclusion qu’il répète à la page 2490 de ses motifs. Je regrette de devoir exprimer ici mon désaccord. Si l’on examine bien la convention à la lumière des dispositions applicables de la loi manitobaine, il apparaît clair que la convention restreignait bel et bien les pouvoirs du conseil d’administration. Le paragraphe 97(1) de la loi en question donnait au conseil d’administration de la société le pouvoir de gérer «l’entreprise et les affaires internes de la corporation». Il ressort clairement du paragraphe 1(1) de la même loi que le mot «affaires internes» et le mot «entreprise» ne sont pas synonymes. Dans la loi, l’expression «affaires internes» est définie ainsi:

**1(1) . . .**

«affaires internes» Les relations, autres que d’entreprise, entre une personne morale, les personnes morales appartenant au même groupe et leurs actionnaires, administrateurs et dirigeants. [C’est moi qui souligne.]

La convention du 8 février 1984 ne laisse nullement entendre que l’expression «affaires internes» y est employée dans un sens autre que celui que lui donne la loi.

À mon avis, l’article 2.1 de la convention du 8 février 1984 a enlevé au conseil d’administration le pouvoir qu’il aurait autrement possédé en vertu du paragraphe 97(1) de la loi manitobaine, c’est-à-dire le pouvoir de gérer «l’entreprise et les affaires internes de la corporation» (c’est moi qui souligne). Par cet article, les actionnaires convenaient plutôt de «confier la gestion des affaires internes de la société à un conseil de trois (3) administrateurs» (c’est moi qui souligne). L’article a eu pour effet de priver le conseil d’administration de Duha Printers n° 2 du pouvoir de gérer l’entreprise de cette société et de lui laisser uniquement le pouvoir de gérer ses affaires internes. Je suis conforté dans cette opinion par l’article 6.1, qui prévoyait l’arbitrage obligatoire pour le règlement des différends. Parmi les différends devant être réglés ainsi, il y avait «les différends, désaccords ou questions surgissant parmi les actionnaires et se rapportant à l’entreprise, aux comptes ou aux opérations de la société» (c’est moi qui souligne). Il est donc manifeste que c’est l’im-

18

directors, to agree among themselves with respect to the “business or accounts or transactions” of Duha Printers No. 2 that would cause a dispute to be referred to binding arbitration.

19 I therefore conclude that the agreement of February 8, 1984 was a “unanimous shareholder agreement” as defined in the Manitoba statute because it did restrict the powers of the Board of Directors of Duha Printers No. 2 to manage the business of the corporation as required by subsection 97(1) of that statute.

20 The question remains, however, whether the agreement removed from Marr’s its *de jure* control of Duha Printers No. 2, held by virtue of the ownership of 55.71 percent of the voting shares of the corporation. It seems to me that it did. Articles 2.1 and 2.2 of the agreement ensured that Marr’s would always be able to elect the directors of the corporation by virtue of its voting position. It was argued that Marr’s choice of directors was so limited, being confined to a list of four individuals two of whom were members of the Duha family and the third a long-time friend of that family, that its choice was virtually meaningless from a legal standpoint. It is not necessary to express an opinion on the point. In my view, the ability to elect a board of directors which could manage only the “affairs” and not the “business” of Duha Printers No. 2 cannot be seen as an exercise of *de jure* “control” by Marr’s. As already indicated, the unanimous shareholder agreement contemplated management of the “business” by the shareholders. That agreement is not explicit as to the manner of decision-making with respect to management of the corporation’s business. On the other hand, it is implicit in Article 6.1 that unanimous agreement of all shareholders was required for business decisions rather than their being determined by the number of votes attached to the shares held. Otherwise, there would have been no need to provide for referring a dispute of that kind to binding arbitration because decisions of Marr’s would always prevail. Article 6.1 appears to contemplate a position of deadlock caused by lack of unanimity among the shareholders with respect to questions

possibilité des actionnaires, et non des administrateurs, de s’entendre entre eux en ce qui concerne «l’entreprise, les comptes ou les opérations» de Duha Printers n° 2 qui allait faire qu’un différend serait soumis à l’arbitrage obligatoire.

J’arrive donc à la conclusion que la convention du 8 février 1984 était une «convention unanime des actionnaires» au sens de la loi manitobaine, parce qu’elle restreignait effectivement le pouvoir du conseil d’administration de Duha Printers n° 2 de gérer l’entreprise de la société, pouvoir que prévoit le paragraphe 97(1) de cette loi.

Il reste à savoir cependant si la convention privait la société Marr’s du contrôle *de jure* de Duha Printers n° 2, un contrôle qui lui était dévolu par le fait qu’elle détenait 55,71 p. 100 des actions avec droit de vote de la société. Il me semble que la réponse est affirmative. Les articles 2.1 et 2.2 de la convention garantissaient que la société Marr’s serait toujours en état d’élire les administrateurs de la société, de par le nombre de voix qu’elle avait. On a soutenu que le pouvoir de Marr’s de choisir les administrateurs était si restreint, confiné qu’il était à une liste de quatre personnes dont deux étaient membres de la famille Duha et la troisième un ami de longue date de cette famille, que le choix de Marr’s n’avait pour ainsi dire aucune signification sur le plan juridique. Il n’est pas nécessaire d’exprimer un avis sur la question. À mon sens, il est impossible de dire que la société Marr’s exerçait un contrôle *de jure* sur Duha Printers n° 2 puisque le conseil d’administration qu’elle avait le droit d’élire ne pouvait gérer que les «affaires internes», et non l’«entreprise», de Duha Printers n° 2. Comme on l’a déjà dit, c’est aux actionnaires que la convention unanime des actionnaires confiait la gestion de l’«entreprise». Cette convention ne dit rien sur le mode de prise des décisions se rapportant à la gestion de l’entreprise de la société. En revanche, il est implicite dans l’article 6.1 que le consentement unanime de tous les actionnaires était requis pour les décisions d’entreprise, sans égard au nombre de voix afférentes aux actions qu’ils détenaient. Autrement, il n’aurait pas été nécessaire de dire qu’un différend de cette nature devait être soumis à l’arbitrage obligatoire, puisque

touching the business of Duha Printers No. 2. In that event, Marr's could not by virtue of its voting power determine business management questions by itself. Based upon these terms and the fact that Duha Printers No. 2 was a party to it, I find that this particular unanimous shareholder agreement had a definite impact on the corporation and how its business would be managed. I am persuaded that the terms of the agreement effectively removed "control" of the corporation from Marr's.

les décisions de Marr's l'auraient toujours emporté. L'article 6.1 semble envisager une impasse causée par l'absence d'unanimité parmi les actionnaires quant aux questions se rapportant à l'entreprise de Duha Printers n° 2. Dans un tel cas, Marr's ne pouvait, en s'autorisant de ses droits de vote, régler par elle-même les questions se rapportant à la gestion de l'entreprise. Compte tenu de ces modalités et vu que Duha Printers n° 2 était partie à la convention, je suis d'avis que cette convention unanime des actionnaires a eu un effet décisif sur la société et sur la manière dont son entreprise allait être gérée. Je suis persuadé que les modalités de la convention ont eu pour effet d'enlever à Marr's le «contrôle» de Duha Printers.

21 In view of the foregoing it is not necessary to discuss in detail the additional points raised by the appellant based on the agreement bearing on the issue of control. These are that control by Marr's was "neutralized" because it lost the right to dissent to a corporate transaction and to apply to a court for redeeming of its shares; that it could not sell or use its shares as a loan; and that it could not change the terms of the February 8, 1984 agreement by using its voting position. I wish only to say that the first two of these restrictions while affecting the rights of Marr's *qua* shareholder would not have interfered with Marr's ability to control Duha Printers No. 2 had Marr's retained control of the corporation under the unanimous shareholder agreement. On the other hand, the third reinforces the conclusion that *de jure* control, relinquished under the agreement, could not be restored to Marr's except with the full cooperation of the other shareholders and, indeed, of Duha Printers No. 2.

21 Eu égard à ce qui précède, il n'est pas nécessaire de discuter en détail les points additionnels soulevés par l'appelante, fondés sur la convention et portant sur la question du contrôle. Il s'agit des points suivants: le contrôle exercé par Marr's était «neutralisé» parce que Marr's avait perdu le droit d'empêcher telle ou telle opération de la société et de demander à un tribunal que ses actions soient rachetées; Marr's ne pouvait vendre ses actions ou les utiliser pour garantir un emprunt; enfin Marr's ne pouvait modifier les clauses de la convention du 8 février 1984 en se servant de ses droits de vote. Je dirais simplement que les deux premières de ces restrictions, même si elles réduisaient les droits de Marr's en tant qu'actionnaire, n'auraient pas réduit l'aptitude de Marr's à contrôler Duha Printers n° 2 si Marr's avait conservé le contrôle de la société aux termes de la convention unanime des actionnaires. En revanche, la troisième restriction mentionnée renforce la conclusion selon laquelle le contrôle *de jure*, abandonné en vertu de la convention, ne pouvait être redonné à Marr's si ce n'est avec la pleine collaboration des autres actionnaires, voire avec celle de Duha Printers n° 2.

22 A final point raised by the appellant is that we are here faced with a "sham" transaction as that term is now understood and accordingly that the respondent ought not to reap any income tax benefits from that transaction. The contention is that the transaction has no economic purpose save to gain a tax advan-

22 L'appelante fait valoir enfin que nous avons ici affaire à une opération «trompe-l'œil», selon le sens donné à cette expression aujourd'hui, et que l'intimée ne devrait pas pouvoir recueillir de cette opération un quelconque avantage fiscal. L'argument est que l'opération n'a aucun dessein économique si ce

tage, and while legal in form in reality it constitutes what Dickson C.J. described in *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, at page 53 as “manipulating a sequence of events to achieve a patina of compliance”.

23 In *Stubart, supra*, Estey J. defined a sham transaction as follows, at pages 545-546:

1. A sham transaction: This expression comes to us from decisions in the United Kingdom, and it has been generally taken to mean (but not without ambiguity) a transaction conducted with an element of deceit so as to create an illusion calculated to lead the tax collector away from the taxpayer or the true nature of the transaction; or, simple deception whereby the taxpayer creates a facade of reality quite different from the disguised reality.

Thus the element of deceit is at the heart of a sham transaction. This was underlined by Estey J., in *Stubart*, at pages 572-573:

The element of sham was long ago defined by the courts and was restated in *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518. Lord Diplock, at p. 528, found that no sham was there present because no acts had been taken:

... which are intended by them to give to third parties or to the court the appearance of creating between the parties legal rights and obligations different from the actual legal rights and obligations (if any) which the parties intend to create.

This definition was adopted by this Court in *Minister of National Revenue v. Cameron*, [1974] S.C.R. 1062, at p. 1068 *per* Martland J.

While it is true that the transaction here in question was designed so as to enable the respondent to make use of the unclaimed non-capital losses of Outdoor in accordance with the provisions of the Act, I do not find in the sequence of events deceitfulness in the sense described in *Stubart*.

24 I conclude that Duha Printers No. 2 was not “controlled” by Marr’s at the relevant time and, accordingly, that Outdoor and Duha Printers No. 2 were

n’est celui de procurer un avantage fiscal et que, même si elle est juridiquement valable dans sa forme, elle constitue en réalité ce que le juge en chef Dickson avait décrit dans l’espèce *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, à la page 53, comme «une série d’événements pour créer une illusion de conformité».

Dans l’affaire *Stubart, supra*, le juge Estey décrit ainsi une opération trompe-l’œil, aux pages 545 et 546:

1. Le trompe-l’œil: cette expression nous vient de décisions du Royaume-Uni et signifie, de façon générale (non sans ambiguïté), une opération assortie d’un élément de tromperie de manière à créer une illusion destinée à cacher au percepteur le contribuable ou la nature réelle de l’opération, ou un faux-semblant par lequel le contribuable crée une apparence différente de la réalité qu’elle sert à masquer.

L’élément de tromperie est donc au cœur de l’opération trompe-l’œil. C’est ce qu’explique le juge Estey dans l’affaire *Stubart*, aux pages 572 et 573:

Les tribunaux ont donné il y a longtemps une définition du trompe-l’œil qui a été reformulée dans l’arrêt *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518. Lord Diplock a conclu à la p. 528 qu’il n’y avait pas de trompe-l’œil parce que les parties n’avaient rien fait:

[TRADUCTION] ... dans l’intention de faire croire à des tiers ou à la cour qu’ils créent entre les parties des obligations et droits légaux différents des obligations et droits légaux réels (s’il en est) que les parties ont l’intention de créer.

C’est la définition adoptée par le juge Martland en cette Cour dans l’arrêt *Ministre du Revenu national c. Cameron*, [1974] R.C.S. 1062, à la p. 1068.

Même s’il est vrai que l’opération au cœur du présent litige a été conçue pour permettre à l’intimée de prendre à son compte, conformément aux dispositions de la Loi, les pertes non utilisées de Outdoor, autres que les pertes en capital, je ne vois dans la séquence des événements aucune duplicité selon le sens décrit dans l’espèce *Stubart*.

J’arrive à la conclusion que Duha Printers n° 2 n’était pas «contrôlée» par Marr’s à l’époque pertinente et donc que Outdoor et Duha Printers n° 2

not “related” to each other within the meaning of subparagraphs 251(2)(c)(i) and 256(7)(a)(i) of the Act. I would dispose of the appeal in the manner proposed by Mr. Justice Linden.

\* \* \*

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

- 25 LINDEN J.A.: The issue in this appeal is whether the respondent taxpayer, Duha Printers (Western) Limited, is permitted to deduct from its 1985 taxable income non-capital losses of \$460,786. The taxpayer claims that the right to deduct the losses was validly obtained through an amalgamation with a related corporation, Outdoor Leisureland of Manitoba Ltd., the company that actually suffered the losses. This case turns mainly on whether the two companies were “related”, as the taxpayer claims, which in turn depends on who “controlled” Duha Printers “immediately before” the amalgamation.

#### STATUTORY PROVISIONS

- 26 The relevant provisions of the *Income Tax Act*<sup>4</sup> are as follows:

87. . . .

(2.1) Where there has been an amalgamation of two or more corporations, for the purposes only of

(a) determining the new corporation’s non-capital loss, net capital loss, restricted farm loss or farm loss, as the case may be, for any taxation year, and

(b) determining the extent to which subsections 111(3) to (5.4) apply to restrict the deductibility by the new corporation of any non-capital loss, net capital loss, restricted farm loss or farm loss, as the case may be,

the new corporation shall be deemed to be the same corporation as, and a continuation of, each predecessor corporation, except that this subsection shall in no respect affect the determination of

(c) the fiscal period of the new corporation or any of its predecessors,

n’étaient pas «liées» au sens où l’entendent les sous-alinéas 251(2)c(i) et 256(7)a(i) de la Loi. Je disposerais de l’appel de la manière que propose le juge Linden.

\* \* \*

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

- 25 LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Il s’agit de savoir dans cet appel si la contribuable intimée, Duha Printers (Western) Limited, peut déduire de son revenu imposable de 1985 des pertes de 460 786 \$, autres que des pertes en capital. La contribuable affirme que le droit de déduire les pertes a été valablement acquis à la faveur d’une fusion avec une société liée, Outdoor Leisureland of Manitoba Ltd., la société même qui a subi les pertes. Il faut se demander principalement si les deux entreprises sont «liées», comme l’affirme la contribuable, question qui à son tour requiert de savoir d’abord qui «contrôlait» Duha Printers «immédiatement avant» la fusion.

#### DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

- 26 Les dispositions pertinentes de la *Loi de l’impôt sur le revenu*<sup>4</sup> se lisent ainsi:

87. . . .

(2.1) Lorsqu’il y a eu fusion de deux ou plusieurs corporations, aux seules fins

a) de déterminer la perte autre qu’une perte en capital, la perte en capital nette, la perte agricole restreinte ou la perte agricole, selon le cas, de la nouvelle corporation pour une année d’imposition quelconque, et

b) de déterminer dans quelle mesure les paragraphes 111(3) à (5.4) s’appliquent de manière à restreindre le montant que peut déduire la nouvelle corporation à titre de perte autre qu’une perte en capital, perte en capital nette, une perte agricole restreinte ou une perte agricole, selon le cas,

la nouvelle corporation est réputée être la même corporation que chacune des corporations remplacées et est réputée assurer la continuation de chacune d’elles, sauf que le présent paragraphe ne doit en aucun cas influencer sur la détermination

c) de l’exercice financier de la nouvelle corporation, ou de toute corporation remplacée,

(d) the income of the new corporation or any of its predecessors, or

(e) the taxable income of, or the tax payable under this Act by, any predecessor corporation.

...

**111.** (1) For the purpose of computing the taxable income of a taxpayer for a taxation year, there may be deducted such portion as he may claim of

(a) his non-capital losses for the 7 taxation years immediately preceding and the three taxation years immediately following the year;

...

(5) Where, at any time, control of a corporation has been acquired by a person or persons (each of whom is in this subsection referred to as the "purchaser"),

(a) such portion of the corporation's non-capital loss or farm loss, as the case may be, for a taxation year ending before that time as may reasonably be regarded as its loss from carrying on a business is deductible by the corporation for a particular taxation year ending after that time

(i) only if throughout the particular year and after that time that business was carried on by the corporation for profit or with a reasonable expectation of profit

....

...

**251.** ...

(2) For the purpose of this Act "related persons", or persons related to each other, are

...

(c) any two corporations

(i) if they are controlled by the same person or group of persons,

...

**256.** ...

(7) For the purposes of subsections 66(11) and (11.1), 87(2.1), 88(1.1) and (1.2) and section 111

(a) where shares of a particular corporation have been acquired by a person after March 31, 1977, that person shall be deemed not to have acquired control of the particular corporation by virtue of such share acquisition if that person

d) du revenu de la nouvelle corporation, ou de toute corporation remplacée, ou

e) du revenu imposable de toute corporation remplacée ou de l'impôt payable par celle-ci en vertu de la présente loi.

...

**111.** (1) Aux fins du calcul du revenu imposable d'un contribuable pour une année d'imposition, peuvent être déduites les sommes appropriées suivantes:

a) ses pertes autres que des pertes en capital subies au cours des sept années d'imposition précédentes et des 3 années d'imposition qui suivent l'année;

...

(5) Lorsque, à une date quelconque, le contrôle d'une corporation a été acquis par une personne ou plusieurs personnes (chacune de celles-ci étant appelée «acheteur» au présent paragraphe)

a) la fraction de la perte autre qu'une perte en capital ou de la perte agricole, selon le cas, subie par la corporation pour une année d'imposition se terminant avant cette date, et qui peut raisonnablement être considérée comme étant la perte qu'elle a subie dans l'exploitation d'une entreprise, est déductible par la corporation pour une année d'imposition donnée se terminant après cette date,

(i) seulement si, tout au long de l'année donnée et après cette date, cette entreprise était exploitée par la corporation en vue d'en tirer un profit ou dans une expectative raisonnable de profit ...

...

**251.** ...

(2) Aux fins de la présente loi, des «personnes liées» ou des personnes liées entre elles, sont

...

c) deux corporations quelconques

(i) si elles sont contrôlées par la même personne ou le même groupe de personnes,

...

**256.** ...

(7) Aux fins des paragraphes 66(11) et (11.1), 87(2.1), 88(1.1) et (1.2) et de l'article 111

a) lorsqu'une personne a acquis des actions d'une corporation après le 31 mars 1977, elle est réputée ne pas avoir acquis le contrôle d'une corporation donnée par suite de l'acquisition de ces actions, si

(i) was, immediately before such share acquisition, related (otherwise than by virtue of a right referred to in paragraph 251(5)(b)) to the particular corporation . . . .

These sections are part of a complicated network of provisions that prescribe the various circumstances under which losses may be utilized by certain specified corporations. The provisions above are specifically directed at corporations recently subject to a reorganization. They begin with the general proposition, in subsection 111(1), that a corporation may deduct from its taxable income for a year non-capital losses that arose in any of the years specified. Subsection 87(2.1) then adds that, where two or more corporations are amalgamated, the resulting corporation is deemed, for the purpose of determining loss deductibility, to be the same corporation as each predecessor corporation. By the combination of these two provisions, recently amalgamated corporations are allowed to share losses between them.

27 However, subsection 87(2.1) also adds that subsections 111(3) to (5.4) may apply to restrict loss deductibility. Subsection 111(5) [as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 54], the provision relevant to this case, states that in an amalgamation where control changes hands, losses may be shared only to the extent that the business of the loss corporation is carried on by the amalgamated corporation as a going concern. To understand what is meant by “control” and how it can change hands, one must first refer to subparagraph 251(2)(c)(i). It states that two corporations are related if they are controlled by the same person or by the same group of persons. Subparagraph 256(7)(a)(i) then clarifies that control of a corporation will be deemed not to have been acquired in a share acquisition where the corporations at issue were related “immediately before” to the acquisition. The notion of “control” is therefore central to the working of subsection 111(5).

28 As complicated as these provisions might seem, the goal they seek is an implementation of certain

(i) immédiatement avant une telle acquisition des actions, elle était liée (autrement qu'en vertu d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b)) à la corporation donnée . . . .

Ces articles font partie d'un réseau confus de dispositions qui énoncent les diverses circonstances dans lesquelles des pertes peuvent être utilisées par certaines sociétés. Les dispositions ci-dessus visent précisément les sociétés qui ont dans un passé récent été réorganisées. Elles débutent par la proposition générale, au paragraphe 111(1), selon laquelle une corporation peut déduire de son revenu imposable pour une année donnée les pertes, autres que les pertes en capital, qui ont été subies durant l'une quelconque des années indiquées. Puis le paragraphe 87(2.1) ajoute que, lorsque deux ou plusieurs corporations fusionnent, la nouvelle corporation est réputée, aux fins d'établir la déductibilité des pertes, être la même corporation que chacune des corporations remplacées. La combinaison de ces deux dispositions fait que des corporations récemment fusionnées peuvent se partager des pertes.

Cependant, le paragraphe 87(2.1) ajoute aussi que les paragraphes 111(3) à (5.4) peuvent avoir pour effet de restreindre la déductibilité des pertes. Le paragraphe 111(5) [mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 54], disposition qui intéresse la présente affaire, prévoit que, dans une fusion où le contrôle change de mains, les pertes ne peuvent être partagées que dans la mesure où l'entreprise de la corporation non rentable est exploitée par la nouvelle corporation en tant qu'entreprise viable. Pour comprendre ce que l'on entend par «contrôle» et comment le contrôle peut changer de mains, il faut d'abord se référer au sous-alinéa 251(2)c)(i). Ce sous-alinéa prévoit que deux corporations sont liées si elles sont contrôlées par la même personne ou le même groupe de personnes. Le sous-alinéa 256(7)a)(i) précise ensuite que le contrôle d'une corporation sera réputé ne pas avoir été acquis dans une acquisition d'actions lorsque les corporations concernées étaient liées «immédiatement avant» l'acquisition. La notion de «contrôle» est donc essentielle dans l'application du paragraphe 111(5).

Si confuses que puissent paraître ces dispositions, l'objectif qu'elles visent est l'application de certains 28

basic principles governing income computation. These principles are fundamental to the taxing scheme implemented by the Act. Briefly described, this scheme contemplates the taxation of overall net increases in an individual taxpayer's income. In computing such income, the Act allows losses to be shared between income sources so long as those sources are referable to a single individual taxpayer. This is the net income concept. What is not allowed, however, is income or loss sharing between individuals. The reason for this is that the Act allocates tax burdens differentially across different income strata. Certain policy initiatives are thereby implemented, and these initiatives would be frustrated by income or loss sharing between individuals.

29 Within this scheme, corporations present a special challenge. Corporations are individuals, legally speaking, and as individuals are liable to pay tax. But they are also fictional creations of law whose income is ultimately distributed to the shareholders who own them. They are furthermore very portable and are easily created, traded, bought, and sold. Specific corporate taxation rules exist, therefore, to harmonize the taxation of corporate and shareholder income, and to prevent loss sharing that can result from inappropriate corporate manipulation. One example of the latter concerns the stop-loss provisions of section 111, which quarantine losses to the corporations that created them. Subsection 111(5), however, provides the exception that related corporations may share losses without restriction. Such corporations are, for this purpose, treated by the Act as a single taxable unit, and may be claimed as such by the corporate taxpayer. The main issue in this case concerns the proper application of subsection 111(5).

### FACTS

30 This case was put forward on an agreed statement of facts which may be summarized as follows.

principes fondamentaux régissant le calcul du revenu. Ces principes sont à la base du régime fiscal établi par la Loi. Brièvement décrit, ce régime vise à l'imposition des accroissements nets globaux du revenu d'un contribuable. Pour le calcul de ce revenu, la Loi permet la répartition des pertes entre sources de revenu, pour autant que ces sources puissent se rapporter à un seul contribuable. C'est la notion du revenu net. Ce qui n'est pas autorisé cependant, c'est le partage d'un revenu ou d'une perte entre contribuables. S'il en est ainsi, c'est parce que la Loi répartit le fardeau fiscal différemment selon le niveau de revenu. Certaines mesures gouvernementales sont ainsi mises en œuvre, mesures qui seraient contrariées par un partage des revenus ou des pertes entre contribuables.

Dans ce régime, les corporations ou sociétés par actions posent un problème particulier. Les corporations sont juridiquement des personnes et, en tant que telles, elles sont soumises à l'impôt. Mais elles sont aussi des fictions du législateur, dont le revenu est éventuellement distribué aux actionnaires à qui elles appartiennent. Elles sont par ailleurs très mobiles et elles peuvent être facilement constituées, négociées, achetées et vendues. C'est pourquoi il existe, pour les corporations, des règles particulières d'imposition dont l'objet est d'harmoniser l'imposition du revenu des sociétés et des actionnaires et d'empêcher le partage des pertes auquel pourraient donner lieu des subterfuges contestables. À titre d'exemple, citons les dispositions de l'article 111, qui enferment les pertes à l'intérieur des corporations qui les ont produites. Le paragraphe 111(5) prévoit cependant une exception: des corporations liées peuvent sans restriction se partager leurs pertes. Les corporations de ce genre sont dans cette optique considérées par la Loi comme une seule unité imposable, et elles peuvent être revendiquées comme telles par la corporation contribuable. Le principal point à résoudre dans la présente espèce concerne la manière d'appliquer le paragraphe 111(5).

### LES FAITS

La présente affaire a été présentée dans un exposé 30  
conjoint des faits, que l'on peut résumer de la ma-

Emeric Duha indirectly controlled the respondent printing company, Duha Printers.<sup>5</sup> William Marr and his wife, Noah Marr, indirectly controlled Outdoor Leisureland, a recreational vehicle retail outlet.<sup>6</sup> The Duha business was successful and the Marr business was not.<sup>7</sup> Outdoor Leisureland had utilizable losses on its books and Duha Printers had taxable income which could be reduced if it could use those losses. It was therefore arranged that Duha Printers would amalgamate with Outdoor Leisureland such that the former could take advantage of the latter's non-capital losses.

nière suivante. Emeric Duha contrôlait indirectement Duha Printers, l'imprimerie intimée<sup>5</sup>. William Marr et son épouse, Noah Marr, contrôlaient indirectement Outdoor Leisureland, un commerce de véhicules de plaisance<sup>6</sup>. L'entreprise Duha était prospère et l'entreprise Marr ne l'était pas<sup>7</sup>. Outdoor Leisureland avait dans ses livres des pertes utilisables, et Duha Printers avait un revenu imposable que les pertes de Outdoor Leisureland auraient peut-être permis de réduire. Des dispositions furent donc prises pour que Duha Printers fusionne avec Outdoor Leisureland, de telle sorte que l'imprimerie puisse utiliser les pertes, autres que les pertes en capital, du commerce de véhicules de plaisance.

31 To complete the transaction successfully, however, the parties had to comply with subsection 111(5). To this end they looked to subparagraph 256(7)(a)(i) and implemented the following scheme. On February 7, 1984, Duha Printers (Duha Printers No. 1) amalgamated with a shell company to trigger a year end for the former. On February 8, 1984, the Articles of the new amalgamated Duha Printers (Duha Printers No. 2) were amended to increase its authorized capital by creating an unlimited number of Class C preferred shares. These shares entitled the owners to dividends of a specified amount, and their redemption price was set at the stated capital for each share. The shares also carried the right to vote, and were subject to the following restrictions: the voting right ceased upon the transfer of the shares or upon the death of the holder; the shares were redeemable by Duha Printers No. 2 upon consent of the holder; and the shares were redeemable by Duha Printers No. 2 without holder consent in the event of their transfer. The amended Articles provided that upon the death of any holder of a Class C share, or upon the transfer of any of them, the entire class would cease to carry a voting right.

Cependant, pour mener à bien l'opération, les deux sociétés devaient se conformer au paragraphe 111(5). Elles ont donc considéré le sous-alinéa 256(7)a(i) et exécuté le plan suivant. Le 7 février 1984, Duha Printers (Duha Printers n° 1) fusionnait avec une société écran de manière à déclencher une fin d'exercice pour Duha Printers. Le 8 février 1984, les statuts de la nouvelle société Duha Printers (Duha Printers n° 2) étaient modifiés de manière à augmenter son capital autorisé, par création d'un nombre illimité d'actions privilégiées de catégorie C. Ces actions donnaient à leurs titulaires droit à des dividendes selon un montant indiqué, et leur valeur de rachat fut fixée au capital déclaré de chaque action. Les actions étaient aussi assorties d'un droit de vote et comportaient les restrictions suivantes: le droit de vote cessait au transfert des actions ou au décès du titulaire; les actions pouvaient être rachetées par Duha Printers n° 2 avec l'assentiment du titulaire; enfin les actions pouvaient être rachetées par Duha Printers n° 2 sans l'assentiment du titulaire dans le cas de leur transfert. Les statuts modifiés prévoyaient que, au décès du titulaire d'une action de catégorie C, ou au transfert d'une telle action, la catégorie tout entière cesserait d'être assortie du droit de vote.

32 On February 8, 1984, the company that controlled Outdoor Leisureland, Marr's Leisure Holdings (Marr's), purchased 2,000 Class C Duha Printers No. 2 shares at \$1 per share, giving Marr's a 55.71 percent ownership of, and ostensible control over,

Le 8 février 1984, la société qui contrôlait Outdoor Leisureland, soit Marr's Leisure Holdings (ci-après Marr's), achetait 2 000 actions de catégorie C de Duha Printers n° 2, au prix de 1 \$ l'action, ce qui conférait à Marr's 55,71 p. 100 du capital de

Duha Printers No. 2. On the same date, a unanimous shareholder agreement was signed between all the shareholders and Duha Printers No. 2. The agreement stipulated, among other things:

1. Duha #2 was to be managed by a Board of Directors comprised of any three of the following:
  - Mr. Duha,
  - Mrs. Duha,
  - Paul Quinton, and
  - William Marr;
2. no shares could be transferred without the consent of the majority of the directors; and
3. shareholders were prohibited from selling, assigning, transferring, donating, mortgaging, pledging, charging, hypothecating or otherwise encumbering its shares in any manner.

Paul Quinton was a long-time friend of Emeric Duha and William Marr, and, as accepted by the Trial Judge, for ten years had been a director of Duha Printers. Quinton's status as a director was also evidenced by his signature on a director's resolution dated February 8, 1984.

33 On February 9, 1984, a numbered company owned by Duha Printers No. 2, 64099 Manitoba Ltd.,<sup>8</sup> purchased a receivable owing to Marr's by Outdoor Leisureland in the amount of \$441,253. The purchase price was \$34,559, which was calculated as 7½ percent of Outdoor Leisureland's non-capital losses. The purchase of this receivable effectively represented the purchase price for Outdoor Leisureland's non-capital losses, obtained so as to be deducted from the income of Duha. The agreement stipulated that one-half of the purchase price would be paid to Marr's on June 1, 1984, with the remainder payable upon the day Marr's shares were redeemed. This latter stipulation guaranteed that Marr's would divest its shares after the amalgamation had completed its purposes.

34 On February 10, 1984, Duha Printers No. 2 and Outdoor Leisureland amalgamated, creating Duha

Duha Printers n° 2 et le contrôle apparent de cette société. À la même date, une convention unanime des actionnaires était signée entre tous les actionnaires et Duha Printers n° 2. La convention prévoyait, entre autres choses, ce qui suit:

1. Duha #2 devait être dirigée par un conseil d'administration comprenant trois personnes parmi les suivantes:
  - M. Duha
  - M<sup>me</sup> Duha
  - Paul Quinton, et
  - William Marr;
2. Aucune action ne pouvait être transférée sans le consentement de la majorité des administrateurs; et
3. Il était interdit aux actionnaires de vendre, de céder, de transférer, de donner, d'hypothéquer, de gager, de grever, de nantir ou de donner en sûreté leurs actions, de quelque manière que ce soit.

Paul Quinton était un ami de longue date d'Emeric Duha et de William Marr et, fait accepté par le juge de première instance, il avait été durant 10 ans un administrateur de Duha Printers. La qualité d'administrateur de Paul Quinton était aussi attestée par sa signature figurant sur une résolution des administrateurs en date du 8 février 1984.

Le 9 février 1984, une société à dénomination 33 numérique appartenant à Duha Printers n° 2, soit 64099 Manitoba Ltd.<sup>8</sup>, achetait à Marr's une créance représentant une somme de 441 253 \$ que Outdoor Leisureland devait à Marr's. Le prix d'achat de la créance était de 34 559 \$, somme qui représentait 7,5 p. 100 des pertes, autres que les pertes en capital, de Outdoor Leisureland. L'achat de cette créance représentait en fait le prix d'achat des pertes, autres que les pertes en capital, de Outdoor Leisureland, pertes qui devaient être déduites du revenu de Duha. La convention prévoyait que la moitié du prix d'achat de la créance serait payée à Marr's le 1<sup>er</sup> juin 1984, le solde étant payable le jour où seraient rachetées les actions détenues par Marr's. Cette dernière clause garantissait que Marr's allait se départir de ses actions après que la fusion aurait atteint son objectif.

Le 10 février 1984, Duha Printers n° 2 et Outdoor 34 Leisureland fusionnaient pour former la société Duha

Printers No. 3. By resolution dated March 12, 1984, the shareholders of Duha Printers No. 3 elected Mr. Duha, Mrs. Duha, and Paul Quinton once again as directors of Duha Printers No. 3. By this election, the Duha family retained the day to day control over their company that they had in the past.

35 On January 4, 1985, Duha Printers No. 3 redeemed Marr's Class C shares. Finally, on February 15, 1985, after a single taxation year, the unanimous shareholder agreement was terminated, and Paul Quinton resigned as director.

36 The net effect of this sequence of transactions is that Marr's was given ostensible shareholder control over Duha Printers, a successful, family-owned business, for \$2,000. The purpose of the share transaction, in particular, was to comply with subsection 111(5) of the Act. By virtue of it, the parties considered Outdoor Leisureland and Duha Printers to be controlled by the same person, Marr's Leisure Holdings. Relevant subsequent tax filings were, accordingly, computed on the basis that the two companies were related, and Duha Printers claimed unrestricted use of Outdoor Leisureland's losses for the 1985 taxation year. Immediately after these purposes were fulfilled, Marr's Leisure Holdings and William Marr completely dissociated themselves from any relation with or participation in Duha Printers.

37 The primary issue raised by these facts is whether Duha Printers was "controlled" by Marr's immediately prior to the amalgamation of Duha Printers and Outdoor Leisureland.

#### TAX COURT DECISION AND ARGUMENTS ON APPEAL

38 The Tax Court Judge found that the share and amalgamation transactions were solely motivated by tax purposes. Despite this finding, he decided in favour of the taxpayer. On the first issue put before him, that of "control," the Judge held that Marr's

Printers n° 3. Par une résolution en date du 12 mars 1984, les actionnaires de Duha Printers n° 3 élaient de nouveau M. Duha, M<sup>me</sup> Duha et Paul Quinton administrateurs de Duha Printers n° 3. Par cette élection, la famille Duha continuait d'exercer sur leur société le contrôle journalier qu'ils avaient exercé dans le passé.

Le 4 janvier 1985, Duha Printers n° 3 rachetait les actions de catégorie C détenues par Marr's. Finalement, le 15 février 1985, après une seule année d'imposition, la convention unanime des actionnaires était résiliée, et Paul Quinton résignait ses fonctions d'administrateur.

L'effet net de cette suite d'opérations a été de conférer à Marr's, pour la somme de 2 000 \$, le contrôle apparent de Duha Printers, une entreprise familiale prospère. Plus particulièrement, l'objet de l'acquisition d'actions était d'assurer la conformité avec le paragraphe 111(5) de la Loi. Par cette opération, les parties considéraient Outdoor Leisureland et Duha Printers comme des sociétés contrôlées par la même personne, soit Marr's Leisure Holdings. Les déclarations fiscales subséquentes furent donc établies en fonction du fait que les deux entreprises étaient liées, et Duha Printers revendiqua pour elle-même, et intégralement, la déduction des pertes de Outdoor Leisureland pour l'année d'imposition 1985. Dès que ces objectifs furent atteints, Marr's Leisure Holdings et William Marr mirent fin complètement à leurs relations avec Duha Printers ainsi qu'à leurs intérêts dans cette société.

Le point principal que soulèvent ces faits est le suivant: Duha Printers était-elle «contrôlée» par Marr's immédiatement avant la fusion de Duha Printers et Outdoor Leisureland?

#### LA DÉCISION DE LA COUR DE L'IMPÔT ET LES ARGUMENTS SOULEVÉS EN APPEL

38 Selon le juge de la Cour de l'impôt, l'acquisition d'actions et la fusion étaient motivées uniquement par des considérations fiscales. Malgré cela, il a tranché en faveur de la contribuable. Quant au premier point dont il était saisi, celui du «contrôle», le

controlled Duha Printers by virtue of its majority share ownership and that subsection 111(5), therefore, did not apply. Duha Printers and Outdoor Leisureland were related through common control and Outdoor Leisureland's losses were fully deductible.

39 This first issue was assessed primarily on whether the unanimous shareholder agreement restricted Marr's control such that it was in law a fiction. The Judge found that the agreement had no effect on the legal control vested by the shares. By virtue of this control, Marr's had the right to elect all the directors, and could change the composition of the Board at any time, notwithstanding that it could choose only among the four candidates named in the shareholders agreement. The Judge found that nothing external to the share register restricted the control vested by the 2,000 Class C shares. He stated [at page 2497]:

The articles of amalgamation of Duha #2 are not before me but a brief description is set out in paragraph 16 of the agreed statement of facts. A copy of the bylaws of the company also is not in evidence. A copy of the article of amendment has been produced. There is nothing before me to suggest that any of these documents preclude the holders of the Class "C" preferred shares from voting their shares in the normal course. There was also no suggestion, let alone evidence, that Marr's was not the beneficial owner of the shares and thus not the person who was to make the call on how these shares were to be voted at an election for directors . . .

The Judge also found that the amalgamation did not offend the object and the spirit of the Act. He stated [at page 2501] that an "arrangement adopted by the taxpayer purely for tax purposes" is clearly allowed by the plain wording of the Act: the Act allows related companies to share losses upon amalgamation; related companies are defined as those controlled by the same person; and control is defined by the jurisprudence as *de jure* control (majority share ownership). According to the Judge, each of these

juge a estimé que Marr's contrôlait Duha Printers en vertu de sa participation majoritaire dans le capital de cette entreprise et que le paragraphe 111(5) n'était donc pas applicable. Le lien entre Duha Printers et Outdoor Leisureland était le fait d'un contrôle commun, et les pertes de Outdoor Leisureland étaient intégralement déductibles.

Pour régler le premier point, le juge s'est surtout demandé si la convention unanime des actionnaires restreignait le contrôle de Marr's au point de faire de ce contrôle une fiction juridique. Selon le juge, la convention n'avait aucun effet sur le contrôle juridique conféré par les actions. En vertu de ce contrôle, la société Marr's avait le droit d'élire tous les administrateurs et pouvait modifier la composition du conseil à tout moment, même si elle ne pouvait exercer son choix que parmi les quatre candidats indiqués dans la convention unanime des actionnaires. Le juge a estimé qu'aucun élément extérieur au registre des actionnaires ne limitait le contrôle conféré par les 2 000 actions de catégorie C. Voici ses propos [à la page 2497]:

Les statuts de fusion de Duha 2 ne m'ont pas été présentés, mais une brève description en est donnée au paragraphe 16 de l'exposé conjoint des faits. Une copie du règlement intérieur de la compagnie n'a pas été présentée en preuve non plus. Une copie des statuts modificatifs a toutefois été déposée. Rien de ce dont je suis saisi n'établit que l'un quelconque de ces documents empêche le porteur des actions privilégiées de catégorie «C» d'exercer normalement le droit de vote attaché à ces actions. En outre, on ne m'a soumis aucun argument, sans parler des témoignages, établissant que Marr's n'était pas le propriétaire bénéficiaire des actions et qu'elle n'était donc pas la personne qui devait déterminer comment le droit de vote attaché à ces actions devait s'exercer lors d'une élection des administrateurs . . .

Le juge est aussi arrivé à la conclusion que la fusion n'allait pas à l'encontre de l'objet et de l'esprit de la Loi. Selon lui [à la page 2501], un «arrangement adopté par le contribuable à des fins purement fiscales» est clairement autorisé par la formulation même de la Loi: la Loi permet à des sociétés liées de se répartir des pertes lorsqu'elles fusionnent; des sociétés liées sont définies comme des sociétés contrôlées par la même personne; et le contrôle est défini par la jurisprudence comme un contrôle *de jure* (participa-

conditions was met in this case. Finally, no sham was found on the facts, and the Judge found that subsection 245(1) did not apply.<sup>9</sup> The case was dismissed.

40 As a note before proceeding, the Tax Court Judge at one point commented on what he thought was the real effect of the disputed transactions. He stated [at pages 2498-2499]:

I agree with respondent's counsel that the sole purpose of the transaction was to enable the appellant to make use of the losses incurred by Outdoor. There was no other reason. The issuance of the 2,000 Class "C" voting preferred shares to Marr's did not transfer *de facto* or real control to Marr's. All three Duha corporations reported net income for the fiscal period January 1, 1983 to December 31, 1983 of \$182,223 and of \$96,695 for the 41 days ending February 10, 1984. The respective companies had retained earnings of \$296,486 and \$393,181 as at December 31, 1983 and February 10, 1984. Surely a person controlling such a corporation would not surrender control to a stranger for the consideration of \$2,000. And in reality the Duha family shareholders did not relinquish control and Marr's never intended to control the company. The majority of persons elected to the Board of Duha #2 by Marr's were members of the Duha family. There is no evidence Mr. Marr was ever involved in the business carried on by Duha #2 or was even interested in the affairs of the company. Marr's could not transfer its shares or allow them to be encumbered in any way; obviously one may infer the Duhas did not want a person other than Marr's to own the shares. The Class "C" preferred shares were redeemed on January 4, 1985, eleven months after Marr's "invested" in Duha #2. With such facts before an assessor it is not too difficult to appreciate the reason for the assessment and perhaps these facts may be considered again in another forum.

41 The Crown appeals the Tax Court decision on the basis that Marr's did not control Duha Printers immediately before the amalgamation and that control, therefore, changed hands in the amalgamation. Subsection 111(5) was triggered and, because Outdoor Leisureland was a moribund business and was not carried on by Duha Printers with a reasonable expectation of profit, Outdoor Leisureland's losses were not deductible by Duha Printers.

tion majoritaire au capital social). Selon le juge, chacune de ces conditions était remplie en l'espèce. Finalement, les faits ne laissaient apparaître aucun trompe-l'œil et le juge a conclu que le paragraphe 245(1) ne s'appliquait pas<sup>9</sup>. L'action a été rejetée.

En guise de note avant de poursuivre, le juge de la Cour de l'impôt explique quelque part ce qu'est, selon lui, l'effet réel des opérations contestées. Voici ses propos [aux pages 2498 et 2499]:

Je conviens avec l'avocat de l'intimée que le seul objet de l'opération était de permettre à l'appelante de se servir des pertes subies par Outdoor. Il n'y avait pas d'autre raison. Les 2 000 actions privilégiées de catégorie «C» avec droit de vote qui ont été émises à Marr's n'ont pas eu pour effet de transférer à cette dernière le contrôle de fait ou effectif. Les trois corporations Duha ont déclaré un revenu net de 182 223 \$ pour l'exercice allant du 1<sup>er</sup> janvier 1983 au 31 décembre 1983 et de 96 695 \$ pour la période de 41 jours se terminant le 10 février 1984. Les compagnies respectives avaient des bénéfices non répartis de 296 486 \$ et de 393 181 \$ au 31 décembre 1983 et au 10 février 1984. Une personne contrôlant une telle corporation n'en abandonnerait certainement pas le contrôle au profit d'un étranger pour la contrepartie de 2 000 \$. De plus, en réalité, les actionnaires de la famille Duha n'ont pas renoncé au contrôle, et Marr's n'a jamais eu l'intention de contrôler la compagnie. La majorité des personnes élues au conseil d'administration de Duha 2 par Marr's étaient des membres de la famille Duha. Rien n'établit que M. Marr ait déjà joué un rôle dans l'entreprise exploitée par Duha 2 ou se soit même intéressé aux affaires internes de la compagnie. Marr's ne pouvait transférer ses actions ni les grever d'une charge quelconque; de toute évidence, on peut en déduire que les Duha ne voulaient pas qu'une personne autre que Marr's détienne ces actions. Les actions privilégiées de catégorie «C» ont été rachetées le 4 janvier 1985, soit onze mois après que Marr's eut «investi» dans Duha 2. Avec de tels faits, il n'est pas difficile de comprendre le motif de la cotisation, et peut-être que ces faits pourraient être à nouveau examinés dans un autre cadre.

La Couronne fait appel de la décision de la Cour de l'impôt en affirmant que Marr's ne contrôlait pas Duha Printers immédiatement avant la fusion et que le contrôle avait donc changé de mains avec la fusion. Le paragraphe 111(5) entrainait dès lors en jeu et, puisque Outdoor Leisureland était une entreprise moribonde et que son entreprise n'était pas exploitée par Duha Printers dans une expectative raisonnable de profit, les pertes de Outdoor Leisureland ne pouvaient être déduites par Duha Printers.

42 The taxpayer responds by asserting that control was vested in Marr's by the share transaction and that the losses were deductible.

42 La contribuable répond en affirmant qu'un contrôle avait été conféré à Marr's par l'effet de l'acquisition d'actions et que les pertes étaient déductibles.

### ANALYSIS

#### 1. Sham

43 Counsel for the Crown argues that the share transaction was a sham, that is, an attempt by the taxpayer to deceive Revenue Canada by a manipulation of legal formalities. In support of this argument, counsel points to the following factors. The purchase by Marr's of 56 percent of the voting shares was intended to avoid the application of subsection 111(5) of the Act by giving control to Marr's; in reality, however, it only gave the appearance of control because of the operation of the unanimous shareholder agreement. Furthermore, the \$2,000 price paid by Marr's for these shares bore no relation to what these shares would have been worth if they had given their owner real control. Finally, notice of the unanimous shareholder agreement was not filed in the public registry as required by subsection 140(6) of *The Corporations Act*, notwithstanding that the agreement, according to counsel, prevented Marr's from exercising control. Therefore, it is said that things were arranged to camouflage the fact that Marr's had not in fact gained control of Duha Printers.

44 I have not been persuaded that this transaction can be classified as a sham. To be found to be a sham, the transaction must have been conducted "so as to create an illusion calculated to lead the tax collector away from the taxpayer or the true nature of the transaction."<sup>10</sup> This is a narrow test that has not been met here. No illusion was created by the transaction. Despite the failure to register the unanimous shareholder agreement, which of itself is of little probative value, the legal obligations created by the parties were real. They accomplished a sale of a certain type of company stock for a specified price and subject to the various obligations set out in the shareholders agreement. No deception is

### ANALYSE

#### 1. Trompe-l'œil

43 L'avocat de la Couronne soutient que l'acquisition d'actions était un trompe-l'œil, c'est-à-dire une tentative du contribuable de tromper Revenu Canada par une manipulation des règles juridiques. À l'appui de cet argument, il signale les points suivants. L'achat par Marr's de 56 p. 100 des actions avec droit de vote avait pour objet d'empêcher l'application du paragraphe 111(5) de la Loi en donnant le contrôle à Marr's; en réalité cependant, cet achat n'a fait que donner l'apparence d'un contrôle, par l'effet de la convention unanime des actionnaires. Par ailleurs, le prix de 2 000 \$ payé par Marr's pour ces actions était sans commune mesure avec la valeur que ces actions auraient eue si elles avaient conféré à leur propriétaire un contrôle réel. Finalement, un avis de la convention unanime des actionnaires n'a pas été déposé dans le registre public comme l'exige le paragraphe 140(6) de la *Loi sur les corporations*, quand bien même, selon l'avocat de la Couronne, la convention empêchait Marr's d'exercer un contrôle. Les choses auraient donc été arrangées de manière à dissimuler le fait que Marr's n'avait pas en réalité acquis le contrôle de Duha Printers.

44 Je ne suis pas persuadé que cette opération puisse être considérée comme un trompe-l'œil. Pour qu'on puisse la considérer telle, il aurait fallu qu'elle soit faite «de manière à créer une illusion destinée à cacher au percepteur le contribuable ou la nature réelle de l'opération<sup>10</sup>». Il s'agit là d'un critère étroit auquel il n'a pas été satisfait ici. Aucune illusion n'a été produite par l'opération. Malgré le défaut d'enregistrement de la convention unanime des actionnaires, un fait qui en soi est assez peu concluant, les obligations juridiques produites par les parties étaient réelles. Elles ont procédé à la vente d'un certain type d'actions pour un prix déterminé, et sous réserve des diverses obligations énoncées dans la

apparent.

45 But this does not mean that these legal realities were sufficient to do what the parties wanted to achieve. As I have stated elsewhere, just because a transaction is not a sham does not mean that it necessarily will have accomplished its intended result.

## 2. Control

46 Before proceeding with an analysis of the “control” concept, a few words might be said about the approach of this Court to the interpretation of tax legislation. Counsel for the Crown has argued, as a separate issue, that the transactions in question should fail because they violate the object and spirit of the relevant provisions. I do not think it wise to treat as a distinct issue the “object and spirit” of a provision. It seems to me that an interpretation of any given section of the *Income Tax Act* should reflect the objects intended by it. This seems only reasonable, and is merely to repeat here what has been affirmed by this Court in the past as the proper approach to interpreting tax legislation. This approach has been named the “words-in-total context” approach by MacGuigan J.A. in *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*.<sup>11</sup> This “context,” as stated in *British Columbia Telephone Co. v. Canada*, may be comprised of four elements:

... the words themselves, their immediate context, the purpose of the statute as manifested throughout the legislation, and extrinsic evidence of parliamentary intent to the extent admissible.<sup>12</sup>

Each of these elements is important and must be taken into account in the interpretation, and each aids the search for a provision’s intended application. This approach was recently reaffirmed by the Supreme Court of Canada in *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours* where Gonthier J., advocating a “teleological approach”, declared:

convention des actionnaires. Aucune tromperie ne ressort de tout cela.

45 Mais cela ne signifie pas que ces réalités juridiques suffisaient à produire ce que les parties voulaient accomplir. Comme je l’ai dit ailleurs, quand bien même une opération ne serait pas un trompe-l’œil, cela ne signifie pas qu’elle atteindra nécessairement le but visé.

## 2. Contrôle

46 Avant de passer à l’analyse de la notion de «contrôle», il importe de donner quelques précisions sur la manière dont la Cour interprète les lois fiscales. L’avocat de la Couronne a soutenu, comme point accessoire, que les opérations en cause devraient être déclarées sans effet pour le motif qu’elles vont à l’encontre de l’objet et de l’esprit des dispositions applicables. Je ne crois pas qu’il soit sage de considérer séparément «l’objet et l’esprit» d’une disposition. Il me semble que l’interprétation de tel ou tel article de la *Loi de l’impôt sur le revenu* doit tenir compte de l’objet recherché par l’ensemble du texte législatif. Cette manière de voir semble aller de soi et ne fait que rappeler la position exprimée dans le passé par la Cour à propos de la démarche à adopter pour interpréter les lois fiscales. Cette démarche a été baptisée le «principe de l’examen des termes dans leur contexte global» par le juge MacGuigan, J.C.A., dans l’espèce *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*<sup>11</sup>. Comme on peut le lire dans l’affaire *British Columbia Telephone Co. c. Canada*, ce «contexte» peut se composer de quatre éléments:

... les mots eux-mêmes, leur contexte immédiat, l’objet de la loi qui ressort de la législation et la preuve extrinsèque de l’intention du législateur dans la mesure où elle est admissible<sup>12</sup>.

Chacun de ces éléments est important et doit être pris en considération dans l’interprétation, et chacun permet de définir la portée qu’est censée avoir une disposition. Cette manière de voir a été récemment réitérée par la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, où le juge Gonthier, préconisant une «démarche téléologique», s’exprime ainsi:

... there is no longer any doubt that the interpretation of tax legislation should be subject to the ordinary rules of construction. At page 87 of his text *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), Driedger fittingly summarizes the basic principles: "... the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament."<sup>13</sup>

I might also note that the object and spirit of a section will only be practically relevant when the application of that section to factual circumstances admits of some doubt. This was stated in *Canada v. Antosko*<sup>14</sup> where Iacobucci J. stated:

While it is true that the courts must view discrete sections of the *Income Tax Act* in light of the other provisions of the Act and of the purpose of the legislation, and that they must analyze a given transaction in the context of economic and commercial reality, such techniques cannot alter the result where the words of the statute are clear and plain and where the legal and practical effect of the transaction is undisputed.<sup>15</sup>

In the most recent case on this subject, *Alberta (Treasury Branches) v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*; *Toronto-Dominion Bank v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*,<sup>16</sup> Cory J. affirmed that the object and spirit of a section becomes relevant only where any doubt as to a section's application is apparent. He stated:

Thus, when there is neither any doubt as to the meaning of the legislation nor any ambiguity in its application to the facts then the statutory provision must be applied regardless of its object or purpose. I recognize that agile legal minds could probably find an ambiguity in as simple a request as "close the door please" and most certainly in even the shortest and clearest of the ten commandments. However, the very history of this case with the clear differences of opinion expressed as between the trial judges and the Court of Appeal of Alberta indicates that for able and experienced legal minds, neither the meaning of the legislation nor its application to the facts is clear. It would therefore seem to be appropriate to consider the object and purpose of the legislation. Even if the ambiguity were not apparent, it is significant that in order to determine the clear and plain meaning of the statute it is always appropriate to consider the "scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament".<sup>17</sup>

Il ne fait plus de doute ... que l'interprétation des lois fiscales devrait être soumise aux règles ordinaires d'interprétation. Driedger, à la p. 87 de son volume *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), en résume adéquatement les principes fondamentaux: [TRADUCTION] «... il faut interpréter les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur»<sup>13</sup>.

Je me permettrais de noter aussi que l'objet et l'esprit d'un article ne présenteront un intérêt pratique que lorsque l'application de cet article à un ensemble de faits laisse subsister un doute. Cette proposition apparaît dans l'espèce *Canada c. Antosko*<sup>14</sup>, où le juge Iacobucci tient les propos suivants:

Même si les tribunaux doivent examiner un article de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à la lumière des autres dispositions de la Loi et de son objet, et qu'ils doivent analyser une opération donnée en fonction de la réalité économique et commerciale, ces techniques ne sauraient altérer le résultat lorsque les termes de la Loi sont clairs et nets et que l'effet juridique et pratique de l'opération est incontesté<sup>15</sup>.

Dans l'espèce la plus récente sur ce sujet, *Alberta (Treasury Branches) c. Canada (ministre du Revenu national—M.R.N.)*; *Banque Toronto-Dominion c. Canada (ministre du Revenu national—M.R.N.)*<sup>16</sup>, le juge Cory confirme que l'objet et l'esprit d'une disposition législative ne deviennent pertinents que lorsque la portée de la disposition est ambiguë. Il s'exprime ainsi:

En conséquence, lorsqu'il n'y a aucun doute quant au sens d'une mesure législative ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée indépendamment de son objet. Je reconnais que des juristes habiles pourraient probablement déceler une ambiguïté dans une demande aussi simple que «fermez la porte, s'il vous plaît», et très certainement même dans le plus court et le plus clair des dix commandements. Cependant, l'historique même de la présente affaire, conjugué aux divergences évidentes d'opinions entre les juges de première instance et la Cour d'appel de l'Alberta, révèle que, pour des juristes doués et expérimentés, ni le sens de la mesure législative ni son application aux faits ne sont clairs. Il semblerait donc convenir d'examiner l'objet de la mesure législative. Même si l'ambiguïté n'était pas apparente, il importe de signaler qu'il convient toujours d'examiner «l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur» pour déterminer le sens manifeste et ordinaire de la loi en cause<sup>17</sup>.

The controversy, then, over this polite little phrase “object and spirit” seems to boil down to this. Where the meaning and application of a section is entirely clear and free from ambiguity or doubt, and where nothing external to that section suggests anything otherwise, one can reasonably be sure that the object and spirit of the section is apparent on the face of its wording, and that the section is to be applied accordingly. But where any ambiguity or doubt in either the meaning or application of the section are apparent, the Court must resort to looking and determining for itself what application Parliament must be seen to have intended as derived in part from the purposes of the section, from the scheme, if any, of which the section forms a part, and from the overall intention of Parliament so far as it can be discerned.

47 In the previous pages, I have set out the legislative provisions relevant to this case, and have given a cursory overview of the objects or purposes they contemplate. These purposes, as regards subsection 111(5) and subparagraph 256(7)(a)(i), are to permit a deduction of a loss if control has not changed hands but to deny it if control has changed hands. With this in mind, I now turn to an analysis of the concept of “control”.

48 Though the word “control” is not defined in the *Income Tax Act*, it has been considered many times in the jurisprudence. This jurisprudence has settled that control is based on *de jure* control and not *de facto* control, and that the most important single factor to be considered is the voting rights attaching to shares. In the past, the share register, by itself, has usually been the main basis for determining corporate control, even though the *Income Tax Act* did not adopt that idea expressly. The scope of scrutiny under the *de jure* test has wisely been extended more recently beyond a mere technical reference to the share register. This case raises the issue of the scope of this extension.

49 The agreed statement of facts suggests that Marr’s had so-called “share register” control, which led the Tax Court Judge to decide as he did. The question

On pourrait alors résumer ainsi la controverse à propos de cette expression anodine «objet et esprit». Lorsque le sens et la portée d’un article sont parfaitement clairs et ne soulèvent aucun doute, et lorsqu’aucun facteur extrinsèque ne milite en faveur d’une autre conclusion, on peut être à peu près certain que l’objet et l’esprit de l’article procèdent de sa formulation même et que l’article doit être appliqué en conséquence. Mais lorsque le sens ou la portée de l’article comporte une ambiguïté ou un doute, le tribunal doit alors s’efforcer de déterminer la portée que le législateur a voulu donner à l’article, et cela en considérant le dessein de l’article, le dispositif dans lequel il s’inscrit et l’intention générale du législateur pour autant qu’elle soit perceptible.

Dans les pages précédentes, j’ai reproduit les dispositions législatives qui intéressent la présente affaire et j’ai brièvement décrit leurs objectifs. Ces objectifs, en ce qui concerne le paragraphe 111(5) et le sous-alinéa 256(7)a(i), sont de permettre la déduction d’une perte si le contrôle n’a pas changé de mains, mais de le refuser dans le cas contraire. Gardant ce point à l’esprit, je vais maintenant analyser la notion de «contrôle».

Le mot «contrôle» n’est pas défini dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*, mais il a été examiné maintes fois dans la jurisprudence. Il est établi maintenant qu’il s’agit du contrôle *de jure* et non du contrôle *de facto* et que le facteur primordial à considérer se rapporte aux droits de vote afférents aux actions. Autrefois, le registre des actionnaires suffisait généralement à déterminer le contrôle d’une personne morale, même si cela n’était pas mentionné expressément dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*. L’analyse de l’existence d’un contrôle *de jure* dépasse depuis peu, et fort heureusement, la simple considération technique du registre des actionnaires. La présente affaire met en question la mesure de cet élargissement.

Selon l’exposé conjoint des faits, Marr’s détenait ce qu’il est convenu d’appeler le contrôle «par l’effet du registre des actionnaires», ce qui a conduit le

arises as to whether he was correct in law based on the circumstances in this case. The answer to that question requires an examination of the jurisprudence in this area.

50 An analysis of the term “control” generally begins with the decision of the House of Lords, *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*.<sup>18</sup> The case turned on the meaning of the phrase “controlling interest” as it appeared in a finance statute. In interpreting the phrase, Viscount Simon L.C. suggested that the object of the enactment was to treat as a single group all companies who stood in a particular relation to each other. This relation, he said, is defined by control over the company’s affairs and operations. One must, therefore, look to those who hold ultimate control. These are the company’s shareholders, for they control the company’s directors. Viscount Simon L.C. stated:

I find it impossible to adopt the view that a person who (by having the requisite voting power in a company subject to his will and ordering) can make the ultimate decision as to where and how the business of the company shall be carried on, and who thus has in fact control of the company’s affairs, is a person of whom it can be said that he has not in this connexion a controlling interest in the company.<sup>19</sup>

After stating that a bare majority is sufficient to vest control, the Lord Chancellor addressed the argument that for certain purposes a 75 percent shareholder majority was required and that a bare majority, therefore, could not vest full control. To this he replied that control must be assessed within a larger legal context, which may require looking at some future contingency that might have a bearing on the present. This is the view of things “in the long run”:

It is true that for some purposes a 75 per cent. majority vote may be required, as, for instance (under some company regulations), for the removal of directors who oppose the wishes of the majority, but the bare majority

juge de la Cour de l’impôt à rendre la décision qu’il a rendue. Sa décision était-elle fondée en droit compte tenu des circonstances de l’espèce? La réponse à cette question appelle un examen de la jurisprudence applicable.

L’analyse du mot «contrôle» débute en général 50 par un arrêt de la Chambre des lords, *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*<sup>18</sup>. Cette affaire portait sur le sens de l’expression «participation majoritaire», qui apparaissait dans une loi de finances. Interprétant l’expression, le lord chancelier vicomte Simon affirma que l’objet du texte était de considérer comme un seul groupe toutes les sociétés qui se trouvaient dans une relation particulière les unes par rapport aux autres. Cette relation, de dire lord Simon, se définit par le contrôle qui est exercé sur les affaires internes et les activités de la société. Il faut donc se demander qui exerce le contrôle ultime. Ce sont les actionnaires de la société, parce qu’eux mêmes contrôlent les administrateurs de la société. Le lord chancelier vicomte Simon s’exprime ainsi:

[TRADUCTION] Il m’est impossible de faire mienne l’idée selon laquelle une personne qui (parce qu’elle détient les droits de vote requis dans une société soumise à sa volonté et à son commandement) peut décider en dernier ressort de l’endroit et de la manière dont les activités de la société seront conduites et qui a donc le contrôle de fait des affaires de la société, est une personne dont on pourrait dire qu’elle n’a pas une participation de contrôle dans la société<sup>19</sup>.

Affirmant d’abord qu’une majorité simple suffit à conférer le contrôle, le lord chancelier examine l’argument selon lequel, dans certains cas, une majorité qualifiée de 75 p. 100 des actions est requise et selon lequel une majorité simple ne peut donc conférer un contrôle total. Il répond à cela que le contrôle doit être examiné dans un contexte juridique global, ce qui nécessitera parfois la prise en compte d’un événement futur pouvant avoir une incidence sur le présent. C’est ce que l’on appelle voir les choses selon une «perspective temporelle»:

[TRADUCTION] Il est vrai que, dans certains cas, une majorité de 75 p. 100 peut être nécessaire, par exemple (selon les règlements de certaines sociétés) pour le renvoi d’administrateurs qui s’opposent aux vœux de la majorité,

can always refuse to re-elect and so in the long run get rid of a recalcitrant board.<sup>20</sup>

Because of the legal position of the majority shareholder in the case *British American Tobacco*, Viscount Simon L.C. found that a bare majority was sufficient to determine the issue of control.

51 The Lord Chancellor's statements were followed by Jackett P. of the Exchequer Court in *Buckerfield's Ltd. et al v. Minister of National Revenue*.<sup>21</sup> The case concerned whether certain companies were controlled by the same person or group of persons so as to make them associated companies, in which case they would be denied the benefit of a tax reduction. In deciding that the companies were associated, Jackett P. stated that control is *de jure* control and must be assessed primarily by looking to the share register. He said:

Many approaches might conceivably be adopted in applying the word "control" in a statute such as the *Income Tax Act* to a corporation. It might, for example, refer to control by "management", where management and the Board of Directors are separate, or it might refer to control by the Board of Directors. The kind of control exercised by management officials or the Board of Directors is, however, clearly not intended by section 39 when it contemplates control of one corporation by another as well as control of a corporation by individuals (see subsection (6) of section 39). The word "control" might conceivably refer to *de facto* control by one or more shareholders whether or not they hold a majority of shares. I am of the view, however, that, in section 39 of the *Income Tax Act*, the word "controlled" contemplates the right of control that rests in ownership of such a number of shares as carries with it the right to a majority of the votes in the election of the Board of Directors. See *British American Tobacco Co. v. I. R. C.* ([1943] 1 A.E.R. 13), where Viscount Simon L. C., at page 15, says:

The owners of the majority of the voting power in a company are the persons who are in effective control of its affairs and fortunes.<sup>22</sup>

Jackett P.'s definition has become the touchstone in Canadian jurisprudence for determining issues of

mais une majorité simple des actionnaires peut toujours refuser de réélire un conseil indocile, et à long terme finir par s'en débarrasser<sup>20</sup>.

En raison de la position juridique de l'actionnaire majoritaire dans l'affaire *British American Tobacco*, le lord chancelier vicomte Simon a estimé qu'une majorité simple était suffisante pour conclure à l'existence d'un contrôle.

51 Les prononcés du lord chancelier furent suivis par le président Jackett, à la Cour de l'Échiquier, dans l'affaire *Buckerfield's Ltd. et al v. Minister of National Revenue*.<sup>21</sup> Il s'agissait de savoir si certaines sociétés étaient contrôlées par la même personne ou le même groupe de personnes, au point de devenir des sociétés associées, auquel cas leur aurait été refusé l'avantage d'un dégrèvement fiscal. Arrivant à la conclusion que les sociétés étaient associées, le président Jackett affirme que le mot «contrôle» signifie un contrôle *de jure* et qu'on doit l'évaluer d'abord et avant tout en fonction du registre des actionnaires. Voici ses propos:

[TRADUCTION] On pourrait sans doute adopter de nombreuses méthodes pour la définition du mot «contrôle» figurant dans un texte tel que la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il pourrait par exemple s'agir du contrôle exercé par les «dirigeants», lorsque les dirigeants et le conseil d'administration sont distincts, ou il pourrait s'agir du contrôle exercé par le conseil d'administration. Le genre de contrôle exercé par les dirigeants ou par le conseil d'administration n'est cependant manifestement pas celui que vise l'article 39 lorsqu'il parle du contrôle exercé sur une corporation par une autre, ou du contrôle exercé sur une corporation par des personnes physiques (voir le paragraphe 39(6)). Le mot «contrôle» pourrait peut-être s'entendre du contrôle de fait exercé par un ou plusieurs actionnaires, qu'ils détiennent ou non la majorité des actions. Je suis d'avis cependant que, dans l'article 39 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le mot «contrôlés» évoque le droit de contrôle auquel donne lieu le fait de détenir un nombre d'actions tel qu'il confère la majorité des voix à leur titulaire dans l'élection du conseil d'administration. Voir l'espèce *British American Tobacco Co. v. I. R. C.* ([1943] 1 A.E.R. 13), où le lord chancelier vicomte Simon, à la page 15 s'exprime ainsi:

Les détenteurs de la majorité des voix dans une société sont ceux qui contrôlent véritablement les affaires et les destinées de la société<sup>22</sup>.

La définition donnée par le président Jackett est devenue la pierre de touche de la jurisprudence

control. Though his definition is cast somewhat narrowly, the definition is defensible on the ground articulated by Viscount Simon L.C. to the effect that ultimate legal control over those who control the day to day affairs of the company (the directors) is control over the company. Though legal control over the directors is but indirect control over the company, it is yet "effective control of [the company's] affairs and fortunes," to use Viscount Simon L.C.'s words.

- 52 I note that Jackett P. construed the control test narrowly so as to defeat the artificial multiplication of corporations for the purpose of inappropriately multiplying tax benefits. The object and spirit of the section in question, section 39 [R.S.C. 1952, c. 148] at the time, factored significantly in determining the scope of his test. He stated:

The course of action that section 39 has been designed to discourage is the multiplication of corporations carrying on a business in order to get greater advantage from the lower tax rate.<sup>23</sup>

This observation contains an important point. Many of the early cases defining control concerned the application of section 39. The greater number of these cases followed the lead set by Jackett P. in denying a tax reduction to artificially created corporations. Such corporations were effectively "regrouped" by the Court in these cases by the application of the *de jure* test.

- 53 However, the later cases, including the present one, deal more often with the reverse scenario, where corporations have attempted to gain a tax benefit by synthesizing the relatedness denied corporations in the former cases. This reversal in the application of the *de jure* test should not go unnoticed. The application of the test must reflect the objects intended by the provisions in question. Whereas parties were required for the purposes of old section 39 to demonstrate that effective control was not shared, they must demonstrate the opposite for the provision presently in question.

canadienne lorsqu'il s'agit de dire où se situe le contrôle. Sa définition est assez étroitement circonscrite, mais elle trouve appui sur le motif énoncé par lord Simon selon lequel le contrôle d'une société consiste dans le contrôle juridique ultime exercé sur ceux qui veillent aux affaires courantes de la société (les administrateurs). Le contrôle juridique exercé sur les administrateurs n'est qu'un contrôle indirect exercé sur la société, mais il demeure «le contrôle véritable des affaires et des destinées de la société», selon les mots employés par lord Simon.

Je note que le président Jackett interprète étroitement le critère de contrôle, d'une manière propre à empêcher la multiplication artificielle de sociétés dans le dessein de multiplier illicitement des avantages fiscaux. Il définit les paramètres du critère en tenant largement compte de l'objet et de l'esprit de l'article considéré, l'article 39 [S.R.C. 1952, ch. 148] à l'époque. Il s'exprime ainsi:

[TRADUCTION] Ce que l'article 39 a pour but d'empêcher, c'est la multiplication de corporations exploitant une entreprise, dans le dessein de profiter encore davantage du taux inférieur d'imposition<sup>23</sup>.

Cette observation renferme un point important. Une bonne partie de la jurisprudence initiale qui s'est appliquée à définir le contrôle concernait la portée de l'article 39. La plupart des jugements et arrêts ainsi rendus ont suivi la voie indiquée par le président Jackett en refusant un dégrèvement fiscal à des sociétés formées artificiellement. Appliquant le critère du contrôle *de jure*, la juridiction saisie les «regroupait» tout simplement.

Cependant, les espèces plus récentes, y compris la présente, portent le plus souvent sur le scénario inverse, celui où des sociétés tentent d'obtenir un avantage fiscal en synthétisant l'apparement que la jurisprudence antérieure leur refusait. Cette inversion dans l'application du critère du contrôle *de jure* ne saurait passer inaperçue. L'application du critère doit refléter l'objet des dispositions considérées. Les parties devaient, pour l'ancien article 39, prouver que le contrôle réel n'était pas partagé, et aujourd'hui elles doivent prouver le contraire en ce qui concerne la disposition actuelle.

54 Jackett P.'s definition was adopted in a somewhat modified form in *Vineland Quarries and Crushed Stone Ltd. v. Minister of National Revenue*.<sup>24</sup> The case concerned whether three companies were related. The shareholding structure of the companies was uncomplicated, with each company having two shareholders and between whom voting control was equally divided. In one company, the shareholders were Mr. Sauder and a company wholly owned by Mr. Thornborrow. In the second company, the shareholders were Mr. Thornborrow and a company wholly owned by Mr. Sauder. In the third company, the shareholders were Mr. Thornborrow and Mr. Sauder. In deciding that, despite the interposition of a corporation in two of the companies' share structures, the three companies were related, Cattanach J. modified the rule set down in *Buckerfield's* by "looking through" the technical registration of the shares. He stated:

On the authority of the *British American Tobacco case*, I do not think it is appropriate to end the inquiry after looking at the share registers of the appellant and Sauder and Thornborrow Limited. It is proper and necessary to look at the share registers of Bold Investments (Hamilton) Limited and Sauder and Thornborrow Limited to obtain an answer to the inquiry whether the appellant and the two other companies are controlled by the same "group of persons". Where the registered shareholder in the first instance is a body corporate, you must look beyond the share register.<sup>25</sup>

In looking through the register, Cattanach J. found the three companies associated.<sup>26</sup> On appeal to the Supreme Court of Canada, Cattanach J.'s decision was upheld and his reasons expressly adopted.<sup>27</sup>

55 Jackett P.'s test was also affirmed in *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd. et al.*<sup>28</sup> In applying the test to the five appeals before it, the Supreme Court of Canada recognized the important role played by contractual agreements.<sup>29</sup> Speaking for the Court in that case, Hall J. found that:

... but for Article 6 of the Articles of Association Isidore Aaron and Alexander Aaron controlled the respondent

54 La définition du président Jackett a été adoptée sous une forme un peu différente dans l'espèce *Vineland Quarries and Crushed Stone Ltd. v. Minister of National Revenue*<sup>24</sup>. Il fallait savoir si trois sociétés étaient liées. La répartition des actions des sociétés était assez simple, puisque chacune d'elles avait deux actionnaires ayant chacun les mêmes droits de vote. Pour une société, les actionnaires étaient M. Sauder et une société appartenant intégralement à M. Thornborrow. Pour l'autre société, les actionnaires étaient M. Thornborrow et une société appartenant intégralement à M. Sauder. Pour la troisième société, les actionnaires étaient M. Thornborrow et M. Sauder. Estimant que, malgré la présence d'une personne morale dans la structure de capital de deux des sociétés, les trois sociétés étaient liées, le juge Cattanach a modifié la règle énoncée dans l'affaire *Buckerfield's* en «examinant de près» l'enregistrement technique des actions. Il s'exprime ainsi:

[TRADUCTION] Compte tenu de l'espèce *British American Tobacco*, je ne crois pas qu'il soit acceptable d'examiner les registres des actionnaires de l'appelante et de Sauder and Thornborrow Limited et de terminer là l'examen. Il est nécessaire d'examiner les registres des actionnaires de Bold Investments (Hamilton) Limited et de Sauder and Thornborrow Limited, pour savoir si l'appelante et les deux autres sociétés sont contrôlées par le même «groupe de personnes». Si l'actionnaire inscrit est dans le premier cas une personne morale, il faut aller au-delà du registre des actionnaires<sup>25</sup>.

Examinant de près le registre, le juge Cattanach est arrivé à la conclusion que les trois sociétés étaient associées<sup>26</sup>. Appel fut interjeté à la Cour suprême du Canada, qui confirma la décision du juge Cattanach et adopta expressément ses motifs<sup>27</sup>.

55 Le critère énoncé par le président Jackett fut aussi confirmé dans l'espèce *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd. et al.*<sup>28</sup>. Appliquant le critère aux cinq appels dont elle était saisie, la Cour suprême du Canada a reconnu le rôle important joué par les ententes contractuelles<sup>29</sup>. S'exprimant au nom de la Cour dans cette affaire, le juge Hall tient les propos suivants:

[TRADUCTION] ... sans l'article 6 des statuts, Isidore Aaron et Alexander Aaron contrôlaient la société intimée,

company by reason of holding 698 out of 1,008 shares in their own names prior to July 14, 1961, and thereafter in the name of Aaron's (Prince Albert) Limited which they also controlled.<sup>30</sup>

Article 6 required unanimous shareholder consent before any motion could be passed. Despite the actual number of shares registered in the Aarons' names, Hall J. held that Article 6 legally nullified the Aaron's "share register" majority. In so deciding, the Judge referred to *Ringuet v. Bergeron*,<sup>31</sup> which dealt with a similar modification of voting rights through contract, except that this latter contract was not incorporated into the company's Articles. It was, rather, just an external agreement. In recognizing its relevance to the issue of control, Judson J. stated [at page 684]:

Shareholders have the right to combine their interests and voting powers to secure such control of a company and to ensure that the company will be managed by certain persons in a certain manner. This is a well-known, normal and legal contract and one which is frequently encountered in current practice and it makes no difference whether the objects sought are to be achieved by means of an agreement such as this or a voting trust.<sup>32</sup>

On the authority of this statement, Hall J. concluded that the contractual agreement in the *Aaron's Ladies Apparel* appeal nullified any majority based on a simple share count. He stated:

A contract between shareholders to vote in a given or agreed way is not illegal. The Articles of Association are in effect an agreement between the shareholders and binding upon all shareholders. Article 6 in question here was neither illegal nor *ultra vires*.

The appeal in respect of Aaron's Ladies Apparel Limited will accordingly also be dismissed with costs.<sup>33</sup>

56 An interesting application of the *de jure* test is found in another decision of the Supreme Court of Canada, *Vina-Rug (Canada) Limited v. Minister of National Revenue*.<sup>34</sup> The question once again was whether two companies were associated and there-

étant donné qu'ils détenaient 698 des 1008 actions en leurs propres noms avant le 14 juillet 1961, et par la suite au nom de Aaron's (Prince Albert) Limited, société qu'ils contrôlaient également<sup>30</sup>.

L'article 6 des statuts subordonnait l'adoption de toute motion au consentement unanime des actionnaires. Malgré le nombre d'actions effectivement inscrites aux noms des Aaron, le juge Hall a estimé que l'article 6 rendait nul juridiquement l'intérêt majoritaire qu'ils détenaient selon le registre des actionnaires. Il s'est référé à l'espèce *Ringuet v. Bergeron*<sup>31</sup>, qui portait sur une modification analogue des droits de vote par voie contractuelle, si ce n'est que, dans cette affaire, l'entente ne faisait pas partie intégrante des statuts de la société. Il s'agissait plutôt simplement d'une entente externe. Reconnaisant l'intérêt d'une telle entente pour la question du contrôle, le juge Judson s'est exprimé ainsi [à la page 684]:

[TRADUCTION] Les actionnaires ont le droit de combiner leurs intérêts et leurs droits de vote pour obtenir le contrôle d'une société et s'assurer que la société sera gérée par telle ou telle personne de telle ou telle façon. Il s'agit là d'une entente bien connue, légitime et conforme au droit, une entente que l'on rencontre souvent dans la pratique, et il n'importe pas que l'objet recherché soit atteint au moyen d'une entente de cette nature ou au moyen d'une convention de vote<sup>32</sup>.

S'autorisant de ce prononcé, le juge Hall est arrivé à la conclusion que l'entente contractuelle en ce qui concerne l'appel relatif à l'affaire *Aaron's Ladies Apparel* annulait toute majorité résultant d'un simple dénombrement des actions. Voici ses propos:

[TRADUCTION] Il n'est pas illégal pour des actionnaires de s'entendre pour voter de telle ou telle manière. Les statuts forment eux-mêmes une entente entre les actionnaires, et ils lient tous les actionnaires. L'article 6 dont il s'agit ici n'était pas illégal et ne constituait pas un excès de pouvoir.

L'appel se rapportant à Aaron's Ladies Apparel Limited sera donc rejeté avec dépens<sup>33</sup>.

56 Une application intéressante du critère du contrôle *de jure* se trouve dans une autre décision de la Cour suprême du Canada, l'espèce *Vina-Rug (Canada) Limited v. Minister of National Revenue*<sup>34</sup>. Il s'agissait, là encore, de savoir si deux sociétés étaient

fore denied the benefit of a tax reduction. All the shares of one company were held by a father, his two sons, and a fourth party. The principal shareholders of the second company were the two sons and the same fourth party. In deciding that the two companies were controlled by the same group of persons, Abbott J. stated:

The learned trial judge held that John Stradwick, Jr., W. L. Stradwick and H. D. McGilvery, who collectively owned more than 50 per cent of the shares of Stradwick's Limited, had at all material times a sufficient common connection as to be in a position to exercise control . . . .<sup>35</sup>

The Court here recognized that any combination of shareholders that can exert majority control are linked by a "sufficient common connection" for the purposes of the *de jure* test, and therefore, in law, control the corporation. Actual demonstrated control by any such group is not strictly required. Rather, such shareholders need only be in "a position to exercise control."

associées et par conséquent exclues de l'avantage d'un allègement fiscal. Toutes les actions de l'une d'elles étaient détenues par un père, ses deux fils et une quatrième personne. Les actionnaires principaux de la deuxième société étaient les deux fils et cette même quatrième personne. Le juge Abbott a estimé que les deux sociétés étaient contrôlées par le même groupe de personnes. Voici ses propos:

[TRADUCTION] Le juge de première instance a conclu que John Stradwick Jr, W. L. Stradwick et H. D. McGilvery, qui collectivement détenaient plus de 50 p. 100 des actions de Stradwick's Limited, avaient à toutes les époques pertinentes un lien suffisant pour être en état d'exercer un contrôle<sup>35</sup>. . .

La Cour a reconnu ici que des actionnaires qui se regroupent et qui sont en état d'exercer ensemble un contrôle majoritaire sont rattachés par un «lien suffisant» aux fins du critère du contrôle *de jure* et qu'ils contrôlent donc juridiquement la société. Il n'est pas absolument nécessaire qu'un groupe de cette nature exerce effectivement un contrôle. Il suffira plutôt que les actionnaires visés soient «en état d'exercer un contrôle».

57 Another instructive case is *Donald Applicators Ltd. et al, v. Minister of National Revenue*.<sup>36</sup> Ten appellant companies were assessed by the Minister as associated companies on the basis that each was associated with an eleventh company and, therefore, associated with each other. Each company had authorized the issuance of 200 Class A shares and 19,800 Class B shares. Class A shares carried the right to vote on any question including the exclusive right to elect directors. Each company actually issued only two Class A shares, one each to two persons who then elected themselves directors. Each company also actually issued only 498 Class B shares to the eleventh company. These shares carried the right to vote on any question except the election of directors. The Court stated that control of a company does not necessarily rest on the immediate right to elect directors. Rather, the question of *de jure* control is resolved as one "of fact and degree"<sup>37</sup> depending on the overall voting structure within the company, and including the effect of any restrictions imposed on the decision-making powers of the directors by the memorandum, the Articles, and by

Il existe un autre précédent intéressant, l'espèce *Donald Applicators Ltd. et al, v. Minister of National Revenue*<sup>36</sup>. Le ministre avait cotisé les dix sociétés appelantes en les considérant comme des sociétés associées, pour le motif que chacune d'elles était associée à une onzième société et que les dix sociétés étaient donc associées les unes aux autres. Chaque société avait autorisé l'émission de 200 actions de catégorie A et de 19 800 actions de catégorie B. Les actions de catégorie A donnaient le droit de voter sur toute question, ainsi que le droit exclusif d'élire les administrateurs. Chaque société n'émit en fait que deux actions de catégorie A, en faveur de deux personnes qui se désignèrent elles-mêmes administrateurs. Chaque société n'émit aussi en réalité que 498 actions de catégorie B en faveur de la onzième société. Ces actions comportaient le droit de voter sur toute question, mais non le droit d'élire les administrateurs. La Cour déclara que le contrôle d'une société ne repose pas nécessairement sur le droit immédiat d'élire les administrateurs. La question du contrôle *de jure* se résout plutôt comme une question «de fait et de degré»<sup>37</sup> en fonction de la

any shareholders agreements. Also important is the question of voting rights over time. In deciding that the eleventh company controlled each of the ten appellant companies, Thurlow J. stated:

A shareholder who, though lacking immediate voting power to elect directors, has sufficient voting power to pass any ordinary resolution that may come before a meeting of shareholders and to pass as well a special resolution through which he can take away the powers of the directors and reserve decisions to his class of shareholders, dismiss directors from office and ultimately even secure the right to elect the directors is a person of whom I do not think it can correctly be said that he has not *in the long run* the control of the company. Such a person in my view has the kind of *de jure* control contemplated by section 39 of the Act.<sup>38</sup>

The phrase “*in the long run*” was taken from *British American Tobacco*. As used above by Thurlow J., it contemplates the notion of “sufficient voting power” which was articulated in *Vina-Rug*.

58 In the next significant case, *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. v. Minister of National Revenue*,<sup>39</sup> the Supreme Court of Canada was faced with a situation where the voting rights were divided equally between two groups and two different classes of shares. One group, the so-called inside group, held all the common shares and 50 percent of the voting power. The other group held all the preferred shares and the other 50 percent voting power. Under the *Buckerfield's* test, neither group, strictly speaking, could claim majority control. In deciding that one of the groups had control, nevertheless, Judson J. stated for a unanimous Court:

The inside group controlled 50 per cent of the voting power through their ownership of the common shares. They were entitled to all the surplus profits on a distribution by way of dividend after the payment of the fixed cumulative dividend to the preferred shareholders. On a

structure globale des droits de vote au sein de la société, et en fonction de l'effet des restrictions imposées sur les pouvoirs décisionnels des administrateurs par les statuts de la société et par les conventions des actionnaires. Également importante est la question des droits de vote au fil du temps. Selon le juge Thurlow, la onzième société contrôlait chacune des dix sociétés appelantes. Voici ses propos:

[TRADUCTION] Un actionnaire qui, même s'il n'a pas maintenant le droit de voter dans l'élection des administrateurs, a des droits de vote suffisants pour adopter une résolution ordinaire pouvant être soumise à une assemblée des actionnaires et pour adopter aussi une résolution spéciale qui lui permettrait de retirer aux administrateurs leurs pouvoirs et de confier les décisions à prendre aux détenteurs de sa catégorie d'actions, de renvoyer des administrateurs et finalement même d'obtenir le droit d'élire les administrateurs, est une personne dont on ne saurait dire, à mon avis, qu'elle n'a pas *à long terme* le contrôle de la société. Une telle personne à mon avis a le genre de contrôle *de jure* qu'envisage l'article 39 de la Loi<sup>38</sup>.

L'expression «à long terme» dérive de l'espèce *British American Tobacco*. Telle qu'elle est utilisée ci-dessus par le juge Thurlow, elle se rapporte à la notion de «droits de vote suffisants», formulée dans l'affaire *Vina-Rug*.

Dans un autre arrêt important, l'affaire *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. c. Ministre du Revenu national*<sup>39</sup>, la Cour suprême du Canada était saisie d'un cas où les droits de vote étaient répartis également entre deux groupes et deux catégories d'actions. L'un des groupes, appelé «groupe des dirigeants», détenait toutes les actions ordinaires et 50 p. 100 des voix. L'autre groupe détenait toutes les actions privilégiées et l'autre moitié des voix. Selon le critère énoncé dans l'affaire *Buckerfield's*, aucun des deux groupes ne pouvait, au sens strict, prétendre détenir un contrôle majoritaire. Le juge Judson, qui a rendu l'arrêt unanime de la Cour, a pourtant estimé que l'un des groupes avait le contrôle de la société. Voici ses propos:

Le groupe des dirigeants détenait 50 pour cent des voix, étant propriétaire des actions ordinaires. Il avait droit à tous les superbénéfices lors d'une distribution de dividendes, après le paiement du dividende cumulatif fixe aux actionnaires privilégiés. Advenant la mise en liquidation

winding up of Polestar, they were entitled to all of the surplus after return of capital and the payment of a 10 per cent premium to the preferred shareholders. Their voting power was sufficient to authorize the surrender of the company's letters patent. In my opinion, these circumstances are sufficient to vest control in the group when the owners of non-participating preferred shares hold the remaining 50 per cent of the voting power.<sup>40</sup>

In this case, the Court moved away from its prior emphasis on control over the election of directors. Instead, it looked to control over the right to dissolve the company. I note that the Court impliedly suggested that this dissolution power must be more than a mere power to dissolve. The power must have some compelling or persuasive force about it, which usually involves the capital structure of the company and specifically the capital return accruing to the shares.

59 In *M.N.R. v. Consolidated Holding Co.*,<sup>41</sup> the notion of "sufficient control" was expanded to include possible control. In the case, the Court dealt with a shareholding arrangement complicated by the presence of a trust. The question was whether two companies were related. The first company was controlled by two sons of a deceased businessman. Each son owned 50 percent of the voting shares. The second company was controlled by three executors, being the two sons and the Montreal Trust Company. In the will of the deceased, a provision stipulated that:

... in carrying out the duties of the trustees save as aforesaid, I direct that the views, discretion or direction of any two of my trustees shall be binding upon the other of my trustees [at page 422].

By this provision, control of the second company was seen by the Court to be vested in any two of the three trustees to the estate. On this basis of possible control, the Court held that the two sons had sufficient control over the second company. Judson J. stated:

In determining whether a group of persons control a company, it is not sufficient in the case of trustees who

de Polestar, il avait droit à tout le surplus après le remboursement de capital et le paiement d'une prime de 10 pour cent aux actionnaires privilégiés. Le nombre de voix dont il jouissait était suffisant pour autoriser l'abandon des lettres patentes de la compagnie. À mon avis, ces circonstances suffisent à donner le contrôle au groupe lorsque les propriétaires d'actions privilégiées non participantes détiennent l'autre moitié des voix.<sup>40</sup>

Dans cette affaire, la Cour n'a pas accordé autant d'importance qu'auparavant au contrôle exercé sur l'élection des administrateurs. Elle s'est plutôt attachée au contrôle exercé sur le droit de dissoudre la société. J'observe que la Cour a laissé entendre implicitement que ce pouvoir de dissolution doit être davantage qu'un simple pouvoir de dissoudre une société. Ce doit être un pouvoir assorti d'un certain degré de contrainte ou de persuasion, un pouvoir dont l'exercice concerne la structure de capital de la société et plus précisément le désintéressement des actionnaires.

Dans l'affaire *M.R.N. c. Consolidated Holding Co.*,<sup>41</sup> la notion de «contrôle suffisant» fut élargie de manière à inclure le contrôle potentiel. Dans cette affaire, la Cour devait statuer sur un accord entre actionnaires que compliquait la présence d'une fiducie. Il fallait savoir si deux sociétés étaient liées. La première société était contrôlée par deux fils d'un homme d'affaires décédé. Chacun d'eux détenait 50 p. 100 des actions avec droit de vote. La deuxième société était contrôlée par trois exécuteurs testamentaires, soit les deux fils et Montreal Trust Company. Le testament de l'homme d'affaires renfermait une clause prévoyant ce qui suit:

[TRADUCTION] ... dans l'exécution des fonctions que je confie à mes fiduciaires, sauf quant à ce qui précède, je veux que les vues, bon plaisir et directives de deux de mes fiduciaires, quels qu'ils soient, lient le troisième de mes fiduciaires [à la page 422].

Cette clause a conduit la Cour à dire que le contrôle de la deuxième société était dévolu à deux quelconques des trois administrateurs de la succession. Compte tenu de ce contrôle potentiel, la Cour a jugé que les deux fils exerçaient un contrôle suffisant sur la deuxième société. Le juge Judson s'exprime ainsi:

Pour arriver à déterminer si un groupe de personnes contrôle une compagnie, il ne suffit pas, lorsqu'il s'agit de

are registered as shareholders to stop the inquiry at the register of shareholders and the Articles of Association. It is necessary to look to the trust instrument to ascertain whether one or more of the trustees have been put in a position where they can at law direct their co-trustees as to the manner in which the voting rights attaching to the shares are to be exercised.

...

Merely to look at the share register is not enough when the question is one of control.<sup>42</sup>

This decision emphasizes that it is important to look to the legal position of the parties as displayed in the wider circumstances of the parties' affairs. As Judson J. put it, one must look at the parties' true "position . . . at law." In the case, the deciding factor was a trust deed. It was not a constating document. Nor was it a document that would necessarily show up on a share register or in any other official corporate filings. It was, however, a document with legal force. In looking to it as a determining feature, the Supreme Court suggested that true *de jure* control is just what it is stated to be, control at law. Any binding instrument, therefore, must be reckoned in the analysis if it affects voting rights. The Court expressly accepted this point of view when it stated:

The problem here is not solved by a decision that a company is not bound to see to the execution of trusts to which its shares are subject or that it may take the vote of the first named trustee on its share register. These are merely protective provisions in favour of the company and do not touch the question of control.<sup>43</sup>

The Court stated that because the two sons had possible voting control, they had, to use Judson J.'s characterization in *Oakfield*, "sufficient" voting power in law to control the company. Judson J. stated:

Here, if one looks at the facts as a whole, one finds that the two Gavins, by combining, can control the vote of the

fiduciaires qui figurent au registre à titre d'actionnaires, de limiter l'enquête au registre des actionnaires et aux statuts d'association de la compagnie. Pour vérifier si l'un des actionnaires ou plus d'un ont été placés dans une situation où ils ont le pouvoir, en droit, d'imposer à leurs co-fiduciaires leurs volontés quant à la manière d'exercer les droits de vote afférents aux actions, il faut examiner l'acte de fiducie

...

Il ne suffit pas simplement d'examiner le registre des actionnaires lorsque la question qui se pose porte sur le contrôle<sup>42</sup>.

Cette décision montre qu'il est important de considérer la position juridique des parties telle qu'elle ressort de la description générale des affaires des parties. Comme le dit le juge Judson, il faut considérer la «position juridique» véritable des parties. Dans l'affaire dont il était saisi, le facteur décisif était un acte de fiducie. Ce n'était pas un acte constitutif. Ce n'était pas non plus un document devant nécessairement figurer dans un registre des actionnaires ou dans les autres instruments officiels d'une société. C'était cependant un document juridiquement contraignant. En lui donnant un caractère déterminant, la Cour suprême a montré qu'un véritable contrôle *de jure* n'est rien d'autre que ce que l'expression indique, c'est-à-dire un contrôle au sens du droit. Tout instrument contraignant doit donc être pris en compte dans l'analyse, si tel instrument influe sur les droits de vote. La Cour admet expressément ce point de vue lorsqu'elle affirme:

Il ne suffit pas ici, pour résoudre la question, de décider qu'une compagnie n'est pas tenue de veiller à l'exécution des fiducies auxquelles ses actions sont assujetties ou qu'elle peut accepter le vote du premier fiduciaire inscrit au registre de ses actionnaires. Ce sont là simplement des dispositions de protection en faveur de la compagnie et elles n'ont rien à voir avec la question du contrôle<sup>43</sup>.

Selon la Cour suprême, puisque les deux fils détenaient un contrôle potentiel, ils avaient, pour utiliser le qualificatif employé par le juge Judson dans l'affaire *Oakfield*, des droits de vote «suffisants» en droit pour contrôler la société. Le juge Judson affirme:

Ici, en examinant les faits dans leur ensemble, on voit que les deux Gavin, en s'alliant, peuvent contrôler les voix

estate shares . . . . They are, in the words of Abbott J. in *Vina Rug (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*,

in a position to control at least a majority of votes to be cast at a general meeting of shareholders.<sup>44</sup>

To summarize the significance of this case, the Court specifically endorsed a notion of possible control while at the same time assessing this control on factual and legal evidence confined neither to the share register nor to corporate filings in a corporations branch.

que confèrent les actions de la succession . . . Ils sont, pour reprendre les termes de M. le juge Abbott dans *Vina Rug (Canada) Ltd. c. Le ministre du Revenu national*,

[TRADUCTION] en position de contrôler au moins une majorité des voix à être exprimées à une assemblée générale des actionnaires<sup>44</sup>.

Pour résumer l'importance de cette affaire, la Cour a expressément approuvé la notion de contrôle potentiel, tout en faisant dépendre ce contrôle de considérations factuelles et juridiques ne se limitant pas au registre des actionnaires ni aux documents que doivent déposer les sociétés auprès des organismes officiels.

60 Similar principles were used in *The Queen v. Lusita Holdings Ltd.*<sup>45</sup> The question in the case concerned whether two companies were associated. The first company, Lusita Holdings, had twelve issued shares. These shares were held in trust for certain named beneficiaries. The trusts relating to these shares provided for two trustees, Gustav Schickedanz and another. The shares were in each case registered in the name of the latter trustee. The question concerned whether Mr. Schickedanz controlled the companies by his being able to force his co-trustee to resign. In deciding this issue, Stone J.A. ultimately referred to a provision of the trust indentures which required that the shares were to be voted in every case by the two co-trustees in unison. And because the *Trustee Act*<sup>46</sup> at the time required that Mr. Schickedanz could not force a resignation until a replacement trustee was found, the obligations arising from the trust settled the matter. Stone J.A. stated:

Of fundamental importance here is the requirement of the indentures that both co-trustees decide as to how the votes attaching to the shares should be cast from time to time. Moreover, they were also required "to exercise their duties and powers in a fiduciary capacity". The right to control the voting rights resided in the co-trustees and not in either of them.<sup>47</sup>

The principle expressed above follows the ratio in *Consolidated Holding*. Both cases suggest that real *de jure* control must be decided by looking to the wider legal position of the parties at the relevant

Des principes semblables ont été appliqués dans l'espèce *La Reine c Lusita Holdings Ltd*<sup>45</sup>. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si deux sociétés étaient associées. La première, Lusita Holdings, avait douze actions émises. Ces actions étaient détenues en fiducie pour certains bénéficiaires désignés. Les actes de fiducie se rapportant à ces actions prévoyaient deux fiduciaires, Gustav Schickedanz et un autre. Les actions étaient dans chaque cas inscrites au nom de l'autre fiduciaire. M. Schickedanz contrôlait-il les sociétés étant donné qu'il pouvait forcer l'autre fiduciaire à démissionner? Pour décider ce point, le juge Stone, J.C.A. s'est, en dernière analyse, référé à une disposition des actes de fiducie selon laquelle les deux cofiduciaires devaient exercer ensemble les droits de vote afférents aux actions. Et puisque, selon la *Trustee Act*<sup>46</sup> de l'époque, M. Schickedanz ne pouvait forcer son cofiduciaire à démissionner avant qu'il ne soit remplacé, les obligations découlant de la fiducie ont disposé de l'affaire. Le juge Stone s'exprime ainsi:

Une disposition fondamentale des actes de fiducie en l'espèce est celle en vertu de laquelle les deux fiduciaires doivent décider à l'occasion du vote afférent aux actions. En outre, les cofiduciaires devaient également [TRADUCTION] «exercer leurs pouvoirs et fonctions à titre de fiduciaires». Le droit de contrôler les droits de vote appartenait aux cofiduciaires et n'était pas l'apanage d'un seul<sup>47</sup>.

Le principe énoncé ci-dessus s'accorde avec le raisonnement suivi dans l'affaire *Consolidated Holding*. Selon ces deux arrêts, il faut se demander s'il existe un véritable contrôle *de jure* en considérant la posi-

time in question. This legal position, furthermore, is more than a question of actual rights, but includes possible legal contingencies. Two such contingencies in *Lusita Holdings* concerned paragraph 6(c) of the *Trustee Act* and the fiduciary capacity of trustees. As factors to consider in assessing control, such contingencies stand a good distance removed from the share register.

61 The issue of control was recently reconsidered by the Supreme Court of Canada. In *R. v. Imperial General Properties Ltd.*,<sup>48</sup> Estey J. reviewed the jurisprudence and noted that the distinction drawn between *de jure* and *de facto* is not a fully accurate description of the analysis required of the Court. He stated:

It has been said that control for these purposes concerns itself with *de jure* and not *de facto* considerations. Such a distinction, while convenient to express as a guide of sorts in assessing the legal consequences in factual circumstances, is not, as we shall see, an entirely accurate description of the processes of determination of the presence of control in one or more shareholders for the purpose of s. 39(4).<sup>49</sup>

Estey J. here recognized that a variety of legally relevant factors may have a bearing on any given analysis of corporate control. This should not be surprising. Corporate organization can be highly complex. This “natural” complexity, furthermore, can be, and many times is, further complicated by the presence of a tax avoidance motivation. While perhaps perfectly permissible, the courts are not unaware of such realities. And a court will not turn a blind eye to the “stark unreality of the situation”<sup>50</sup> where the bounds of the permissible have been plainly breached. Tax considerations are important for the running of one’s business affairs, and parties are free to take advantage of transactions or forms of organization that benefit them. However, parties must demonstrate the existence of a substantive legal reality in all the relevant circumstances of a case. As Dickson C.J. stated in *Bronfman Trust v. The Queen*:<sup>51</sup>

tion juridique globale des parties à la date pertinente. Cette position juridique ne se limite d’ailleurs pas aux droits effectifs, elle englobe aussi les droits éventuels. L’affaire *Lusita Holdings* comportait deux éventualités de ce genre, savoir l’alinéa 6(c) de la *Trustee Act* et la qualité des fiduciaires. Parmi les facteurs à considérer lorsqu’on s’interroge sur le contrôle, ces éventualités sont loin d’avoir l’importance du registre des actionnaires.

La question du contrôle a récemment été revisitée 61 par la Cour suprême du Canada. Dans l’espèce *R. c. Imperial General Properties Ltd.*<sup>48</sup>, le juge Estey examine la jurisprudence et observe que la distinction faite entre le contrôle *de jure* et le contrôle *de facto* n’est pas une description parfaitement fidèle de l’analyse que doit faire la Cour. Voici ses propos:

On a dit que le contrôle en ce sens a trait à des considérations de droit et non de fait. Bien que cette distinction puisse en quelque sorte servir de guide pour évaluer les conséquences juridiques d’une situation de fait, elle ne constitue pas, comme nous le verrons, une description tout à fait exacte de la façon de déterminer si, pour les fins du par. 39(4), il y a un contrôle par un seul ou plusieurs des actionnaires<sup>49</sup>.

Le juge Estey reconnaît ici qu’une diversité de facteurs juridiquement pertinents peuvent influencer sur toute analyse entreprise pour déterminer le contrôle d’une société. Cela ne devrait pas nous surprendre. L’organisation d’une société peut être très complexe. Cette complexité «naturelle» est parfois, et même souvent, accrue par des motivations d’évitement de l’impôt. Ce sont des réalités que les tribunaux ne peuvent ignorer, même si elles sont sans doute tout à fait licites. Et un tribunal ne fermera pas les yeux sur le caractère manifestement artificiel d’une situation<sup>50</sup>, lorsque les limites de l’acceptable ont été à l’évidence franchies. Les considérations fiscales sont importantes dans la gestion des affaires d’une entreprise, et les parties sont libres de recourir aux opérations ou aux formes d’organisation pouvant les avantager. Cependant, les parties doivent démontrer, dans toutes les circonstances pertinentes d’une affaire, l’existence d’une réalité juridique proprement dite. Le juge en chef Dickson s’exprime ainsi dans l’affaire *Bronfman Trust c. La Reine*<sup>51</sup>:

... the recent trend in tax cases [has] been towards attempting to ascertain the true commercial and practical nature of the taxpayer's transactions. There has been, in this country and elsewhere, a movement away from tests based on the form of transactions and towards tests based on what Lord Pearce has referred to as a "common sense appreciation of all the guiding features" of the events in question . . . .

This is, I believe, a laudable trend provided it is consistent with the text and purposes of the taxation statute. Assessment of a taxpayer's transactions with an eye to commercial and economic realities, rather than juristic classification of form, may help to avoid the inequity of tax liability being dependent upon the taxpayer's sophistication at manipulating a sequence of events to achieve a patina of compliance with the apparent prerequisites for a tax deduction.

In determining issues of corporate control, the Court will look to the time in question, to legal documents pertaining to the issue, and to any actual or contingent legal obligations affecting the voting rights of shares. These factors are simply facts with legal consequences, so that the distinction between *de jure* and *de facto* is not as stark as it once was, as Estey J. has emphasized. A control analysis must not be foreshortened by an oversimplified view of "*de jure*". Transactions must be assessed in the context in which they appear and with "an eye to commercial and economic realities". This is merely to say that corporate control must be real, effective legal control over the company in question. This does not change the law at all; it merely encourages us to focus on the true legal position of the parties, not only the formal one. Estey J. put this succinctly when he stated:

The approach to 'control' here taken does not involve any departure from prior judicial pronouncements nor does it involve any 'alteration' of the existing statute. The conclusions reached above merely result from applying existing case law and existing legislation to the particular facts of the case at bar. The application of the 'control' concept, as earlier enunciated by the courts, to the circumstances now before the court is, in my view, the ordinary progression of the judicial process and in no way amounts

... la jurisprudence récente en matière fiscale a tendance à essayer de déterminer la véritable nature commerciale et pratique des opérations du contribuable. En effet, au Canada et ailleurs, les critères fondés sur la forme des opérations sont laissés de côté en faveur de critères fondés sur ce que lord Pearce a appelé une [TRADUCTION] «appréciation saine de toutes les caractéristiques directrices» des événements en question . . . .

Il s'agit là, je crois, d'une tendance louable, pourvu qu'elle soit compatible avec le texte et l'objet de la loi fiscale. Si, en appréciant les opérations des contribuables, on a présent à l'esprit les réalités commerciales et économiques plutôt que quelque critère juridique formel, cela aidera peut-être à éviter que l'assujettissement à l'impôt dépende, ce qui serait injuste, de l'habileté avec laquelle le contribuable peut se servir d'une série d'événements pour créer une illusion de conformité avec les conditions apparentes d'admissibilité à une déduction d'impôt.

Pour savoir où siège le contrôle d'une société, la Cour tiendra compte de l'époque considérée, des documents juridiques pertinents et des obligations juridiques réelles ou éventuelles pouvant influencer sur les droits de vote afférents aux actions. Ces facteurs sont simplement des faits ayant des conséquences juridiques, de telle sorte que, comme le souligne le juge Estey, la distinction entre un contrôle *de jure* et un contrôle *de facto* n'est pas aussi nette qu'autrefois. L'analyse du contrôle ne saurait être réduite par une simplification excessive de l'expression «*de jure*». Les opérations considérées doivent être évaluées selon le contexte dans lequel elles se présentent et sans que soient ignorées les réalités commerciales et économiques. Cela signifie simplement que, lorsqu'on parle du contrôle d'une société, il doit s'agir d'un contrôle juridique réel et effectif exercé sur la société en question. Cette règle ne modifie aucunement le droit; elle nous encourage simplement à nous focaliser sur la position juridique véritable des parties, et pas seulement sur leur position apparente. Le juge Estey résume ainsi la question:

La façon d'aborder le mot «contrôle» adoptée en l'espèce ne comporte aucune dérogation à la jurisprudence antérieure ni aucune «modification» de la loi existante. Les conclusions tirées plus haut résultent simplement de l'application de la jurisprudence et des textes législatifs existants aux faits particuliers de l'espèce. L'application du concept du «contrôle», selon les arrêts antérieurs des tribunaux, aux circonstances soumises à cette Cour, constitue, à mon avis, un cheminement normal du processus

to a transgression of the territory of the legislator.<sup>52</sup>

62 In continuing the analysis of *Imperial General Properties*, Estey J. then cited the development in the *Oakfield* case and stated:

In determining the proper application of s. 39(4) to circumstances before a court, the court is not limited to a highly technical and narrow interpretation of the legal rights attached to the shares of a corporation. Neither is the court constrained to examine those rights in the context only of their immediate application in a corporate meeting. It has long been said that these rights must be assessed in their impact "over the long run".<sup>53</sup>

The phrase "over the long run" has been accepted by the jurisprudence for over fifty years. The reference incorporates into an analysis of control an appreciation for temporal considerations that might have a bearing on how shares either are or could be voted. In considering such factors in the case before him, Estey J. found that control "in the real sense of the term"<sup>54</sup> was not surrendered by a share transaction purporting to give majority "share register" control.

63 I am aware of the strong dissent in *Imperial General Properties* by Wilson J. and respect it for what it is saying. She stated the reason for her dissent as follows:

... I do not think that this is a suitable area for judicial creativity. People plan their personal and business affairs on the basis of the existing law and they are entitled to do so. It is, I believe, important to recognize that any sudden departure by the courts from a well-settled line of authority in an area such as tax law can have a serious retroactive impact on the taxpayer.<sup>55</sup>

I agree with these observations, but would only suggest that the jurisprudence, though clarified, was not departed from by Estey J. Whether certain transactions were carried out "on the basis of the existing law" is a question to be answered by the courts. The parties here created a novel corporate manipulation,

judiciaire et n'équivaut d'aucune manière à une incursion dans le domaine du législateur<sup>52</sup>.

Poursuivant son examen de l'affaire *Imperial General Properties*, le juge Estey évoque ensuite le raisonnement suivi dans l'affaire *Oakfield*, puis affirme:

En déterminant la manière dont le par. 39(4) doit être appliqué aux circonstances qui lui sont soumises, une cour n'est pas restreinte à une interprétation très formaliste et étroite des droits qui, en vertu de la loi, sont liés aux actions d'une société. La cour n'est pas astreinte non plus à examiner ces droits dans le seul contexte de leur application immédiate lors d'une assemblée de la société. On a dit, il y a longtemps, que ces droits doivent s'évaluer selon leur effet «à long terme»<sup>53</sup>.

L'expression «à long terme» est employée par la jurisprudence depuis plus de cinquante ans. Cette expression requiert d'analyser la question du contrôle en tenant compte des considérations temporelles pouvant avoir une incidence sur la manière dont les droits de vote afférents à des actions sont ou pourraient être exercés. Appliquant ces considérations à l'affaire qui lui était soumise, le juge Estey a estimé qu'une acquisition d'actions conférant prétendument un intérêt majoritaire «de par le registre des actionnaires» n'avait pas eu pour effet de céder le contrôle «au sens véritable du terme»<sup>54</sup>.

Je suis conscient de la vigoureuse dissidence du juge Wilson dans l'affaire *Imperial General Properties*, et je la considère fort valable. Le juge Wilson explique ainsi le motif de sa différence d'opinion:

... je ne crois pas qu'il s'agit d'un domaine qui se prête à la créativité judiciaire. Les gens planifient leurs affaires personnelles et commerciales en fonction du droit existant, et ils ont le droit de le faire. Il est important, je crois, de reconnaître que toute dérogation subite des tribunaux à une jurisprudence bien établie dans un domaine comme le droit fiscal peut avoir des conséquences rétroactives graves sur le contribuable<sup>55</sup>.

Je partage cet avis, en me limitant à faire remarquer que le juge Estey ne s'est pas écarté de la jurisprudence, mais qu'il l'a précisée. C'est aux tribunaux qu'il appartient de dire si telle ou telle opération s'est déroulée «en fonction du droit existant». Dans la présente espèce, les parties ont imaginé un subter-

and took a chance that it might work to save them some tax. It is up to this Court to decide the legal effect of the transactions they undertook.

64 In *International Mercantile Factors Ltd. v. Canada*,<sup>56</sup> a case of the Federal Court Trial Division, the shares of a corporation were subject to a shareholders agreement which divided voting power equally between two groups, and the question concerned whether either group controlled the company. Teitelbaum J. found that the deciding factor was the make-up of the Board of Directors. Because the majority of the Board were nominees of the former group, the so-called public corporation, that group had *de jure* control over the company. However, the essential point in the case was that, because the composition of the Board could only be changed by a majority vote, the public corporation could vote down any attempt by the other party to increase its membership on the Board. Teitelbaum J. stated:

I am satisfied that the deciding factor in determining control in the present case is not the issue of the 50-50 voting rights as clearly this does not give either side control but the fact that neither side can effectively change the board of directors, that the board of directors is composed of a majority of the nominees of the public corporations and that because a majority vote is required to change the board of directors the public corporations has legal and effective control of plaintiff . . . .<sup>57</sup>

The *de jure* voting power of the public corporation, therefore, won the day.

65 Finally, in *Alteco Inc. v. Canada*,<sup>58</sup> the Tax Court of Canada found the deciding factor in a unanimous shareholder agreement signed by the parties. The appellant company, Alteco Inc., owned 51 percent of the voting shares of 387. In addition to its share ownership, Alteco was party to a joint venture agreement with the minority shareholder, National, for the establishment of 387. This agreement, to which, unlike the present case, the company was not privy, provided that the shares of 387 could not be

fuge encore inédit, en espérant qu'il fonctionne et leur permette de réduire leurs impôts. C'est à la Cour qu'il appartient de déterminer l'effet juridique des opérations qu'elles ont effectuées.

64 Dans l'affaire *International Mercantile Factors Ltd. c. Canada*<sup>56</sup>, décidée par la Section de première instance de la Cour fédérale, les actions d'une société faisaient l'objet d'une convention d'actionnaires qui répartissait les droits de vote également entre deux groupes, et il fallait savoir si l'un des deux groupes contrôlait la société. Le juge Teitelbaum a estimé que le facteur déterminant était la composition du conseil d'administration. Comme la majorité du conseil était composé de représentants du premier groupe, appelé les corporations publiques, ce groupe exerçait un contrôle *de jure* sur la société. Cependant, le point essentiel dans cette affaire était que, comme la composition du conseil ne pouvait être modifiée que par un vote majoritaire, les corporations publiques pouvaient réduire à néant toute tentative de l'autre partie d'accroître sa présence au sein du conseil. Le juge Teitelbaum s'exprime ainsi:

Je suis convaincu que l'élément déterminant, lorsqu'il s'agit de savoir de qui relève le contrôle en l'espèce, n'est pas la question du partage égal des voix, étant donné que de toute évidence cela ne donne le contrôle à aucune des deux parties, mais le fait qu'aucune des deux parties ne peut vraiment modifier la composition du conseil d'administration, que le conseil d'administration est composé en majorité de mandataires des corporations publiques et qu'étant donné qu'il faut obtenir la majorité des voix pour modifier le conseil d'administration, les corporations publiques ont le contrôle de droit et de fait de la société demanderesse<sup>57</sup>.

C'est donc le nombre de voix des corporations publiques qui a été le facteur décisif.

65 Finalement, dans l'affaire *Alteco Inc. c. Canada*<sup>58</sup>, la Cour canadienne de l'impôt a jugé que le facteur déterminant était une convention unanime des actionnaires signée par les parties. La société appelante, Alteco Inc., détenait 51 p. 100 des actions avec droit de vote de 387. Outre les actions qu'elle détenait, Alteco était partie à un accord de coentreprise avec l'actionnaire minoritaire, National, pour l'établissement de 387. Cet accord, dont 387 n'avait pas connaissance, contrairement aux faits de la présente

transferred without the consent of the other party; that the structure and composition of the Board of 387 could not be changed without unanimous shareholder consent, even upon a vacancy; and that Alteco had the option to buy National's shares. The agreement did not contain a termination provision. Under the circumstances where a majority of National's nominees were elected to the Board, the Court found that despite Alteco's 51 percent share ownership, Alteco did not control 387. Bell T.C.C.J. stated:

In these circumstances, in spite of the fact that the appellant owned 51 per cent of the voting shares of 387, it was not in a position to alter the board of directors the composition of which had been agreed to by it.

Accordingly, I have concluded, based upon all the facts and the authorities cited herein, that the appellant did not control 387 and was not related to 387, the result being that those two companies were, on that basis, dealing with each other at arm's length.<sup>59</sup>

This conclusion is very similar to the conclusion expressed by Teitelbaum J. in *International Mercantile*, and accords with the jurisprudence. In *Alteco*, the legal position of Alteco was insufficient to compel a conclusion that the appellant company "in the real sense of the term"<sup>60</sup> had control. In other words, if majority ownership does not allow for real legal control over a company, the *de jure* test of control will not have been met.

#### APPLICATION

66 In the present circumstances, I am not convinced that Marr's controlled Duha Printers "immediately before" the share acquisition through which Duha Printers amalgamated with Outdoor Leisureland. I note, first, that at this time Marr's was party to a unanimous shareholder agreement. This agreement was signed by all the shareholders. It was also signed by Duha Printers as it was meant to both directly and indirectly bind the directors of the company to the agreement's provisions. The agreement, moreover, restricted Marr's voting rights in a singu-

affaire, prévoyait que les actions de 387 ne pouvaient être transférées sans le consentement de l'autre partie, que la structure et la composition du conseil de 387 ne pouvaient être modifiées sans le consentement unanime des actionnaires, même en cas de vacance, et que Alteco avait la faculté d'acheter des actions de National. L'accord ne renfermait aucune clause de résiliation. Puisque le conseil était formé en majorité de représentants de National, la Cour a jugé que, même si Alteco détenait 51 p. 100 des actions de 387, elle ne contrôlait pas 387. Le juge Bell s'exprime ainsi:

Compte tenu de ces circonstances, malgré le fait que l'appelante détenait 51 pour 100 des actions avec droit de vote de la 387, elle n'était pas en mesure de modifier la composition du conseil d'administration, dont elle avait convenu.

En conséquence, je conclus, d'après tous les faits qui m'ont été présentés et tous les ouvrages de doctrine et toute la jurisprudence qui m'ont été cités en l'espèce, que l'appelante ne contrôlait pas la 387 et ne lui était pas liée, ce qui a pour résultat que les deux compagnies n'avaient donc aucun lien de dépendance<sup>59</sup>.

Cette conclusion est très semblable à la conclusion tirée par le juge Teitelbaum dans l'affaire *International Mercantile*, et elle concorde avec la jurisprudence. Dans l'affaire *Alteco*, la position juridique d'Alteco ne permettait pas de conclure que la société appelante exerçait un contrôle «au sens véritable de l'expression<sup>60</sup>». En d'autres termes, si une participation majoritaire ne permet pas d'exercer un contrôle juridique réel sur une société, le critère du contrôle *de jure* ne sera pas satisfait.

#### APPLICATION

Dans le cas qui nous occupe, je ne suis pas convaincu que Marr's contrôlait Duha Printers «immédiatement avant» l'acquisition d'actions qui a permis la fusion de Duha Printers et de Outdoor Leisureland. J'observe d'abord que, à ce moment-là, Marr's était partie à une convention unanime d'actionnaires. Cette convention était signée par tous les actionnaires. Elle était signée aussi par Duha Printers, étant donné qu'elle était censée lier, directement et indirectement, les administrateurs de cette société. De plus, la convention restreignait considérablement les

66

larly important manner. It stipulated that three directors were to be elected to the Board of Directors and were to be chosen from a list of four candidates that included Emeric and Gwendolyn Duha, Paul Quinton, and William Marr. There is little question why these four persons were named: the choice of any three of them would necessarily ensure a majority of Duha family nominees on the Board of Duha Printers. Emeric and Gwendolyn Duha were husband and wife owners of Duha Printers, and Paul Quinton was a long-time friend of Emeric Duha. Paul Quinton had also been a director of Duha Printers for ten years, and was one of the three directors who signed the directors' resolution of February 8, 1984, authorizing the subscription by Marr's of the 2,000 Class C shares, authorizing the corporation to enter the unanimous shareholder agreement, and authorizing the purchase of Outdoor Leisureland's shares. This is sufficient for me to conclude that Paul Quinton was effectively a nominee of the Duha family, and for me to conclude as above that an election of any combination of these directors assured that control by the Duha family over their family business would not be lost.

droits de vote de Marr's. Elle prévoyait que trois administrateurs devaient être élus au conseil d'administration et choisis sur une liste de quatre candidats, savoir Emeric et Gwendolyn Duha, Paul Quinton et William Marr. On peut sans peine imaginer pourquoi ces quatre personnes figuraient sur la liste: le choix de trois d'entre elles allait nécessairement garantir que le conseil d'administration de Duha Printers serait composé en majorité de candidats de la famille Duha. Emeric et Gwendolyn Duha, mari et femme, étaient propriétaires de l'imprimerie Duha Printers, et Paul Quinton était un ami de longue date d'Emeric Duha. Paul Quinton avait aussi été administrateur de Duha Printers pendant dix ans, et il était l'un des trois administrateurs qui avaient signé la résolution des administrateurs du 8 février 1984, résolution qui autorisait l'achat par Marr's des 2 000 actions de catégorie C, qui autorisait Duha Printers à conclure la convention unanime des actionnaires et qui autorisait l'achat d'actions d'Outdoor Leisureland. Cela suffit pour me permettre de conclure que Paul Quinton était en fait un candidat de la famille Duha, et de conclure, comme je l'indique ci-dessus, que l'élection d'une combinaison quelconque de ces administrateurs allait garantir que le contrôle exercé par la famille Duha sur l'entreprise familiale ne serait pas perdu.

67 I cannot see how the matter may be viewed otherwise. Successful, family-owned businesses do not cede control for the mere price of \$2,000. Duha Printers was worth almost \$600,000.<sup>61</sup> No reasonable person on the street would believe that a share transfer of \$2,000 would actually give away real control of a \$600,000 company. Neither is it coincidental that the three Duha family nominees were in fact elected as directors. Marr's did not even elect as a director its own majority shareholder. This is not a normal commercial result.

Je ne vois pas de quelle autre manière on pourrait voir tout cela. Une entreprise familiale prospère ne cède pas le contrôle pour la somme dérisoire de 2 000 \$. Duha Printers valait près de 600 000 \$<sup>61</sup>. Il faudrait être naïf pour croire qu'un transfert d'actions de 2 000 \$ puisse suffire à céder le contrôle réel d'une entreprise valant 600 000 \$. Ce n'est pas non plus une coïncidence si les trois candidats de la famille Duha ont été élus administrateurs. Marr's n'a même pas élu comme administrateur son propre actionnaire majoritaire. Ce n'est pas là un procédé conforme aux règles du commerce.

68 Counsel for the taxpayer argues that Canadian courts have generally determined that shareholder agreements and other external agreements are not relevant in determining issues of control. Certain cases of the Supreme Court of Canada explicitly state otherwise, but in support of this argument, I

Selon l'avocat de la contribuable, les conventions des actionnaires et autres conventions externes ne permettent pas, selon la jurisprudence canadienne, de dire où se situe le contrôle dans une société. Certains arrêts de la Cour suprême du Canada affirment expressément le contraire, mais, à l'appui de cet

was referred to the 1972 case of that Court, *International Iron & Metal Co. Ltd. v. M.N.R.*<sup>62</sup> There, the question was whether two companies were associated. The shares of one of the companies were held by certain children of four fathers. The shares in the other were held by the fathers and by four holding companies controlled by the children. The fathers each held a single share in this second company. The holding companies controlled by the children held 117,499 shares each in it. The four fathers signed an agreement with the four holding companies which stipulated the fathers would be named as directors. The issue in the case was whether this agreement deprived the children of *de jure* control. Gibson J. of the Exchequer Court decided it did not, and the Supreme Court of Canada upheld this result. Hall J. stated for the Court that control remained vested in the children on the basis of their share ownership. The reason for the result seems obvious, for the nominal shareholding by the fathers was contrived to multiply a tax benefit. The Court, however, refused to allow the scheme to work and decided that control, for the purposes of the legislation, had not been transferred by the agreement. I also note in the case that the children *per se* were not parties to the agreement in question, which only affected the corporations which the children controlled.<sup>63</sup>

69 There is other evidence that Marr's did not control Duha Printers. The amended Articles of Duha Printers, furthermore, stated that Duha Printers was to issue no new voting shares without unanimous shareholder consent. Marr's shares, therefore, could not be diluted. If Marr's had control, Duha Printers could not get it back. This makes it even more difficult to believe that real legal control was given to Marr's, for the voting structure was galvanized by the amendment. The terms of the unanimous shareholder agreement, furthermore, could only be changed with unanimous shareholder consent. Marr's, therefore, could not change his restricted ability to vote directors using its majority share position. Finally, by virtue of the agreement, Marr's could not dissent from a corporate transaction and apply to a court for the redemption of its shares. In

argument, on a mentionné l'arrêt rendu en 1972 par la Cour suprême du Canada dans l'espèce *International Iron & Metal Co. Ltd. c. M.N.R.*<sup>62</sup>. La question était de savoir si deux sociétés étaient associées. Les actions de l'une d'elles étaient détenues par certains des enfants de quatre pères. Les actions de l'autre étaient détenues par les pères et par quatre sociétés de portefeuille contrôlées par les enfants. Les pères détenaient chacun une seule action dans cette deuxième société. Les sociétés de portefeuille contrôlées par les enfants y détenaient chacune 117 499 actions. Les quatre pères signèrent une convention avec les quatre sociétés de portefeuille, qui prévoyait que les pères seraient nommés administrateurs. Cette convention privait-elle les enfants du contrôle *de jure*? Le juge Gibson, membre de la Cour de l'Échiquier, répondit par la négative, et son jugement fut confirmé par la Cour suprême du Canada. Le juge Hall, s'exprimant pour la Cour suprême, estima que les enfants avaient conservé le contrôle en raison des actions qu'ils détenaient. Le motif de la décision paraît évident, puisque les actions symboliques détenues par leurs pères avaient pour objet de multiplier un avantage fiscal. Mais la Cour refusa d'admettre la validité du plan et décida que, aux fins de la loi, la convention n'avait pas eu pour effet de transférer le contrôle. Je note également que les enfants n'étaient pas eux-mêmes parties à la convention, qui ne concernait que les sociétés contrôlées par eux.<sup>63</sup>

D'autres éléments de preuve attestent que Marr's ne contrôlait pas Duha Printers. Les statuts modifiés de Duha Printers, d'ailleurs, prévoyaient que Duha Printers ne pouvait pas émettre de nouvelles actions avec droit de vote sans le consentement unanime des actionnaires. Les actions détenues par Marr's ne pouvaient donc être diluées. Si Marr's avait le contrôle, Duha Printers ne pouvait pas le ravoir. Il est donc d'autant plus difficile de croire qu'un contrôle juridique réel avait été conféré à Marr's, puisque la structure des droits de vote était renforcée par la modification des statuts. Les modalités de la convention unanime des actionnaires ne pouvaient par ailleurs être modifiées qu'avec le consentement unanime des actionnaires. Marr's ne pouvait donc modifier l'aptitude restreinte qu'elle avait d'élire les administrateurs en se servant de sa participation

69

these circumstances, Marr's did not control Duha Printers.

70 Counsel for the taxpayer argues that Marr's ability to dissolve Duha Printers is a significant element suggesting that Marr's had control over Duha Printers. I do not agree. The courts have never said that dissolution power of itself is enough. From the case law above, the power to dissolve a company will be given weight only where the ability to elect directors is either equally shared or otherwise inconclusive on the issue of control. However, even apart from these considerations, the power to dissolve must have a persuasive force about it, and Marr's ability to dissolve Duha Printers was effectively little more than a chimera. Upon the dissolution of Duha Printers, Marr's was entitled only to the return of what was paid for the shares. Marr's position was, furthermore, affected by the legal agreement that the one-half remainder of the payment for the receivable would be paid only upon the redemption of Marr's shares by Duha Printers. The legal effect of this agreement is that, by dissolving the company, Marr's would not only not receive any part of the distribution of Duha Printers assets beyond the stated value of the shares, Marr's would also forfeit the remaining amount owing on the receivable sale, being a not insignificant \$17,279.50, or one half of the primary motivation for subscribing to the Class C shares in the first place. This is a significant future legal contingency bearing on Marr's ability to dissolve the company, as any dissolution of Duha Printers by Marr's would result in a net financial loss to Marr's. Marr's legal power to dissolve, therefore, had no teeth and is not a significant factor in the present analysis.

majoritaire. Finalement, en vertu de la convention, Marr's ne pouvait empêcher une opération concernant Duha Printers et demander à un tribunal que ses actions soient rachetées. Dans ces circonstances, Marr's ne contrôlait pas Duha Printers.

L'avocat de la contribuable soutient que le droit de Marr's de dissoudre Duha Printers est un facteur important qui laisse croire que Marr's exerçait un contrôle sur Duha Printers. Je ne partage pas cet avis. Les tribunaux n'ont jamais dit qu'un pouvoir de dissolution suffit à conférer le contrôle. Selon la jurisprudence évoquée précédemment, le pouvoir de dissoudre une société n'aura de poids que si le droit d'élire les administrateurs est soit également partagé, soit sans effet réel sur la question du contrôle. Cependant, ces considérations mises à part, le pouvoir de dissoudre doit avoir un effet contraignant, et la possibilité pour Marr's de dissoudre Duha Printers n'était en fait guère plus qu'une chimère. À la dissolution de Duha Printers, Marr's n'avait droit qu'au remboursement du prix qu'elle avait payé pour ses actions. La position de Marr's était d'ailleurs amoindrie par l'accord selon lequel la moitié restante de la créance ne serait remboursée qu'au moment du rachat des actions de Marr's par Duha Printers. L'effet juridique de cet accord est que, en dissolvant Duha Printers, Marr's non seulement ne recevrait aucune part des actifs de Duha Printers au-delà de la valeur déclarée des actions, mais encore devrait renoncer au solde dû sur la créance cédée, une somme non négligeable de 17 279,50 \$, soit la moitié de la somme qui avait poussé Marr's au départ à souscrire les actions de catégorie C. C'est là une éventualité juridique appréciable quant à l'aptitude de Marr's à dissoudre Duha Printers, puisque toute dissolution de Duha Printers par Marr's entraînerait pour Marr's une perte financière nette. Le droit de Marr's de dissoudre Duha Printers était donc une pure illusion et ne peut constituer un facteur déterminant dans la présente analyse.

71 In coming to my conclusion that Marr's did not control Duha Printers, it makes little difference whether the agreement was a "unanimous shareholder agreement" for the purposes of *The Corporations Act*.<sup>64</sup> I am, first, not convinced that that Act

Dans ma conclusion selon laquelle Marr's ne contrôlait pas Duha Printers, il importe peu de savoir si la convention était ou non une «convention unanime des actionnaires» aux fins de la *Loi sur les corporations*.<sup>64</sup> En premier lieu, je ne suis pas per-

requires that a shareholder agreement restrict the powers of directors in order to be a "unanimous shareholder agreement." No binding case law was put to me on this issue, and I do not read the subsection 140(2) as unambiguously requiring this. However, even if the subsection did require such a restriction, I am not convinced that the agreement failed to restrict the powers of the directors. Certain of its provisions bound the directors directly, and others bound them indirectly by binding the company. This is, in my view, a sufficient restriction to meet the wording of subsection 140(2) of *The Corporations Act*. More importantly, though, the jurisprudence, and common legal sense, do not require a unanimous shareholder agreement to qualify under a definition in a corporations statute before it may be looked at in assessing corporate control. The agreement was legally binding and was signed by all the shareholders and Duha Printers. It was meant to have legal effect and did. It also significantly affected the legal position of the shareholders as to how they could vote their shares. These are the minimum conditions required before a court will look at such an agreement in a control analysis. These conditions were all met in this case. By providing that two of any three elected directors would be nominees of the Duha family, the authors of the shareholders agreement ensured that real legal control would not be vested with Marr's.

72 This was clearly what the parties intended. For \$2,000, Marr's purchased shares that gave him the right to participate in a severely restricted election of directors, not control of a corporation. In reality, Marr's had sold the potential right to deduct approximately one-half million dollars of losses in return for the payment of \$34,559. The transaction might be described using the words of Lord Goff in *Ensign Tankers (Leasing) v. Stokes (HMIT)*,<sup>65</sup> where he wrote:

[T]here is a fundamental difference between tax mitigation and unacceptable tax avoidance. Examples of the

suadé qu'une convention des actionnaires doive, en vertu de cette Loi, restreindre les pouvoirs des administrateurs pour être une «convention unanime des actionnaires». Aucun précédent contraignant n'a été mentionné sur ce point, et il m'est impossible d'interpréter de la sorte le paragraphe 140(2). Cependant, même si ce paragraphe renfermait une telle condition, je ne suis pas convaincu que la convention ne restreignait pas les pouvoirs des administrateurs. Certaines de ses dispositions liaient les administrateurs directement, et d'autres les liaient indirectement en liant la société. C'est là à mon avis une restriction suffisante, qui répond à la formulation du paragraphe 140(2) de la *Loi sur les corporations*. Mais, quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire, selon la jurisprudence et le sens commun juridique, qu'une convention unanime des actionnaires concorde avec la définition figurant dans une loi sur les sociétés pour qu'il en soit tenu compte lorsqu'on se demande où se situe le contrôle d'une société. La convention était juridiquement contraignante et elle était signée par tous les actionnaires et Duha Printers. Elle était censée avoir un effet juridique et elle en avait un effectivement. Elle modifiait sensiblement aussi la position juridique des actionnaires quant à la manière dont ils pouvaient exercer les droits de vote afférents à leurs actions. Ce sont là les conditions minimales requises avant qu'un tribunal ne tienne compte d'une convention de ce genre pour l'analyse du contrôle d'une société. Ces conditions étaient toutes remplies en l'espèce. En prévoyant que deux administrateurs sur trois qui étaient élus seraient des candidats de la famille Duha, les auteurs de la convention des actionnaires se sont assurés que le contrôle juridique réel ne serait pas conféré à Marr's.

C'est précisément ce que les parties voulaient. 72 Pour 2 000 \$, Marr's a acheté des actions qui lui donnaient le droit de participer à une très rigide élection des administrateurs, et qui ne lui donnaient pas le contrôle d'une société. En réalité, Marr's avait vendu le droit potentiel de déduire environ un demi-million de dollars de pertes pour la somme de 34 559 \$. On pourrait décrire l'opération en répétant les propos suivants de lord Goff dans l'espèce *Ensign Tankers (Leasing) v. Stokes (HMIT)*<sup>65</sup>:

[TRADUCTION] [I]l y a une différence fondamentale entre l'atténuation des impôts et l'évasion fiscale illicite. Des

former have been given in the speech of my noble and learned friend. These are cases in which the taxpayer takes advantage of the law to plan his affairs so as to minimise the incidence of tax. Unacceptable tax avoidance typically involves the creation of complex artificial structures by which, as though by the wave of a magic wand, the taxpayer conjures out of the air a loss, or a gain, or expenditure, or whatever it may be, which otherwise would never have existed. These structures are designed to achieve an adventitious tax benefit for the taxpayer, and in truth are no more than raids on the public funds at the expense of the general body of taxpayers, and as such are unacceptable.<sup>66</sup>

In the present instance, the taxpayer has used the technicalities of revenue law and company law to conjure a legal remedy for restrictions to which it would otherwise be subject. They did not succeed. The intentions of the parties that Marr's would never really control Duha Printers are demonstrated in the legal obligations actually created by the parties. These obligations are such that, to quote the words of the Tax Court Judge [at page 2498], "in reality the Duha family shareholders did not relinquish control."

73 Because Outdoor Leisureland and Duha Printers were not related, because Outdoor Leisureland was an inactive company, and because there is no evidence before me that it was carried on with a reasonable expectation of profit, subsection 111(5) of the *Income Tax Act* applies to deny Duha Printers the use of Outdoor Leisureland's non-capital losses. For the many reasons given above, the appeal will be allowed and the reassessment of the Minister affirmed with costs.

<sup>1</sup> In *Dworkin Furs*, *supra*, an income tax case, the issue of whether certain corporations were associated with each other turned on whether they were "controlled" within the meaning of s. 39(4) [R.S.C. 1952, c. 148] of the Act as it then stood. In dealing with one of the appeals involving Aaron's Ladies Apparel Limited, Hall J. noted that Article 6 of that company's Articles of Association had provided that [at p. 232] "all motions put before any meeting of shareholders or directors . . . shall require the unanimous consent of all its members". It was held that the agree-

exemples de la première ont été donnés dans les propos de mon estimé collègue. Il s'agit de cas où le contribuable tire parti de la loi pour planifier ses affaires de façon à minimiser l'incidence de l'impôt. L'évasion fiscale illicite suppose en général la création de structures artificielles complexes par lesquelles, comme s'il s'agissait d'une baguette magique, le contribuable fait apparaître une perte, ou un gain, ou une dépense, ou n'importe quoi d'autre, qui autrement n'aurait jamais existé. Ces structures sont conçues pour procurer à leur auteur un avantage fiscal fortuit, mais en réalité ne sont rien de plus que des razzias faites sur les fonds publics aux frais de l'ensemble des contribuables, et c'est la raison pour laquelle elles sont illicites<sup>66</sup>.

Dans le cas présent, le contribuable s'est servi des aspects techniques de la législation fiscale et de la législation sur les sociétés dans l'espoir d'échapper en toute légalité à des restrictions auxquelles il devait se soumettre. Son plan n'a pas réussi. Marr's ne devait jamais véritablement contrôler Duha Printers. C'était là l'intention des parties, une intention attestée par les obligations juridiques contractées par elles. Ces obligations sont telles que, pour reprendre les mots du juge de la Cour de l'impôt [à la page 2498], «en réalité, les actionnaires de la famille Duha n'ont pas renoncé au contrôle».

Puisque Outdoor Leisureland et Duha Printers n'étaient pas des sociétés liées, puisque Outdoor Leisureland était une société inactive et puisqu'il n'a pas été démontré que cette société était exploitée dans une expectative raisonnable de bénéfices, le paragraphe 111(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a pour effet d'empêcher Duha Printers d'utiliser les pertes, autres que les pertes en capital, de Outdoor Leisureland. Pour les nombreux motifs donnés précédemment, l'appel sera accueilli et la nouvelle cotisation établie par le ministre sera confirmée, avec dépens.

<sup>1</sup> Dans l'espèce *Dworkin Furs*, *supra*, qui concernait l'impôt sur le revenu, il fallait, pour savoir si certaines sociétés étaient associées, se demander si elles étaient «contrôlées» au sens de l'art. 39(4) [S.R.C. 1952, ch. 148] de la Loi tel qu'il se lisait alors. Statuant sur l'un des appels, celui qui concernait Aaron's Ladies Apparel Limited, le juge Hall fit observer que l'article 6 des statuts de cette société prévoyait que [à la p. 232] [TRADUCTION] «toutes les motions soumises à une assemblée des actionnaires ou des administrateurs devront recueillir le consen-

ment among the shareholders contained in that article deprived the shareholders of what might otherwise have amounted to *de jure* control. At p. 236, Hall J. stated:

I am of opinion that the same reasoning applies here. Control of a company within *Buckerfield* rests with the shareholders as such and not as directors. A contract between shareholders to vote in a given or agreed way is not illegal. The Articles of Association are in effect an agreement between the shareholders and binding upon all shareholders. Article 6 in question here was neither illegal nor *ultra vires*.

Again, in *Donald Applicators Ltd. et al. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 43, appeal dismissed, [1971] S.C.R. v, "control" was found in a feature of a corporation's memorandum of association which had conferred such broad powers on the Class B shareholders as nullified the "control" which the Class A shareholders possessed under the memorandum of electing the corporation's board of directors.

<sup>2</sup> That a unanimous shareholder agreement may impact upon the ability of a duly elected board of directors to manage the business and affairs of a corporation is seen in s. 97(1) of the Manitoba statute, which reads:

**97(1)** Subject to any unanimous shareholder agreement, the directors of a corporation shall

- (a) exercise the powers of the corporation directly or indirectly through the employees and agents of the corporation; and
- (b) direct the management of the business and affairs of the corporation.

The powers of a board of directors to "make, amend, or repeal any by-laws" pursuant to s. 98(1) may be exercised "[u]nless . . . a unanimous shareholder agreement otherwise provide[s]".

<sup>3</sup> Neither the full text of the corporation's articles nor its by-laws are contained in the agreed statement of facts.

<sup>4</sup> *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended.

<sup>5</sup> The shareholders of the company were two companies and Gwendolyn Duha, Emeric Duha's wife. Gwendolyn Duha held 50,000 non-voting shares. Company No. 1 held 150,000 non-voting and 300 voting shares. The shares of this company were owned by Emeric Duha, Gwendolyn Duha, and two of their children. Company No. 2 held 1,190 voting shares; all of the shares of this company were owned by Emeric Duha. Duha Printers was therefore completely, albeit indirectly, owned by the Duha family and was indirectly controlled by Mr. Duha.

tement unanime de tous les membres de l'assemblée». La Cour jugea que la convention conclue entre les actionnaires et contenue dans cet article privait les actionnaires de ce qui aurait pu par ailleurs équivaloir à un contrôle *de jure*. À la p. 236, le juge Hall s'exprime ainsi:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que le même raisonnement s'applique ici. Le contrôle d'une société dans le contexte de l'espèce *Buckerfield* appartient aux actionnaires en tant que tels et non en tant qu'administrateurs. Il n'est pas illégal pour des actionnaires de s'entendre pour voter de telle ou telle manière. Les statuts forment eux-mêmes une entente entre les actionnaires, et ils lient tous les actionnaires. L'article 6 dont il s'agit ici n'était pas illégal et ne constituait pas un excès de pouvoir.

De nouveau, dans l'espèce *Donald Applicators Ltd. et al. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 43, appel rejeté, [1971] R.C.S. v, le tribunal a situé le «contrôle» dans une clause de l'acte constitutif d'une société, clause qui conférerait de larges pouvoirs aux actionnaires de catégorie B au point d'annuler le «contrôle» que les actionnaires de catégorie A détenaient en vertu de l'acte constitutif en ce qui concerne l'élection du conseil d'administration de la société.

<sup>2</sup> Une convention unanime des actionnaires peut influencer sur l'aptitude d'un conseil d'administration dûment élu de gérer l'entreprise et les affaires internes d'une société, comme cela ressort de l'art. 97(1) de la loi manitobaine, qui se lit ainsi:

**97(1)** Sous réserve de toute convention unanime des actionnaires, les administrateurs:

- a) exercent les pouvoirs de la corporation soit directement, soit indirectement par l'entremise de ses employés et de ses mandataires;
- b) gèrent l'entreprise et les affaires internes de la corporation.

Un conseil d'administration peut «établir, modifier ou révoquer tout règlement administratif» conformément à l'art. 98(1) «[s]auf disposition contraire . . . de conventions unanimes des actionnaires».

<sup>3</sup> Le texte intégral des statuts de la société ne figure pas dans l'exposé conjoint des faits, non plus que les règlements administratifs de la société.

<sup>4</sup> *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, dans sa forme modifiée.

<sup>5</sup> Les actionnaires de la société étaient deux sociétés et Gwendolyn Duha, l'épouse d'Emeric Duha. Gwendolyn Duha détenait 50 000 actions sans droit de vote. La société n° 1 détenait 150 000 actions sans droit de vote et 300 actions avec droit de vote. Les actions de cette société appartenaient à Emeric Duha, à Gwendolyn Duha et à deux de leurs enfants. La société n° 2 détenait 1 190 actions avec droit de vote; toutes les actions de cette société appartenaient à Emeric Duha. Duha Printers était donc intégralement, encore qu'indirectement, la propriété de la famille Duha et elle était contrôlée indirectement par M. Duha.

<sup>6</sup> Actual share ownership, again, was as follows. The shares of Outdoor Leisureland were held by Marr's Leisure Holdings Inc. At all material times, William Marr and his wife, Noah Marr, owned 62.16 percent of the voting shares of Marr's Leisure. Marr and his wife therefore indirectly controlled Outdoor Leisureland.

<sup>7</sup> According to the facts, the Director of the Manitoba Corporations Branch was notified by letter dated April 8, 1983 that Outdoor Leisureland was no longer active. The Director responded by notifying Marr's Leisure that Outdoor Leisureland was being placed on a list of corporations to be dissolved during the first week of March, 1984. Outdoor Leisureland was a moribund company.

<sup>8</sup> 64099 Manitoba Ltd. was incorporated on November 24, 1983. Duha Printers No. 1 purchased the one and only share of 64099 for \$1. Emeric Duha was appointed sole director, secretary, and president of 64099.

<sup>9</sup> This latter issue was not pressed on appeal.

<sup>10</sup> *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 545, per Estey J.

<sup>11</sup> *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346 (C.A.), at p. 352.

<sup>12</sup> *British Columbia Telephone Co. v. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 26 (F.C.A.), at p. 31.

<sup>13</sup> *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, at p. 17.

<sup>14</sup> *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312.

<sup>15</sup> *Idem*, at pp. 326-327.

<sup>16</sup> [1996] S.C.J. No. 45 (QL).

<sup>17</sup> *Idem*, at pp. 29-30.

<sup>18</sup> *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] A.C. 335 (H.L.), per Viscount Simon L.C.

<sup>19</sup> *Idem*, at p. 339.

<sup>20</sup> *Idem*, at p. 340.

<sup>21</sup> *Buckerfield's Ltd. et al v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 Ex. C.R. 299, per Jackett P.

<sup>22</sup> *Idem*, at pp. 302-303.

<sup>23</sup> *Idem*, at p. 305.

<sup>24</sup> *Vineland Quarries and Crushed Stone Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] Ex. C.R. 417, per Cattanaich J.

<sup>25</sup> *Idem*, at p. 430.

<sup>26</sup> See *Vancouver Towing Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1946] Ex. C.R. 623, where Cameron J. found that, despite even the extended powers conferred on a director by the appellant company's articles whereby the director had complete control over the board of directors, this director controlled the company by virtue of owning the shares in a company which in turn held the majority of shares of the appellant company. See also *Bert Robbins*

<sup>6</sup> Là encore, le capital de la société était réparti de la manière suivante. Les actions de Outdoor Leisureland étaient détenues par Marr's Leisure Holdings Inc. À toutes les époques pertinentes, William Marr et son épouse, Noah Marr, détenaient 62,16 p. 100 des actions avec droit de vote de Marr's Leisure. Marr et son épouse contrôlaient donc indirectement Outdoor Leisureland.

<sup>7</sup> D'après les faits, le directeur de la Direction des corporations du Manitoba fut informé par une lettre du 8 avril 1983 que Outdoor Leisureland n'était plus en activité. Le directeur a répondu en informant Marr's Leisure que Outdoor Leisureland allait figurer sur une liste de corporations qui seraient dissoutes au cours de la première semaine de mars 1984. Outdoor Leisureland était une société moribonde.

<sup>8</sup> 64099 Manitoba Ltd. a été constituée le 24 novembre 1983. Duha Printers n° 1 acheta pour 1 \$ la seule et unique action de cette société. Emeric Duha fut nommé administrateur unique, secrétaire et président de 64099.

<sup>9</sup> Il n'y a pas eu insistance sur ce dernier point dans l'appel.

<sup>10</sup> *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la p. 545, le juge Estey.

<sup>11</sup> *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346 (C.A.), à la p. 352.

<sup>12</sup> *British Columbia Telephone Co. c. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 26 (C.A.F.), à la p. 31.

<sup>13</sup> *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, à la p. 17.

<sup>14</sup> *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312.

<sup>15</sup> *Idem*, aux p. 326 et 327.

<sup>16</sup> [1996] A.C.S. n° 45 (QL).

<sup>17</sup> *Idem*, aux p. 32 et 33.

<sup>18</sup> *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] A.C. 335 (H.L.), lord chancelier vicomte Simon.

<sup>19</sup> *Idem*, à la p. 339.

<sup>20</sup> *Idem*, à la p. 340.

<sup>21</sup> *Buckerfield's Ltd. et al v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 R.C.É. 299, le président Jackett.

<sup>22</sup> *Idem*, aux p. 302 et 303.

<sup>23</sup> *Idem*, à la p. 305.

<sup>24</sup> *Vineland Quarries and Crushed Stone Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.É. 417, le juge Cattanaich.

<sup>25</sup> *Idem*, à la p. 430.

<sup>26</sup> Voir l'espèce *Vancouver Towing Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1946] R.C.É. 623, où le juge Cameron a estimé que, abstraction faite même des pouvoirs élargis conférés à un administrateur par les statuts de la société appelante, statuts qui donnaient à l'administrateur un contrôle total sur le conseil d'administration, cet administrateur contrôlait la société parce qu'il détenait les actions d'une société qui à son tour détenait la majorité

*Excavating Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] Ex. C.R. 1160, per Cattanach J. where the same principles were applied.

<sup>27</sup> *Vineland Quarries and Crushing Stone Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1967] S.C.R. vi, (1967), 67 DTC 5283, at p. 5284, per Fauteux J. for the Court.

<sup>28</sup> *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd. et al.*, [1967] S.C.R. 223, per Hall J.

<sup>29</sup> The appeal in question is *M.N.R. v. Aaron's Ladies Apparel Limited* with the same citation.

<sup>30</sup> *Idem*, at p. 231.

<sup>31</sup> *Ringuet v. Bergeron*, [1960] S.C.R. 672, per Judson J.

<sup>32</sup> In *Dworkin Furs*, *supra* note 28, at p. 235.

<sup>33</sup> *Idem*, at p. 236.

<sup>34</sup> *Vina-Rug (Canada) Limited v. Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 193, per Abbott J. for the Court.

<sup>35</sup> *Idem*, at p. 196.

<sup>36</sup> *Donald Applicators Ltd. et al. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 43, per Thurlow J.; aff'd [1971] S.C.R. v.

<sup>37</sup> *Idem*, at p. 48, emphasis added.

<sup>38</sup> *Idem*, at p. 51.

<sup>39</sup> *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] S.C.R. 1032.

<sup>40</sup> *Idem*, at p. 1037.

<sup>41</sup> *M.N.R. v. Consolidated Holding Co.*, [1974] S.C.R. 419.

<sup>42</sup> *Idem*, at pp. 422-423.

<sup>43</sup> *Idem* at p. 423.

<sup>44</sup> *Ibid.*, citation deleted and emphasis added.

<sup>45</sup> *The Queen v. Lusita Holdings Ltd.*, [1984] CTC 335 (F.C.A.), per Stone J.A.

<sup>46</sup> R.S.O. 1980, c. 512, per s. 6(c).

<sup>47</sup> *Lusita Holdings*, *supra* note 45, at p. 336.

<sup>48</sup> *R. v. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 288.

<sup>49</sup> *Idem*, at p. 294, citations deleted.

<sup>50</sup> *Donald Applicators Ltd. et al. v. Minister of National Revenue*, *supra*, note 36, at p. 46, per Thurlow J.

<sup>51</sup> *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, per Dickson C.J., at pp. 52-53.

<sup>52</sup> *Imperial General Properties*, *supra* note 48, at p. 298.

<sup>53</sup> *Idem*, at p. 295.

<sup>54</sup> *Idem*, at p. 297.

<sup>55</sup> *Idem*, at p. 308.

<sup>56</sup> *International Mercantile Factors Ltd. v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 137 (F.C.T.D.), per Teitelbaum J.

des actions de la société appelante. Voir aussi le jugement *Bert Robbins Excavating Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.É. 1160, le juge Cattanach, où les mêmes principes furent appliqués.

<sup>27</sup> *Vineland Quarries and Crushing Stone Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1967] R.C.S. vi, (1967), 67 DTC 5283, à la p. 5284, (le juge Fauteux a rendu l'arrêt de la Cour).

<sup>28</sup> *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd. et al.*, [1967] R.C.S. 223, le juge Hall.

<sup>29</sup> L'appel en question est *M.N.R. v. Aaron's Ladies Apparel Limited* (même référence).

<sup>30</sup> *Idem*, à la p. 231.

<sup>31</sup> *Ringuet v. Bergeron*, [1960] R.C.S. 672, le juge Judson.

<sup>32</sup> Cité dans l'affaire *Dworkin Furs*, *supra*, note 28, à la p. 235.

<sup>33</sup> *Idem*, à la p. 236.

<sup>34</sup> *Vina-Rug (Canada) Limited v. Minister of National Revenue*, [1968] R.C.S. 193, le juge Abbott.

<sup>35</sup> *Idem*, à la p. 196.

<sup>36</sup> *Donald Applicators Ltd. et al. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 43, le juge Thurlow; confirmé par [1971] R.C.S. v.

<sup>37</sup> *Idem*, à la p. 48, soulignement ajouté.

<sup>38</sup> *Idem*, à la p. 51.

<sup>39</sup> *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1971] R.C.S. 1032.

<sup>40</sup> *Idem*, à la p. 1037.

<sup>41</sup> *M.R.N. c. Consolidated Holding Co.*, [1974] R.C.S. 419.

<sup>42</sup> *Idem*, aux p. 422 et 423.

<sup>43</sup> *Idem*, à la p. 423.

<sup>44</sup> *Ibid.*, référence omise et soulignement ajouté.

<sup>45</sup> *La Reine c. Lusita Holdings Ltd.*, [1984] CTC 335 (C.A.F.), le juge Stone, J.C.A.

<sup>46</sup> R.S.O. 1980, ch. 512, art. 6c).

<sup>47</sup> *Lusita Holdings*, *supra*, note 45, à la p. 336.

<sup>48</sup> *R. c. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 288.

<sup>49</sup> *Idem*, à la p. 294, références omises.

<sup>50</sup> *Donald Applicators Ltd. et al. v. Minister of National Revenue*, *supra*, note 36, à la p. 46, le juge Thurlow.

<sup>51</sup> *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, le juge en chef Dickson, aux p. 52 et 53.

<sup>52</sup> *Imperial General Properties*, *supra*, note 48, à la p. 298.

<sup>53</sup> *Idem*, à la p. 295.

<sup>54</sup> *Idem*, à la p. 297.

<sup>55</sup> *Idem*, à la p. 308.

<sup>56</sup> *International Mercantile Factors Ltd. c. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 137 (C.F. 1<sup>o</sup> inst.), le juge Teitelbaum.

<sup>57</sup> *Idem*, at p. 148.

<sup>58</sup> *Alteco Inc. v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2087 (T.C.C.), per Bell J.

<sup>59</sup> *Idem*, at p. 2103.

<sup>60</sup> Estey J. in *Imperial General Properties*, *supra* note 48, at p. 297.

<sup>61</sup> The agreed statement of facts states that as at February 10, 1984, the shareholders' equity of Duha Printers was \$596,771.

<sup>62</sup> *International Iron & Metal Co. Ltd v. M.N.R.*, [1974] S.C.R. 898, per Hall J.

<sup>63</sup> Counsel also referred me to *Harvard International Resources Ltd. v. Alberta (Provincial Treasurer)* (1992), 136 A.R. 197 (Q.B.), where Hutchinson J. stated that external agreements are not to be looked to. This case is not binding on me. It did not deal with "control" as it is understood in the *Income Tax Act*.

<sup>64</sup> R.S.M., 1987, c. C225.

<sup>65</sup> *Ensign Tankers (Leasing) v. Stokes (HMIT)*, [1992] B.T.C. 110, at p. 128.

<sup>66</sup> *Idem*, at p. 298.

<sup>57</sup> *Idem*, à la p. 148.

<sup>58</sup> *Alteco Inc. c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2087 (C.C.I.), le juge Bell.

<sup>59</sup> *Idem*, à la p. 2103.

<sup>60</sup> Le juge Estey dans l'affaire *Imperial General Properties*, *supra*, note 48, à la p. 297.

<sup>61</sup> L'exposé conjoint des faits mentionne que, au 10 février 1984, l'avoir des actionnaires de Duha Printers était de 596 771 \$.

<sup>62</sup> *International Iron & Metal Co. Ltd. c. M.R.N.*, [1974] R.C.S. 898, le juge Hall.

<sup>63</sup> L'avocat de la contribuable m'a aussi signalé l'espèce *Harvard International Resources Ltd. v. Alberta (Provincial Treasurer)* (1992), 136 A.R. 197 (B.R.), dans laquelle le juge Hutchinson affirme que les conventions externes doivent être ignorées. Je ne suis pas lié par cette jurisprudence. Elle ne concernait pas le «contrôle» tel que l'entend la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

<sup>64</sup> L.R.M., 1987, ch. C225.

<sup>65</sup> *Ensign Tankers (Leasing) v. Stokes (HMIT)*, [1992] B.T.C. 110, à la p. 128.

<sup>66</sup> *Idem*, à la p. 298.

T-638-91

T-638-91

**Clayton Charles Ruby** (*Applicant*)**Clayton Charles Ruby** (*requérant*)

v.

c.

**The Solicitor General** (*Respondent*)**Le Solliciteur Général** (*intimé*)**INDEXED AS: RUBY v. CANADA (SOLICITOR GENERAL)**  
(T.D.)**RÉPERTORIÉ: RUBY c. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL)**  
(1<sup>re</sup> INST.)Trial Division, Simpson J.—Ottawa, March 6 and  
May 31, 1996.Section de première instance, juge Simpson—  
Ottawa, 6 mars et 31 mai 1996.

*Privacy — Act, s. 51 (providing for in camera and ex parte hearings in case of request for access to sensitive information) infringing right to freedom of press guaranteed in Charter, s. 2(b) — Infringement justified under Charter, s. 1.*

*Protection des renseignements personnels — L'art. 51 de la Loi (qui prévoit des auditions à huis clos et la présentation d'arguments en l'absence d'une autre partie en cas de demande d'accès à des renseignements délicats) contrevient au droit à la liberté de la presse garanti par l'art. 2b) de la Charte — Dérégation justifiée en vertu de l'art. premier de la Charte.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Privacy Act, s. 51 (providing for in camera and ex parte hearings in case of request for access to sensitive information) infringing right to freedom of press guaranteed in Charter, s. 2(b) — Infringement justified under Charter, s. 1 — Pressing and substantial objective — Meeting proportionality test.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Loi sur la protection des renseignements personnels — L'art. 51 (qui prévoit des auditions à huis clos et la présentation d'arguments en l'absence d'une autre partie en cas de demande d'accès à des renseignements délicats) contrevient au droit à la liberté de la presse garanti par l'art. 2b) de la Charte — Dérégation justifiée en vertu de l'art. premier — Objectif urgent et important — Satisfaction du critère de proportionnalité.*

*Security intelligence — In context of request to CSIS for access to sensitive information under Privacy Act, s. 12 and exemption claims by CSIS under Act, ss. 19, 21, 22 and 26, constitutionality of Privacy Act, s. 51 challenged — S. 51 (providing for in camera and ex parte hearings in case of request for access to sensitive information) infringing right to freedom of press guaranteed in Charter, s. 2(b) but justified under Charter, s. 1.*

*Renseignement de sécurité — Dans le contexte d'une demande au SCRS visant l'accès à des renseignements délicats en vertu de l'art. 12 de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les demandes d'exemption faites par le SCRS en vertu des art. 19, 21, 22 et 26 de la Loi, la constitutionnalité de l'art. 51 de la Loi sur la protection des renseignements personnels est contestée — L'art. 51 (qui prévoit des auditions à huis clos et la présentation d'arguments en l'absence d'une autre partie en cas de demande d'accès à des renseignements délicats) contrevient au droit à la liberté de la presse garanti par l'art. 2b) de la Charte mais se justifie en vertu de son art. premier.*

The applicant made a request for information under subsection 12(1) of the *Privacy Act* to obtain access to documents containing his personal information in a CSIS counter terrorism data bank. CSIS claimed exemptions, *inter alia*, under sections 19 and 21 of the Act. When the applicant realized that his application for judicial review, brought pursuant to section 41 of the Act, would have to proceed in compliance with section 51 of the Act (*in camera* and *ex parte* hearings), he decided, as a preliminary question, to challenge the constitutionality of paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3). The Court held that

Le requérant a déposé une demande de renseignements en application du paragraphe 12(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour avoir accès à des documents contenant des renseignements personnels le concernant et figurant dans une banque de données du SCRS sur l'antiterrorisme. Le SCRS a demandé d'en être dispensé en vertu, entre autres, des articles 19 et 21 de la Loi. Quand le requérant a compris que le contrôle judiciaire qu'il avait demandé conformément à l'article 41 de la Loi se ferait conformément à l'article 51 de la Loi (à huis clos et en l'absence d'une autre partie), il a décidé,

the impugned provisions infringed the right to freedom of the press guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter.

The issue herein, left open by the first decision, was whether the impugned provisions could be saved under section 1 of the Charter.

*Held*, the applicant's challenge to the constitutionality of the impugned provisions should be dismissed.

Section 51 comes into play only when the exemptions claimed deal either with material received in confidence from foreign governments or international organizations of states, or with material which could injure international affairs or harm national security. When a review is governed by section 51, and when exemptions under paragraph 19(1)(a) or (b) or section 21 are among the exemptions claimed, a confidential affidavit must be accepted and *ex parte* evidence must be received. As well, the review must be held *in camera*.

The principles for a section 1 analysis described in the Supreme Court of Canada decision in *R. v. Oakes* still apply, but must be regarded as criteria or guidelines and not as rigid tests: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*.

(1) The objective the impugned provisions are designed to achieve must be sufficiently pressing and substantial to warrant overriding the constitutionally protected right or freedom. The respondent's evidence (affidavits in respect of the operations of CSIS, the RCMP, the Department of National Defence and the Department of Foreign Affairs) indicates that the objective is to avoid the perception on the part of Canada's allies and information sources that an inadvertent disclosure of sensitive information might occur. This perception would jeopardize Canada's present level of access to information provided by foreign sources. Based on the evidence, the impugned provisions are directed to a significant objective of pressing and substantial importance.

(2) There was a rational connection between the impugned provisions and the objective. To have *in camera* proceedings with *ex parte* representations reduces the risk of an inadvertent disclosure of sensitive information. After reviewing the situation in Canada, Australia and the United States of America, the conclusion was that the impugned provisions represented a minimal impairment of the applicant's paragraph 2(b) Charter rights. The provisions met the overall proportionality test first stated in *Oakes* and restated by the Supreme Court of Canada in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*: there must be

comme question préliminaire, de contester la constitutionnalité de l'alinéa 51(2)a) et du paragraphe 51(3). La Cour a conclu que les dispositions contestées portaient atteinte au droit à la liberté de la presse garanti par l'alinéa 2b) de la Charte.

La question en l'espèce, à laquelle n'a pas répondu la première décision, est celle de savoir si les dispositions contestées pouvaient se justifier au regard de l'article premier de la Charte.

*Jugement*: la contestation, par le requérant, de la constitutionnalité des décisions contestées, doit être rejetée.

L'article 51 ne joue que lorsque les exceptions demandées portent soit sur des renseignements qui sont reçus à titre confidentiel de gouvernements étrangers ou d'organisations internationales d'États, soit sur des renseignements qui porteraient éventuellement préjudice à la conduite des affaires internationales ou à la sécurité nationale. Lorsqu'un contrôle est régi par l'article 51 et que les exceptions prévues aux alinéas 19(1)a) ou b) ou à l'article 21 font partie de celles qui sont réclamées, un affidavit confidentiel doit être accepté et des preuves doivent être reçues en l'absence d'une autre partie. De même, le contrôle doit avoir lieu à huis clos.

Les principes relatifs à une analyse de l'article premier énoncés dans l'arrêt de la Cour suprême *R. c. Oakes* s'appliquent toujours mais doivent être considérés comme des critères ou des directives et non comme des impératifs: *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*.

(1) L'objectif que les dispositions contestées sont censées atteindre doit être suffisamment urgent et important pour justifier qu'on passe outre à un droit ou à une liberté protégée par la constitution. La preuve fournie par l'intimé (affidavits relatifs aux activités du SCRS, du ministère de la Défense nationale et du ministère des Affaires étrangères) montre que l'objectif consiste à éviter que les alliés du Canada et ses sources d'information ne recueillent l'impression qu'une divulgation de renseignements puisse, par inadvertance, survenir. Une telle impression compromettrait la position actuelle du Canada en matière d'accès aux sources de renseignements étrangères. D'après la preuve fournie, les dispositions contestées visent un objectif appréciable de nature importante et urgente.

(2) Il existe un lien rationnel entre les dispositions contestées et l'objectif. Une procédure à huis clos et des arguments présentés en l'absence d'une autre partie atténuent le risque de divulgation accidentelle d'une information délicate. Après avoir examiné la situation au Canada, en Australie et aux États-Unis, il faut conclure que les dispositions incriminées constituent une dérogation minimale au droit du requérant énoncé à l'alinéa 2b) de la Charte. Les dispositions répondent au critère énoncé pour la première fois dans l'arrêt *Oakes* et réaffirmé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dagenais c. Société*

a proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures.

*Radio-Canada*, à savoir qu'il doit y avoir un lien de proportionnalité entre les conséquences néfastes et les conséquences salutaires des mesures.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 15.  
*Archives Act 1983*, No. 79, 1983 (Aust.), ss. 44, 47.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b), 7.  
*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 12, 13 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25), 14, 15, 16 (as am. *idem*), 17 (as am. *idem*), 18, 19 (as am. *idem*), 20, 39(1).  
 Exec. Order No. 12958, 60 Fed. Reg. 19825 (1995) (U.S.).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).  
*Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. § 552 (1994).  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 12(1), 16(2), 19, 21, 22, 23, 24 (as am. by S.C. 1994, c. 26, s. 56), 25, 26, 27, 28, 41, 46(1), 51, 52.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 417; 31 C.R.R. (2d) 189; 187 N.R. 1; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81.

##### DISTINGUISHED:

*R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; (1994), 28 C.R. (4th) 1.

#### AUTHORS CITED

*Access and Privacy: The Steps Ahead*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1987.

Australia. Parliamentary Joint Committee on the Australian Security Intelligence Organization. *ASIO and the Archives Act: The Effect on ASIO of the*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Archives Act 1983*, No. 79, 1983 (Aust.), art. 44, 47.  
*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), 7.  
 Exec. Order No. 12958, 60 Fed. Reg. 19825 (1995) (U.S.).  
*Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. § 552 (1994).  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 15.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 12(1), 16(2), 19, 21, 22, 23, 24 (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 56), 25, 26, 27, 28, 41, 46(1), 51, 52.  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 12, 13 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25), 14, 15, 16 (mod., *idem*), 17 (mod., *idem*), 18, 19 (mod., *idem*), 20, 39(1).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 417; 31 C.R.R. (2d) 189; 187 N.R. 1; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; (1994), 28 C.R. (4th) 1.

#### DOCTRINE

*Accès et renseignements personnels: Les prochaines étapes*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1987.

Australie. Parliamentary Joint Committee on the Australian Security Intelligence Organization. *ASIO and the Archives Act: The Effect on ASIO of the*

*Operation of the Access Provisions of the Archives Act.* April 1992.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 94 (8 June 1982).

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Solicitor General on the Review of the Access to Information Act and the Privacy Act. *Report: Open and Shut: Enhancing the Right to Know and the Right to Privacy*. Ottawa: Queen's Printer, 1987.

United States. Department of Justice. *Guide to the Freedom of Information Act*. U.S.G.P.O., 1995.

CONSTITUTIONAL QUESTION — In the context of an application for judicial review of a refusal of a request to CSIS for information under the *Privacy Act*, stage two (Charter, section 1 analysis) of the question of the constitutional validity of paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) of the *Privacy Act*, which were found, in a first stage (*Ruby v. Canada (Solicitor General)* (1994), 22 C.R.R. (2d) 324; 80 F.T.R. 81 (F.C.T.D.)), to infringe the right to freedom of the press guaranteed in paragraph 2(b) of the Charter. Challenge to the constitutional validity of the impugned provisions dismissed.

COUNSEL:

*Jill Copeland* for applicant.  
*Barbara A. McIsaac, Q.C.* for respondent.

SOLICITORS:

*Ruby & Edwardh*, Toronto, for applicant.  
*McCarthy Tétrault*, Ottawa, for respondent.

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

1 SIMPSON J.:

BACKGROUND

2 This matter was commenced by the delivery of a request for information dated March 22, 1988. The

*Operation of the Access Provisions of the Archives Act.* Avril 1992.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 94 (le 8 juin 1982).

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général sur l'examen de la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels. *Rapport: Une question à deux volets: Comment améliorer le droit d'accès à l'information tout en renforçant les mesures de protection des renseignements personnels*. Ottawa: Imprimerie de la Reine, 1987.

United States. Department of Justice. *Guide to the Freedom of Information Act*. U.S.G.P.O., 1995.

QUESTION CONSTITUTIONNELLE — Dans le contexte du contrôle judiciaire du refus d'une demande faite au SCRS en vue d'obtenir des renseignements aux termes de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, deuxième volet (analyse selon l'article premier de la Charte) de la question de la validité constitutionnelle de l'alinéa 51(2)a) et du paragraphe 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, à l'égard desquels, dans une première affaire (*Ruby c. Canada (Solliciteur général)* (1994), 22 C.R.R. (2d) 324; 80 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)), il avait été conclu qu'ils contrevenaient au droit à la liberté de la presse garanti par l'alinéa 2b) de la Charte. La contestation de la validité constitutionnelle des dispositions visées est rejetée.

AVOCATS:

*Jill Copeland* pour le requérant.  
*Barbara A. McIsaac, c.r.* pour l'intimé.

PROCUREURS:

*Ruby & Edwardh*, Toronto, pour le requérant.  
*McCarthy Tétrault*, Ottawa, pour l'intimé.

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

LE JUGE SIMPSON:

1

CONTEXTE

La présente affaire a été engagée suite à une demande de renseignements datée du 22 mars 1988,

2

request was made by Clayton Ruby (the applicant) to the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) under subsection 12(1) of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 (the Act). The applicant sought access to documents containing his personal information (the information) in Personal Information Bank SIS/P-PU-O10 (Bank 10). This bank is controlled by CSIS and is described in an affidavit sworn by Robert MacEwan on February 18, 1993 (the MacEwan affidavit). Mr. MacEwan made his affidavit as CSIS' Director General of Counter Terrorism. In the MacEwan affidavit, Bank 10 is described as the bank which contains sensitive and current operational information about individuals whose activities may, on reasonable grounds, be suspected of directly relating to espionage or sabotage that is against or is detrimental to the interests of Canada. Although the applicant's request related only to Bank 10, CSIS also processed it in respect of information in Personal Information Bank SIS/P-PU-015 (Bank 15). Bank 15 is described in the MacEwan affidavit as containing information which is similar to that found in Bank 10, but which is less current and less sensitive.

présentée par Clayton Ruby (le requérant) au Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), en application du paragraphe 12(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21 (la Loi). Le requérant voulait avoir accès aux renseignements personnels le concernant (les renseignements) figurant au fichier SIS/P-PU-O10 (fichier 10) dont le SCRS assure la surveillance et qui est décrit dans l'affidavit donné sous serment par Robert MacEwan le 18 février 1993 (affidavit MacEwan), en sa qualité de directeur général de l'antiterrorisme au SCRS. Comme le dit MacEwan dans son affidavit, le fichier 10 renferme des renseignements délicats et courants d'ordre opérationnel relatifs à des individus que l'on peut soupçonner, pour des motifs raisonnables, de se livrer à des activités directement liées à l'espionnage ou au sabotage et de nature hostile ou préjudiciable aux intérêts du Canada. Bien que la demande du requérant ne portât que sur le fichier 10, le SCRS y a donné suite en tenant compte également des informations conservées dans le fichier de renseignements personnels SIS/P-PU-015 (fichier 15), lequel, toujours selon l'affidavit MacEwan, contient des informations semblables à celles du fichier 10, mais moins courantes et délicates.

3 The applicant received information from Bank 15 both before and after the intervention of the Privacy Commissioner. However, CSIS has claimed exemptions under sections 19, 21, paragraphs 22(1)(a) and (b) of the Act for the balance of the information in Bank 15. It, therefore, continues to be withheld from the applicant. With regard to Bank 10, CSIS relies on subsection 16(2) of the Act and has refused to confirm or deny whether information exists. CSIS has also said that, if there is information in Bank 10, it will invoke exemptions under sections 19, 21, 22 and 26 of the Act.

3 Le requérant a obtenu des renseignements du fichier 15 avant aussi bien qu'après l'intervention du Commissaire à la protection de la vie privée. Mais, le SCRS a demandé, en vertu des articles 19, 21, et des alinéas 22(1)a) et b) de la Loi, d'être dispensé de communiquer le reste des informations reposant au fichier 15 que le requérant ne peut toujours pas obtenir. En ce qui concerne le fichier 10, le SCRS, se fondant sur le paragraphe 16(2) de la Loi, a refusé de confirmer ou de nier l'existence des renseignements en question. Il a également déclaré qu'au cas où ces renseignements existent au fichier 10, il invoquera les exceptions prévues aux articles 19, 21, 22 et 26 de la Loi.

4 The applicant in this case does not accept any of the exemptions claimed by CSIS and has applied for judicial review, pursuant to section 41 of the Act (the review). Because the exemptions claimed by CSIS include exemptions under sections 19 and 21

4 Le requérant n'accepte, en l'espèce, aucune des exceptions invoquées par le SCRS et a demandé un contrôle judiciaire conformément à l'article 41 de la Loi (le contrôle). Du fait que les exceptions dont se prévaut le SCRS en comprenant d'autres qui font

of the Act, the review must proceed in compliance with the provisions of section 51 of the Act (section 51).

5 The review has not yet begun because, by notice dated April 29, 1994 and filed pursuant to section 57 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19], the applicant challenged the constitutionality of section 51. In particular, he challenged the provisions for *in camera* and *ex parte* hearings which are found in paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) (the impugned provisions).

6 In my decision dated June 6, 1994 [(1994), 22 C.R.R. (2d) 324], I concluded that the impugned provisions infringe the right to freedom of the press found in paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter) [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]]. I have now amended that decision on page 8 to clarify that it was only paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) which are the infringing provisions. Attached hereto as Schedule "A" and forming part of these reasons, is a copy of the amended reasons for that decision.\*

\*Editor's Note: For the June 6, 1994 decision, please refer to the digest of that decision in the Federal Court Reports at [1994] 3 F.C. D-31. The amended part, which referred to s. 51(1), is at page D-32. Schedule "A", containing the amended reasons, will not be published herein.

7 At the request of counsel for both parties, I left open for future argument the question of whether the impugned provisions could be saved under section 1 of the Charter (section 1). The respondent elected to pursue the section 1 issue. It was to have been argued in September 1995. However, due to the late filing of the applicant's material, argument was adjourned at the respondent's request. The matter was rescheduled and the section 1 argument was heard on March 6, 1996. Accordingly, this portion of my reasons deals with section 1 and with costs.

8 I should note that there is a second file, file T-867-90 which is also the subject of the review.

l'objet des articles 19 et 21 de la Loi, le contrôle doit se faire en conformité avec l'article 51 de la Loi (l'article 51).

5 Le contrôle n'a pas encore eu lieu du fait que, par avis daté du 29 avril 1994 et déposé conformément à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19], le requérant a contesté la constitutionnalité de l'article 51, en particulier en ce qui a trait aux auditions à huis clos et en l'absence d'une partie, dont il est question à l'alinéa 51(2)a) et au paragraphe 51(3) (les dispositions contestées).

6 J'ai conclu, dans ma décision du 6 juin 1994 [(1994), 22 C.R.R. (2d) 324], que les dispositions contestées portent atteinte au droit à la liberté de presse énoncé à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) [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]]. J'ai maintenant modifié cette décision à la page 10 pour préciser que seuls étaient incriminés l'alinéa 51(2)a) et le paragraphe 51(3). Une copie du texte modificateur de l'ordonnance est jointe aux présents et en fait partie intégrante (voir l'annexe «A»)\*.

\*Note de l'arrêtiste: Pour la décision du 6 juin 1994, voir la fiche analytique de celle-ci publiée à [1994] 3 C.F. F-41. La partie modifiée, où on parlait à tort de l'art. 51(1) se trouve à la page F-42. L'annexe "A", qui contient les motifs modifiés, ne sera pas publié dans le présent Recueil.

7 À la demande des avocats des parties, j'ai remis, pour discussion ultérieure, la question de savoir si les dispositions contestées se justifiaient au regard de l'article premier de la Charte (article premier). L'intimé a choisi de poursuivre la question de l'article premier qui devait être plaidée en septembre 1995. En raison toutefois du dépôt tardif des documents du requérant, l'audition a été ajournée à la demande de l'intimé et elle a eu lieu le 6 mars 1996. Par conséquent, cette partie des motifs porte sur l'article premier et les dépens.

8 Je devrais signaler qu'un autre dossier portant le numéro T-867-90 fait également l'objet du contrôle.

However, the impugned provisions are not at issue in that file. Accordingly, these reasons do not apply to file T-867-90.

### RELEVANT STATUTES

9 Section 51 of the Act reads as follows:

51. (1) Any application under section 41 or 42 relating to personal information that the head of a government institution has refused to disclose by reason of paragraph 19(1)(a) or (b) or section 21, and any application under section 43 in respect of a file contained in a personal information bank designated as an exempt bank under section 18 to contain files all of which consist predominantly of personal information described in section 21, shall be heard and determined by the Associate Chief Justice of the Federal Court or by such other judge of the Court as the Associate Chief Justice may designate to hear the applications.

(2) An application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

(a) be heard *in camera*; and

(b) on the request of the head of the government institution concerned, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

(3) During the hearing of an application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application, the head of the government institution concerned shall, on the request of the head of the institution, be given the opportunity to make representations *ex parte*. [My emphasis throughout.]

10 The Act contains a wide variety of exemptions which justify the non-disclosure of personal information. However, in general terms, section 51 only comes into play when the exemptions claimed deal either with material received in confidence from foreign governments or international organizations of states, or with material which could injure international affairs or harm national security. These exemptions are found in paragraphs 19(1)(a) and (b) and section 21 of the Act.

11 Paragraphs 19(1)(a) and (b) provide for mandatory exemptions and read as follows:

Cependant, les dispositions contestées ne sont pas en cause dans ce dossier-là et les présents motifs ne s'appliquent pas à ce cas.

### INSTRUMENTS LÉGISLATIFS

L'article 51 de la Loi s'énonce ainsi:

51. (1) Les recours visés aux articles 41 ou 42 et portant sur les cas où le refus de donner communication de renseignements personnels est lié aux alinéas 19(1)a) ou b) ou à l'article 21 et sur les cas concernant la présence des dossiers dans chacun desquels dominent des renseignements visés à l'article 21 dans des fichiers inconsultables classés comme tels en vertu de l'article 18 sont exercés devant le juge en chef adjoint de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette Cour qu'il charge de leur audition.

(2) Les recours visés au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l'objet d'une audition à huis clos; celle-ci a lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la Loi sur la capitale nationale si le responsable de l'institution fédérale concernée le demande.

(3) Le responsable de l'institution fédérale concernée a, au cours des auditions en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie. [Non souligné dans le texte original.]

La Loi renferme tout un éventail d'exceptions 10 justifiant la non-divulgence de renseignements personnels. De façon générale cependant, l'article 51 ne joue que lorsque les exceptions demandées portent soit sur des renseignements qui sont reçus à titre confidentiel de gouvernements étrangers ou d'organisations internationales d'États, soit qui porteraient éventuellement préjudice à la conduite des affaires internationales ou à la sécurité nationale. Ces exceptions se trouvent aux alinéas 19(1)a) et b) et à l'article 21 de la Loi.

Les alinéas 19(1)a) et b) prévoient des exceptions 11 obligatoires et s'énoncent ainsi:

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) that was obtained in confidence from

(a) the government of a foreign state or an institution thereof;

(b) an international organization of states or an institution thereof; [My emphasis.]

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) qui ont été obtenus à titre confidentiel:

a) des gouvernements des États étrangers ou de leurs organismes;

b) des organisations internationales d'États ou de leurs organismes; [Non souligné dans le texte original.]

12 Section 21 provides discretion to exempt information in the following terms:

21. The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada, as defined in subsection 15(2) of the *Access to Information Act*, or the efforts of Canada toward detecting, preventing or suppressing subversive or hostile activities, as defined in subsection 15(2) of the *Access to Information Act*, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information listed in paragraphs 15(1)(a) to (i) of the *Access to Information Act*. [My emphasis.]

L'article 21 accorde un pouvoir discrétionnaire de non-divulgaration de renseignements dans les termes suivants:

21. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada, au sens du paragraphe 15(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, ou à ses efforts de détection, de prévention ou de répression d'activités hostiles ou subversives, au sens du paragraphe 15(2) de la même loi, notamment les renseignements visés à ses alinéas 15(1)a) à i). [Non souligné dans le texte original.]

13 I will hereinafter describe the information exempted by paragraphs 19(1)(a) and (b) and section 21 of the Act as the "sensitive information". Section 21 of the Act refers to section 15 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Access Act). For completeness, it is appended hereto as Schedule "B". It deals with information relating to matters such as military operations, defence equipment, the detection of subversive activities, international negotiations, diplomatic correspondence and communications, and intelligence gathering systems.

Je qualifierai, ci-après, de «renseignements délicats», les renseignements exemptés aux termes des alinéas 19(1)a) et b) et de l'article 21 de la Loi. L'article 21 fait référence à l'article 15 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi sur l'accès). Pour compléter le dossier, cette disposition est jointe aux présents (voir annexe «B»). Elle traite de renseignements relatifs à des questions comme les opérations militaires, l'équipement de défense, la détection des activités subversives, les négociations internationales, la correspondance et les communications diplomatiques ainsi que les systèmes de collecte de renseignements.

14 There are also exemptions in paragraphs 19(1)(c) and (d), and sections 22 to 28 of the Act [section 24 (am. by S.C. 1994, c. 26, s. 56)] which deal with information received in confidence from provincial and municipal governments and with information relating to police investigations, provincial law enforcement, threats to the security of Canada, security clearances and parole reports, if the disclosure

D'autres exceptions figurent aux alinéas 19(1)c) et d) et aux articles 22 à 28 de la Loi [article 24 (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 56)]; elles traitent des renseignements obtenus à titre confidentiel de gouvernements provinciaux ou d'administrations municipales ou qui se rapportent à des enquêtes policières, à l'application d'une loi provinciale, à des menaces à la sécurité du Canada, à des enquêtes de sécurité

of such information could reasonably be expected to cause specified injuries. These sections also exempt information from disclosure, if disclosure could threaten the safety of others, reveal information about others or breach solicitor-client privilege. In the case of medical records, information is exempt if its release would be contrary to the best interests of an applicant. During hearings to consider the validity of claims for these exemptions, the mandatory provisions for *in camera* and *ex parte* provisions in section 51 do not apply. Rather, subsection 46(1) of the Act applies. It provides that a judge who considers exemptions (other than those in paragraphs 19(1)(a) and (b) and section 21) has discretion to hear submissions *in camera* or *ex parte*.

15 Subsection 46(1) reads:

46. (1) In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, the Court shall take every reasonable precaution, including, when appropriate, receiving representations *ex parte* and conducting hearings *in camera*, to avoid the disclosure by the Court or any person of

(a) any information or other material that the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose if it were requested under subsection 12(1) or contained in a record requested under the *Access to Information Act*; or

(b) any information as to whether personal information exists where the head of a government institution, in refusing to disclose the personal information under this Act, does not indicate whether it exists.

### THE PRACTICAL CONTEXT

16 Review proceedings under section 41 of the Act are commenced by a notice of application. I am advised that, typically, the application is supported by an affidavit which is filed on the public record. In this case, the MacEwan affidavit fulfils that role. In broad terms, it sets out the history of the appli-

ou à des rapports relatifs à la libération conditionnelle, lorsque la communication de tels renseignements est de nature à causer vraisemblablement des préjudices déterminés. Ces mêmes dispositions prévoient la non-communication de renseignements qui risquent de nuire à la sécurité d'autrui, de révéler des renseignements sur des tiers ou d'enfreindre le secret professionnel qui lie un avocat à son client. Quant aux dossiers médicaux, la communication de renseignements peut être refusée au cas où leur divulgation desservirait le requérant. Les dispositions obligatoires prévues à l'article 51 concernant la tenue d'audiences à huis clos ou en l'absence d'une partie, ne s'appliquent pas aux audiences portant sur le bien-fondé des plaintes relatives à ces exceptions; c'est le paragraphe 46(1) qui s'applique plutôt. Il dispose que le juge, saisi d'un recours contre des exceptions (autres que celles indiquées aux alinéas 19(1)a) et b) et à l'article 21), peut, à sa discrétion, tenir des audiences à huis clos ou en l'absence d'une partie.

Le paragraphe 46(1) s'énonce comme suit:

15

46. (1) À l'occasion des procédures relatives aux recours prévus aux articles 41, 42 ou 43, la Cour prend toutes les précautions possibles, notamment, si c'est indiqué, par la tenue d'audiences à huis clos et l'audition d'arguments en l'absence d'une partie, pour éviter que ne soient divulgués de par son propre fait ou celui de quiconque:

a) des renseignements qui justifient un refus de communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) ou de renseignements contenus dans un document demandé sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*;

b) des renseignements faisant état de l'existence de renseignements personnels que le responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s'ils existaient ou non.

### LE CONTEXTE PRATIQUE

La procédure de contrôle prévue à l'article 41 de la Loi est engagée par un avis de demande d'accès. On m'informe que, typiquement, la demande est appuyée par un affidavit qui est déposé au greffe. En l'espèce, l'affidavit MacEwan joue ce rôle. Il fait, en termes généraux, l'historique de la demande du

16

cant's request for access and the access provided. It describes the relevant information banks and their contents and discusses the justification for the collection of the information they contain. It then describes why the information, which has not yet been provided, is subject to exemptions and what types of injury could occur in the event of disclosure.

requérant visant l'accès à son dossier personnel et ce qu'il a réussi à obtenir à cet égard. Il décrit les fichiers de renseignements pertinents et leur contenu et s'emploie à justifier la collecte des données qu'ils renferment en expliquant pourquoi les informations qu'on n'a pas fournies au requérant sont inconsultables et quelle sorte de préjudice leur divulgation peut entraîner.

17 Throughout the MacEwan affidavit, reference is made to a secret affidavit (the secret affidavit). This is an affidavit which Mr. MacEwan has sworn and which counsel for the respondent proposes to tender on the basis that it must be accepted as an *ex parte* submission pursuant to subsection 51(3). Pending a resolution of the constitutional issue, the secret affidavit has not been submitted for filing. However, according to the MacEwan affidavit, the secret affidavit will annex all information in Bank 15 for which exemptions are sought and will correlate each item of information with the relevant exemption. As well, the secret affidavit will indicate whether, in fact, information about the applicant exists in Bank 10. If it exists, the information will be annexed and the relevant exemptions will be set out and justified.

Tout au long de l'affidavit MacEwan, mention est faite d'un affidavit secret (l'affidavit secret), que M. MacEwan a fait sous serment et que l'avocat de l'intimé envisage de produire en tablant sur le fait qu'il doit être accepté comme des observations faites en l'absence d'une partie, comme le prévoit le paragraphe 51(3) de la Loi. En attendant que soit tranchée la question constitutionnelle, l'affidavit secret n'a pas été déposé. Cependant, selon l'affidavit MacEwan, l'affidavit secret comprendra, en annexe, tous les renseignements du fichier 15 pour lesquels une exception est réclamée et chacun d'eux figurera en regard de l'exception correspondante. De même, l'affidavit secret indiquera si le fichier 10 renferme effectivement des renseignements sur le requérant et, dans l'affirmative, ceux-ci y seront annexés avec les exceptions pertinentes accompagnées de leur justification.

18 At the outset of a review to which section 51 does not apply, counsel for the respondent would presumably also file an affidavit on the public record which would set forth the history of the application. Counsel for the respondent would then discuss the general nature of the exemptions claimed and the information sought. At any time, the respondent's counsel could ask the reviewing judge to exercise his or her discretion to exclude the public, accept a secret affidavit or otherwise receive submissions *in camera* or *ex parte* pursuant to section 46 of the Act. The only difference when a review is governed by section 51 is that, because exemptions under paragraph 19(1)(a) or (b) or section 21 are among the exemptions claimed, a confidential affidavit must be accepted and *ex parte* evidence must be received. As well, the review must be held *in camera*.

Au début d'une procédure de contrôle à laquelle l'article 51 ne s'applique pas, l'avocat de l'intimé déposerait vraisemblablement au greffe un affidavit faisant l'historique de la demande. Il expliquerait ensuite en quoi consiste généralement les exceptions requises et les renseignements demandés. Il pourrait, à tout moment, demander au juge chargé du contrôle d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'interdire la salle au public, d'accepter un affidavit secret ou, autrement, des observations à huis clos ou en l'absence d'une partie, conformément à l'article 46 de la Loi. La seule différence d'avec un contrôle régi par l'article 51 tient au fait que les exceptions prévues aux alinéas 19(1)a) et b) ou à l'article 21 font partie de celles qui sont réclamées et, partant, un affidavit confidentiel doit être accepté et des preuves doivent être reçues en l'absence d'une autre partie. De même, le contrôle doit avoir lieu à huis clos.

SECTION 1 OF THE CHARTER

19 I approach this analysis with the benefit of the Supreme Court of Canada's recent decision in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199 (*RJR*). Based on *RJR*, I have concluded that the principles for a section 1 analysis described in the Supreme Court's decision in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 (*Oakes*) are to be regarded as criteria or guidelines and not as rigid tests. As well, I note that I am to take a flexible and realistic approach which applies common sense and which allows both intuition and rational inferences a role in the application of the normal civil standard of proof. Finally, there must be a reasoned and demonstrated justification. With all this in mind, I turn to the *Oakes* factors as they bear on this case.

## i) Pressing and Substantial Objective

20 The objective the impugned provisions are designed to achieve must be sufficiently pressing and substantial to warrant overriding the constitutionally protected right or freedom. The respondent's evidence, when viewed as a whole, indicates that the objective is to avoid the perception on the part of Canada's allies and information sources that an inadvertent disclosure of sensitive information might occur (the objective). This perception would jeopardize Canada's present level of access to information provided by foreign sources.

21 The respondent filed five affidavits for the section 1 argument in addition to the MacEwan affidavit. They were filed in respect of the operations of CSIS, the RCMP, the Department of National Defence and the Department of External Affairs (now Foreign Affairs). Only Mr. MacEwan was cross-examined on his affidavit. I will describe each of the additional affidavits in turn.

## a) CSIS

22 The affidavit of Margaret Ann Purdy is dated October 31, 1994 (the Purdy affidavit). At that time,

L'ARTICLE PREMIER DE LA CHARTE

J'aborde l'analyse qui suit à la lumière de l'arrêt 19 que la Cour suprême du Canada vient récemment de rendre dans l'affaire *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 (*RJR*). Me fondant là-dessus, j'ai conclu que les principes relatifs à une analyse dans le cadre de l'article premier, tels qu'énoncés dans l'arrêt de la Cour suprême *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 (*Oakes*) doivent être considérés comme des critères ou des directives et non comme des impératifs. Je note, en outre, que je dois faire preuve de souplesse et de réalisme doublés de bon sens, de façon que l'intuition et le raisonnement déductif jouent un rôle dans l'application de la norme habituelle régissant la preuve civile. Finalement, une justification raisonnée et démontrée s'impose. Compte tenu de tout ce qui précède, j'en viens aux facteurs énoncés dans *Oakes*, dans la mesure où ils se rapportent au cas présent.

## i) Objectif urgent et important

L'objectif que les dispositions contestées sont 20 censées atteindre doit être suffisamment urgent et important pour justifier qu'on passe outre à un droit ou à une liberté protégés par la constitution. Prise dans son ensemble, la preuve fournie par l'intimé montre que l'objectif en question consiste à éviter que les alliés du Canada et ses sources d'information ne recueillent l'impression qu'une divulgation de renseignements délicats puisse, par inadvertance, survenir (l'objectif); une telle impression compromettrait la position actuelle du Canada en matière d'accès aux sources de renseignement étrangères.

En plus de l'affidavit MacEwan, l'intimé a déposé 21 cinq autres affidavits concernant l'article premier. Ils portaient sur les opérations du SCRS, de la GRC, du ministère de la Défense nationale et de celui des Affaires extérieures (aujourd'hui les Affaires étrangères). Seul M. MacEwan a subi un contre-interrogatoire au sujet de son affidavit. Je vais décrire tour à tour chacun des affidavits additionnels.

## a) Le SCRS

L'affidavit de Margaret Ann Purdy est daté du 31 22 octobre 1994 (l'affidavit Purdy). Elle venait d'être

she was the newly appointed Director General of the Counter Terrorism Branch. She had previously been Deputy Director General. She described her previous employment as follows:

2. From 1975 through 1980 and again from 1982 through 1988, I was a civilian member of the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP") working at National Headquarters in the areas of protective policing and national security and criminal intelligence and investigations. From 1988 through 1990 I was a senior policy advisor in the office of the Inspector General of CSIS, Ministry of the Solicitor General. I became an employee of CSIS in April of 1992.

nommée au poste de directrice générale de l'antiterrorisme dont elle avait été précédemment la directrice générale adjointe. Elle décrit son emploi antérieur en ces termes:

[TRADUCTION] 2. De 1975 à 1980 et, par la suite, de 1982 à 1988, j'étais attachée à la direction générale de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) à titre de membre civil œuvrant dans les domaines de la protection policière, de la sécurité nationale et des renseignements et enquêtes criminelles. De 1988 à 1990, j'étais conseillère principale au bureau de l'inspecteur général du SCRS, ministère du Solliciteur général. Je suis devenue une employée du SCRS en avril 1992.

23 Ms. Purdy also deposed in paragraph 3 of her affidavit that "her experience with foreign governments and agencies has been in connection both with the exchange of information relating to criminal intelligence and intelligence relating to the security of Canada and international terrorism." In that context, she regularly dealt with the exchange of information between foreign governments and foreign police and security agencies on one hand and CSIS on the other hand.

Au troisième paragraphe de son affidavit, M<sup>me</sup> Purdy dit également que [TRADUCTION] «ses rapports avec les gouvernements et les organismes étrangers portaient tant sur l'échange de renseignements d'ordre criminel que sur les renseignements touchant la sécurité du Canada et le terrorisme international». À ce titre, elle s'occupait habituellement de l'échange de renseignements d'une part entre les gouvernements et les corps policiers et les organismes de sécurité étrangers, et de l'autre, avec le SCRS. 23

24 The Purdy affidavit describes CSIS' mandate and makes it clear that CSIS is required to collect and retain information related to suspected threats to the security of Canada. These threats are defined in sections 12 through 20 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (the CSIS Act) [sections 13, 16, 17 and 19 amended by S.C. 1995, c. 5, s. 25]. In fulfilling its mandate and, after specified approvals and consultations, CSIS, under paragraph 17(1)(b) of the CSIS Act, is entitled to enter into and has entered into cooperation agreements which include information sharing agreements with governments of foreign states and institutions, and international organizations of states.

L'affidavit Purdy décrit le mandat du SCRS en précisant que celui-ci a pour mission de recueillir et de conserver les renseignements sur les activités dont on soupçonne qu'elles constituent des menaces pour la sécurité du Canada. Ces menaces sont définies aux articles 12 à 20 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (la Loi sur le SCRS) [articles 13, 16, 17 et 19 modifiés par L.C. 1995, ch. 5, art. 25]. Dans l'exercice de son mandat et sous réserve des approbations et consultations prescrites, le SCRS peut, aux termes de l'alinéa 17(1)b) de la Loi sur le SCRS, conclure, comme il l'a déjà fait, des ententes de coopération prévoyant notamment l'échange de renseignements avec des gouvernements et des organismes étrangers ainsi qu'avec des organisations internationales d'États. 24

25 According to paragraph 14 of the Purdy affidavit, CSIS receives sensitive information which is "invariably provided in confidence and on the explicit or implicit understanding that neither the information nor its source will be disclosed without

Selon le paragraphe 14 de l'affidavit Purdy, le SCRS reçoit des renseignements délicats qui sont [TRADUCTION] «invariablement obtenus à titre confidentiel, étant explicitement ou implicitement entendu que ni ces renseignements ni leur origine ne seront 25

the prior consent of the entity which provided it". Ms. Purdy then indicates that this principle is widely recognized within the policing and security intelligence communities and is known as the "third party rule". CSIS provides and accepts information subject to this rule.

dévoilés sans le consentement préalable de l'entité qui les a fournis». M<sup>me</sup> Purdy indique ensuite que ce principe, largement répandu parmi les corps de police et les organismes du renseignement de sécurité, porte le nom de [TRADUCTION] «règle de la tierce partie». Le SCRS se conforme à ce principe lorsqu'il communique ou reçoit des renseignements.

26 The Purdy affidavit further indicates that CSIS receives sensitive information, not just because of the third party rule which requires CSIS to treat the information as confidential, but also because there is confidence on the part of information providers that the Canadian government understands the need for confidentiality and has in place practices and procedures to safeguard information. Ms. Purdy is satisfied that Canada's information sources are aware of the safeguards in section 51. In conclusion on this topic, the Purdy affidavit indicates in paragraphs 18, 19, 23, 25, 26 and 29 that, in her opinion, if such entities were to lose faith in either the commitment or the ability of CSIS and the Government of Canada to protect such sensitive information, there would be a significant detrimental impact on the ability of CSIS to continue to collect such information and carry out its mandate.

L'affidavit Purdy dit encore que si le SCRS obtient des renseignements délicats, ce n'est pas uniquement à cause de la règle de la tierce partie qui exige de lui le respect de leur caractère confidentiel, mais aussi parce que les sources d'information sont confiantes que le gouvernement canadien comprend que la confidentialité de l'information est nécessaire et qu'il a mis en place des pratiques et des procédures pour la sauvegarder. M<sup>me</sup> Purdy est persuadée que les sources d'information canadiennes sont au courant des mesures de protection garanties par l'article 51. Pour conclure sur ce sujet, l'affidavit Purdy indique aux paragraphes 18, 19, 23, 25, 26 et 29 que M<sup>me</sup> Purdy est d'avis que si ces entités venaient à perdre confiance dans l'engagement ou la capacité du SCRS et du gouvernement canadien à protéger de tels renseignements délicats, l'aptitude du SCRS à recueillir à l'avenir pareilles informations et à remplir son mandat, serait gravement compromise. 26

27 Ms. Purdy believes that, if section 51 is no longer available as a mandatory safeguard against the inadvertent disclosure of sensitive information during the judicial review process, CSIS may be obliged to advise its allies and associates of the fact that its ability to protect their information has been diminished. In her view, it is reasonable to expect that our allies' reactions to a loss of the mandatory provisions of section 51 may vary. Some may discontinue the alliance or association. Others may continue their alliance, but with a reluctance to be candid. In her opinion, the absence of mandatory provisions would also tend to discourage the development of relationships with new allies and associates. Whatever the case, any reduction in the protection for sensitive information would impact in a negative fashion on the flow and quality of such information and it is necessary to help ensure the security and

M<sup>me</sup> Purdy croit que si l'on ne peut plus se prévaloir, au cours d'une procédure de contrôle judiciaire, de l'article 51 en tant que mesure de sauvegarde obligatoire contre la divulgation accidentelle de renseignements délicats, le SCRS pourrait être mis dans l'obligation d'informer ses alliés et associés que son aptitude à protéger leurs renseignements a été amoindrie. Il est raisonnable, dit-elle, de s'attendre à des réactions variées de la part de nos alliés quant à la suppression des dispositions obligatoires de l'article 51. Certains d'entre eux mettront peut-être fin à leur alliance ou association avec nous; d'autres pourraient la maintenir tout en manifestant une certaine réticence à ne rien cacher. À son avis, l'absence de dispositions obligatoires tendrait également à décourager de nouveaux alliés et partenaires d'établir avec nous des relations. En tout état de cause, toute diminution de la protection relative aux 27

defence of Canada and states allied or associated with Canada.

renseignements délicats se refléterait négativement sur les courants et la qualité de ces informations, et il est nécessaire de contribuer à assurer la sécurité et la défense du Canada et de ses alliés et partenaires.

28 In Ms. Purdy's opinion, it is necessary to protect information which would tend to identify human sources or targets of investigations or otherwise compromise CSIS' ability to fulfil the mandate which Parliament has accorded it under the CSIS Act. She then makes the point that, when the ability of CSIS to collect sensitive information is lessened, its ability to engage in the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities is compromised, as is the safety of Canadians.

28 De l'avis de M<sup>me</sup> Purdy, il faut protéger les renseignements de nature à identifier les individus qui en sont la source ou qui font l'objet d'enquêtes ou à compromettre l'aptitude du SCRS à remplir le mandat que le Parlement lui a confié par la Loi sur le SCRS. Elle souligne ensuite que si le SCRS n'est plus aussi apte qu'auparavant à recueillir des renseignements délicats, sa capacité à détecter, prévenir ou réprimer les activités hostiles ou subversives est compromise tout autant que la sécurité des Canadiens.

b) The RCMP

b) La GRC

29 François M. J. Hummel swore an affidavit dated November 4, 1994 (the Hummel affidavit). At that time, he was a superintendent in the RCMP and the officer in charge of the RCMP's International Law Enforcement Liaison Branch, Immigration and Foreign Services Directorate. He described his present duties and past responsibilities in the following terms in paragraphs 2 and 10 of his affidavit:

29 François M. J. Hummel a déposé un affidavit sous serment le 4 novembre 1994 (l'affidavit Hummel). Il occupait à ce moment-là les fonctions de surintendant à la GRC, chargé également de la sous-direction des liaisons internationales de police, Direction de l'immigration et des services à l'étranger. Il a décrit ses fonctions actuelles et passées aux paragraphes 2 et 10 de son affidavit dans les termes suivants:

2. I am responsible for managing the activities of the RCMP relating to the International Criminal Police Organization (ICPO) generally known as Interpol, Foreign Service projects, and the Canadian Police Information Centre (CPIC) and National Law Enforcement Telecommunications System (NLETS) interface (Automated Canada/USA Police Information Exchange system (ACUPIES)). I also monitor the overseas operations of our Liaison Officers who are posted to other countries.

[TRADUCTION] 2. Je suis chargé de la gestion des activités de la GRC liées à l'Organisation internationale de la police criminelle (OIPC), communément appelée Interpol, des projets concernant les services extérieurs, du Centre d'information de la police canadienne (CIPC) et de l'interface du National Law Enforcement Telecommunications System (NLETS) et du (Système automatisé d'échange d'informations policières entre le Canada et les États-Unis (ACUPIES)). Je surveille également les opérations outremer de nos agents de liaison en poste à l'étranger.

...

...

10. In past positions, I frequently dealt with and I continue to deal with representatives of foreign governments and foreign police and security agencies with respect to the exchange of information between such agencies and the RCMP. Such information relates to criminal intelligence and to international terrorism. During my posting in Berne, Switzerland, from 1980 to 1984, I also dealt with intelligence relating to the security of Canada.

10. Dans mes fonctions antérieures, j'ai fréquemment traité, et traite encore, avec des représentants de gouvernements étrangers ainsi que des corps de police et des organismes de sécurité étrangers en matière d'échanges d'informations entre ces organismes et la GRC. Les informations en question portent sur des activités criminelles et le terrorisme international. Durant mon affectation à Berne (Suisse) de 1980 à 1984, je me suis occupé des renseignements touchant la sécurité du Canada.

- 30 The Hummel affidavit describes the RCMP's broad mandate to deal with matters which include drug enforcement, economic and computer crime, customs and immigration issues, and counterfeiting. The RCMP is also the National Central Bureau for Canada in the International Criminal Police Organization, known as Interpol. As well, the RCMP is responsible for performing peace officer duties in respect of conduct which constitutes a threat to the security of Canada under the CSIS Act.
- L'affidavit Hummel décrit le large mandat dont jouit la GRC pour connaître des questions qui comprennent notamment la répression des drogues, les délits d'ordre économique et informatique, les questions relatives aux douanes et à l'immigration ainsi que la contrefaçon. La GRC est aussi le Bureau central national pour le Canada à l'Organisation internationale de la police criminelle, autrement appelée Interpol. Elle est également chargée de remplir les fonctions d'agent de la paix à l'égard des comportements qui constituent une menace pour la sécurité du pays aux termes de la Loi sur le SCRS.
- 31 The Hummel affidavit makes it clear that, in connection with most of its activities, the RCMP requires information and intelligence from abroad. To secure such information, the RCMP has entered into agreements with foreign police forces, agencies, governments and international organizations such as Interpol. These agreements operate on the basis that the information exchanged will be kept confidential.
- L'affidavit précise que, pour la plupart de ses activités, la GRC doit obtenir de l'information et des renseignements de l'extérieur. À cette fin, elle a conclu des ententes avec des corps de police, des organismes et des gouvernements étrangers ainsi que des organisations internationales comme Interpol. Ces ententes reposent sur le principe que les renseignements échangés resteront confidentiels.
- 32 Concerning the importance of section 51, Mr. Hummel testified as follows in paragraph 32 of his affidavit:
- Quant à l'importance de l'article 51, M. Hummel a témoigné comme il suit au paragraphe 32 de son affidavit:
- Should section 51 of the Privacy Act become unavailable as a secure method for the review by a court of confidential information received from foreign police agencies, prior to its possible disclosure, the RCMP would be in a position where it would be obliged to inform those foreign agencies from which it receives police and security information that its capacity to protect the confidentiality of such information has been reduced. As noted above, this could cause a halt to the receipt of information or a reduction in the receipt of useful information.
- [TRADUCTION] À défaut de pouvoir invoquer l'article 51 de la Loi sur la protection des renseignements personnels, en tant que méthode assurée de révision judiciaire d'informations obtenues à titre confidentiel de la part d'organismes policiers étrangers, préalablement à une divulgation possible de ces informations, la GRC se trouverait dans la situation de devoir informer ces organismes étrangers dont elle reçoit des renseignements policiers ou liés à la sécurité, que son aptitude à protéger le caractère confidentiel de tels renseignements a été réduite. Comme on l'a dit plus haut, cela peut interrompre le flot d'informations ou réduire la communication d'informations utiles.
- c) The Department of National Defence
- c) Le ministère de la Défense nationale
- 33 The affidavit of Brigadier General Barry Wayne Ashton (Ashton) was sworn on November 7, 1994 (the Ashton affidavit). At the time he made his affidavit, Ashton was the Director General Military Plans and Operations/Chief of Staff J3 at Canadian Forces National Defence Headquarters of the Department of National Defence. Among other matters, Ashton was responsible for the direction
- L'affidavit du brigadier général Barry Wayne Ashton (Ashton) a été fait sous serment le 7 novembre 1994 (l'affidavit Ashton). À ce moment-là, Ashton était le directeur général, plans et opérations militaires/chef d'État major J3 au quartier général des forces armées canadiennes au ministère de la Défense nationale. Entre autres fonctions, Ashton exerçait la direction et le contrôle des opérations

and control of the military operations of the Canadian Forces (CF). Those operations included the planning and the actual deployment of our forces on Canadian domestic and international operations. As well, Ashton was responsible for the deployment of the CF to assist the RCMP. This assistance is usually given in counter-drug operations involving the illegal importation of drugs by air or sea.

militaires des Forces canadiennes (FC), ce qui comprenait notamment la planification et le déploiement effectif de nos forces dans le cadre d'opérations canadiennes aussi bien au Canada qu'à l'étranger. Ashton était également chargé du déploiement des Forces canadiennes pour venir en aide à la GRC. Cette assistance est habituellement fournie pour les opérations de lutte contre les stupéfiants mettant en cause l'importation illégale de ces substances par voie aérienne ou maritime.

34 Ashton's work involved the exchange of information between co-operating armed forces and his evidence was that some material as it related to technology, strategy, tactics and operations was sensitive and that its disclosure could have endangered the lives of armed services personnel. He further testified that information was exchanged in confidence on the basis that it would only be disclosed to those with a need to know. His conclusion on the importance of section 51 is found in paragraphs 15 and 16 of his affidavit. They read as follows:

15. The legal review of a decision not to release certain "in confidence" information obtained from foreign military sources, as provided in the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*, should, in my view, absolutely limit the number of persons with access to the detailed information being sought. A legal review process which might increase the number of persons having access to the information and which could result in public disclosure of the information would almost certainly restrict, if not completely eliminate, the possibility of Canada receiving such information from like-minded nations in the future.

16. The CF would be very severely constrained in its ability to meet Canada's alliance commitments and to conduct operations and exercises with alliance partners or other military forces if information and intelligence is not readily available to the CF. Additionally, Canadian missions and personnel would be jeopardized if timely, detailed intelligence were not available from allied sources about the risks present in locations where CF personnel are deployed or may be deployed.

L'échange d'informations entre des forces armées 34  
coopérantes faisait partie des fonctions d'Ashton, lequel a affirmé que certains renseignements portant sur la technologie, la stratégie, la tactique et les opérations étaient de nature délicate et que leur divulgation aurait pu mettre en danger la vie du personnel des services armés. Il a également déposé que l'échange de renseignements se faisait à titre confidentiel, étant entendu que ceux-ci ne seraient communiqués qu'à ceux qui avaient besoin d'en prendre connaissance. Sa conclusion au sujet de l'importance de l'article 51 fait l'objet, dans son affidavit, des paragraphes 15 et 16 que voici:

[TRADUCTION] 15. Le contrôle judiciaire du refus de divulguer certains renseignements communiqués «à titre confidentiel» par des sources militaires étrangères tel que prévu dans la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, devrait, à mon avis, limiter absolument le nombre des personnes qui ont accès aux informations détaillées que l'on cherche à obtenir. Une procédure de contrôle en justice qui donnerait à un plus grand nombre d'individus le droit d'accès à ces renseignements et qui pourrait entraîner leur divulgation dans le public, aurait pour conséquence quasi certaine de restreindre, sinon d'écarter complètement, la possibilité que le Canada obtienne à l'avenir ces renseignements de pays qui partagent sa même ligne de pensée.

16. La capacité des Forces armées du Canada à remplir nos engagements envers nos alliés et à procéder à des opérations et à des manœuvres avec nos partenaires de l'alliance ou d'autres forces armées, serait gravement limitée si les Forces canadiennes n'avaient pas facilement accès à ces informations ou renseignements. En outre, les missions canadiennes et leur personnel seraient compromis s'ils ne pouvaient obtenir à temps des renseignements détaillés de sources alliées concernant les risques que courent les membres des Forces canadiennes là où elles sont ou peuvent être déployées.

## d) Department of Foreign Affairs

35 i) Alan Franklin Bowker's affidavit was sworn on November 9, 1994 (the Bowker affidavit). He stated that he had served the Department of Foreign Affairs (DFA) for 21 years as a rotational foreign service officer and had developed a detailed knowledge of the workings and policy imperatives of virtually all sectors of the DFA. He was, at the time his affidavit was sworn, the coordinator, Access to Information and Privacy Protection.

36 The Bowker affidavit stressed the importance to the DFA of a steady flow of accurate current information on political, military, economic and commercial developments. It noted that information received from foreign governments and international organizations, whether conveyed formally or informally, was critical to the effective conduct of Canada's external relations. He further noted that international convention and practice dictates that such information is received in confidence unless there is express agreement to the contrary.

37 In Mr. Bowker's view, any impairment of Canada's ability to protect information obtained in confidence from foreign governments would affect their willingness to share sensitive information with us. He said that our ability to protect information received in confidence must be unqualified and be seen to be so. He opined that a procedural regime which could result in the inadvertent disclosure of sensitive information and/or its source would cause severe damage to foreign states' confidence in Canada's ability to protect confidential information.

38 The Bowker affidavit continued by observing in the following terms that Canada is a net importer of information:

14. Canada is not a great power. It does not have the information gathering and assessment capabilities of, for

## d) Le ministère des Affaires étrangères

i) Dans l'affidavit donné sous serment le 9 novembre 1994 (l'affidavit Bowker), Alan Franklin Bowker a déclaré qu'il avait été au service du ministère des Affaires étrangères (MAE) pendant 21 ans en tant qu'agent du service extérieur et qu'il connaissait en détail les rouages et les impératifs politiques de presque tous les secteurs du MAE. Au moment où il a déposé son affidavit sous serment, il était le coordonnateur en matière d'accès à l'information et à la protection des renseignements personnels.

M. Bowker a souligné dans son affidavit combien il importait que le MAE dispose d'un courant continu de renseignements sur les événements d'ordre politique, militaire, économique et commercial. Il a fait observer que l'information obtenue, à titre officiel ou officieux, de gouvernements étrangers et d'organisations internationales revêtait une importance critique pour la conduite efficace des relations extérieures du Canada. De plus, a-t-il noté, la pratique et l'usage internationaux prescrivent que de tels renseignements soient obtenus sous le sceau de la confidentialité, à moins d'une entente expresse prévoyant le contraire.

De l'avis de M. Bowker, toute atteinte à l'aptitude du Canada à protéger les renseignements confidentiels obtenus de gouvernements étrangers, se reflétera sur la bonne volonté de ceux-ci à échanger avec nous des renseignements de nature délicate. Il a soutenu que notre capacité de protéger l'information confidentielle que nous recevons ne doit souffrir aucune réserve et être perçue comme telle. Il a opiné en disant qu'un système procédural susceptible de mener à la divulgation involontaire de renseignements délicats ou de leur source ou des deux à la fois, ébranlerait considérablement la confiance des pays étrangers quant à la capacité du Canada à protéger de tels renseignements.

M. Bowker a poursuivi en observant, dans les termes suivants, que le Canada est un importateur net d'information:

[TRADUCTION] 14. Le Canada n'est pas une grande puissance. Il n'a pas la même capacité de recueillir et d'éva-

instance, the United States, the United Kingdom or France. Canada does not have the same quantity or quality of information to offer in exchange for the information received from the countries which are our most important sources. If the confidence of these partners in our ability to protect information is diminished, the fact that we are a relatively less important source of information increases our vulnerability to having our access to sensitive information cut off.

15. Other governments that provide Canada with information, including personal information, are aware that Canada has privacy and access to information legislation. The Canadian government can draw their attention to Sections 19 and 21 of the *Privacy Act* to assure them that personal information given in confidence by a foreign government and information the disclosure of which would be injurious to the conduct of international relations can be protected under that Act. These governments are aware that any refusal by the Government of Canada of a request for disclosure of personal information can be challenged in the Canadian courts. They are also aware that because the Canadian court system is essentially an open system, there is a potential danger that such information might be disclosed inadvertently or as necessarily incidental to the determining of issues in a hearing. The mandatory *in camera* nature of the hearing and the right to make *ex parte* representations provisions in section 51 of the *Privacy Act* ensure that such disclosures cannot be made and can be cited by the Government of Canada to assure the governments of foreign states that there will be no inadvertent disclosure of sensitive information. Without these extra procedural protections the substantive protections in sections 19 and 21 are greatly diminished in value. The confidence of foreign states would be diminished because, while the Government of Canada could give assurances that a request for such information could and would be refused under Canadian law, it could not give assurances that it would necessarily be protected from inadvertent disclosure during a hearing.

luer l'information que les États-Unis, le Royaume-Uni ou la France, par exemple. Il ne peut offrir en échange le même volume et la même qualité de renseignements qu'il obtient des pays qui sont sa principale source d'information. Si la confiance de ces partenaires dans notre aptitude à protéger ces renseignements venait à être ébranlée, le fait que nous soyons une source d'information relativement moins importante que d'autres accroît le risque que les portes d'accès aux renseignements délicats nous soient fermées.

15. D'autres gouvernements qui fournissent au Canada de l'information, y compris des données personnelles, savent que le Canada s'est doté de lois sur la protection des renseignements personnels et l'accès à l'information. Le gouvernement canadien peut appeler leur attention sur les articles 19 et 21 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour leur assurer que les renseignements obtenus d'un gouvernement à titre confidentiel, ainsi que l'information dont la communication serait préjudiciable à la conduite des relations internationales, peuvent être protégés par cette Loi. Ces gouvernements sont au courant que tout refus par le gouvernement du Canada de donner suite à une demande de communication de renseignements personnels peut être contesté devant la justice canadienne. Ils n'ignorent pas non plus que le système judiciaire canadien étant essentiellement public, le risque est là qu'une telle information puisse être divulguée involontairement ou parce qu'elle est incidemment nécessaire pour trancher des questions en litige. Les dispositions de l'article 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoyant la tenue obligatoire d'auditions à huis clos ainsi que le droit de présenter des observations en l'absence d'une partie, garantissent que pareille divulgation ne surviendra pas et le gouvernement canadien peut s'en prévaloir pour assurer les États étrangers qu'aucune information délicate ne sera divulguée par inadvertance. À défaut de ces sauvegardes supplémentaires d'ordre procédural, les protections substantives objet des articles 19 et 21 de la Loi perdraient largement de leur valeur. La confiance des gouvernements étrangers ne serait plus la même, car si le Canada peut donner l'assurance qu'une demande visant à obtenir ce genre d'information pourrait être et serait rejetée en vertu de la loi canadienne, il ne pourrait garantir que l'information serait nécessairement protégée contre une divulgation involontaire survenant au cours d'une audition.

39 ii) Professor John M. Fraser, a former member of the Canadian Foreign Service, swore his affidavit on November 16, 1994 (the Fraser affidavit). Professor Fraser was, at that time, an adjunct professor and sessional lecturer at Carleton University in Ottawa. However, from 1987 to 1992, Professor Fraser was the director general, Foreign Intelligence Bureau of the Department of External Affairs. In earlier years,

39 ii) Le professeur John M. Fraser, ancien agent du service extérieur canadien, a déposé un affidavit sous serment le 16 novembre 1994 (l'affidavit Fraser). Il était à ce moment-là professeur adjoint et conférencier de session à l'université Carleton à Ottawa. De 1987 à 1992, cependant, le professeur Fraser occupait le poste de directeur général à la Direction du renseignement extérieur au ministère

he served as Ambassador to Yugoslavia with concurrent accreditation to Bulgaria and as Ambassador to Poland with concurrent accreditation to the German Democratic Republic. During this period, Poland underwent significant changes with the foundation of the Solidarity Trade Union, the imposition of martial law and its eventual removal. Prior to 1980, Mr. Fraser's postings involved dealings with countries which are placed geographically from Lybia to Iran. It was a turbulent period which he described as follows:

7. . . . Developments during my period in this capacity included President Sadat's visit to Jerusalem and the subsequent Camp David Agreements, the fall of the Shah of Iran and the coming to power of the Ayatollah Khomeini and the seizing of the American Embassy in Teheran. I was involved in dealing with issues related to Canada's vote on innumerable resolutions on the Middle East in the United Nations General Assembly and the development (in cooperation with the Department of Industry, Trade and Commerce) of government policy on the Arab boycott of Israel, and measures to discourage or prevent Canadian firms from accepting that boycott.

Before this period, Mr. Fraser opened the Canadian embassy in the People's Republic of China as *chargé d'affaires*.

40 Exhibit "A" to the Fraser affidavit is Professor Fraser's report (the Fraser Report) which is based on his extensive experience, and which deals with the collection and sharing of diplomatic and intelligence information in the international community. The Fraser Report makes the following points:

4. A. Despite a trend towards less secrecy and a very large body of published work on the subjects of diplomacy, intelligence, and security, confidentiality remains a fundamental and necessary characteristic of all three.

B. Protection of sources and methods is a core requirement for security and intelligence agencies in all countries. Protection of sources is also of very great importance in diplomatic reporting.

des Affaires extérieures. Auparavant, il était ambassadeur en Yougoslavie accrédité simultanément auprès de la Bulgarie, et ambassadeur en Pologne accrédité auprès de la République démocratique allemande. C'est durant cette période que des changements importants sont survenus en Pologne avec la fondation du Syndicat solidarité, l'imposition de la loi martiale et son retrait subséquent. Dans ses affectations antérieures à 1980, M. Fraser a eu affaire avec des pays s'étalant géographiquement de la Lybie à l'Iran. C'était une période agitée qu'il a décrite en ces termes:

[TRADUCTION] 7. . . . Les événements qui se sont succédés durant mon affectation à ce titre comprenaient notamment la visite du président Sadat à Jérusalem et les accords subséquents de Camp David, la chute du Shah d'Iran, l'arrivée au pouvoir de l'Ayatollah Khomeini et l'occupation de l'ambassade américaine à Téhéran. Je me suis occupé de questions concernant le vote du Canada sur d'innombrables résolutions touchant le Moyen-Orient à l'assemblée générale des Nations Unies, l'élaboration (de concert avec le ministère de l'Industrie et du Commerce) de la politique gouvernementale relative au boycottage arabe d'Israël ainsi que des mesures visant à décourager ou empêcher les sociétés canadiennes de respecter ce boycottage.

Antérieurement, M. Fraser a procédé, à titre de chargé d'affaires, à l'installation de l'ambassade canadienne en République populaire de Chine.

L'annexe «A» de l'affidavit Fraser n'est autre que le rapport du professeur Fraser (le rapport Fraser) qui s'appuie sur la grande expérience de son auteur et traite de la collecte et de l'échange d'informations diplomatiques et de renseignements dans la communauté internationale. Ce rapport souligne les points suivants:

[TRADUCTION] 4. A. En dépit d'une tendance vers une plus grande ouverture et de la publication d'un nombre considérable d'ouvrages sur la diplomatie, le renseignement et la sécurité, la confidentialité est toujours une caractéristique fondamentale et nécessaire à ces trois champs d'activité.

B. La protection des sources et des méthodes est au cœur même des exigences propres aux organismes chargés de la sécurité et du renseignement dans tous les pays. La protection des sources revêt également une très grande importance dans les comptes rendus diplomatiques.

C. Guaranteed protection for information received in confidence from other governments is a pre-requisite for their continued willingness to supply such information.

D. The exchange of information and assessments with our major allies and other friendly countries is of very great importance to Canada's security and intelligence and foreign policy interests. In both areas Canada receives a good deal more than we contribute.

E. The existence and operations of our Access to Information and Privacy Acts have given rise to concern on the part of some of our intelligence allies about our ability to ensure the protection of information they give us in confidence. Any perception of a weakening in our ability to ensure such protection could create some degree of hesitancy in giving us sensitive information, and would probably result in a down-grading of the quantity and/or quality of the information they were willing to share.

...

18. A failure to protect any kind of information received in confidence, or the weakening of legal or structural protection against disclosure, would result in a reduced willingness to share information with Canada. This is not to say that the cutting off of information would be total or immediate. Unless the breach had been egregious, concerns about our ability to protect information would probably be reflected by a drying up of intelligence material made available to Canada about which we might not even be informed. It would be hard to verify; you don't know what you are not getting.

19. With intelligence as with diplomatic confidences, reactions to disclosure or the possibility that sensitive information given to us in confidence might be disclosed would only be related in a limited degree to the content of that information. A perception that we were a less reliable confidant that [*sic*] we are at present would be enough to cause senior officials in other countries to be wary about talking frankly to Canadian diplomats and foreign intelligence agencies to screen the information they passed to us in light of the potential danger of compromise.

...

23. Other countries share information and intelligence with us because they consider it in their interests to do so. In almost any circumstances they would still consider it in their interest to share some information with us, but their calculations of risk and benefit might well be different in many cases if they considered us potentially unreliable in

C. La protection assurée des informations obtenues à titre confidentiel de la part d'autres gouvernements est une condition préalable pour que ceux-ci continuent, de bon gré, à fournir de telles informations.

D. L'échange d'informations et d'évaluations avec nos principaux alliés et autres pays amis est d'un très grand intérêt pour la sécurité et le renseignement ainsi que la politique étrangère du Canada. Dans l'un et l'autre domaine, le Canada reçoit beaucoup plus qu'il ne contribue.

E. L'existence et l'application de nos lois sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels ont suscité de l'inquiétude chez certains de nos alliés avec qui nous échangeons des renseignements quant à notre aptitude à assurer la protection de l'information qu'ils nous fournissent à titre confidentiel. Toute perception de faiblesse à cet égard pourrait entraîner une certaine hésitation de leur part à nous fournir des renseignements délicats et se traduirait probablement par une réduction du nombre, de la qualité ou des deux à la fois, de l'information qu'ils étaient disposés à partager.

...

18. Un manque de protection à l'égard de tout genre d'information obtenue à titre confidentiel, ou l'affaiblissement de la protection légale ou structurelle contre la divulgation, minerait la volonté de nos partenaires à partager des renseignements avec le Canada, ce qui ne veut pas dire qu'un arrêt total et immédiat des échanges s'ensuivra. À moins que le manquement n'ait été extrêmement sérieux, les inquiétudes quant à notre capacité de protéger l'information se traduirait probablement par le tarissement des renseignements auxquels le Canada a accès et ce, à notre insu peut-être. Il serait difficile de vérifier cela car on ne connaît pas ce que l'on n'obtient pas.

19. En matière de renseignement et d'échanges diplomatiques confidentiels, les réactions à la divulgation ou à la possibilité que des renseignements de nature délicate qui nous sont communiqués à titre confidentiel puissent être révélés, n'ont pas grand-chose à voir avec le contenu de ces renseignements. La perception que nous ayons été un confident moins fiable qu'à l'heure actuelle suffirait pour que les hauts responsables d'autres pays hésitent à parler franchement aux diplomates canadiens et que les organismes de renseignements étrangers passent au crible les renseignements qu'ils nous communiquent de peur d'être éventuellement compromis.

...

23. D'autres pays échangent avec nous des informations et des renseignements parce qu'ils estiment qu'ils ont intérêt à le faire. Dans presque tous les cas, ils jugeraient utile de partager avec nous un certain nombre de renseignements, mais leur évaluation des risques et des avantages pourrait bien différer souvent, s'ils estiment que nous ne sommes

terms of our ability to guarantee the protection of information they give us in confidence.

...

26. Our intelligence allies are well aware of our Access to Information and Privacy Acts, and are, to some degree, reassured by the provisions for exempting information received in confidence from foreign governments or the release of which might damage Canada's foreign relations. The fact that *ex parte* and *in camera* hearings are mandatory in cases such as that at issue serves as further reassurance, particularly against the danger of inadvertent disclosure. They are not, however, totally reassured. Some of them have expressed concern at the possibility for disclosures; many have resorted to various devices, such as labelling documents they pass to us as "PROPERTY OF THE \_\_\_\_\_ GOVERNMENT" to reduce this danger even further.

27. We can be sure that any lessening of our ability to guarantee the protection of information they give us in confidence will not pass unnoticed. To substitute for mandatory *ex parte* and *in camera* hearings their dependence on the discretion of the Court on a case-by-case basis would certainly be seen as a significant, albeit, in most cases, small dilution of our ability to ensure such protection. While everybody realizes that leaks, indiscretions and other breaches of security can take place despite the most comprehensive measures to prevent them (and there is probably no country in which they have never taken place), this does not lessen the importance our allies and intelligence partners place on having as many barriers as possible to protect the inadvertent or wilful disclosure of sensitive information. Section 51 of the Privacy Act and analogous sections of other relevant legislation are an important class of such barriers.

41 Following a review of the affidavits, I was directed to the *Minutes of Proceedings and Evidence* of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs for June 8, 1982.<sup>1</sup> At that time, Clause 53 of the proposed *Privacy Act* (now section 51 of the Act) was being considered and the Honourable Francis Fox, then Minister of Communications, made the following statement:

... Mr. Chairman, this is an amendment that deals with requests for access to documents which relate to interna-

potentiellement pas fiables eu égard à notre aptitude à assurer la protection des renseignements qu'ils nous communiquent à titre confidentiel.

...

26. Les alliés avec qui nous échangeons des renseignements sont bien au courant de nos lois sur l'accès à l'information et sur la protection des renseignements personnels et ils sont rassurés, jusqu'à un certain point, par les dispositions qui exceptent les informations obtenues de gouvernements étrangers à titre confidentiel, ou dont la divulgation pourrait porter préjudice aux relations étrangères du Canada. Le fait que des audiences à huis clos et en l'absence d'une partie soient obligatoires dans des cas semblables à celui-ci contribue à les rassurer encore plus, surtout en ce qui concerne le danger de divulgation accidentelle. Ils ne sont pas entièrement rassurés cependant. Certains d'entre eux ont dit leur inquiétude quant à la possibilité de divulgation; d'autres ont eu recours à divers moyens, en apposant, par exemple, sur les documents qu'ils nous transmettent la mention «PROPRIÉTÉ DU GOUVERNEMENT \_\_\_\_\_», afin de réduire encore plus le risque.

27. Il est certain que toute atteinte à notre capacité d'assurer la protection des informations qu'ils nous communiquent à titre confidentiel ne passera pas inaperçue. Si les audiences à huis clos et en l'absence d'une partie perdent leur caractère obligatoire pour ne dépendre que de la discrétion du tribunal au cas par cas, nos alliés verraient là certainement un affaiblissement appréciable, quoique léger dans la plupart des cas, de notre aptitude à assurer cette protection. Bien que chacun admette que des fuites, des indiscretions et d'autres brèches à la sécurité puissent survenir, quelle que soit la portée des mesures visant à les empêcher (et aucun pays n'en a été probablement exempt), cela n'atténue pas l'importance que nos alliés et nos partenaires attachent à la mise en place d'autant d'obstacles que possible pour protéger les renseignements délicats contre toute divulgation accidentelle ou délibérée. L'article 51 de la Loi sur la protection des renseignements personnels et d'autres dispositions législatives analogues forment une catégorie importante d'obstacles à cet égard.

Après étude des affidavits, on a appelé mon attention sur les *Procès-verbaux et témoignages* du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques du 8 juin 1982<sup>1</sup>. À ce moment-là, l'article 53 du projet de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (aujourd'hui, l'article 51 de la Loi) faisait l'objet d'étude et l'honorable Francis Fox, alors ministre des Communications, a déclaré ce qui suit:

... Monsieur le président, voici une modification relative aux demandes et à l'accès aux documents qui ont trait

tional affairs and defence. We are talking about some of the documents that are the most sensitive to the interests of Canada.

The proposals you have before you would see to it that review of denials, if there were a denial based on these provisions, would be made according to a number of special rules set out in the motion which would prevent any of these documents that have been denied from becoming public accidentally. If the judge, of course, comes to the conclusion that there are no reasonable grounds on the part of the minister, then they would be made public.

Until that decision is made, these amendments would ensure that the hearing would be held in camera, that the hearing would be in front of the Associate Chief Justice of the Federal Court or his designate, that it would be done in the National Capital area, if requested by the refusing institution, so that we do not have to send documents of a particularly sensitive nature to all parts of the country—and to ensure that the court would allow representations to be made *ex parte* where the head of the government institution so requests, which basically means that during the in camera hearing, the head of the government institution would be allowed to make representations to the designated judge on why he has reasonable grounds to believe disclosing documents would result in injury to the country. [My emphasis.]

42 Based on all of the evidence just described, I have no difficulty concluding that the impugned provisions are directed to a significant objective of pressing and substantial importance.

ii) Proportionality

(a) Rational Connection

43 I have also concluded that there is a rational connection between the impugned provisions and the objective. There is no question in my mind that to have *in camera* proceedings with *ex parte* representations reduces the risk of an inadvertent disclosure of sensitive information. I should note for clarity that, in my view, in this context, an *in camera* proceeding is one in which those present are forever precluded from discussing the proceedings with anyone who was not in the courtroom.

(b) Minimal Impairment

44 In considering this topic, I have focussed on the question whether, from a practical perspective, there

aux Affaires extérieures et à la Défense. Il est question ici de certains des documents qui sont le plus délicats et touchent de près l'intérêt national du Canada.

Les propositions que vous avez sous les yeux garantiraient que toute révision de refus, si un tel refus se fondait sur ces propositions, seraient faites selon une série de règles spéciales établies par la motion, et qui empêcheraient que l'un quelconque de ces documents dont l'accès avait été refusé devienne public accidentellement. Si le juge, bien sûr, conclut qu'il n'y a pas de motifs raisonnables de refus de la part du ministre, les documents seraient alors rendus publics.

En attendant cette décision, ces modifications serviraient à garantir que l'audience soit tenue à huis clos, que l'audience ait lieu en présence du juge en chef associé de la Cour fédérale ou de son remplaçant désigné. Et que la chose soit entendue dans la région de la Capitale nationale, si l'établissement qui refuse le demande. Grâce à ces garanties, nous n'aurions pas à envoyer des documents de portée particulièrement délicate dans tous les coins du pays. Elles visent aussi à assurer que le tribunal permette que des représentations soient faites *ex parte*, là où le chef du service gouvernemental le demande, ce qui veut dire au fond qu'au cours de l'audience à huis clos, le chef du service gouvernemental pourrait faire des représentations au juge désigné faisant état de ces motifs raisonnables de croire que la divulgation des documents irait à l'encontre de l'intérêt du pays. [Non souligné dans le texte original.]

42 Considérant l'ensemble des preuves qu'on vient de décrire, je n'ai aucune difficulté à conclure que les dispositions contestées visent un objectif appréciable de nature importante et urgente.

ii) Proportionnalité

a) Lien rationnel

43 J'ai également conclu à l'existence d'un lien rationnel entre les dispositions contestées et l'objectif. Je n'ai aucun doute que la procédure à huis clos et les arguments présentés en l'absence d'une partie atténuent le risque de divulgation accidentelle d'une information délicate. Je devrais noter, pour mettre les choses au clair, qu'à mon avis et dans le présent contexte, les participants à la procédure à huis clos ne doivent jamais en discuter avec quiconque n'y assistait pas.

b) Dérogation minimale

44 En abordant ce sujet, j'ai centré mon attention sur la question de savoir s'il y avait pratiquement un

is a means to achieve the objective which would intrude to a lesser extent on the applicant's rights under paragraph 2(b) of the Charter. Those rights are not personal to or specific to the applicant. For example, this case does not deal with the extent of disclosure to which Mr. Ruby ought to be entitled as a party seeking access to his information under the Act. The applicant, for the purposes of this discussion, stands in the shoes of members of the press who, in turn, are understood to function as surrogates for members of general public.

moyen d'atteindre l'objectif consistant à empiéter, dans une moindre mesure, sur les droits du requérant énoncés à l'alinéa 2b) de la Charte, lesquels ne lui sont ni personnels ni particuliers. Ainsi, on ne cherche pas ici à savoir dans quelle mesure M. Ruby devrait avoir le droit de prendre connaissance de ses propres renseignements personnels qu'il essaie d'obtenir en vertu de la Loi. Le requérant se trouve, aux fins de la présente discussion, dans la même situation que les représentants de la presse qui, à leur tour, se substituent censément aux membres du public.

45 Counsel for the respondent suggests that section 51 embodies the principle of minimal impairment because it only applies when exemptions under paragraphs 19(1)(a) and (b) and section 21 are actually being considered. She submits that the entire proceeding need not be *in camera* and that *ex parte* representations need only be received as a mandatory matter, on the paragraphs 19(1)(a) and (b) and section 21 exemptions. I agree only with the second part of this submission. In my view, if the paragraphs 19(1)(a) and (b) and section 21 exemptions are among those at issue and presuming, as I have been told is the case, that a secret affidavit is accepted for filing at the outset, the entire review must be *in camera* to effectively prevent inadvertent disclosure. However, it is clear to me that the receipt of *ex parte* representations is only mandatory to the extent that those representations deal with paragraphs 19(1)(a) and (b) and section 21 exemptions for sensitive information.

45 Selon l'avocate de l'intimé, l'article 51 concrétise le principe de la dérogation minimale, du fait qu'il s'applique uniquement lorsque les exceptions prévues aux alinéas 19(1)a) et b) et à l'article 21 font effectivement l'objet d'étude. Elle soutient qu'il n'est pas nécessaire que la procédure toute entière ait lieu à huis clos et que les arguments ne doivent être obligatoirement présentés en l'absence d'une partie qu'à l'égard des exceptions objet des alinéas 19(1)a) et b) et de l'article 21. Je suis d'accord sur la seconde partie de cette observation seulement. À mon point de vue, si les exceptions en litige comprennent celles que prévoient les alinéas 19(1)a) et b) et l'article 21 en supposant, comme on me l'a fait savoir, qu'on accepte, au départ, le dépôt d'un affidavit secret, le huis clos est de rigueur pour toute la procédure de contrôle afin de prévenir effectivement toute divulgation accidentelle. Il est clair à mes yeux, cependant, que la présentation d'observations en l'absence d'une partie n'est obligatoire que dans la mesure où ces observations se rapportent aux exceptions objet des alinéas 19(1)a) et b) et de l'article 21 concernant les renseignements délicats.

46 The respondent's counsel also argues that, given the contents of the MacEwan affidavit, which is on the public record, the public's need to understand the case is satisfied and the rationale behind the various exemptions is made known. She stresses that the secret affidavit is limited in that it deals only with the sensitive information and its connection to the exemptions. She also notes that a judge who thinks that a public affidavit is deficient may order the disclosure of more information on the public

46 L'avocate de l'intimé soutient, en outre, qu'en raison de la teneur de l'affidavit MacEwan qui est un document public, la nécessité que le public comprenne le cas en litige est satisfaite et les raisons qui motivent les diverses exceptions sont exposées. Elle souligne que l'affidavit secret a une portée limitée du fait qu'il concerne seulement les renseignements délicats et ce en quoi ils se rapportent aux exceptions. Elle note également que si un juge estime qu'un affidavit public est incomplet, il peut ordonner

record. She further submits that the operation of the impugned provisions may be of short duration. In the event that a judge decides that the exemptions claimed are unjustified, the information withheld on the basis of unjustified exemptions will be made public.

47 The applicant, on the other hand, takes the position that a procedure akin to that approved by the Supreme Court of Canada<sup>2</sup> for the review of affidavits used to obtain wiretaps is illustrative of minimal impairment. That procedure is undertaken in open court. The judge reviews the affidavit which is before Crown counsel, but not before counsel for the accused. The reviewing judge edits the affidavit by blacking out sensitive material such as the names of sources or investigative techniques. During the editing process, both counsel make general submissions. In the end, the judge produces an affidavit with deletions and an inoffensive summary of the deleted material. This procedure was developed to protect the rights of an accused under section 7 of the Charter.

48 In my view, a procedure of this kind, even if held *in camera*, would often be impractical. For example, it would not work in a case such as this one where the respondent refused to confirm or deny the existence of information. As well, it would not be feasible in cases involving large numbers of documents or a small number of complicated documents. I should also note that section 7 of the Charter is not at issue during the review process.

49 The applicant's witness is Professor Reg Whitaker of York University. His B.A. and M.A. were granted by Carleton University and he was a member of its Political Science Department from 1972 to 1984. During that period, he obtained a Ph.D. in Political Economy from the University of Toronto and, in 1984, he assumed his present position as a professor of Political Science at York University. His affidavit was sworn on September 14, 1995 (the Whitaker Affidavit). He describes his expertise in the following terms:

la divulgation d'informations supplémentaires. Elle soutient aussi que l'effet des dispositions contestées peut être de courte durée car, advenant qu'un juge décide que les exceptions invoquées sont injustifiées, l'information retenue en raison de ces exceptions sera rendue publique.

Pour sa part, le requérant estime qu'une procédure semblable à celle qu'a approuvée la Cour suprême du Canada<sup>2</sup> pour l'examen des affidavits visant à obtenir une autorisation d'écoute électronique, illustre le principe de la dérogation minimale. Cette procédure judiciaire a lieu en public. Le juge revoit l'affidavit qu'a en main l'avocat de la Couronne, mais en l'absence de l'avocat de l'accusé. Le juge siégeant en contrôle remanie l'affidavit en opacifiant les renseignements délicats tels que les noms des sources d'information ou les techniques d'enquête. Durant ce processus, les avocats des parties présentent des observations. Finalement, le juge produit un affidavit comportant des ratures accompagné d'un sommaire anodin des passages supprimés. Cette procédure a été mise au point pour protéger les droits des accusés en application de l'article 7 de la Charte.

Je suis d'avis qu'une procédure de ce genre, même si elle a lieu à huis clos, souvent ne serait pas pratique. Elle ne pourrait, par exemple, servir dans un cas comme celui-ci où l'intimé refuse de confirmer ou de nier l'existence de l'information. On ne saurait l'appliquer dans les affaires comportant un grand nombre de documents ou un petit nombre de documents compliqués. Je noterai également que l'article 7 de la Charte n'est pas en cause dans le processus de contrôle.

Le requérant a pour témoin le professeur Reg Whitaker de l'université York. Il a obtenu son baccalauréat et sa maîtrise de l'université Carleton et il faisait partie du Département de sciences politiques de 1972 à 1984. Entre-temps, il a obtenu un doctorat en économie politique de l'Université de Toronto et, en 1984, il a occupé ses fonctions actuelles de professeur d'économie politique à l'université York. Il a déposé son affidavit sous serment le 14 septembre 1995 (l'affidavit Whitaker). Il y décrit son champ d'expertise dans les termes suivants:

2. I am a specialist in security and intelligence issues, and have published books and articles in scholarly journals on this subject. I teach graduate and under-graduate classes in the Politics of Security and Intelligence at York University. I am a member [and past-member] of the Executive of the Canadian Association for Security and Intelligence Studies, an organization that includes both academics and practitioners and holds annual and special conferences (some of which have been supported by various agencies of the Federal Government). I have in the past been consulted by the Security Intelligence Review Committee (SIRC) and by parliamentary committees on national security. I have also appeared as an expert witness before SIRC and before Immigration, Deportation and Refugee hearings on matters concerning intelligence. I was an invited participant in a seminar for members of SIRC on the five-year review of the CSIS Act in June 1989. I have been invited to take part in SIRC-sponsored conferences as a speaker. As well, I was invited by the Special Committee on the Review of the CSIS Act to make submissions on [sic] to the Committee. I made those submissions in June 1989. I was qualified as an expert witness on security intelligence matters in Baroud v. M.E.I. in the Federal Court of Canada.

3. In the course of my research, I have had opportunity to make extensive use of the Access to Information Act and the Privacy Act regarding national security records, and I am indeed one of the most experienced users of access legislation in this area in Canada. As a result of this extensive experience, I have often been invited to address conferences and public forums on access to information issues. From 1987 to 1990, I was a member of an advisory council on government records that included public servants and a small number of non-governmental representatives to advise on the disposal of government records. Since 1991, I have been appointed to an advisory body to the National Archives of Canada, the Researchers' Forum. I am expert on the issues of the danger or otherwise of release of government information as a security concern.

50 Professor Whitaker presents the American and Australian situations. He says that the United States' *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. § 552 (1994) provides no special protection for information, even for national security information received by the United States in confidence. He goes on to say that:

[TRADUCTION] 2. Je suis spécialiste des questions relatives à la sécurité et au renseignement et j'ai publié des ouvrages et des articles sur ce sujet dans des revues spécialisées. J'enseigne la politique touchant ces matières aux étudiants des premier et deuxième cycles à l'université York. Je suis membre [et ancien membre] du Comité exécutif de l'Association canadienne pour l'étude de la sécurité et du renseignement, une organisation comprenant aussi bien des universitaires que des praticiens, qui tient des conférences annuelles et spéciales (dont quelques-unes ont obtenu le soutien de divers organismes fédéraux). Le Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité (CSARS) ainsi que des comités parlementaires de la sécurité nationale m'ont consulté par le passé. J'ai également comparu en tant que témoin-expert devant le CSARS et à des auditions concernant l'immigration, la déportation et les réfugiés, pour des questions ayant trait aux renseignements. J'ai participé sur invitation, en juin 1989, à un colloque des membres du CSARS portant sur la revue quinquennale de la Loi sur le SCRS. On m'a demandé de prendre part, en qualité de conférencier invité, à des conférences parrainées par le CSARS. De même, le comité spécial d'examen de la Loi sur le SCRS m'a invité à lui présenter des observations, ce que j'ai fait en juin 1989. J'ai été reconnu comme témoin-expert en matière de renseignement dans l'affaire Baroud c. MEI, à la Cour fédérale du Canada.

3. Au cours de mes travaux de recherche, j'ai eu l'occasion de recourir largement à la Loi sur l'accès à l'information et à la Loi sur la protection des renseignements personnels au sujet des dossiers relatifs à la sécurité nationale et, de fait, je suis l'un des usagers les plus versés en matière de législation sur l'accès à l'information dans ce domaine au Canada. En raison de cette grande expérience, on m'a souvent invité à prendre la parole sur les questions d'accès à l'information lors de conférences et de réunions publiques. De 1987 à 1990, j'étais membre d'un conseil consultatif sur les documents gouvernementaux et les moyens d'en disposer, documents qui concernaient entre autres des fonctionnaires et un petit nombre de représentants non gouvernementaux. J'ai été nommé, en 1991, membre d'un organisme consultatif, le Researchers' Forum auprès des Archives nationales du Canada. Je suis expert des questions relatives au danger ou autres risques que pose la divulgation des renseignements gouvernementaux à la sécurité nationale.

Le professeur Whitaker expose la situation qui prévaut aux États-Unis et en Australie. Il dit que la *Freedom of Information Act* américaine, 5 U.S.C. § 552 (1994), ne prévoit pas de protection spéciale à l'égard des renseignements, même ceux qui portent sur la sécurité nationale que les États-Unis obtiennent à titre confidentiel. Il poursuit en disant ce qui suit:

50

The United States is the senior partner in the Western alliance and is far and away the most important producer of intelligence that is exchanged through the Western intelligence network. Yet the United States offers no reciprocal protection against disclosure of information it receives from its allies in confidence.

[TRADUCTION] Les États-Unis, le principal partenaire de l'alliance des pays de l'Ouest, est la plus importante source des informations qui sont échangées dans le réseau de renseignement occidental. Malgré cela, ils n'offrent pas une protection, à titre réciproque, contre la divulgation des renseignements confidentiels qu'ils obtiennent de leurs alliés.

51 This statement is inaccurate. Section 552(b)(1)(A) of the United States' *Freedom of Information Act* provides that agencies are exempt from making public matters that are "specifically authorized under criteria established by an Executive order to be kept secret in the interest of national defense or foreign policy and (B) are in fact properly classified pursuant to such Executive order". The President's Executive order 12958 dated April 20, 1995 [60 Fed. Reg. 19825] deals with what constitutes classified national security information. Section 1.5 of the Executive order, when read with the introduction to the order, recognizes that the U.S. national interest requires that certain information from foreign governments and information relevant to national security may be kept in confidence to protect, *inter alia*, the United States' position within the community of nations. If such information is classified and its disclosure is refused, the member of the public who requested the information may complain under section 552(a)(4)(B) of the United States Code, Title 5. In that case, the district court of the United States:

... has jurisdiction to enjoin the agency from withholding agency records and to order the production of any agency records improperly withheld from the complainant. In such a case the court shall determine the matter de novo, and may examine the contents of such agency records in camera to determine whether such records or any part thereof shall be withheld under any of the exemptions set forth in subsection (b) of this section, and the burden is on the agency to sustain its action.

Accordingly, there is some measure of protection by way of a discretionary *in camera* process even if a hearing is held.

Cette affirmation est inexacte. L'article 552(b)(1)(A) de la Loi américaine en question prescrit que les organismes sont exemptés de la divulgation publique lorsqu'il s'agit de questions [TRADUCTION] «qu'un décret présidentiel autorise expressément, et conformément à des critères qui y sont établis, de garder secrètes dans l'intérêt de la défense nationale ou de la politique étrangère et. (B) qui sont en fait régulièrement classifiées conformément à un tel décret». Le décret présidentiel 12958, du 20 avril 1995 [60 Fed. Reg. 19825], explique en quoi consiste un renseignement classifié relatif à la sécurité nationale. L'article 1.5 du décret, considéré en corrélation avec le texte introductif du document, reconnaît que l'intérêt national des États-Unis exige que certains renseignements obtenus de gouvernements étrangers et certaines informations touchant la sécurité nationale puissent ne pas être divulgués afin de protéger, entre autres, la position des États-Unis dans le concert des nations. Si de tels renseignements sont classifiés et qu'on refuse de les communiquer, la personne qui a demandé à les obtenir peut porter plainte aux termes de l'article 552(a)(4)(B) du United States Code, titre 5. Dans ce cas, le tribunal de district américain:

[TRADUCTION] ... a compétence pour enjoindre à l'organisme visé de ne pas retenir les documents qui lui appartiennent et toute autre pièce indûment refusée au plaignant. Dans ce cas, le tribunal devra étudier la question une nouvelle fois et il peut examiner, à huis clos, le contenu des dossiers de l'organisme en question pour déterminer s'il faut les retenir en tout ou en partie en application de l'une ou l'autre des exceptions énoncées à l'alinéa (b) de cet article et il incombe à l'organisme concerné de défendre sa position.

Un certain degré de protection est exercé, par conséquent, grâce à un processus discrétionnaire à huis clos, même si une audience a lieu.

52 Finally, the United States' Justice Department *Guide to the Freedom of Information Act* dated

Enfin, le *Guide to the Freedom of Information Act* de Département de la Justice des États-Unis daté de 52

September 1995, at page 67 notes that, like Canadian authorities, U.S. agencies may refuse to confirm or deny the existence or non-existence of information when its existence or non-existence is classified under Executive order 12958.

septembre 1995, note à la page 67, qu'à l'instar des autorités canadiennes, les organismes américains peuvent refuser de confirmer ou de nier l'existence ou l'absence d'information, lorsque cette existence ou absence est classifiée en application du décret présidentiel 12958.

53 The question is whether the United States' practice should be a model for minimal impairment in the Canadian context. I have concluded that it is not an appropriate model because the evidence discloses that the United States' position is very different from our own. The United States is a net exporter of information and this exercise is supported by a massive intelligence gathering network. Canada, in contrast, is a net importer with far fewer resources. In these circumstances, it makes sense that Canada should have a greater concern about its allies' perception of the effectiveness of its ability to maintain the confidentiality of sensitive information.

Il s'agit de savoir si la pratique américaine devrait servir de modèle en matière de dérogation minimale dans le contexte canadien. J'ai conclu qu'elle n'était pas un modèle approprié, car la preuve indique que la position des États-Unis diffère beaucoup de la nôtre. Les Américains sont des exportateurs nets de renseignements et sont appuyés, à cette fin, par un immense réseau de collecte d'information. Par contraste, le Canada est un importateur net de renseignements et il est doté de beaucoup moins de ressources. Dans ces circonstances, il est logique qu'il s'inquiète davantage de la perception qu'ont de lui ses alliés quant à sa capacité à assurer efficacement la confidentialité des renseignements délicats.

54 Professor Whitaker also testified that the Australian practice is governed by the *Archives Act 1983* [No. 79, 1983]. Section 44 describes the powers and procedures of the Administrative Appeals Tribunal (AAT). The AAT reviews decisions about access made by the Australian Archives. However, the AAT cannot make an order requiring the disclosure of a record which has been given an exemption by a certificate. The AAT can, however, determine that no reasonable grounds exist for the non-disclosure and the relevant Minister then has 28 days to review the matter. The Minister must report to Parliament if he maintains the non-disclosure.

Dans son témoignage, le professeur Whitaker a également déclaré que la pratique australienne est régie par la *Archives Act 1983* [n° 79, 1983]. L'article 44 de cette loi énonce les pouvoirs et les procédures de l'Administrative Appeals Tribunal (AAT) qui revoit la décision des archives australiennes relatives à l'accès à l'information. Toutefois, l'AAT ne peut rendre une ordonnance exigeant la divulgation d'un document déjà excepté par une attestation. Il peut, cependant, décider que le refus de divulguer ne repose pas sur des motifs raisonnables et le ministre compétent dispose alors de 28 jours pour réétudier la question. Il doit faire rapport au Parlement s'il confirme la décision de ne pas divulguer.

55 Paragraph 47(2)(a) of the *Archives Act 1983* provides for mandatory *in camera* proceedings when exempt matters are at issue and, in subsection 47(3), discretion is given to hold *ex parte* proceedings and issue publication bans. One might reasonably ask whether mandatory *in camera* and discretionary *ex parte* proceedings following the Australian model would constitute minimal impairment. Two points are relevant here. Firstly, the applicant did not make

L'alinéa 47(2)(a) de la *Archives Act 1983*, prescrit de tenir obligatoirement des auditions à huis clos lorsque des questions exemptées sont en cause; en outre, le paragraphe 47(3) accorde le pouvoir discrétionnaire de procéder en l'absence d'une autre partie et d'interdire la publication. On peut raisonnablement se demander si la procédure obligatoire à huis clos et discrétionnairement, en l'absence d'une partie suivant le modèle australien, constituerait une déro-

this argument preferring to advance the wiretap affidavit review procedure as the only acceptable model for minimum impairment. Secondly, in April of 1992, the Australian Security Intelligence Organization (the ASIO) took the position before the Australian Parliamentary Joint Committee on the ASIO (the Committee) that material received in confidence from foreign sources should be exempt from disclosure and from AAT review for the length of time applicable in the country of origin. The ASIO's witnesses shared the concerns expressed by the deponents of the respondent's affidavits in this case. The evidence was discussed in the following term:<sup>3</sup>

3.1.7 The Committee received a submission from the Minister for Foreign Affairs, Senator the Hon. Gareth Evans, MP. After stating that he supported the principle of freedom of information and access to government records, the Minister went on to say:

"must nevertheless stress that it is important that Australia maintain the confidence of its friends and allies that we can protect the assessments and intelligence materials that they pass to us in confidence. This confidence can only be maintained as long as we can demonstrate that we have in place the institutional and legal basis to protect material so provided. Such exchanges of in-confidence information are an essential element in the effective conduct of diplomatic relations and in the formation of foreign and defence policies. While ASIO's activities are domestic there will inevitably be some foreign material held on their files. The consequences of failure to protect this information from disclosure could include the disruption of the flow of valuable intelligence material and thus compromise our national interests."

3.1.8 He went on to stress that there was an equal need to protect from release material from whatever source which, if publicised, would damage Australia's foreign relations or our defence and security interests. Such material would of course include Australia's intelligence assessments. The Office of National Assessments (ONA) made similar points in evidence to the Committee. In a letter to the Committee on behalf of the Department of the Prime Minister and Cabinet, the Secretary of that Department, Mr. M H Codd, AC made similar submissions when he referred to:

gation minimale. Deux points sont à relever en ce qui nous concerne. En premier lieu, le requérant n'a pas invoqué cet argument, préférant soutenir que la procédure de contrôle relative à l'affidavit sur l'écoute électronique était le seul modèle acceptable de dérogation minimale. En second lieu, en avril 1992, la Australian Security Intelligence Organization (l'ASIO) a, devant le Comité parlementaire mixte australien de l'ASIO (le Comité), adopté la position voulant que les renseignements confidentiels obtenus de sources étrangères soient soustraits à la divulgation et à la révision de l'AAT pour la durée en vigueur dans le pays d'origine. Les témoins de l'ASIO partageaient les inquiétudes que manifestaient les déposants des affidavits de l'intimé dans ce cas-ci. Les témoignages ont donné lieu aux discussions suivantes<sup>3</sup>:

[TRADUCTION] 3.1.7 Le Comité a reçu un mémoire du ministre des Affaires étrangères, l'honorable sénateur Gareth Evans, MP. S'étant dit favorable au principe de la liberté d'information et de l'accès aux documents gouvernementaux, le ministre a poursuivi en ces termes:

«je dois cependant souligner qu'il importe que les amis et alliés de l'Australie continuent d'avoir confiance dans notre aptitude à protéger les rapports d'évaluation et les renseignements qu'ils nous communiquent à titre confidentiel. Cette confiance ne peut subsister qu'aussi longtemps que nous pouvons démontrer que nous avons jeté les fondements légaux et institutionnels visant à protéger les documents en question. Les échanges d'informations à titre confidentiel sont un élément essentiel à la conduite effective des relations diplomatiques et à l'élaboration des politiques étrangères et de défense. Bien que l'ASIO s'occupe de questions internes, ses dossiers renfermeront inévitablement des documents étrangers. Le manque de protection contre la divulgation de ces renseignements aurait, entre autres conséquences, celle de dérégler la communication de renseignements précieux et de compromettre ainsi nos intérêts nationaux.»

3.1.8 Il a souligné ensuite qu'il fallait tout autant faire échec à la communication de données obtenues de n'importe quelle source et dont la divulgation porterait atteinte aux relations étrangères de l'Australie ou à sa défense et sa sécurité. Les documents en question comprendraient, bien sûr, nos rapports d'évaluation des renseignements. Le Office of National Assessments (ONA) a appelé l'attention du comité sur ces points. Dans une lettre qu'il lui a adressée au nom du bureau du premier ministre et du cabinet, le secrétaire de ce bureau, M. M. H. Codd, AC, a présenté des observations similaires lorsqu'il a évoqué:

“the concern expressed by some foreign government Intelligence Agencies that the Government is unable to give absolute (as opposed to qualified) assurances that information provided to Australia in confidence is protected from release. If overseas governments were reluctant to continue to provide certain sensitive intelligence information to us, then this would have serious adverse implications for our own capabilities, and for the maintenance of productive general liaison arrangements.”

3.2.1 It is important that Australia's international relations and defence interests should not be imperilled by the release of material, whether deliberately or inadvertently, that has the capacity to damage those relations or interests. The question is, therefore, whether these interests are sufficiently protected under the present arrangements. Submissions to the Committee from the Intelligence Agencies expressed concern as to the effect on the activities of ASIO should the existing restrictions on the release of foreign-sources material appear to be reduced.

...

3.2.3 It would appear that unwanted information has never been released. The concern is that the potential is perceived to exist and that this perception is sufficient to undermine the confidence of some supplying nations that their material is absolutely protected from disclosure. This distrust has the potential to cause the kind of adverse reaction leading to the consequences referred to by ASIO in its submission.

56 In its Report,<sup>4</sup> the Committee made the following recommendations:

RECOMMENDATION 1:

That guidelines be issued by the Minister to the Intelligence Agencies requiring that foreign material received in confidence should be exempted from disclosure for such period as that material is restricted from public access in the country of origin.

RECOMMENDATION 2:

That the Archives Act should be amended to preclude any appeal to the Administrative Appeals Tribunal from a certification by the Inspector-General of Intelligence and Security that the guidelines issued by the Minister respecting protection of foreign-derived material has been properly observed.

«l'inquiétude exprimée par certains organismes de renseignement de pays étrangers voulant que le gouvernement ne soit pas en mesure de donner des assurances absolues (et non pas assorties de réserve) quant à la non-divulgence des renseignements communiqués confidentiellement à l'Australie. La réticence de la part des pays d'outre-mer à nous fournir, comme par le passé, certains renseignements délicats, se refléterait négativement sur nos propres capacités et sur le maintien d'accords de liaison généraux et productifs.»

3.2.1 Il importe que les relations internationales de l'Australie et ses intérêts en matière de défense ne soient pas compromis en raison d'une communication délibérée ou involontaire de renseignements qui sont de nature à porter préjudice à ces relations ou à ces intérêts. Il s'agit, par conséquent, de savoir si ces intérêts sont suffisamment protégés par les dispositions actuelles. Les organismes de renseignement qui ont présenté au Comité des observations, lui ont fait part de leur inquiétude quant aux effets qu'un assouplissement apparent des restrictions actuelles sur la communication de renseignements obtenus de sources étrangères aurait sur les activités de l'ASIO.

...

3.2.3 Il semblerait qu'on n'ait jamais divulgué un renseignement non recherché. Ce qui inquiète, c'est de percevoir que cette possibilité existe et cela suffit à saper la confiance de certaines sources de renseignement quant à la protection absolue contre toute divulgation de leurs informations. Cette méfiance peut éventuellement susciter le genre de réaction négative conduisant aux conséquences dont l'ASIO fait état dans son mémoire.

Dans son rapport<sup>4</sup>, le Comité a formulé les recommandations suivantes: 56

[TRADUCTION]

RECOMMANDATION 1:

Que le Ministre donne des instructions aux organismes de renseignement exigeant que les informations et documents étrangers reçus à titre confidentiel soient exemptés de divulgation pour une période correspondant à celle où l'accès du public à ces informations et documents est restreint dans le pays d'origine.

RECOMMANDATION 2:

Que la Archives Act soit modifiée de façon à interdire tout appel à l'Administration Appeal Tribunal d'une attestation donnée par l'inspecteur général des renseignements et de la sécurité que les instructions du Ministre relatives à la protection des renseignements et documents d'origine étrangère ont été dûment observées.

As yet, no legislative changes have been made to implement these recommendations.

Aucune modification législative n'a eu lieu jusqu'à ce jour pour mettre en œuvre ces recommandations.

57 Given this background, however, I am not prepared to conclude that the current Australian practice represents a reasonable example of minimal impairment.

57 Considérant ce contexte, cependant, je ne suis pas disposée à conclure que la pratique australienne actuelle constitue un exemple raisonnable de dérogation minimale.

58 In 1987, a standing committee of the Parliament of Canada<sup>5</sup> made recommendations which, had they been implemented, would have involved reduced restrictions at the time exemptions were claimed. The relevant recommendation was that the exemption in section 19 of the Act not be mandatory for the head of the government institution and that an injury test be used to justify non-disclosure. However, the excerpt from Chapter 3 of the Standing Committee Report, which appears as Exhibit C to the Whitaker affidavit, does not address the review process or the impugned provisions.

58 En 1987, un comité permanent du Parlement canadien<sup>5</sup> a formulé des recommandations qui, si elles avaient été appliquées, auraient atténué les restrictions au moment où des exceptions sont demandées. La recommandation pertinente en l'espèce voulait que l'article 19 de la Loi ne soit plus obligatoirement appliqué par le responsable de l'institution fédérale et que la notion de préjudice serve de critère pour justifier la non-communication. Cependant, la citation tirée du chapitre 3 du Rapport du Comité permanent, l'annexe C de l'affidavit Whitaker, ne traite pas du processus de contrôle ni des dispositions contestées.

59 The Government responded to the Committee's recommendation in a document entitled *Access and Privacy: The Steps Ahead*. It was published in 1987 by the Minister of Supply and Services Canada. At page 37 and following, the concept of significant injury as a basis for the application of exemptions was rejected and the exemption for information received in confidence from other governments was justified at page 39 on the basis that, "[t]he willingness of other governments to continue to share their information with Canada would likely be adversely affected by the lesser degree of protection which would be given if these recommendations were implemented". Again, as was the case with the Standing Committee's Report, the impugned provisions and the review process were not addressed.

59 Le gouvernement a répondu à la recommandation du Comité dans un document intitulé *Accès et renseignements personnels: Les prochaines étapes*, publié par le Ministre des Approvisionnements et Services Canada en 1987. À la page 42 et suivantes, la notion de préjudice considérable servant de base à la mise en œuvre d'exceptions a été rejetée et l'exception relative aux renseignements obtenus d'autres gouvernements à titre confidentiel justifiée, à la page 44, par le fait que «les gouvernements [seraient] moins désireux d'échanger des informations à la suite de la mise en œuvre d'une recommandation visant à réduire le niveau de protection prévu». Encore une fois, comme ce fut le cas dans le Rapport du Comité permanent, il n'a pas été question des dispositions contestées ni de la procédure de contrôle.

60 The Australian and Canadian experiences demonstrate that there is ongoing debate about the best way to balance access to information rights against the need for co-operation in the international exchange of confidential information. However, in my view, these debates have not suggested an alternative to the impugned provisions which would meet the objective with a lesser impairment of paragraph

60 Les pratiques australiennes et canadiennes montrent que le débat se poursuit en vue de trouver le meilleur moyen de réaliser l'équilibre entre les droits d'accès à l'information et la coopération dont on a besoin pour les échanges internationaux d'informations confidentielles. À mon avis, cependant, les discussions n'ont pas donné lieu à des propositions permettant de remplacer les dispositions contestées

2(b) of Charter rights.

61 Finally, on this topic, I was asked to reflect on the procedure used by Canada's Security Intelligence Review Committee (SIRC). A protocol between CSIS and SIRC was attached as Exhibit "E" to the Whitaker affidavit. It provides that SIRC is entitled to all CSIS information except Cabinet confidences. However, if the information the SIRC requests comes from third parties the following is agreed:

When information obtained from third parties is to be provided to SIRC, CSIS will be given reasonable time to inform the originating agency. That agency may forward to SIRC, via CSIS, any comments, supplementary caveats, or explanations deemed appropriate. SIRC will then observe any special precautions requested by the agency.

Information provided by CSIS to SIRC which originated with third parties will be clearly labelled. Information so labelled will be treated with extreme care by SIRC.

SIRC will not disclose "third-party" information to others, except with the specific previous authority of the originating agency.

SIRC is part of the Security Intelligence system set up by the CSIS Act, and thus is bound by the CSIS Act's constraints regarding the protection of National Security, and information pertaining thereto. With regard to "third-party" information provided to SIRC, the Committee will be bound by any caveat accompanying such information unless specifically released from such caveat by the originating agency.

62 In my view, although subsection 39(1) of the CSIS Act gives SIRC the right to determine its own procedures and does not require SIRC to hold mandatory *in camera* and *ex parte* hearings, the protocol makes it clear that it will use such procedures as are necessary to protect confidential information from third parties. The protocol also makes it clear that SIRC is part of CSIS and accepts the importance of protecting third party information. In these circumstances and in the absence of evidence on SIRC's actual practice in the performance of its various

et d'atteindre l'objectif en dérogeant, dans une moindre mesure, à l'alinéa 2b) de la Charte des droits.

En finale à ce sujet, on m'a demandé mon opinion sur la procédure en usage au Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité (CSARS). Un protocole conclu entre le SCRS et le CSARS est joint à l'affidavit Whitaker en tant qu'annexe «E». Ce document énonce que le CSARS a droit d'obtenir tous les renseignements détenus par le SCRS, à l'exception des documents confidentiels du cabinet. Toutefois, si les renseignements requis par le CSARS proviennent de tierces parties, il est convenu ce qui suit:

[TRADUCTION] Lorsque des renseignements obtenus de tierces parties doivent être communiqués au CSARS, le SCRS disposera d'un délai raisonnable pour en informer l'organisme d'origine. Celui-ci peut adresser au CSARS, par les soins du SCRS, toute observation, mise en garde additionnelle ou explication jugée opportune. Le CSARS observera alors toutes les précautions spéciales que l'organisme demandera.

Les renseignements de sources tierces fournis par le SCRS au CSARS seront clairement identifiés comme tels et le CSARS en fera usage avec une extrême précaution.

Le CSARS ne communiquera pas à autrui les informations obtenues de tierces parties à moins d'avoir obtenu, à cet effet, l'autorisation expresse de l'organisme d'origine.

Le CSARS fait partie du système de renseignement institué par la Loi sur le SCRS et, partant, est assujéti aux restrictions prévues dans cette Loi relativement à la protection de la sécurité nationale et des renseignements y afférents. En ce qui concerne les informations obtenues de «tierces parties» et communiquées au CSARS, celui-ci sera lié par toute mise en garde accompagnant ces informations, sauf s'il est expressément déchargé de cette obligation par l'organisme d'origine.

À mon avis, même si le paragraphe 39(1) de la Loi sur le SCRS donne au CSARS le droit d'établir ses propres procédures sans lui imposer de tenir des auditions à huis clos ou en l'absence d'une partie, le protocole ci-dessus énonce clairement que le CSARS aura recours à de telles procédures dans la mesure nécessaire à la protection des renseignements confidentiels obtenus de tiers. Le protocole précise également que le CSARS fait partie du SCRS et qu'il reconnaît l'importance que revêt la protection de ces renseignements. Dans ces circonstances et en l'ab-

functions, I am not prepared to treat SIRC procedures as a compelling blue print for minimal impairment which should apply in an independent institution such as the Federal Court.

63 In all of the circumstances, I am prepared to find that the impugned provisions represent a minimal impairment of the applicant's paragraph 2(b) Charter rights.

(c) Overall Proportionality

64 This part of the *Oakes* test was recently restated by Chief Justice Lamer, when he spoke for the majority of the Court, in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835 (*Dagenais*). In that case, His Lordship stated (at page 889):

I would . . . rephrase the third part of the *Oakes* test as follows: there must be a proportionality between the deleterious effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective, and there must be a proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures.

The Chief Justice explained the rationale behind the reformulation of the proportionate effects test in *Dagenais* (at page 887):

In many instances, the imposition of a measure will result in the full, or nearly full, realization of the legislative objective. In these situations, the third step of the proportionality test calls for an examination of the balance that has been struck between the objective in question and the deleterious effects on constitutionally protected rights arising from the means that have been employed to achieve this objective.

65 Professor Fraser, on the respondent's behalf, says that the removal of the impugned provisions from the Act would create a perception in the minds of Canada's intelligence allies that our ability to protect sensitive information had weakened and that perception "would probably result in a down-grading of the quantity and/or quality of the information they were willing to share". He says that the cutoff of information would not be total nor immediate. It would more likely take the form of a drying up and

sence de preuve quant à la pratique du CSARS dans l'exécution de ses diverses fonctions, je ne suis pas disposée à prendre les procédures de cet organisme comme modèle incontournable de dérogation minimale qui devrait s'appliquer à une institution indépendante telle que la Cour fédérale.

En tout état de cause, je suis prête à conclure que les dispositions incriminées constituent une dérogation minimale au droit du requérant énoncé à l'alinéa 2b) de la Charte. 63

c) Proportionnalité générale

Cette partie du critère formulée dans l'arrêt *Oakes* a été récemment reprise par le juge en chef Lamer, au nom de la majorité de la Cour, dans l'affaire *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 (*Dagenais*) lorsqu'il a déclaré, en l'espèce, ce qui suit (à la page 889): 64

Je reprendrais . . . la troisième partie du critère *Oakes* comme suit: il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l'objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques.

Le juge en chef a expliqué, à la page 887 de l'arrêt *Dagenais* pourquoi il reformulait le critère de la proportionnalité des effets; il dit:

Il arrive fréquemment qu'une mesure permette d'atteindre pleinement ou presque un objectif législatif. La troisième étape du critère de proportionnalité exige alors l'examen de l'équilibre qui a été atteint entre l'objectif en question et les effets préjudiciables que subissent des droits protégés par la Constitution du fait des moyens utilisés pour atteindre cet objectif.

Le professeur Fraser, au nom de l'intimé, dit que la suppression des dispositions contestées donnerait aux partenaires avec lesquels le Canada échange des renseignements, l'impression que notre aptitude à protéger les renseignements délicats s'est relâchée et cette impression [TRADUCTION] «aurait probablement pour effet de dévaloriser la quantité, la qualité ou les deux à la fois, des renseignements qu'ils étaient disposés à partager». Il dit que l'arrêt de l'information ne serait ni total ni immédiat, mais que le taris-

would be hard to verify. He concludes by saying that any change which replaces the impugned provisions with discretionary protections will be noticed by our intelligence allies and will be seen as a "significant" though "small" diminution of our ability to protect sensitive information from inadvertent disclosure.

66 On the other side of this issue, the applicant says that the evidence about the good achieved by the impugned provisions is weak and speculative. I agree that the evidence of possible harm is speculative, but I accept the opinions of the respondent's witnesses as credible and well founded. It is also, I believe, the best evidence available. It would be unreasonable to suppose that one of Canada's allies or an individual informant would file affidavits indicating with any precision how they would react if the impugned provisions were not longer in force.

67 I have concluded that the salutary effects of the impugned provisions are hard to quantify. They involve a small but significant diminution in our ability to gather sensitive information.

68 I have also concluded that the deleterious effects of the impugned provisions on freedom of the press are minimal. I say this because, even if the mandatory impugned provisions were not available, I consider it to be virtually certain that, if the respondent presented appropriate evidence that the sensitive information and related exemptions under review involved national security issues or issues of highest confidence, a judge, in the exercise of his or her discretion under subsection 46(1), would hear such matters *in camera* and, if asked, *ex parte*.

69 In all these circumstances, I have concluded that the objective has been protected in a sensible fashion by the impugned provisions and that overall proportionality has been achieved.

sement serait plutôt progressif, ce qui serait difficile à vérifier. Il conclut en disant que toute modification visant à remplacer les dispositions contestées par des mesures de protection discrétionnaires, n'échappera pas aux alliés avec qui nous échangeons des renseignements et sera perçue comme une atteinte [TRADUCTION] «appréciable», quoique [TRADUCTION] «légère» à notre aptitude à protéger les renseignements délicats contre toute divulgation accidentelle.

Le requérant dit, pour sa part, que la preuve à l'appui des avantages attribués aux dispositions contestées est faible et d'ordre spéculatif. Je conviens que la preuve concernant le préjudice possible est de nature spéculative, mais j'admets que les opinions des témoins de l'intimé sont dignes de foi et bien fondés. Ce sont aussi, à mon avis, les meilleurs éléments de preuve dont on dispose. Il ne serait pas raisonnable de supposer qu'un allié du Canada ou qu'un informateur individuel irait déposer un affidavit indiquant avec précision la façon dont il réagirait advenant la suppression des dispositions contestées. 66

J'ai conclu que les effets salutaires de ces dispositions sont difficiles à quantifier. Elles mettent en cause la réduction appréciable, quoique légère, de notre aptitude à recueillir des renseignements délicats. 67

J'ai également conclu que les conséquences néfastes des dispositions contestées sur la liberté de presse étaient minimales. Je dis cela parce que même en l'absence des dispositions incriminées, il est pratiquement certain, à mon point de vue, que si l'intimé produisait des preuves suffisantes démontrant que les renseignements délicats et les exceptions connexes, objet du présent contrôle, mettaient en cause des questions relatives à la sécurité nationale ou qui sont de nature hautement confidentielle, le juge, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire énoncé au paragraphe 46(1), examinera ces questions à huis clos et, s'il en est requis, en l'absence d'une partie. 68

Dans cette conjoncture, j'ai conclu que les dispositions contestées ont protégé de façon raisonnable l'objectif visé et que le critère de proportionnalité a été respecté. 69

Conclusion

70 The impugned provisions of the Act are saved by section 1 of the Charter. Accordingly, the applicant's challenge to the constitutionality of the impugned provisions will be dismissed.

Costs

71 The applicant concluded by asking for costs and both parties filed written submissions on this issue. The applicant's submissions were based on section 52 of the Act which provides:

52. (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

(2) Where the Court is of the opinion that an application for judicial review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result. [Emphasis mine.]

72 In written submissions, the applicant relied on subsection 52(1) of the Act in the event of success on the Charter issue. Otherwise, the applicant asked for costs of the Charter argument under subsection 52(2). The respondent has not asked for costs at this time.

73 With regard to subsection 52(1), the applicant succeeded in persuading me that the impugned provisions were unconstitutional. However, the respondent's section 1 argument later prevailed. In these circumstances, I am going to exercise my discretion to make no order as to costs under subsection 52(1).

74 In my view, subsection 52(2) governs only the application for judicial review as it relates to the merits of the review. As the review has not occurred, it would be premature to apply subsection 52(2) at this point in the proceedings.

Conclusion

Les dispositions litigieuses de la Loi se justifient 70 par l'article premier de la Charte. La contestation du requérant quant à la constitutionnalité de ces dispositions sera rejetée.

Dépens

Le requérant a conclu en réclamant de la Cour 71 qu'elle lui accorde des frais et dépens et les deux parties au litige ont présenté des observations à ce sujet. Le requérant invoque sur ce point l'article 52 de la Loi qui s'énonce ainsi:

52. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les frais et dépens sont laissés à l'appréciation de la Cour et suivent, sauf ordonnance contraire de la Cour, le sort du principal.

(2) Dans le cas où elle estime que l'objet du recours a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours. [Non souligné dans le texte original.]

Dans ses observations écrites, le requérant s'est 72 fondé sur le paragraphe 52(1) de la Loi au cas où il aurait eu gain de cause sur la question relative à la Charte. À défaut, il a réclamé des dépens au regard de l'argumentation concernant la Charte aux termes du paragraphe 52(2). L'intimé n'a réclamé aucuns dépens pour le moment.

En ce qui concerne le paragraphe 52(1), le requé- 73 rant a réussi à me persuader que les dispositions contestées étaient inconstitutionnelles. Toutefois, les arguments avancés par l'intimé touchant l'article premier ont prévalu par la suite. Cela étant, je vais exercer mon pouvoir discrétionnaire et n'adjuger aucuns dépens en application du paragraphe 52(1).

À mon avis, le paragraphe 52(2) régit uniquement 74 la demande de contrôle judiciaire dans la mesure où elle porte sur le bien-fondé du contrôle. Comme celle-ci n'a pas eu lieu, il serait prématuré d'appliquer le paragraphe 52(2) à cette étape-ci des procédures.

SCHEDULE "B"Access to Information Act, section 15

15. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada or the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

(a) relating to military tactics or strategy, or relating to military exercises or operations undertaken in preparation for hostilities or in connection with the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities;

(b) relating to the quantity, characteristics, capabilities or deployment of weapons or other defence equipment or of anything being designed, developed, produced or considered for use as weapons or other defence equipment;

(c) relating to the characteristics, capabilities, performance, potential, deployment, functions or role of any defence establishment, of any military force, unit or personnel or of any organization or person responsible for the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities;

(d) obtained or prepared for the purpose of intelligence relating to

(i) the defence of Canada or any state allied or associated with Canada, or

(ii) the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities;

(e) obtained or prepared for the purpose of intelligence respecting foreign states, international organizations of states or citizens of foreign states used by the Government of Canada in the process of deliberation and consultation or in the conduct of international affairs;

(f) on methods of, and scientific or technical equipment for, collecting, assessing or handling information referred to in paragraph (d) or (e) or on sources of such information;

(g) on the positions adopted or to be adopted by the Government of Canada, governments of foreign states or international organizations of states for the purpose of present or future international negotiations;

ANNEXE «B»Loi sur l'accès à l'information, article 15

15. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada ou à la détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives, notamment:

a) des renseignements d'ordre tactique ou stratégique ou des renseignements relatifs aux manœuvres et opérations destinées à la préparation d'hostilités ou entreprises dans le cadre de la détection, de la prévention ou de la répression d'activités hostiles ou subversives;

b) des renseignements concernant la quantité, les caractéristiques, les capacités ou le déploiement des armes ou des matériels de défense, ou de tout ce qui est conçu, mis au point, produit ou prévu à ces fins;

c) des renseignements concernant les caractéristiques, les capacités, le rendement, le potentiel, le déploiement, les fonctions ou le rôle des établissements de défense, des forces, unités ou personnels militaires ou des personnes ou organisations chargées de la détection, de la prévention ou de la répression d'activités hostiles ou subversives;

d) des éléments d'information recueillis ou préparés aux fins du renseignement relatif à:

(i) la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada,

(ii) la détection, la prévention ou la répression d'activités hostiles ou subversives;

e) des éléments d'information recueillis ou préparés aux fins du renseignement relatif aux États étrangers, aux organisations internationales d'États ou aux citoyens étrangers et utilisés par le gouvernement du Canada dans le cadre de délibérations ou consultations ou dans la conduite des affaires internationales;

f) des renseignements concernant les méthodes et le matériel technique ou scientifique de collecte, d'analyse ou de traitement des éléments d'information visés aux alinéas d) et e), ainsi que des renseignements concernant leurs sources;

g) des renseignements concernant les positions adoptées ou envisagées, dans le cadre de négociations internationales présentes ou futures, par le gouvernement du Canada, les gouvernements d'États étrangers ou les organisations internationales d'États;

(h) that constitutes diplomatic correspondence exchanged with foreign states or international organizations of states or official correspondence exchanged with Canadian diplomatic missions or consular posts abroad; or

(i) relating to the communications or cryptographic systems of Canada or foreign states used

- (i) for the conduct of international affairs,
- (ii) for the defence of Canada or any state allied or associated with Canada, or
- (iii) in relation to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities.

(2) In this section,

“defence of Canada or any state allied or associated with Canada” includes the efforts of Canada and of foreign states toward the detection, prevention or suppression of activities of any foreign state directed toward actual or potential attack or other acts of aggression against Canada or any state allied or associated with Canada;

“subversive or hostile activities” means

- (a) espionage against Canada or any state allied or associated with Canada,
- (b) sabotage,
- (c) activities directed toward the commission of terrorist acts, including hijacking, in or against Canada or foreign states,
- (d) activities directed toward accomplishing government change within Canada or foreign states by the use of or the encouragement of the use of force, violence or any criminal means,
- (e) activities directed toward gathering information used for intelligence purposes that relates to Canada or any state allied or associated with Canada, and
- (f) activities directed toward threatening the safety of Canadians, employees of the Government of Canada or property of the Government of Canada outside Canada.

h) des renseignements contenus dans la correspondance diplomatique échangée avec des États étrangers ou des organisations internationales d’États, ou dans la correspondance officielle échangée avec des missions diplomatiques ou des postes consulaires canadiens;

i) des renseignements relatifs à ceux des réseaux de communications et des procédés de cryptographie du Canada ou d’États étrangers qui sont utilisés dans les buts suivants:

- (i) la conduite des affaires internationales,
- (ii) la défense du Canada ou d’États alliés ou associés avec le Canada,
- (iii) la détection, la prévention ou la répression d’activités hostiles ou subversives.

(2) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

«activités hostiles ou subversives»

- a) L’espionnage dirigé contre le Canada ou des États alliés ou associés avec le Canada;
- b) le sabotage;
- c) les activités visant la perpétration d’actes de terrorisme, y compris les détournements de moyens de transport, contre le Canada ou un État étranger ou sur leur territoire;
- d) les activités visant un changement de gouvernement au Canada ou sur le territoire d’États étrangers par l’emploi de moyens criminels, dont la force ou la violence, ou par l’incitation à l’emploi de ces moyens;
- e) les activités visant à recueillir des éléments d’information aux fins du renseignement relatif au Canada ou aux États qui sont alliés ou associés avec lui;
- f) les activités destinées à menacer, à l’étranger, la sécurité des citoyens ou des fonctionnaires fédéraux canadiens ou à mettre en danger des biens fédéraux situés à l’étranger.

«défense du Canada ou d’États alliés ou associés avec le Canada» Sont assimilés à la défense du Canada ou d’États alliés ou associés avec le Canada les efforts déployés par le Canada et des États étrangers pour détecter, prévenir ou réprimer les activités entreprises

par des États étrangers en vue d'une attaque réelle ou éventuelle ou de la perpétration d'autres actes d'agression contre le Canada ou des États alliés ou associés avec le Canada.

---

<sup>1</sup> House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence* of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs, No. 94 (8 June 1982), at p. 93.

<sup>2</sup> *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469.

<sup>3</sup> Australia. Parliamentary Joint Committee on the Australian Security Intelligence Organization. *ASIO and the Archives Act: The Effect on ASIO of the Operation of the Access Provisions of the Archives Act* (April 1992) (hereinafter the Report), at pp. 23-24.

<sup>4</sup> *Ibid.*, at p. 25.

<sup>5</sup> House of Commons. Standing Committee on Justice and Solicitor General on the Review of the Access to Information Act and the Privacy Act. *Report: Open and Shut: Enhancing the Right to Know and the Right to Privacy* (March 1987), at p. 21.

---

<sup>1</sup> Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages* du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, n° 94 (8 juin 1982), à la p. 93.

<sup>2</sup> *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469.

<sup>3</sup> Australie. Parliamentary Joint Committee on the Australian Security Intelligence Organization. *ASIO and the Archives Act: The Effect on ASIO of the Operation of the Access Provisions of the Archives Act* (avril 1992) (ci-après le rapport), aux p. 23 et 24.

<sup>4</sup> *Ibid.*, à la p. 25.

<sup>5</sup> Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général sur l'examen de la Loi sur l'accès à l'information et de la Loi sur la protection de renseignements personnels: *Rapport: Une question à deux volets: Comment améliorer le droit d'accès à l'information tout en renforçant les mesures de protection des renseignements personnels* (mars 1987), à la p. 21.

A-799-95

A-799-95

**The Attorney General of Canada (Applicant)****Le Procureur général du Canada (requérant)**

v.

c.

**Michael Locke (Respondent)****Michael Locke (intimé)****INDEXED AS: CANADA v. LOCKE (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA c. LOCKE (C.A.)**

Court of Appeal, Marceau, MacGuigan and Robertson JJ.A.—Vancouver, May 14; Ottawa, June 3, 1996.

Cour d'appel, juges Marceau, MacGuigan et Robertson, J.C.A.—Vancouver, 14 mai; Ottawa, 3 juin 1996.

*Unemployment insurance — Application to set aside Umpire's decision loss of part-time employment not affecting benefits already obtained — Applicant receiving U.I. benefits based on loss of full-time employment — Subsequently securing part-time employment, but fired due to own misconduct — Disqualified from receipt of benefits — Unemployment Insurance Act, s. 28 disqualifying claimant from receiving benefits if losing employment because of own misconduct — Regulations, s. 59.1, when interpreted with Act, s. 30.1(2), providing inexcusable loss of any employment since beginning of qualifying period, triggering application of s. 28 disqualification.*

*Assurance-chômage — Demande en vue de faire annuler la décision du juge-arbitre concluant que la perte d'un emploi à temps partiel ne portait pas atteinte au droit aux prestations qu'il touchait déjà — Le requérant touchait des prestations d'assurance-chômage par suite de la perte de son emploi à plein temps — Il a par la suite occupé un emploi à temps partiel mais a été renvoyé à cause de sa propre inconduite — Exclusion du bénéfice des prestations — L'art. 28 de la Loi sur l'assurance-chômage exclut le prestataire qui perd son emploi à cause de sa propre inconduite — L'art. 59.1 du Règlement, lu de concert avec l'art. 30.1(2) de la Loi, portant sur la perte inexcusable d'un emploi depuis le début de la période de référence, entraîne l'inadmissibilité prévue à l'art. 28.*

This was an application to set aside the Umpire's decision that the claimant's loss of employment from a part-time position did not affect the permanent benefits already obtained. The respondent was laid off from full-time employment as a bell-boy, and began receiving unemployment insurance benefits. He subsequently secured part-time employment at a restaurant, which he reported, but he was fired on April 23, 1993 for his own misconduct (missing a shift without notifying his supervisor). He was thereafter disqualified from receiving benefits pursuant to *Unemployment Insurance Act*, sections 28 and 30.1 and *Unemployment Insurance Regulations*, subsection 59.1(1). Act, subsection 28(1) disqualifies a claimant from receiving benefits if employment was lost due to misconduct. Subsection 28(3) provides that "employment" refers to the employment immediately prior to the time the claim for benefit is made unless otherwise prescribed by the regulations. Subsection 30.1(2), which was added to the Act in 1993, provides that where the event giving rise to the disqualification occurs during a benefit period of the claimant, the disqualification does not include any week in that benefit period before the week in which the event occurs. Regulations, subsection 59.1(1), which was added to the Regulations in 1993, provides that "employment" refers to the last employment lost by the claimant by reason of his own misconduct.

Il s'agit d'une demande en vue de faire annuler la décision du juge-arbitre concluant que la perte d'un emploi à temps partiel par le prestataire n'a pas porté atteinte à son droit aux prestations permanentes qu'il touchait déjà. L'intimé a été renvoyé de son emploi à plein temps comme chasseur et a commencé à toucher des prestations d'assurance-chômage. Par la suite, il s'est trouvé un emploi à temps partiel dans un restaurant, qu'il a déclaré, mais il a été renvoyé le 23 avril 1993 à cause de sa propre inconduite (il a manqué un quart de travail sans en informer son superviseur). Il a donc été exclu du bénéfice des prestations conformément aux articles 28 et 30.1 de la *Loi sur l'assurance-chômage* et au paragraphe 59.1(1) du *Règlement sur l'assurance-chômage*. Le paragraphe 28(1) de la Loi rend un prestataire inadmissible au service des prestations s'il a perdu son emploi à cause de sa propre inconduite. D'après le paragraphe 28(3), «emploi» désigne le dernier emploi que le prestataire a exercé avant de formuler sa demande de prestations, sauf prescription contraire des règlements. Le paragraphe 30.1(2), qui a été ajouté à la Loi en 1993, dispose que dans les cas où l'événement à l'origine de l'exclusion survient au cours de sa période de prestations, l'exclusion du prestataire ne comprend pas les semaines de la période de prestations qui précèdent celles où survient l'événement. Selon le paragraphe 59.1(1) du Règlement, également ajouté en

The issue was whether the loss of employment contemplated in section 28 had to occur before the approval of a claim for benefit and the establishment of a benefit period.

*Held*, the application should be allowed.

The inexcusable loss of any employment by a claimant, since the beginning of his or her qualifying period, will trigger the application of the section 28 disqualification, regardless of whether it was a part-time job held concurrently with another or whether it occurred after the establishment of a benefit period based on a lay-off from some other regular employment.

Before 1993, the loss penalized by disqualification under section 28 had to have occurred before the making of a claim for benefit and the establishment of a benefit period. Subsection 30.1(2) rendered obsolete the proposition that a purposive analysis of the whole of the legislation lead to the conclusion that, for the application of section 28, a link between the unjustifiable loss of employment by the claimant and the payment of benefits to him or her was necessary. It gives full support to the submission that pursuant to section 59.1, the penal sanction of section 28 is applicable after, as well as before, the establishment of the benefit period and whether or not the unjustifiably lost employment had an effect on the payment of benefits. It is no longer possible to say that benefits actually payable on the basis of an on-going benefit period established, cannot be affected by the loss of employment from part-time work, however insignificant that employment may have been. The disqualification strikes unconditionally. The legislative amendment has had the unfortunate effect of fostering a system in which the best thing for anyone to do while in receipt of benefits is absolutely nothing. It encourages people not to take on part-time work.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 27, 28(1),(3), 30(1) (as am. by S.C. 1993, c. 13, s. 20), 30.1 (as enacted *idem*, s. 21), 44(y).
- Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C., c. 1576, ss. 59(1) (as am. by SOR/90-761, s. 17), (2) (as am. *idem*), (3) (as enacted by SOR/93-178, s. 3), 59.1 (as enacted *idem*, s. 4).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*Skinner* (1992), CUB 21951; *Canada (Attorney General) v. Droegge*, [1996] F.C.J. No. 513 (C.A.) (QL).

1993, le terme «emploi» s'entend du dernier emploi que le prestataire a perdu en raison de sa propre incohérence.

Il s'agissait de déterminer si la perte de l'emploi envisagée à l'article 28 devait se produire avant l'approbation d'une demande de prestations et l'établissement d'une période de référence.

*Arrêt*: la demande doit être accueillie.

La perte inexcusable d'un emploi par un prestataire depuis le début de sa période de référence entraîne l'application de l'art. 28, c'est-à-dire son exclusion, qu'il s'agisse d'un emploi à temps partiel occupé simultanément avec un autre, ou que le prestataire ait perdu son emploi après l'établissement d'une période de prestations se fondant sur la perte d'un autre emploi régulier.

Avant 1993, la perte d'emploi pénalisée par une déclaration d'exclusion fondée sur l'article 28 devait se produire avant la présentation d'une demande de prestations et l'établissement d'une période de référence. Le paragraphe 30.1(2) a rendu obsolète la proposition selon laquelle une analyse utilitaire de l'ensemble de la législation mène à la conclusion que, pour que l'article 28 trouve application, il doit y avoir un lien entre la perte non justifiée de l'emploi du prestataire et le paiement des prestations. Cette disposition appuie entièrement la prétention selon laquelle, aux termes de l'article 59.1, la sanction pénale de l'article 28 est applicable après, aussi bien qu'avant, l'établissement de la période de prestations et que l'emploi perdu sans justification ait eu ou non un effet sur le paiement des prestations. Il n'est plus possible de prétendre que les prestations payables à un prestataire au cours d'une période de prestations continues établie en sa faveur ne peuvent être touchées par la perte d'un emploi à temps partiel, aussi insignifiant soit-il. L'exclusion frappe sans condition. La modification législative a eu le malheureux effet de favoriser un système dans lequel l'inactivité totale est la meilleure solution que le prestataire puisse adopter pendant qu'il touche des prestations. Cela ne fait qu'encourager les chômeurs à ne pas accepter d'emploi à temps partiel.

#### LOIS ET RÉGLEMENTS

- Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 27, 28(1),(3), 30(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 13, art. 20), 30.1 (édicte, *idem*, art. 21), 44y).
- Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C., ch. 1576, art. 59(1) (mod. par DORS/90-761, art. 17), (2) (mod., *idem*), (3) (édicte par DORS/93-178, art. 3), 59.1 (édicte, *idem*, art. 4).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Skinner* (1992), CUB 21951; *Canada (Procureur général) c. Droegge*, [1996] A.C.F. n° 513 (C.A.) (QL).

## REFERRED TO:

*Canada v. Cymerman*, [1996] 2 F.C. 593 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Jenkins* (1995), 123 D.L.R. (4th) 639; 182 N.R. 388 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied [1995] 4 S.C.R. v.

APPLICATION to set aside an Umpire's decision that the claimant's loss of part-time employment due to his own misconduct did not affect the permanent unemployment insurance benefits already obtained by him. Application allowed.

## COUNSEL:

*Leigh A. Taylor* for applicant.  
No one appearing for respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

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

1 MARCEAU J.A.: It was, of course, to be expected that section 28 of the *Unemployment Insurance Act* [R.S.C., 1985, c. U-1] would give rise to an unending series of controversies. Section 28 is the provision that disqualifies a claimant from receiving benefits if that claimant leaves his or her employment without valid reason or loses it because of his or her misconduct. The notions of "valid reason" and "misconduct" are quite malleable when applied to real life and no one is inclined to accept without some resistance the imposition of a penalty that somehow affects his or her livelihood. This case is the latest to join the ranks of the numerous recent unemployment insurance cases in which this Court and umpires have struggled with problems of construction and application of section 28 and its related legislation.

2 The facts of the case are simple. The respondent held full-time employment as a bellboy with the Harbour Towers Hotel in Victoria. He was laid off

## DÉCISIONS CITÉES:

*Canada c. Cymerman*, [1996] 2 C.F. 593 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Jenkins* (1995), 123 D.L.R. (4th) 639; 182 N.R. 388 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée à [1995] 4 R.C.S. v.

DEMANDE d'annulation d'une décision du juge-arbitre concluant que la perte de l'emploi à temps partiel du prestataire en raison de sa propre inconduite ne portait pas atteinte au droit aux prestations permanentes d'assurance-chômage qu'il touchait déjà. Demande accueillie.

## AVOCAT:

*Leigh A. Taylor*, pour le requérant.  
Personne n'a comparu pour l'intimé.

## PROCUREUR:

*Le sous-procureur général du Canada*, pour le requérant.

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

1 LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Il fallait bien entendu s'attendre à ce que l'article 28 de la *Loi sur l'assurance-chômage* [L.R.C. (1985), ch. U-1] donne naissance à une interminable série de controverses. L'article 28 est la disposition qui exclut un prestataire du bénéfice des prestations s'il perd son emploi en raison de sa propre inconduite ou s'il quitte volontairement son emploi sans justification. Les notions de «justification» et d'«inconduite» sont assez malléables dans la réalité et personne n'est disposé à accepter de gaieté de cœur l'imposition d'une pénalité qui porte atteinte à ses moyens de subsistance. La présente affaire vient grossir les rangs des nombreuses causes récentes d'assurance-chômage dans lesquelles la Cour et les juges-arbitres se sont trouvés aux prises avec des problèmes d'interprétation et d'application de l'article 28 et des dispositions législatives connexes.

2 Les faits de la cause sont simples. L'intimé avait un emploi à plein temps comme chasseur à l'hôtel Harbour Towers à Victoria. Il a été renvoyé le 5

from this employment on November 5, 1992, due to a shortage of work. He made an initial claim for benefits, had a benefit period established in his favour and he began receiving benefits. During the week of November 22, 1992, the respondent commenced working on an intermittent and casual basis for the Captain's Palace Restaurant, in Victoria. In his weekly statements to the Commission, the respondent duly reported this part-time employment, but his right to receive benefits remained intact and he continued to receive benefits until June 1993. On January 26, 1994, he received a letter from the Commission advising him that he was disqualified from receiving benefits as of April 23, 1993, with the result that there had been an overpayment in excess of \$4,000 which would have to be reimbursed. The reason for the disqualification was that, on April 23, 1993, he had lost his part-time employment with the Captain's Palace Restaurant by reason of his own misconduct as he had been fired for having missed a shift without notifying his supervisor. The disqualification was said to be imposed pursuant to sections 28 and 30.1 [as enacted by S.C. 1993, c. 13, s. 21] of the Act and subsection 59.1(1) of the *Unemployment Insurance Regulations* [C.R.C., c. 1576 (as enacted by SOR/93-178, s. 4)].

3 The ruling of the Commission was upheld by the Board of Referees but the Umpire disagreed. The Umpire did not dispute the finding of the Board that there had been misconduct; he felt he did not have to address the issue since it was his view that "the loss of employment from a part-time position could not have affected the permanent benefits already obtained" by the claimant. In his application now before the Court, the Attorney General contends that the Umpire's decision is based on a proposition that contradicts the law as it now stands.

4 The type of issue that the Umpire was faced with is far from being novel. Indeed, it is easy to realize that, in all these cases where a claimant has held two or more concurrent or successive employments, there may be a problem as to which of the various employments will be able to trigger the application

novembre 1992, à cause d'une pénurie de travail. Il a présenté une première demande de prestations, une période de référence a été établie en sa faveur et il a commencé à recevoir des prestations. Pendant la semaine du 22 novembre 1992, l'intimé a commencé à travailler de façon intermittente et occasionnelle au restaurant Captain's Palace, à Victoria. Dans ses rapports hebdomadaires à la Commission, l'intimé a dûment signalé cet emploi à temps partiel, mais son droit aux prestations est demeuré inchangé et il a continué de toucher ses prestations jusqu'en juin 1993. Le 26 janvier 1994, il a reçu une lettre de la Commission l'informant qu'il était inadmissible au service des prestations depuis le 23 avril 1993, et qu'il avait donc reçu un trop-payé de plus de 4 000 \$, qu'il devrait rembourser. Il a été exclu le 23 avril 1993 parce qu'il a perdu son emploi à temps partiel au restaurant Captain's Palace en raison de sa propre inconduite, c'est-à-dire pour avoir manqué un quart de travail sans en informer son superviseur. Son exclusion découle de l'application des articles 28 et 30.1 [édicte par L.C. 1993, ch. 13, art. 21] de la Loi et du paragraphe 59.1(1) du *Règlement sur l'assurance-chômage* [C.R.C., ch. 1576 (édicte par DORS/93-178, art. 4)].

3 La décision de la Commission a été confirmée par le conseil arbitral, mais le juge-arbitre n'a pas été du même avis. Ce dernier n'a pas contesté la conclusion du conseil arbitral selon laquelle il y avait eu inconduite; il a cependant jugé qu'il n'avait pas à se prononcer sur cette question étant donné qu'à son avis [TRADUCTION] «la perte d'un emploi à temps partiel ne peut avoir porté atteinte au droit au bénéfice des prestations permanentes déjà touchées» par le prestataire. Dans sa demande déposée devant la Cour, le procureur général prétend que la décision du juge-arbitre se fonde sur une proposition qui va à l'encontre de la loi actuellement en vigueur.

4 La question à laquelle devait répondre le juge-arbitre n'est pas nouvelle. En fait, on comprend facilement que, dans tous les cas où un prestataire occupe simultanément ou successivement deux ou plusieurs emplois, la question de savoir lequel de ces divers emplois peut entraîner l'application de l'arti-

of section 28. Although it is a type of issue that has long been the subject of analysis in the jurisprudence of umpires, there appears to be a renewed attention to it lately. This is due, no doubt, to the more frequent incidence of concurrent or successive employments following the recent growth in the marketplace of what is called non-standard employment such as part-time and temporary work and multiple job-holding. It is due also to the introduction in 1993 of new provisions in the Act and the Regulations aimed at broadening the application of the disqualification and, at the same time, making the penalty for an unjustified loss of employment considerably more severe.

5 Until 1993, the law that governed the disposition of these special issues was contained in subsections 28(3) and 30(1) [as am. by S.C. 1993, c. 13, s. 20] of the Act read in conjunction with subsection 28(1) of the Act and completed by subsections 59(1) [as am. by SOR/90-761, s. 17] and (2) [as am. *idem*] of the Regulations. These provisions are still in force and read as follows:

#### Act

28. (1) A claimant is disqualified from receiving benefits under this Part if he lost his employment by reason of his own misconduct or if he voluntarily left his employment without just cause.

...

(3) In this section, "employment" refers to the claimant's last employment immediately prior to the time his claim for benefit is made unless otherwise prescribed by the regulations.

...

30. (1) Where a claimant is disqualified under section 27 from receiving benefit, the disqualification is for such weeks for which benefit would otherwise be payable following the claimant's waiting period as are determined by the Commission.

#### Regulations

59. (1) Employment of a claimant that terminates more than 13 weeks prior to the time the claimant's claim for benefit is made is not employment for the purpose of section 28 of the Act.

cle 28 est susceptible de poser un problème. Cette question, qui a depuis longtemps fait l'objet d'une analyse dans la jurisprudence des juges-arbitres, semble retenir de nouveau l'attention depuis quelque temps. Cela est dû, sans aucun doute, au nombre croissant d'emplois occupés simultanément ou successivement, attribuable à l'augmentation sur le marché du travail de ce qu'on appelle les emplois non standard, comme les emplois à temps partiel et temporaires, et au cumul d'emplois. Cela est dû également à l'introduction en 1993 de nouvelles dispositions de la Loi et du Règlement ayant pour objet d'élargir la portée des dispositions d'exclusion et, simultanément, de renforcer les pénalités pour une perte d'emploi injustifiée.

Jusqu'en 1993, les dispositions législatives régissant le règlement de ces questions spéciales étaient énoncées aux paragraphes 28(3) et 30(1) [mod. par L.C. 1993, ch. 13, art. 20] de la Loi, lues de concert avec le paragraphe 28(1) de la Loi, et complétées par les paragraphes 59(1) [mod. par DORS/90-761, art. 17] et (2) [mod., *idem*] du Règlement. Ces dispositions sont toujours en vigueur et sont formulées dans les termes suivants:

#### Loi

28. (1) Un prestataire est exclu du bénéfice des prestations versées en vertu de la présente partie s'il perd son emploi en raison de sa propre inconduite ou s'il quitte volontairement son emploi sans justification.

...

(3) Au présent article, «emploi» désigne le dernier emploi que le prestataire a exercé avant de formuler sa demande de prestations, sauf prescription contraire des règlements.

...

30. (1) Lorsqu'un prestataire est exclu du bénéfice des prestations en vertu de l'article 27, il l'est pour un nombre de semaines qui suivent le délai de carence et pour lesquelles il aurait sans cela droit à des prestations; ces semaines sont déterminées par la Commission.

#### Règlement

59. (1) L'emploi qu'un prestataire cesse d'exercer plus de 13 semaines avant la date de sa demande de prestations n'est pas un emploi pour l'application de l'article 28 de la Loi.

5

(2) For the purposes of section 28 of the Act, where the claimant's last employment immediately prior to the time the claimant's claim for benefit is made is for a period of less than five days, "employment" shall also refer to the employment of the claimant immediately prior to the claimant's last employment.

(2) Pour l'application de l'article 28 de la Loi, lorsque la durée du dernier emploi qu'un prestataire a exercé avant de présenter sa demande de prestations est de moins de cinq jours, le mot «emploi» s'entend également de l'avant-dernier emploi qu'il a exercé.

6 Two partially related issues were left unresolved by these provisions. The first was whether the employment to be considered was only the one on the basis of which the claim for benefit was made or any other that the claimant could have held concurrently. Until recently, the prevailing opinion appeared to be that the wording of subsection 30(1), coupled with a purposive analysis of the disqualification provisions, led to the conclusion that a causal nexus had to exist between the improperly lost employment susceptible of giving rise to disqualification and the claim for benefit against which it would have to be imposed. It was felt that, if the possible misbehaviour of workers in the marketplace was the legitimate concern of the unemployment insurance scheme, it was only in so far as it had some effect on the payment of benefits. But the majority decision of this Court in *Canada v. Cymerman*, [1996] 2 F.C. 593 (C.A.) appears to disapprove of such a conclusion.

6 Ces dispositions ne permettaient pas de résoudre deux questions qui ont un certain lien avec les questions précitées. La première question est de savoir si l'emploi dont il faut tenir compte est celui à partir duquel la demande de prestations a été formulée ou tout autre emploi que le prestataire peut occuper simultanément. Jusqu'à récemment, l'opinion majoritaire semblait indiquer que le libellé du paragraphe 30(1), jumelé à une analyse utilitaire des dispositions relatives à l'exclusion, menait à la conclusion qu'un lien causal devait exister entre l'emploi perdu de façon inexcusable et susceptible d'entraîner l'exclusion et la demande de prestations à l'encontre de laquelle elle devait être opposée. Le courant majoritaire jugeait que, pour autant que le mauvais comportement des travailleurs sur le marché du travail soit une préoccupation légitime du régime d'assurance-chômage, il ne pouvait avoir d'effet que sur le paiement des prestations. Mais la décision majoritaire de la présente Cour dans *Canada c. Cymerman*, [1996] 2 C.F. 593 (C.A.) ne semble pas approuver une telle conclusion.

7 The second issue that was not completely resolved by the pre-1993 legislation is precisely the one here involved. Was the loss of employment contemplated by the legislator in section 28 one that had to occur before the approval of a claim for benefit by the claimant and the establishment of a benefit period in his or her favour? The CUB jurisprudence contains opinions that, since a claimant had to file report cards establishing his continued entitlement even after the establishment of the benefit period, the phrase "prior to the time his claim for benefit is made" in subsection 28(3) of the Act could refer to any of these reports called "continuing claims". But these opinions appeared to most as being unsupported by a proper analysis of the legislation as a whole and developed without regard to the fundamental difference between the basic initial claim, aimed at establishing a right to be paid bene-

7 La deuxième question qui n'a pas été complètement résolue par les dispositions législatives en vigueur avant 1993 est précisément celle dont la Cour est saisie. La perte de l'emploi envisagée par le législateur à l'article 28 doit-elle se produire avant l'approbation d'une demande de prestations formulée par le prestataire et l'établissement d'une période de prestations en sa faveur? La jurisprudence des décisions CUB renferme certaines opinions selon lesquelles, puisqu'un prestataire doit produire des déclarations établissant qu'il est toujours admissible aux prestations même après l'établissement de la période des prestations, l'expression «avant de formuler sa demande de prestations» au paragraphe 28(3) de la Loi pourrait renvoyer à n'importe laquelle des déclarations désignées sous le nom de «demandes continues». Mais, selon la majorité des auteurs, une analyse appropriée de la loi dans son

fits during a certain time, and the so-called continuing ones, aimed at satisfying the Commission that the right to receive payment still exists, namely the persistence of unemployment in spite of efforts to put an end to it. A passage of the Umpire's reasons in [*Skinner*] CUB 21951 [at pages 6-7] referred to in the decision here before the Court is worth reproducing again because it expresses the position that was at the time, I think, the position accepted by most umpires and, in my opinion, the most consistent with the whole of the legislation and its spirit.

... it is my view that, in the context of subsection 28(1), the loss of employment contemplated by the legislature pertains to a situation where you are trying to establish your claim, as opposed to the present situation where the person has already been granted benefits and then there is an intervening act. This can be seen by reading subsection 28(3), where employment is defined as follows:

28. (3) In this section "employment" refers to the claimant's last employment immediately prior to the time his claim for benefits is made unless otherwise prescribed by the regulations. [Emphasis added]

The working of this subsection indicates that the phrase "lost his employment" pertains to the loss of employment which gives rise to a claim for benefits. The time period, which the section of the Act is referring to, is the claimant's last employment immediately prior to the time the claim for benefits was made. Once the claimant is granted benefits, as in the present case, he is deemed to have already lost his employment. As such, the claimant cannot lose his employment a second time for misconduct or any other cause (see *Goulet v. C.E.I.C.*, [1984] 1 F.C. 653 (FCA)).

8 Before 1993, therefore, it was for all practical purposes definitively settled that the loss penalized by disqualification under section 28 of the Act had to have occurred before the making of a claim for benefit and the establishment of a benefit period.<sup>1</sup>

9 If that was the case before 1993, submits counsel for the Attorney General, it is not so anymore. In

ensemble ne semble par appuyer ces opinions qui semblent s'être développées sans tenir compte de la différence fondamentale entre la demande initiale, dont l'objet est d'établir le droit au bénéfice des prestations pendant un certain temps, et les présumées demandes continues, dont l'objet est de démontrer à la Commission que le droit aux prestations existe toujours, notamment parce qu'en dépit de ses efforts pour se trouver un emploi le prestataire est toujours en chômage. Un passage des motifs du juge-arbitre tiré du CUB 21951 [*Skinner*, aux pages 6 et 7] et cité dans la décision dont la Cour est saisie mérite d'être reproduit de nouveau parce qu'il exprime la position qui était à l'époque, du moins je le crois, la position acceptée par la plupart des juges-arbitres et, à mon avis, celle qui était le plus conforme à l'esprit de la loi dans son ensemble.

... à mon avis, la perte d'emploi prévue au paragraphe 28(1) de la Loi s'applique à une situation où l'on essaie de déterminer un montant de prestations, contrairement à la présente situation, où un acte nouveau s'est produit après l'accord de prestations à l'intéressé. Le paragraphe est clair sur ce point:

28.(3) Au présent article, «emploi» désigne le dernier emploi que le prestataire a exercé avant de formuler sa demande de prestations, sauf prescription contraire des règlements. [Notre soulignement]

Le texte de ce paragraphe indique que l'expression «a perdu son emploi» s'applique à la perte d'emploi qui donne lieu à une demande de prestations. La période de temps dont il est question dans la Loi est l'emploi que le prestataire exerçait immédiatement avant de présenter sa demande de prestations. Une fois que l'on accorde des prestations au prestataire, comme dans le cas qui nous concerne, il est considéré comme ayant déjà perdu son emploi. Par conséquent, il ne peut pas perdre son emploi une deuxième fois pour inconduite ou pour tout autre motif (Voir *Goulet c. C.E.I.C.*, [1984] 1 C.F. 653 (CAF)).

8 Avant 1993, donc, il était à toutes fins pratiques définitivement accepté que la perte d'emploi qui était pénalisée par une déclaration d'exclusion fondée sur l'article 28 de la Loi devait se produire avant la formulation d'une demande de prestations et l'établissement d'une période de prestations<sup>1</sup>.

9 Si telle était la situation avant 1993, d'après l'avocate du procureur général, elle n'est plus la même

1993, new provisions were added to the Regulations concerning the meaning to be attributed to the words "last employment" in subsections 28(1) and (3) of the Act. Subsections 59(3) [as enacted by SOR/93-178, s. 3] and 59.1(1) [as enacted *idem*, s. 4], (2) [as enacted *idem*] and (3) [as enacted *idem*] of the Regulations were inserted as follows:

59. (1) . . .

(3) Subsections (1) and (2) apply in respect of a claimant who loses or leaves employment before April 4, 1993.

59.1 (1) Subject to subsection (2), for the purposes of section 28 of the Act, "employment" refers to the last employment lost by the claimant by reason of the claimant's own misconduct, or employment that the claimant left voluntarily without just cause since the commencement of the qualifying period.

(2) Subsection (1) does not apply where the claimant has, since losing or leaving the employment referred to in subsection (1), been employed in insurable employment

(a) for the number of weeks required by paragraph 6(2)(a) of the Act or

(b) for 20 weeks where the claimant is a new entrant or re-entrant to the labour force, within the meaning of subsection 6(4) of the Act.

(3) Subsections (1) and (2) apply in respect of a claimant who loses or leaves employment on or after April 4, 1993.

10 These provisions, argues counsel, render inapplicable the past jurisprudence and require that, from now on, in the event a claimant loses any employment due to misconduct or leaves any employment without just cause after the start of his or her qualifying period, the claimant will be disqualified from receiving benefits under any claim, regardless of whether the employment on which it is based is the employment irregularly lost or not and regardless of whether a benefit period has been established or not. It is so, according to counsel, because the only limitation established by the text is the starting point, namely the beginning of the qualifying period. It may be, concedes counsel, that so interpreted the new provision has the effect of bringing forward a definition of employment different from that initially contemplated in subsection 28(3) of the Act; it may be, more specifically and obviously, that the word

aujourd'hui. En 1993, de nouvelles dispositions ont été ajoutées au Règlement concernant le sens à attribuer aux mots «dernier emploi» utilisés aux paragraphes 28(1) et (3) de la Loi. Les paragraphes 59(3) [édicte par DORS/93-178, art. 3] et 59.1(1) [édicte, *idem*, art. 4], (2) [édicte, *idem*] et (3) [édicte, *idem*] du Règlement ont été incorporés:

59. (1) . . .

(3) Les paragraphes (1) et (2) s'appliquent à l'égard d'un prestataire qui perd ou quitte son emploi avant le 4 avril 1993.

59.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2), pour l'application de l'article 28 de la Loi, «emploi» s'entend du dernier emploi que le prestataire a perdu en raison de sa propre inconduite ou qu'il a quitté volontairement sans justification depuis le début de la période de référence.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas lorsque le prestataire a, depuis qu'il a perdu ou quitté l'emploi visé au paragraphe (1), exercé un emploi assurable:

a) soit pendant le nombre de semaines exigé à l'alinéa 6(2)a) de la Loi;

b) soit pendant 20 semaines, lorsque le prestataire est une personne qui devient ou redevient membre de la population active au sens du paragraphe 6(4) de la Loi.

(3) Les paragraphes (1) et (2) s'appliquent à l'égard d'un prestataire qui perd ou quitte son emploi le 4 avril 1993 ou après cette date.

10 Selon l'avocate, ces dispositions rendent inapplicables l'ancienne jurisprudence et signifient que, dorénavant, lorsqu'un prestataire perd son emploi en raison d'une inconduite ou qu'il quitte volontairement son emploi sans justification après le début de sa période de référence, il sera réputé inadmissible au bénéfice des prestations en vertu de toute demande, abstraction faite du fait qu'il ait ou non perdu de façon inexcusable l'emploi sur lequel sa demande se fondait et qu'une période de prestations ait ou non été établie. D'après l'avocate, il en est ainsi parce que la seule restriction établie par le texte est le point de départ, c'est-à-dire le début de la période de référence. L'avocate admet qu'une telle interprétation de la nouvelle disposition peut avoir pour effet de consacrer une définition du mot emploi différente de celle qui avait d'abord été envisagée au paragraphe 28(3) de la Loi. Il se peut, de façon plus précise

“last” as used by Parliament in subsection 28(3) of the Act is rendered completely meaningless. But this Court, she notes, has held in *Canada (Attorney General) v. Droege* (Court file no. A-576-95, dated April 17, 1996) [[1996] F.C.J. No. 513 (QL)] that the new Regulations were not *ultra vires* as they did not go beyond the regulation-making power conferred upon the Commission by virtue of paragraph 44(y) of the Act.

et évidente, que le mot «dernier» utilisé par le législateur au paragraphe 28(3) de la Loi n’ait plus aucun sens. Mais la présente Cour, note-t-elle, a statué dans *Canada (Procureur général) c. Droege* (n° de greffe A-576-95, en date du 17 avril 1996) [[1996] A.C.F. n° 513 (QL)] que le nouveau Règlement n’était pas *ultra vires* étant donné qu’il n’outrepasait pas le pouvoir de prendre des règlements qui est conféré à la Commission aux termes de l’alinéa 44y) de la Loi.

11 I do not think that the new Regulations, standing alone, could support the whole of the appellant’s contention. In my view, the primary purpose of these new Regulations was to address the same type of concern that was behind the original subsections 59(1) and (2) of the original Regulations, that is: make sure that the section 28 sanction would not be evaded by the claimant finding a new temporary job before making his claim. In fact, it made full sense to require that, to be forgivable, a reproachable loss be followed, not only by a more than five-day employment as before, but by one long enough to give, by itself, entitlement to benefits. But I do not see how it can be said that the wording of the provisions in itself supports the view that the intention was also to transform the law as it was then understood and extend the possible application of section 28 beyond the establishment of the benefit period.

11 Je ne pense pas que les nouvelles dispositions réglementaires puissent seules étayer la prétention de l’appelant dans son ensemble. À mon avis, l’objet premier de ces nouvelles dispositions réglementaires était de traiter du même genre de préoccupation qui était sous-jacent dans les paragraphes 59(1) et (2) du Règlement, c’est-à-dire s’assurer que le prestataire ne puisse échapper à la sanction prévue à l’article 28 en se trouvant un nouvel emploi temporaire avant de présenter sa demande. En fait, il est tout à fait logique d’exiger que, pour être pardonnable, une perte d’emploi inexcusable soit suivie, non seulement par un emploi de plus de cinq jours comme auparavant, mais par un emploi d’une durée suffisante pour donner lui-même droit aux prestations. Toutefois, je ne vois pas comment on peut prétendre que le libellé des dispositions, en lui-même, appuie l’opinion selon laquelle le législateur avait également l’intention de modifier la Loi telle qu’elle était alors comprise et d’étendre l’application possible de l’article 28 au-delà de l’établissement de la période de prestations.

12 The fact is, however, that the new Regulations do not stand alone. They were not adopted in isolation. In 1993, Parliament intervened to amend the Act itself and, among the new provisions inserted, was subsection 30.1(2) which must be read in conjunction with subsection 30.1(1):

12 Le fait est, toutefois, que les nouvelles dispositions réglementaires n’ont pas été adoptées dans l’abstrait ni de façon isolée. En 1993, le Parlement a modifié la Loi elle-même et, parmi les nouvelles dispositions adoptées, il y avait le paragraphe 30.1(2) qui doit être lu de concert avec le paragraphe 30.1(1):

**30.1** (1) Where a claimant is disqualified under section 28 from receiving benefit, the disqualification is for each week in the claimant’s benefit period for which benefit would otherwise be payable following the claimant’s waiting period.

**30.1** (1) Lorsqu’un prestataire est exclu du bénéfice des prestations en vertu de l’article 28, il l’est pour toutes les semaines de sa période de prestations qui suivent le délai de carence et pour lesquelles il aurait sans cela droit à des prestations.

(2) Where the event giving rise to the disqualification referred to in subsection (1) occurs during a benefit period

(2) Dans les cas où l’événement à l’origine de l’exclusion visée au paragraphe (1) survient au cours de sa pé-

of the claimant, the disqualification does not include any week in that benefit period before the week in which the event occurs.

13 It may be that the drafters of the 1993 amendments inserted subsection 30.1(2) with very special cases in mind, like that of a “renewal claim” after a suspension of the established benefit period, but the terms used do not even imply any limitation. The provision, on its face, renders obsolete and now to be rejected the proposition that a purposive analysis of the whole of the legislation leads to the conclusion that, for the application of section 28, a link between the unjustifiable loss of employment by the claimant and the payment of benefits to him or her was necessary. As seen above, subsection 59.1(1) of the Regulations took full advantage of that fact as regards a loss occurring before the establishment of a benefit period. But even more clearly and directly, the provision gives full support to the Attorney General’s submission that, pursuant to section 59.1, the penal sanction of section 28 is applicable after, as well as before, the establishment of the benefit period and whether or not the unjustifiably lost employment had an effect on the payment of benefits. It is obviously no longer possible to sustain that “permanent benefits already obtained”, to use the *Umpire’s* phrase, that is to say benefits actually payable to a claimant on the basis of an on-going benefit period established in his or her favour, cannot be affected by the loss of employment from part-time work, however insignificant that employment may have been. I must confess to having been taken aback by that provision to which counsel had not even referred. I doubt that its full import was fully appreciated. At a time when the penalty imposed by section 28 has been made the most severe possible, to make it applicable to any casual, minor, insignificant job a non-employed under benefits would try his or her hand at appears, to me quite unfortunate. It was said that the refusal of employment by a claimant could already give rise to disqualification under section 27 of the Act, but the point is ill-taken. There is a basic condition for the application of section 27, namely that the employment refused be “suitable”. The disqualification here strikes unconditionally. Its effect, it seems to me, is fostering a system in which the best thing for any-

riode de prestations, l’exclusion du prestataire ne comprend pas les semaines de la période de prestations qui précèdent celles où survient l’événement.

13 Il se peut que les rédacteurs des modifications de 1993 aient incorporé le paragraphe 30.1(2) en pensant à certains cas spéciaux, par exemple à une «demande de renouvellement» après une suspension de la période de prestations déjà établie, mais les termes utilisés n’impliquent même pas une restriction. Une simple lecture suffit pour constater que la disposition rend obsolète la proposition, qui doit maintenant être rejetée, selon laquelle une analyse utilitaire de l’ensemble de la loi mène à la conclusion que, pour que l’article 28 trouve application, il doit y avoir un lien entre la perte non justifiée de l’emploi du prestataire et le paiement des prestations. Comme on l’a vu ci-dessus, le paragraphe 59.1(1) du Règlement a tiré entièrement profit de ce fait dans les cas où la perte d’emploi survient avant l’établissement de la période de prestations. Mais il est encore plus clairement et plus directement établi que la disposition appuie entièrement la prétention du procureur général selon laquelle, aux termes de l’article 59.1, la sanction pénale de l’article 28 est applicable après, aussi bien qu’avant, l’établissement de la période de prestations et que l’emploi perdu sans justification ait eu ou non un effet sur le paiement des prestations. Il n’est manifestement plus possible de prétendre que «les prestations continues déjà obtenues», pour reprendre l’expression du juge-arbitre, c’est-à-dire les prestations payables à un prestataire au cours d’une période de prestations continues établie en sa faveur, ne peuvent être touchées par la perte d’un emploi à temps partiel, aussi insignifiant soit-il. Je dois admettre que j’ai été déconcerté par cette disposition à laquelle l’avocate n’a même pas fait référence. Je doute qu’on en ait saisi toute l’importance. À un moment où la pénalité imposée par l’article 28 a été rendue le plus sévère possible, il me semble tout à fait malheureux de rendre cette sanction applicable à tous les emplois occasionnels et peu importants qu’un chômeur touchant des prestations essaie de se trouver. On prétend que le refus d’accepter un emploi pourrait déjà exclure le prestataire en vertu de l’article 27 de la loi, mais cette prétention n’est pas fondée. L’article 27 exige une condition de base, savoir que l’emploi

one to do while in receipt of benefits is absolutely nothing. Unless provided with employment that would be deemed "suitable" under the Act, the best course of action for a claimant in receipt of benefits is not to take any job at all. It merely encourages people not to take on part-time work.

refusé était «convenable». L'exclusion en l'espèce frappe sans condition. Son effet, il me semble, est de favoriser un système dans lequel l'inactivité totale est la meilleure solution que le prestataire puisse adopter pendant qu'il touche des prestations. À moins qu'un emploi réputé «convenable» aux termes de la Loi lui soit proposé, le prestataire le mieux avisé est celui qui n'accepte aucun emploi pendant qu'il touche des prestations. Cela ne fait qu'encourager les chômeurs à ne pas accepter d'emploi à temps partiel.

14 Still, however draconian and ill-conceived the provision may appear, its application is, of course, unavoidable. There is no doubt that the new subsection 59.1(1) of the Regulations, when interpreted in conjunction with subsection 30.1(2) of the Act, compel one to accept that the inexcusable loss of any employment by a claimant, since the beginning of his or her qualifying period, will trigger the application of the section 28 disqualification regardless of whether it was a part-time job held concurrently with another or whether it occurred after the establishment of a benefit period based on a lay off from some other regular employment.

Pourtant, tout aussi draconiennes et mal rédigées que soient ces dispositions, leur application est bien entendu inévitable. Il ne fait aucun doute que le nouveau paragraphe 59.1(1) du Règlement, interprété de concert avec le paragraphe 30.1(2) de la Loi, nous oblige à accepter que la perte inexcusable d'un emploi par un prestataire, depuis le début de sa période de référence, entraîne l'application de l'article 28, c'est-à-dire son exclusion, qu'il s'agisse d'un emploi à temps partiel occupé simultanément avec un autre, ou que le prestataire ait perdu son emploi après l'établissement d'une période de prestations se fondant sur la perte d'un autre emploi régulier.

15 I think the Court has no choice, therefore, but to grant the application herein, set aside the impugned decision and send the matter back to the Umpire for a new decision on the basis that the ruling of the Commission, upheld by the Board of Referees, is required by the legislation as it now stands.

Je pense que la Cour n'a pas d'autre choix que d'accueillir la demande en l'espèce, d'annuler la décision contestée et de renvoyer l'affaire au juge-arbitre pour une nouvelle décision au motif que la décision de la Commission, confirmée par le conseil arbitral, est conforme à la loi actuellement en vigueur.

16 MACGUIGAN J.A.: I agree.

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

17 ROBERTSON J.A.: I agree.

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

<sup>1</sup> The last decision in this regard that I know of is that of *Canada (Attorney General) v. Jenkins* (1995), 123 D.L.R. (4th) 639 (F.C.A.) (leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied) [[1995] 4 S.C.R. v].

<sup>1</sup> À ma connaissance, la dernière décision à cet égard a été rendue dans *Canada (Procureur général) c. Jenkins* (1995), 123 D.L.R. (4th) 639 (C.A.F.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée) [[1995] 4 R.C.S. v].

T-2077-93

T-2077-93

**The Government of the Northwest Territories**  
(Applicant)

**Le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest**  
(requérant)

v.

c.

**Public Service Alliance of Canada** (Respondent)

**L'Alliance de la fonction publique du Canada**  
(intimée)

and

et

**Canadian Human Rights Commission** (Intervenor)

**La Commission canadienne des droits de la per-  
sonne** (intervenante)

**INDEXED AS: NORTHWEST TERRITORIES v. PUBLIC SER-  
VICE ALLIANCE OF CANADA (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: TERRITOIRES DU NORD-OUEST c. ALLIANCE  
DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA (I<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Simpson J.—Edmonton, February 6;  
Ottawa May 27, 1996.

Section de première instance, juge Simpson—  
Edmonton, 6 février; Ottawa, 27 mai 1996

*Human rights — Judicial review of CHRC's decision to refer PSAC's complaint alleging discrimination against female employees of G.N.W.T.'s public service in respect of job classification, pay equity matters, to conciliator — CHRA, s. 63 providing complaint about act occurring in NWT not dealt with unless act could be subject of complaint had it occurred in province — G.N.W.T. federal territory, having only those powers granted by Parliament under Northwest Territories Act — Powers subject to any other Act of Parliament — S. 66 exempting G.N.W.T. from application of Act on day to be fixed by proclamation — No such proclamation — G.N.W.T. not having enacted human rights legislation — Parliament not intending Act to operate so as to leave G.N.W.T. employees without benefit of human rights legislation — S. 63 not ousting Commission's jurisdiction — Reasonable apprehension of bias as investigator, whose recommendations Commission adopted, chose to be full-fledged member of complainant union.*

*Droits de la personne — Contrôle judiciaire d'une décision de la CCDP de transmettre à un conciliateur une plainte de l'AFPC alléguant que des distinctions ont été établies contre le personnel féminin de la fonction publique des T.N.-O. sur des questions de classification des emplois et d'équité salariale — L'art. 63 de la LCDP dispose qu'une plainte portant sur des actions survenues dans les Territoires du Nord-Ouest ne sont recevables que dans la mesure où elles le seraient dans les provinces — Le G.T.N.-O. est un territoire fédéral, ne disposant que des pouvoirs qui lui sont conférés par le Parlement en vertu de la Loi sur les Territoires du Nord-Ouest — Ces pouvoirs sont assujettis aux lois du Parlement fédéral — L'art. 66 exempte le G.T.N.-O. de l'application de la Loi à une date fixée par proclamation — Il n'y a pas eu de telle proclamation — Le G.T.N.-O. n'a pas adopté de loi sur les droits de la personne — Le Parlement n'avait pas l'intention que la Loi s'applique d'une façon qui prive les employés des T.N.-O. de la protection d'une loi sur les droits de la personne — L'art. 63 ne prive pas la Commission de sa compétence — Il y a une crainte raisonnable de partialité de la part d'un enquêteur, dont la Commission a adopté les recommandations, qui a choisi d'être membre à part entière du syndicat qui a déposé plainte.*

*Administrative law — Judicial review — Certiorari — CHRC adopting recommendations in investigation report, referring PSAC's complaint alleging discrimination against female employees of G.N.W.T.'s public service in respect of job classification, pay equity matters, to conciliator — Investigator choosing to be PSAC member — Informed person might reasonably wonder whether investigator having pre-determined pro-union view of pay equity, national issue being pushed aggressively by PSAC*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — La CCDP a adopté dans son rapport d'enquête les recommandations de transmettre à un conciliateur une plainte de l'AFPC alléguant que des distinctions ont été établies contre le personnel féminin de la fonction publique des T.N.-O. sur des questions de classification des emplois et d'équité salariale — Un enquêteur a choisi d'être membre de l'AFPC — Une personne bien renseignée pourrait raisonnablement se demander si l'enquêteur*

— *Representation by union, payment of mandatory dues not raising same concerns — Investigation report, therefore Commission's decision, tainted.*

This was an application for judicial review of the Canadian Human Rights Commission's decision to refer PSAC's complaint to a conciliator. The complaint named the Minister of Personnel for the Government of the Northwest Territories (G.N.W.T.) as the employer and alleged that in that capacity he had discriminated against female public service workers in violation of *Canadian Human Rights Act*, sections 7, 10 and 11 in respect of job classification and pay equity matters. The G.N.W.T. has only those powers granted to it by Parliament pursuant to the *Northwest Territories Act*, and those powers are subject to any other Act of the Parliament of Canada. In practice, in respect of its public service, the G.N.W.T. enjoys the powers exercised by the provinces but unlike the provinces, the G.N.W.T. has no entrenched constitutional right to assert those powers. The G.N.W.T.'s public service employees were represented by the Union of Northern Workers (UNW), a component of PSAC, which also held the bargaining rights for many federal government public servants. Shortly after the PSAC complaint was filed, the G.N.W.T. and UNW established the Joint Equal Pay Study (the JEP Study) to obtain the information needed to evaluate the complaint. In 1989 James Sadler, a Commission employee, was designated as an investigator of the complaint. Sadler was obliged to pay union dues to PSAC because he was a member of a collective bargaining unit represented by PSAC, but he was not required to become a union member and he chose not to join the union. After the release of the JEP Report, Lorraine Dallas was designated as a second investigator. She was a PSAC member. While the JEP Study was being prepared, Sadler undertook an analysis of the data therefrom, and concluded that there was a wage gap. To assist settlement of the equal pay portion of the complaint, Sadler sent his analysis to the UNW. In 1993, the Commission adopted the investigators' recommendations in their report and decided to appoint a conciliator to attempt to settle the PSAC complaint, and to defer a decision on the section 10 aspect of the complaint.

*Canadian Human Rights Act*, section 63 provides that a complaint relating to an act that occurred in the Northwest Territories may not be dealt with unless it could have been the subject of a complaint had it occurred in a prov-

*avait une position pro-syndicale et prédéterminée sur la question d'équité salariale, qui est une question d'intérêt national énergiquement défendue par l'AFPC — La représentation syndicale et le paiement des cotisations obligatoires ne soulèvent pas les mêmes doutes — Le rapport d'enquête et, partant, la décision de la Commission sont viciés.*

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de transmettre à un conciliateur la plainte de l'AFPC. La plainte désignait le ministre du Personnel du gouvernement des Territoires du Nord-Ouest (G.T.N.-O.) comme employeur et alléguait qu'en cette qualité il avait violé les articles 7, 10 et 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en établissant des distinctions contre le personnel féminin de la fonction publique sur des questions de classification des emplois et d'équité salariale. Le G.T.N.-O. ne dispose que des pouvoirs qui lui sont conférés par le Parlement aux termes de la *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest* et ces pouvoirs sont tous assujettis aux lois du Parlement fédéral. En pratique, pour ce qui concerne la fonction publique, le G.T.N.-O. jouit des pouvoirs exercés par les provinces mais, contrairement à ces dernières, il n'a aucun droit consacré dans la constitution pour affirmer ces pouvoirs. Les fonctionnaires du G.T.N.-O. étaient représentés par le Syndicat des travailleurs et travailleuses du nord (le STN), composante de l'AFPC qui détient également les droits de négociation pour un très grand nombre de fonctionnaires fédéraux. Peu après le dépôt de la plainte de l'AFPC, le G.T.N.-O. et le STN ont décidé de faire une étude mixte sur la parité salariale (l'étude sur la parité salariale) pour recueillir les renseignements nécessaires à l'évaluation de la plainte. En 1989, James Sadler, employé de la Commission, a été désigné comme enquêteur pour l'étude de la plainte. Sadler était tenu de payer ses cotisations syndicales à l'AFPC parce qu'il était membre d'une unité de négociation représentée par l'AFPC, mais il n'était pas tenu d'être syndiqué et il a choisi de ne pas joindre les rangs du syndicat. Après la publication du rapport sur la parité salariale, Lorraine Dallas a été désignée comme deuxième enquêteur. Elle était membre de l'AFPC. Pendant la préparation du rapport sur la parité salariale, Sadler a entrepris d'analyser les données de l'étude et a conclu qu'il y avait un écart salarial. Afin d'aider les parties à parvenir à un règlement sur la question de la parité salariale dans la plainte, Sadler a fait parvenir son analyse au STN. En 1993, la Commission a adopté les recommandations présentées par les enquêteurs dans leur rapport et décidé de nommer un conciliateur afin de régler la plainte de l'AFPC et de reporter sa décision sur la question relative à l'art. 10 soulevée dans la plainte.

L'article 63 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* dispose qu'une plainte portant sur des actions survenues dans les Territoires du Nord-Ouest ne sont recevables que dans la mesure où elles le seraient dans

ince. The G.N.W.T. submitted that a classification and pay issues complaint was a provincial matter and therefore not covered by the CHRA.

The G.N.W.T. also submitted that the investigators' status and conduct created a reasonable apprehension of bias because the investigators were represented for collective bargaining purposes by PSAC, the complainant in the matter under investigation. It also submitted that Sadler's early and unjustified release of the wage gap analysis during or pending settlement negotiations lead to a reasonable apprehension that he was biased in favour of the employees.

The issues were: (1) whether CHRA, section 63 ousted the Commission's jurisdiction; and (2) whether the CHRC's decision should be set aside because of a reasonable apprehension of bias on the part of the investigators.

*Held*, the application should be allowed.

(1) The Commission had jurisdiction to deal with the PSAC complaint. Parliament did not intend section 63 to exempt the G.N.W.T. from the operation of the CHRA in respect of its public service employees. Section 66 exempts the G.N.W.T. from the application of the Act on a day to be fixed by proclamation, but unlike the Yukon Territory, the G.N.W.T. has not enacted human rights legislation and there has been no proclamation exempting the G.N.W.T. from the operation of the CHRA. The G.N.W.T. is not a province, but a federal territory and the CHRA has always bound the Crown. The G.N.W.T.'s legal status must not be ignored. Furthermore, the G.N.W.T. has not passed human rights legislation and Parliament did not intend the CHRA to operate so as to leave G.N.W.T. employees without the benefit of such legislation.

(2) 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? Pay equity is not relevant only in the NWT. It is an issue of considerable interest nationwide, and PSAC is an aggressive proponent of pay equity. An informed person might reasonably wonder whether Dallas, who had chosen to become a PSAC member, might have a pre-determined pro-union view of pay equity matters. An informed person would not have the same concerns about Sadler because he did not choose to support PSAC by becoming a member. That he was represented by PSAC and paid mandatory dues did not create a reasonable apprehension of bias. Although Dallas' involvement in the investigation was minimal, both investigators signed the investigation report. The Commission's decision under section 46 must be based on a bias-free

une province. Le G.T.N.-O. fait valoir que les plaintes concernant les questions de classification et de parité salariale sont de compétence provinciale et par conséquent qu'elles ne sont pas visées par la LCDP.

Le G.T.N.-O. allègue également que le statut et la conduite des enquêteurs créent une crainte raisonnable de partialité parce que les enquêteurs sont représentés, dans leur unité de négociation collective, par l'AFPC qui est la plaignante en l'espèce. Il soutient également que la publication prématurée et non demandée de l'analyse de l'écart salarial au cours des négociations en vue de règlement soulève une crainte raisonnable de sa partialité en faveur des employés.

Les questions en litige sont les suivantes: (1) l'article 63 de la LCDP prive-t-il la Commission de sa compétence; et (2) la décision de la CCDP devrait-elle être annulée en raison d'une crainte raisonnable de partialité de la part des enquêteurs.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

(1) La Commission avait compétence pour traiter de la plainte de l'AFPC. Le législateur n'avait pas l'intention de faire en sorte que l'article 63 s'applique de façon à exempter le G.T.N.-O. de la LCDP concernant ses fonctionnaires. L'article 66 exclut le G.T.N.-O. de l'application de la Loi à une date fixée par proclamation mais, contrairement au territoire du Yukon, les T.N.-O. n'ont pas adopté de loi sur les droits de la personne et il n'y a pas eu de proclamation pour dispenser le G.T.N.-O. de l'application de la LCDP. Les T.N.-O. ne sont pas une province, mais un territoire fédéral et la Couronne est toujours assujettie à la LCDP. Le statut juridique des T.N.-O. ne peut être ignoré. En outre, le G.T.N.-O. n'a pas adopté de loi sur les droits de la personne et le Parlement n'avait pas l'intention que la LCDP s'applique d'une façon qui prive les employés du G.T.N.-O. de la protection d'une telle loi.

(2) Le critère applicable 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». La parité salariale n'est pas une question qui s'applique uniquement dans les T.N.-O. C'est une question qui soulève un intérêt considérable à l'échelle nationale et l'AFPC est reconnue comme un défenseur énergique de ce principe. Une personne bien renseignée pourrait raisonnablement se demander si Dallas, qui a choisi d'être membre de l'AFPC, pouvait avoir une position prosyndicale et prédéterminée sur la question d'équité salariale. Une personne bien renseignée ne pourrait pas entretenir les mêmes doutes au sujet de Sadler, parce qu'il a choisi de ne pas appuyer l'AFPC. Le simple fait qu'il soit représenté par l'AFPC et qu'il paie les cotisations obligatoires ne crée pas une crainte raisonnable de partialité. Bien que

investigation report. The investigation report was tainted by the apprehension of bias on the part of Dallas, and therefore the Commission's decision which adopted the investigators' recommendations was also tainted.

While it was not Sadler's place to release the wage gap analysis, except in the context of the investigation report, the lack of data was confounding all parties' efforts to deal with the PSAC complaint. Sadler's provision of these figures was not a basis for a reasonable apprehension of bias. He was merely distributing material he thought everyone needed at a time when there was no dispute about the quality of the JEP Study.

That the investigators did not inquire whether any factors justifying the difference in wages existed pursuant to subsection 11(4) was not a basis for a reasonable apprehension of bias. If the G.N.W.T. did not raise such matters, it was reasonable for the investigators to assume that none existed.

The G.N.W.T.'s submissions on bias were not premature. A reasonable apprehension of bias should be dealt with as soon as possible rather than letting costly proceedings go forward which may later be set aside.

There is no statutory exemption from the possibility that an apprehension of bias will arise because investigators are employed under the *Public Service Staff Relations Act*, which gives every employee the right to union representation. The CHRA permits the hiring of investigators under contract.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 10, 11, 32, 43(1), 47, 63.
- Fair Practices Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. F-2.
- Human Rights Act*, S.Y. 1987, c. 3.
- Northwest Territories Act*, R.S.C., 1985, c. N-27.
- Northwest Territories Public Service Association Ordinance*, R.O. 1974, c. N-2.
- Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. P-16, ss. 12, 13.
- Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 6.
- Union of Northern Workers Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. U-1.

la participation de Dallas à l'enquête ait été minimale, les deux enquêteurs ont signé le rapport. La décision de la Commission fondée sur l'article 46 doit s'appuyer sur un rapport d'enquête libre de tout parti pris. Le rapport d'enquête est vicié à cause de la crainte de partialité de la part de Dallas et, par conséquent, la décision de la Commission qui a adopté les recommandations des enquêteurs est également viciée.

Il n'incombait pas à Sadler de publier l'analyse de l'écart salarial, sauf dans le contexte du rapport d'enquête, mais le manque de données portait atteinte aux efforts de toutes les parties en vue du règlement de la plainte de l'AFPC. La publication de ces chiffres par Sadler ne constitue pas le fondement d'une crainte raisonnable de partialité. Il a simplement distribué les données qu'il jugeait nécessaires à toutes les parties à un moment où la qualité des données de l'étude sur l'équité salariale n'était pas contestée.

Le fait que les enquêteurs n'aient pas demandé si des facteurs justifiant l'écart salarial existaient aux termes du paragraphe 11(4) ne constitue pas le fondement d'une crainte raisonnable de partialité. Si le G.T.N.-O. n'a soulevé aucune de ces questions, il est raisonnable que les enquêteurs aient supposé qu'il n'y en avait pas.

Les allégations de partialité du G.T.N.-O. n'étaient pas prématurées. Une crainte raisonnable de partialité devrait être réglée le plus tôt possible au lieu de laisser des procédures coûteuses se poursuivre et de les annuler par la suite.

Aucune présomption légale n'exclut la possibilité qu'une crainte de partialité soit soulevée parce que des enquêteurs sont embauchés conformément à la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, qui donne à chaque employé le droit d'être représenté par un syndicat. La LCDP permet de retenir par contrat les services d'enquêteurs indépendants.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Human Rights Act*, S.Y. 1987, ch. 3.
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 10, 11, 32, 43(1), 47, 63.
- Loi prohibant la discrimination*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. F-2.
- Loi sur la fonction publique*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. P-16, art. 12, 13.
- Loi sur le Syndicat des travailleurs et travailleuses du Nord*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. U-1.
- Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 6.
- Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, L.R.C. (1985), ch. N-27.
- Ordonnance sur l'Association de la fonction publique des Territoires du Nord-Ouest*, R.O. 1974, ch. N-2.

## CASES JUDICIAALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada* (Canadian Human Rights Commission), [1989] 2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241.

## DISTINGUISHED:

*Canadian Broadcasting Corp. v. Canadian Human Rights Commission et al.* (1993), 71 F.T.R. 214 (F.C.T.D.).

## CONSIDERED:

*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:

*Canada Labour Relations Board et al. v. Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729; (1977), 76 D.L.R. (3d) 85; 77 CLLC 14,073; 14 N.R. 72; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; (1989), 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 93 N.R. 1.

## AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, Issue No. 115 (December 21, 1982).

Canada. Special Representative for Constitutional Development in the Northwest Territories. *Constitutional Development in the Northwest Territories: Report of the Special Representative*. Hull (Quebec): Supply and Services Canada, 1980 (Special Representative: C. M. Drury).

APPLICATION for judicial review of the CHRC's decision to refer PSAC's job classification and pay equity complaint to a conciliator. Application allowed on the ground that there was a reasonable apprehension of bias on the part of the Commission's investigator.

## COUNSEL:

*Russell G. Juriansz* and *Robert E. Kwinter* for applicant.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada* (Commission canadienne des droits de la personne), [1989] 2 R.C.S. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Société Radio-Canada c. Commission canadienne des droits de la personne et autres* (1993), 71 F.T.R. 214 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*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:

*Conseil canadien des relations du travail et autre c. Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729; (1977), 76 D.L.R. (3d) 85; 77 CLLC 14,073; 14 N.R. 72; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; (1989), 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 93 N.R. 1.

## DOCTRINE

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, fascicule n° 115 (21 décembre 1982).

Canada. Représentant spécial pour l'Évolution constitutionnelle dans les Territoires du Nord-Ouest. *L'Évolution constitutionnelle dans les Territoires du Nord-Ouest: Rapport du Représentant spécial*. Hull (Québec): Approvisionnement et Services Canada, 1980 (Représentant spécial: C. M. Drury).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la CCDP de transmettre à un conciliateur une plainte de l'AFPC concernant les questions de classification des emplois et de parité salariale. La demande est accueillie au motif qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité concernant un enquêteur de la Commission.

## AVOCATS:

*Russell G. Juriansz* et *Robert E. Kwinter*, pour le requérant.

Andrew J. Raven for respondent.  
René Duval for intervenor.

Andrew J. Raven, pour l'intimée.  
René Duval, pour l'intervenante.

SOLICITORS:

Russell G. Juriansz, Toronto, and Blake Cassels & Graydon, Toronto, for applicant.  
Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, for respondent.  
Canadian Human Rights Commission, Legal Department, Ottawa, for intervenor.

PROCUREURS:

Russell G. Juriansz, Toronto et Blake Cassels & Graydon, Toronto, pour le requérant.  
Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, pour l'intimée.  
Service juridique, Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour l'intervenante.

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

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

1 SIMPSON J.: This application for judicial review is brought by the Government of the Northwest Territories (the G.N.W.T.). It seeks review of a decision made by the Canadian Human Rights Commission (the Commission) dated June 10, 1993 (the decision). In its decision, the Commission considered a complaint filed by the Public Service Alliance of Canada (PSAC) against the G.N.W.T. (the PSAC complaint) and decided to appoint a conciliator to deal with two aspects of the PSAC complaint. It also decided to defer consideration of a third aspect of the PSAC complaint.

1 LE JUGE SIMPSON: La présente demande de contrôle judiciaire est présentée par le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest (G.T.N.-O.). Le gouvernement demande la révision d'une décision prise par la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) le 10 juin 1993 (la décision). Dans sa décision, la Commission a examiné une plainte déposée par l'Alliance de la fonction publique du Canada (AFPC) à l'encontre du G.T.N.-O. (la plainte de l'AFPC) et a décidé de nommer un conciliateur pour régler deux des aspects de cette plainte. La Commission a également décidé de différer l'analyse d'un troisième aspect de la plainte.

THE PARTIES

LES PARTIES

The G.N.W.T.—The Applicant

Le G.T.N.-O.—Requérant

2 The PSAC complaint names the Minister of Personnel for the G.N.W.T. as the employer and alleges that he breached the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the CHRA) in respect of job classification and pay equity matters as they relate to the Territorial public service. The G.N.W.T. is the largest single employer in the Northwest Territories (the N.W.T.). It employs approximately 5,500 employees who, in 1992, represented approximately 30% of the total Territorial work force.

2 La plainte de l'AFPC désigne le ministre du Personnel du G.T.N.-O. comme l'employeur et allègue qu'il a violé la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la LCDP) concernant des questions de classification des emplois et d'équité salariale ayant trait à la fonction publique des Territoires. Le G.T.N.-O. est l'employeur le plus important dans les Territoires du Nord-Ouest (les T.N.-O.), puisqu'il compte environ 5 500 employés qui, en 1992, représentaient environ 30 % de l'ensemble de la population active des T.N.-O.

3 The G.N.W.T. filed a comprehensive affidavit which was sworn by John Havelock Parker on

3 Le G.T.N.-O. a déposé un affidavit exhaustif qui a été établi sous serment par John Havelock Parker le

August 17, 1993 (the Parker affidavit). Mr. Parker traced the history of the G.N.W.T. and testified about its relationship with its public service. His credentials for this task are impeccable and include his years of service as Deputy Commissioner and Commissioner of the N.W.T. As all parties accepted his evidence, I propose to quote relevant passages.

4 Paragraphs 5 and 6 of the Parker affidavit provide a summary of his evidence in the following terms:

5. As more fully explained herein, the course of history in the NWT demonstrates a gradual transition from the highly centralized, quasi-colonial system of government which characterized the period from 1905 to at least the 1950's, to the largely independent, responsible Territorial government, based on the provincial model, which has existed since the mid-1980's. Moreover, the creation and development of a Territorial public service, over which the G.N.W.T. exercises legislative and administrative control and for which it is politically and fiscally accountable, was, and is, fundamental to the establishment of responsible government in the NWT.
6. The historical record amply demonstrates a steady progression in the relationship between the G.N.W.T. and the Territorial public service which, by approximately 1986, had culminated in the devolution to the G.N.W.T. of the same rights, duties and powers in respect of its public service as exist between provincial governments and their public services elsewhere in Canada.

5 Mr. Parker describes the public service as follows:

31. The first Public Service Ordinance had actually been passed by the NWT Council in 1965. At that time, there was only a small territorial public service principally engaged in the territorial liquor management system. In 1965-1966, the G.N.W.T. had an operating budget of less than \$10 million. Within a decade, the public service had grown to almost 3,000 employees and the 1976-1977 operating budget was approximately \$160 million. In 1990, the NWT public service employed approximately 5,800 and the GWNT's operating budget was approximately \$900 million.

17 août 1993 (l'affidavit Parker). M. Parker a relaté l'histoire du G.T.N.-O. et a témoigné au sujet des rapports que le gouvernement entretient avec sa fonction publique. Ses compétences en cette matière sont indiscutables, notamment en raison de ses années de service comme commissaire adjoint et commissaire des T.N.-O. Comme toutes les parties ont accepté sa déposition, je propose d'en citer des passages pertinents.

Les paragraphes 5 et 6 de l'affidavit Parker résumant sa déposition dans les termes suivants: 4

[TRADUCTION]

5. Comme il sera expliqué plus en détail ci-dessous, l'histoire des Territoires du Nord-Ouest démontre qu'il y a eu un passage graduel depuis le régime de gouvernement hautement centralisé et quasi-colonial, qui caractérise la période de 1905 à 1950 à tout le moins, jusqu'au gouvernement largement responsable et indépendant des Territoires, fondé sur le modèle provincial, qui existe depuis le milieu des années 1980. De plus, la création et la mise en place d'une fonction publique territoriale, sur laquelle le G.T.N.O. exerce un contrôle législatif et administratif et dont il est politiquement et fiscalement responsable, ont été et sont toujours des éléments essentiels à l'établissement d'un gouvernement responsable dans les T.N.-O.
6. L'histoire démontre abondamment qu'il y a eu une évolution constante dans les rapports entre le G.T.N.O. et la fonction publique des Territoires dont le point culminant, qui s'est produit vers 1986, a été la dévolution au G.T.N.-O. des mêmes droits, fonctions et pouvoirs relativement à la fonction publique que ceux qui existent entre les gouvernements provinciaux et leur fonction publique respective partout au Canada.

M. Parker décrit la fonction publique dans les termes suivants: 5

[TRADUCTION]

31. La première ordonnance sur la fonction publique a en fait été adoptée par le conseil des T.N.-O. en 1965. À cette époque, il n'y avait qu'une fonction publique territoriale restreinte, qui s'occupait principalement du système de gestion des boissons alcooliques dans les Territoires. En 1965-1966, le G.T.N.-O. avait un budget de fonctionnement inférieur à 10 millions de dollars. En moins de dix ans, le nombre de fonctionnaires est passé à près de 3 000 et le budget de fonctionnement de 1976-1977 s'établissait à environ 160 millions de dollars. En 1990, la fonction publique des T.N.-O. comptait environ 5 800 fonctionnaires et le

32. By the 1980's, the G.N.W.T. was responsible for providing and administering most of the programs and services typically provided by a provincial government. In 1969, the territorial Public Service Act was amended to provide for collective bargaining and thereafter labour relations, at least insofar as the public service was concerned, had become a matter for the G.N.W.T.. Territorial public service employees continue to be governed by the federal Public Service Superannuation Act, but retention of federal administration in this area is reasonable in that many territorial public service employees are transferees from the federal public service, and their accrued pensions were vested and guaranteed under the federal system.
33. Until 1986, the Public Service Act expressly gave the Commissioner responsibility for the management and direction of the territorial public service. The Commissioner was effectively the "employer" of the public service with ultimate responsibility for determining the terms of employment, rate of pay, the bases for hiring and dismissal and other matters in relation to public service employees. As a result of landmark amendments to the legislation in 1986, however, the Minister of Personnel, an elected member of the NWT Council, assumed all of the Commissioner's responsibilities in relation to the territorial public service. From that time forward, administration of the public service has been the direct responsibility of the G.N.W.T..
32. Dans les années 1980, le G.T.N.-O. était responsable de l'application et de l'administration de la plupart des programmes et services habituellement offerts par un gouvernement provincial. En 1969, la Loi sur la fonction publique des Territoires a été modifiée par l'ajout des dispositions relatives à la négociation collective et, par la suite, les relations de travail, du moins pour ce qui a trait à la fonction publique, sont passées sous la responsabilité du G.T.N.-O. Les fonctionnaires des Territoires ont continué d'être régis par la Loi sur la pension de la fonction publique fédérale, mais le maintien de la responsabilité fédérale dans ce domaine est raisonnable étant donné que bon nombre des fonctionnaires des Territoires sont d'anciens fonctionnaires fédéraux dont les pensions accumulées ont été acquises et garanties aux termes du régime fédéral.
33. Jusqu'en 1986, la Loi sur la fonction publique conférait expressément au commissaire la responsabilité de la gestion et de la direction de la fonction publique territoriale. Le commissaire était en fait l'«employeur» de la fonction publique et était ultimement chargé de déterminer les conditions d'emploi, les taux de rémunération, les conditions d'embauchage et de renvoi et d'autres questions ayant trait aux fonctionnaires. Par suite de modifications historiques apportées à la loi en 1986, toutefois, le ministre du Personnel, membre élu du conseil des T.N.-O., s'est vu confier la totalité des responsabilités du commissaire relativement à la fonction publique territoriale. Depuis, l'administration de la fonction publique est sous la responsabilité directe du G.T.N.-O.

I should note for completeness that it is sections 12 and 13 of the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. P-16, which give the G.N.W.T.'s Minister of Personnel specific responsibility for the pay and classification matters which are the subject of the PSAC complaint. This legislation received Royal Assent on June 16, 1986.

Par souci d'exhaustivité, il convient de noter que ce sont les articles 12 et 13 de la *Loi sur la fonction publique*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. P-16, qui confèrent au ministre du Personnel du G.T.N.-O. la responsabilité spécifique des questions de rémunération et de classification qui font l'objet de la plainte de l'AFPC. Cette loi a reçu la sanction royale le 16 juin 1986.

6 Mr. Parker's affidavit concludes in the following terms:

L'affidavit Parker se termine par les paragraphes suivants: 6

34. The cumulative effect of the many changes which have taken place in the government of the NWT, particularly since the release of the Carrothers Commission Report in 1966, has been to create a representative, responsible, resident territorial government which has the same powers and responsibilities to

[TRADUCTION]

34. L'effet cumulatif des nombreux changements qui se sont produits à l'intérieur du gouvernement des T.N.-O., particulièrement depuis la publication du rapport de la Commission Carrothers en 1966, a entraîné la création d'un gouvernement territorial représentatif et responsable, situé dans les Territoires, doté

those it governs as a provincial government. Those differences which do remain between the NWT and the provinces have little to do with the manner of government or the relative levels of local government autonomy, which they share in common. The remaining differences have much more to do with the nature of land ownership and control of natural resources; the issues raised by the presence of a native majority in the NWT; and the nature and magnitude of the financial arrangements between the federal and territorial governments.

des mêmes pouvoirs et responsabilités qu'un gouvernement provincial à l'égard de ses administrés. Les différences qui continuent d'exister entre les T.N.-O. et les provinces ont peu de choses à voir avec la manière de gouverner ou les niveaux relatifs d'autonomie gouvernementale au niveau local, qui sont des éléments communs à tous. Les différences qui restent portent beaucoup plus sur la nature du droit de propriété foncière et le contrôle des ressources naturelles; sur les questions découlant de la présence d'une population autochtone majoritaire dans les T.N.O.; et sur la nature et l'ampleur des arrangements financiers entre les gouvernements fédéral et territorial.

36. The relationship between the G.N.W.T. and its public service sector is akin to the relationship that exists between provincial governments and their public services. As in the provinces, administration of the public service is a matter of local concern. The G.N.W.T., as do the provincial legislatures, decides what services are required to meet the needs of the public; decides how best to mobilize public service resources to meet those needs; determines how the services are to be paid for; establishes labour standards and terms of employment which govern public service employees; and negotiates collective agreements with employee associations, all without any interference or input from the federal government.

36. Les relations qui existent entre le G.T.N.-O. et le secteur de la fonction publique s'apparentent à la relation qui existe entre les gouvernements provinciaux et leur fonction publique respective. Comme dans les provinces, l'administration de la fonction publique est une question d'intérêt local. Le G.T.N.-O., comme les législatures provinciales, décide des services qui sont nécessaires pour répondre aux besoins du public; il décide de la meilleure façon d'utiliser les ressources de la fonction publique pour répondre à ces besoins; il détermine le mode de financement de ces services; il détermine les normes de travail et les conditions d'emploi des fonctionnaires; et il négocie les conventions collectives avec les associations d'employés, le tout sans ingérence ou participation du gouvernement fédéral.

7 Despite the trend towards self-government described in the Parker affidavit, all parties acknowledge that the N.W.T. is not a province and remains subject to the "all-encompassing legislative authority of the Parliament of Canada".<sup>1</sup> The G.N.W.T. has only those powers granted to it by Parliament pursuant to the *Northwest Territories Act*, R.S.C., 1985, c. N-27 and those powers are all subject to any other Act of the Parliament of Canada. In practice, in respect of its public service, the G.N.W.T. enjoys the powers exercised by the provinces but, unlike the provinces, the G.N.W.T. has no entrenched constitutional right to assert those powers.

7 Malgré la tendance à l'autonomie gouvernementale décrite dans l'affidavit Parker, toutes les parties reconnaissent que les T.N.-O. ne sont pas encore une province et qu'ils demeurent assujettis à «la portée universelle du pouvoir législatif du Parlement du Canada»<sup>1</sup>. Le G.T.N.-O. ne dispose que des pouvoirs qui lui sont conférés par le Parlement aux termes de la *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, L.R.C. (1985), ch. N-27, et ces pouvoirs sont tous assujettis aux lois du Parlement fédéral. En pratique, pour ce qui concerne la fonction publique, le G.T.N.-O. jouit des pouvoirs exercés par les provinces mais, contrairement à ces dernières, il n'a aucun droit consacré dans la constitution pour affirmer ces pouvoirs.

#### PSAC—The Respondent

8 The G.N.W.T.'s public service employees are represented by the Union of Northern Workers (the UNW). The UNW was originally established pursuant

#### L'AFPC—Intimée

8 Les fonctionnaires du G.T.N.-O. sont représentés par le Syndicat des travailleurs et travailleuses du Nord (le STN). Initialement établi aux termes de

ant to the *Northwest Territories Public Service Association Ordinance*, R.O. 1974, c. N-2 and was continued under the *Union of Northern Workers Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. U-1. In the N.W.T., the UNW is the sole bargaining agent for public service employees. The UNW is described as a “component” of PSAC and there was no issue in this case about PSAC’s status to file the PSAC complaint. PSAC holds the bargaining rights for a large number of federal government public servants who are employed under the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35. However, in Ontario and Manitoba, PSAC also represents employees who are not employed by the federal government.

The Commission—The Intervenor

9 The Commission is a multi-disciplinary body. It plays a policy role, undertakes investigations, makes administrative decisions and plays a quasi-judicative role. In its handling of the PSAC complaint to date, the Commission has been primarily engaged in its investigative function.

THE PSAC COMPLAINT

10 The PSAC complaint, which was filed on March 28, 1989, alleges that the G.N.W.T.’s Minister of Personnel, in his capacity as the employer of members of the N.W.T. public service, has discriminated against female public service workers in matters of job classification and pay, in violation of sections 7, 10 and 11 of the CHRA. The PSAC complaint seeks relief in the form of the elimination of all discriminatory wage rates, implementation of a gender neutral job evaluation system and retroactive compensation with interest to March, 1988.

THE JEP STUDY REPORT

11 Shortly after the PSAC complaint was filed, it became clear to both the G.N.W.T. and the UNW

*l’Ordonnance sur l’Association de la fonction publique des Territoires du Nord-Ouest*, R.O. 1974, ch. N-2, le STN a été prorogé en vertu de la *Loi sur le Syndicat des travailleurs et travailleuses du Nord*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. U-1. Dans les T.N.-O., le STN est le seul agent négociateur pour les fonctionnaires. Le STN est décrit comme une «composante» de l’AFPC, et la qualité de l’AFPC pour déposer la plainte n’a pas été contestée. L’AFPC détient les droits de négociation pour un très grand nombre de fonctionnaires fédéraux qui ont été embauchés en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35. Toutefois, en Ontario et au Manitoba, l’AFPC représente également des employés qui ne travaillent pas pour le gouvernement fédéral.

La Commission—Intervenante

La Commission est un organisme multidisciplinaire. Elle joue un rôle en matière de politique, mène des enquêtes, prend des décisions administratives et assume un rôle qui s’apparente à celui des organismes d’arbitrage. Dans le traitement de la plainte de l’AFPC jusqu’à ce jour, la Commission est surtout intervenue dans sa fonction d’enquêteur. 9

LA PLAINTÉ DE L’AFPC

La plainte de l’AFPC, qui a été déposée le 28 mars 1989, allègue que le ministre du Personnel du G.T.N.-O., en sa qualité d’employeur des fonctionnaires des T.N.-O., a établi des distinctions contre le personnel féminin de la fonction publique sur des questions de classification des emplois et de rémunération, en violation des articles 7, 10 et 11 de la LCDP. La plainte de l’AFPC demande, comme redressement, l’élimination de tous les taux de rémunération discriminatoires, l’implantation d’un système d’évaluation des emplois non fondé sur le sexe et le paiement de la rémunération avec intérêts rétroactifs à mars 1988. 10

LE RAPPORT DE L’ÉTUDE MIXTE SUR LA PARITÉ SALARIALE

Peu après le dépôt de la plainte de l’AFPC, le G.T.N.-O. et le STN se sont rendu compte que les 11

that the hard data needed to assess the merits of the PSAC complaint did not exist. Accordingly, the G.N.W.T. and the UNW established a joint project to obtain the information needed to evaluate the PSAC complaint. The project was called the Joint Equal Pay Study (the JEP Study) and was described in a letter of understanding signed in April, 1989. The Final Report of the JEP Study (the JEP Report) was signed by representatives of both participants in June of 1992.

12 The Commission appears to have played a monitoring and advisory role in the planning stages of the JEP Study to ensure that it proceeded in accordance with the Commission's requirements. This was of importance to the Commission and to the JEP Study participants because everyone wanted the JEP Study results to form part of the Commission's investigation and to serve as a reliable basis for resolving the PSAC complaint.

13 The JEP Study was a formidable undertaking. The JEP Report described the objectives of the JEP Study and the magnitude of the task in the following terms:

The objective of the Joint Equal Pay Study is to provide the parties with accurate and complete documentation and job evaluation data to determine, upon analysis, whether or not there is equal pay for work of equal value in accordance with Section 11 of the Canadian Human Rights Act and if there are inequities, where they exist and to what extent.

...

The logistics of collecting accurate and current job data from employees in remote northern communities who don't read, write, or speak English, and who probably do not see their job description in any language, and who seldom see their immediate supervisor, represented an organization nightmare.

...

The Joint Equal Pay Study was a major undertaking involving the entire Territorial Public Service in every community throughout the Northwest Territories. The project covered a time span of two years from the time

données objectives nécessaires pour évaluer le fondement de la plainte de l'AFPC n'existaient pas. Par conséquent, le G.T.N.-O. et le STN ont établi un programme conjoint pour recueillir les renseignements nécessaires à l'évaluation de la plainte de l'AFPC. Il s'agit de l'étude mixte sur la parité salariale (l'étude sur la parité salariale) qui a été décrite dans une lettre d'entente signée en avril 1989. Le rapport final de cette étude (le rapport sur la parité salariale) a été signé par les représentants des deux participants en juin 1992.

12 La Commission semble avoir joué un rôle de surveillance et de consultation dans les étapes de planification de l'étude sur la parité salariale pour veiller à ce que cette étude respecte les exigences de la Commission. Le respect de ces exigences était important pour la Commission aussi bien que pour les participants à l'étude parce que chacun voulait que les résultats fassent partie de l'enquête de la Commission et servent de fondement objectif pour le règlement de la plainte de l'AFPC.

13 L'étude sur la parité salariale a été une entreprise énorme. Le rapport décrit les objectifs de cette étude et l'ampleur de la tâche dans les termes suivants:

[TRADUCTION] L'étude mixte sur la parité salariale a pour objet de fournir aux parties des documents exacts et complets et des données d'évaluation des emplois afin de déterminer, après analyse, si le principe «à travail égal salaire égal» est respecté conformément à l'article 11 de la Loi canadienne sur les droits de la personne et s'il y a des injustices, de préciser où elles trouvent et quelle en est l'importance.

...

La logistique nécessaire pour recueillir des données exactes et actuelles sur les emplois auprès d'employés disséminés dans les collectivités éloignées du Nord qui ne savent ni lire, ni écrire ou parler l'anglais, qui n'ont probablement jamais vu la description de leur emploi dans aucune langue, et qui voient rarement leur supérieur immédiat, représentait un défi énorme au niveau de l'organisation.

...

L'étude mixte sur la parité salariale a été une entreprise majeure qui a exigé la participation de l'ensemble de la fonction publique territoriale dans chacune des collectivités des Territoires du Nord-Ouest. Il a fallu deux ans pour

that the Committee members were appointed in August, 1989 to the submission of the Study results to the Government of the Northwest Territories and the Union of Northern Workers in July, 1991.

- 14 The JEP Study was managed by a Committee of three (the Committee), which included one UNW appointee, a G.N.W.T. appointee and a chairperson selected by the two appointees. The Committee hired Norman D. Willis as a consultant, agreed on a suitable questionnaire and on an appropriate data gathering methodology. On this topic, the JEP Report made the following comments (at page 9):

One of the most challenging aspects of the Study was to develop a viable data gathering methodology which would reach all 5000 employees in the project. They are located in 64 communities throughout a vast geographical area, most of which are accessible by air only. Forty percent (40%) of the employees are situated in departmental head offices located in Yellowknife. The second largest group of employees are located in five different regional centres with the number of employees ranging from 340 in Iqaluit, to 125 in Cambridge Bay. The remaining employees are located in communities throughout the Territories ranging from one or two hundred in Fort Simpson and Hay River, to one or two employees in the more remote communities such as Colville Lake or Rae Lakes.

- 15 The Committee also agreed on an acceptable number of jobs to evaluate. The Territorial statistician recommended a sample of 700 jobs and the JEP Report notes at page 11 that the Committee decided that this figure was "roughly" acceptable. In the end, 654 jobs were studied. Staff training, communication with employees, evaluation of the jobs and related checks for reliability were all enormous tasks. In fact, the reliability checks posed a problem. The evaluations by different committees were compared in two tests. The first test suffered a procedural flaw and was declared invalid. The second test produced an unacceptable variance, 3 times out of 10, and the JEP Report noted at page 17 that "when the same rate of variation is applied to the entire study of 654 jobs, the reliability of the Study results appears to be in jeopardy". However, having raised this concern, the JEP Report discounted it on

faire cette étude à compter de la nomination des membres du comité en août 1989 jusqu'à la présentation des résultats de l'étude au gouvernement des Territoires du Nord-Ouest et au Syndicat des travailleurs et travailleuses du Nord en juillet 1991.

- 14 L'étude sur la parité salariale était dirigée par un comité de trois personnes (le Comité), dont un représentant du STN, un représentant du G.T.N.-O. et un président choisi par les deux autres représentants. Le Comité a embauché Norman D. Willis comme consultant, a convenu d'un questionnaire approprié et d'une méthode de collecte des données. Sur ce sujet, le rapport de l'étude renferme les observations suivantes (à la page 9):

[TRADUCTION] L'un des plus grands défis de l'étude a été de mettre au point une méthode de collecte des données praticable qui permettrait d'atteindre les 5 000 employés participant au programme. Ces employés ont été choisis dans 64 collectivités réparties dans une très vaste région géographique, dont la plupart ne sont accessibles que par avion. Quarante pour cent (40 %) des employés travaillent dans les principaux établissements des ministères situés à Yellowknife. Le deuxième groupe en importance se trouve dans cinq centres régionaux comptant un nombre variable d'employés, allant de 340 à Iqaluit à 125 à Cambridge Bay. Les autres employés sont disséminés dans les collectivités des Territoires; il y en a entre cent et deux cents à Fort Simpson et Hay River, mais un ou deux seulement dans les collectivités les plus éloignées comme Colville Lake ou Rae Lakes.

- 15 Le Comité a également convenu d'un nombre acceptable d'emplois à évaluer. Le statisticien des Territoires a recommandé un échantillon de 700 emplois et le rapport note, à la page 11, que le Comité a décidé que ce chiffre était «à peu près» acceptable. Au bout du compte, 654 emplois ont été analysés. La formation du personnel, la communication avec les employés, l'évaluation des emplois et les vérifications connexes de fiabilité ont été des tâches énormes à réaliser. En fait, les vérifications de fiabilité ont posé un problème. Les évaluations effectuées par différents comités ont été comparées en fonction de deux critères. Le premier critère comportait un vice de procédure et a été déclaré invalide. Le deuxième critère a produit une variance inacceptable, trois fois sur dix, et le rapport indique à la page 17 que [TRADUCTION] «quand le même taux de variation est appliqué à l'ensemble de l'ana-

the basis that further work on evaluation techniques would have reduced the variance to an acceptable level by the time the JEP Study was concluded. Indeed, in the text of the JEP Report, it is clear that the Committee had no concern at the end of the JEP Study. In its conclusion, the JEP Report stated (at page 21):

... given the accuracy of the evaluation data and the completeness of the job documentation, the data produced by the Joint Equal Pay Study will enable the Parties to resolve the issue of equal pay for work of equal value.

16 It is also interesting to note that the rate of return for the questionnaires was 64% and the JEP Report did not express any concern about this return rate. In fact, the rate of return from the regions was described as "reasonably high" at page 7 of the JEP Report and, at page 11, reference was made to a "successful response rate". Finally, the JEP Report did not express any concern about the quality of the job data collected and stated, again at page 11, that it was of "high quality".

17 The G.N.W.T. and UNW Committee members both signed the JEP Report without reservation on June 26, 1992.

#### THE INVESTIGATORS

18 On May 25, 1989, the Commission designated James Sadler (Sadler) as an investigator for the PSAC complaint under subsection 43(1) of the CHRA. Sadler was a Commission employee based in Ottawa. He had no personal connection with the G.N.W.T. or the UNW. Sadler was obliged to pay union dues to PSAC because he was a member of a collective bargaining unit represented by PSAC. However, Sadler was not required to become a union member and he chose not to join PSAC.

19 At a later date, which on the evidence is either September, 1992 or February, 1993, but in either

lyse des 654 emplois, la fiabilité des résultats de l'étude semble compromise». Toutefois, après avoir soulevé ce doute, le rapport le rejette au motif que des travaux plus poussés sur les techniques d'évaluation auraient réduit la variance à un niveau acceptable au moment où l'étude a été terminée. En fait, dans le texte du rapport, il est clair que le Comité ne se posait plus de questions à la fin de l'étude sur la parité salariale. Dans ses conclusions, le rapport indique ce qui suit (à la page 21):

[TRADUCTION] ... étant donné l'exactitude des données d'évaluation et l'exhaustivité des documents sur les emplois, les données produites par l'étude mixte sur la parité salariale permettront aux parties de déterminer si le principe «à travail égal, salaire égal» est appliqué.

Il est également intéressant de noter que 64 % des 16 questionnaires ont été retournés et que le rapport ne mentionnait aucun problème au sujet de ce taux de retour. En fait, le taux de retour en provenance des régions a été jugé «raisonnablement élevé» à la page 7 du rapport et, à la page 11, il est fait mention d'un «taux de réponse satisfaisant». Finalement, le rapport n'exprime aucune préoccupation au sujet de la qualité des données recueillies sur les emplois et déclare, de nouveau à la page 11, que ces données sont de «grande qualité».

Les membres du comité représentant le G.T.N.-O. 17 et le STN ont tous deux signé sans réserve le rapport sur la parité salariale le 26 juin 1992.

#### LES ENQUÊTEURS

Le 25 mai 1989, la Commission a désigné James 18 Sadler (Sadler) comme enquêteur pour l'étude de la plainte de l'AFPC conformément au paragraphe 43(1) de la LCDP. M. Sadler est un employé de la Commission travaillant à Ottawa. Il n'a aucun lien personnel avec le G.T.N.-O. ou le STN. Sadler est tenu de payer ses cotisations syndicales à l'AFPC parce qu'il est membre d'une unité de négociation représentée par l'AFPC. Toutefois, Sadler n'était pas tenu d'être syndiqué et il a choisi de ne pas joindre les rangs de l'AFPC.

À une date ultérieure, qui, selon la preuve, se 19 situe soit en septembre 1992, soit en février 1993,

case, after the release of the JEP Report in June, 1992, Lorraine Dallas (Dallas) was designated by the Commission as a second investigator. Dallas had chosen to be a full-fledged voting member of PSAC, but she had no personal connection of any kind to the G.N.W.T. or the UNW. Sadler and Dallas will be referred to together as the "investigators".

#### THE WAGE GAP ANALYSIS AND SETTLEMENT DISCUSSIONS

20 While the JEP Report was being prepared, Sadler, in his capacity as a Commission investigator, undertook an analysis of the data from the JEP Study in an attempt to determine whether it showed that a wage gap actually existed. This analysis is known as the Wage Gap Analysis and it did disclose a gap. For the purpose of assisting the parties in their efforts to arrive at a settlement of the equal pay portion of the PSAC complaint, Sadler sent his Wage Gap Analysis to the UNW with a covering letter dated June 17, 1992.

21 Three months later, by letter dated October 1, 1992, the G.N.W.T. wrote to the Commission and outlined its concerns with Sadler's Wage Gap Analysis. One concern related to the validity of the data from the JEP Study. It appears from the record before me that, before this date, the G.N.W.T. had never criticized the quality of the data used to reach the JEP Study results.

22 The G.N.W.T.'s other concerns related to the methodology used by Sadler in his preparation of the Wage Gap Analysis. Generally, the G.N.W.T. described Sadler's approach as "simplistic" and "flawed" and expressed concern that the results of the Wage Gap Analysis had created unrealistic expectations on the part of employees because local newspapers were reporting that the G.N.W.T. was facing a sixty million dollar settlement.

mais, dans un cas comme dans l'autre cas, après la publication du rapport sur la parité salariale en juin 1992, Lorraine Dallas (Dallas) a été désignée par la Commission comme deuxième enquêteur. Dallas avait choisi d'être membre votant à part entière de l'AFPC, mais elle n'a aucun lien personnel de quelque sorte avec le G.T.N.-O. ou le STN. Sadler et Dallas sont appelés collectivement «les enquêteurs».

#### L'ANALYSE DE L'ÉCART SALARIAL ET LES DISCUSSIONS PRÉALABLES AU RÈGLEMENT

20 Pendant la préparation du rapport sur la parité salariale, Sadler, en sa qualité d'enquêteur de la Commission, a entrepris d'analyser les données de l'étude sur la parité salariale afin de déterminer si cette étude démontrait l'existence d'un écart salarial réel. Cette analyse est connue sous le nom d'analyse de l'écart salarial et elle a effectivement révélé l'existence d'un tel écart. Afin d'aider les parties dans leurs efforts pour parvenir à un règlement sur la question de la parité salariale dans la plainte de l'AFPC, Sadler a fait parvenir son analyse concernant l'écart salarial au STN avec une lettre d'accompagnement en date du 17 juin 1992.

21 Trois mois plus tard, dans une lettre datée du 1<sup>er</sup> octobre 1992, le G.T.N.-O. a écrit à la Commission pour exprimer ses doutes concernant l'analyse de l'écart salarial effectuée par Sadler. Il se préoccupait notamment de la validité des données tirées de l'étude sur la parité salariale. Il ressort du dossier dont je suis saisie qu'avant cette date le G.T.N.-O. n'avait jamais critiqué la qualité des données utilisées pour parvenir aux résultats de l'étude sur la parité salariale.

22 Les autres préoccupations du G.T.N.-O. portaient sur la méthode utilisée par Sadler dans la préparation de son analyse. En termes généraux, le G.T.N.-O. décrivait la méthode utilisée par Sadler comme une «méthode simpliste» et «imparfaite» et disait craindre que les résultats de cette analyse aient créé des attentes irréalistes de la part des employés parce que les journaux locaux affirmaient que le G.T.N.-O. devrait faire face à un règlement de 60 millions de dollars.

23 The G.N.W.T.'s letter of October 1, 1992 ended by informing the Commission that discussions were ongoing with a view to reaching a negotiated settlement of the PSAC complaint. This statement responded to a comment Sadler had made in his earlier letter of June 17, 1992 indicating the Commission's preference for a negotiated settlement. Settlement negotiations were undertaken on a "without prejudice" basis in the period from October of 1992 to February of 1993. However, a settlement was not achieved.

#### THE INVESTIGATION REPORT

24 On April 23, 1993, the investigators completed and signed a forty-five paragraph Investigation Report (the Investigation Report) for the Commission. They signed the Investigation Report as co-investigators. The Investigation Report appended three annexes: the PSAC complaint was Annex A, a letter sent by the Commission to the JEP Study co-chairs on September 7, 1990 about the Commission's role in the study was Annex B, and Sadler's Wage Gap Analysis was Annex C.

#### THE COMMISSION'S DECISION

25 On June 8, 1993, the Commission decided to appoint a conciliator pursuant to section 47 of the CHRA to attempt to bring about a settlement of the PSAC complaint under sections 7 and 11 of the CHRA. The Commission also decided to defer a decision on the section 10 aspect of the PSAC complaint for further consideration in due course. The decision adopted the recommendations made by the investigators in their Investigation Report. There is no dispute that, when it made its decision, the Commission had before it the Investigation Report, a chronology of the events which had transpired since the complaint was filed and submissions on the Investigation Report filed by PSAC and by the G.N.W.T. Both submissions were dated June 2, 1993.

26 The PSAC submissions were substantive in the sense that they took issue with matters raised in the

23 La lettre du G.T.N.-O. en date du 1<sup>er</sup> octobre 1992 se terminait en informant la Commission que les discussions au sujet de la plainte de l'AFPC se poursuivaient afin de parvenir à un règlement négocié. Cette affirmation constituait en fait une réponse à une observation que Sadler avait faite dans sa lettre du 17 juin 1992, indiquant que la Commission préférerait en arriver à un règlement négocié. Les négociations se sont déroulées «sous réserve de tous droits», d'octobre 1992 à février 1993, sans que les parties parviennent à un règlement.

#### LE RAPPORT D'ENQUÊTE

24 Le 23 avril 1993, les enquêteurs ont terminé et signé un rapport d'enquête de quarante-cinq paragraphes (le rapport d'enquête) pour le compte de la Commission. Ils ont signé ce rapport comme co-enquêteurs. Le rapport comportait trois annexes: la plainte de l'AFPC constituait l'annexe A, une lettre envoyée par la Commission aux coprésidents de l'étude mixte sur la parité salariale le 7 septembre 1990 au sujet du rôle assumé par la Commission dans cette étude figurait à l'annexe B, et l'analyse de l'écart salarial réalisée par Sadler était jointe à l'annexe C.

#### LA DÉCISION DE LA COMMISSION

25 Le 8 juin 1993, la Commission a décidé de nommer un conciliateur conformément à l'article 47 de la LCDP afin de régler la plainte de l'AFPC aux termes des articles 7 et 11 de la LCDP. La Commission a également décidé de reporter à une date plus propice sa décision sur la question relative à l'article 10 soulevée dans la plainte de l'AFPC. La décision adoptait les recommandations présentées par les enquêteurs dans leur rapport. Il n'est pas contesté que, quand la Commission a pris sa décision, elle était saisie du rapport d'enquête, d'une chronologie des événements qui s'étaient déroulés depuis le dépôt de la plainte et des mémoires relatifs au rapport d'enquête déposés par l'AFPC et le G.T.N.-O. Ces mémoires étaient tous deux datés du 2 juin 1993.

26 Le mémoire de l'AFPC soulevait des arguments de fond dans ce sens qu'il remettait en question des

Investigation Report and asked for corrections and clarifications. They also questioned the appropriateness of the methodology used to calculate the value of female jobs. In contrast, the G.N.W.T. did not provide a substantive critique of the Investigation Report. Its submission simply notified the Commission that the G.N.W.T. would commence proceedings in Federal Court in order to raise issues of bias and jurisdiction.

THE ISSUES

- 27 Against the background, the G.N.W.T. raises the following issues:
- 28 1. Is the Commission without jurisdiction to deal with the PSAC complaint by reason of section 63 of the CHRA?
- 29 2. Should the CHRC's decision be set aside because of a reasonable apprehension of bias on the part of the investigators?

1. JURISDICTION

30 Section 63 of the CHRA (the section) has not been judicially considered. It provides that:

63. Where a complaint under this Part relates to an act or omission that occurred in the Yukon Territory or the Northwest Territories, it may not be dealt with under this Part unless the act or omission could be the subject of a complaint under this Part had it occurred in a province.

The issue is whether the section applies to oust the jurisdiction of the Commission when a complaint under the CHRA is brought against the G.N.W.T. in relation to its public service.

The G.N.W.T.'s Position

31 The G.N.W.T. submits that I should approach the section as one which is to be applied on a case-by-case basis. Further, it suggests that the focus of the section is the act or omission described in the complaint and not the constitutional nature of the entity which is the object of the complaint.

points soulevés dans le rapport d'enquête et demandait que des corrections et des précisions soient apportées. L'AFPC remettait également en question l'à-propos de la méthode utilisée pour calculer la valeur des emplois occupés par des femmes. Par contraste, le G.T.N.-O. n'a pas donné une critique de fond du rapport d'enquête. Dans ses arguments, le G.T.N.-O. a simplement informé la Commission qu'il intenterait une instance devant la Cour fédérale afin de lui soumettre des questions de compétence et de partialité.

LES QUESTIONS EN LITIGE

- C'est dans ce contexte que le G.T.N.-O. soulève 27 les questions suivantes:
- 1. La Commission a-t-elle compétence pour régler 28 la plainte de l'AFPC du fait de l'article 63 de la LCDP?
- 2. La décision de la CCDP devrait-elle être annu- 29 lée en raison d'une crainte raisonnable de partialité de la part des enquêteurs?

1. COMPÉTENCE

L'article 63 de la LCDP (l'article) n'a pas été 30 analysé par la Cour. Il est rédigé dans les termes suivants:

63. Les plaintes déposées sous le régime de la présente partie, qui portent sur des actions ou des omissions survenues dans le territoire du Yukon ou dans les Territoires du Nord-Ouest ne sont recevables sous ce régime que dans la mesure où elles le seraient dans les provinces.

La question est de savoir si l'article a pour effet de priver la Commission de sa compétence lorsqu'une plainte en vertu de la LCDP est déposée à l'encontre du G.T.N.-O. relativement à sa fonction publique.

LA POSITION DU G.T.N.-O.

Le G.T.N.-O. fait valoir que je devrais considérer 31 que l'article s'applique au cas par cas. En outre, il prétend que l'article met l'accent sur l'action ou l'omission décrite dans la plainte et non sur le statut constitutionnel de l'entité qui fait l'objet de la plainte.

- 32 With these guiding principles, the G.N.W.T. says that, in this case, the section should be read as if it asks whether a complaint, which is concerned with classification and pay issues made against an elected representative of a responsible government which controls all aspects of its public service, would be a federal or provincial matter if it were made in a province? The G.N.W.T. then submits that the act or omission described in such a complaint would clearly be a provincial matter and, hence, would be outside the jurisdiction of the CHRA in the N.W.T.
- 33 There is no question that, in a province, a complaint regarding provincial public servants' classification and pay would not be governed by the CHRA. The G.N.W.T. says that, since it has *de facto* control over its public service, it makes no sense that the Commission, which the G.N.W.T.'s counsel describes as "an outside southern agency" should interfere with the administration of the N.W.T.'s public service. This is particularly so, it is argued, when control over the public service is an incident of responsible government and when the development of responsible government in the N.W.T. is a federal government objective.
- 34 As noted above, the G.N.W.T. would frame the question posed for the application of the section so that no reference is made to the fact that the G.N.W.T. is, from a constitutional perspective, a federal entity. The G.N.W.T. observes that if, in applying the section, its constitutional status were to be a factor, the question would be whether the complaint about an act or omission on the part of a federal entity would be a federal or provincial matter in a province. The answer to a question so framed would always be that it would be a federal matter. Accordingly, the section would have no meaning because it would never oust the Commission's jurisdiction. The G.N.W.T. therefore says that its constitutional status cannot be relevant in the application of the section because, if that approach were taken, the section would have no meaning.
- À partir de ces principes directeurs, le G.T.N.-O. soutient qu'en l'espèce l'article devrait être interprété comme s'il exigeait que l'on se demande si une plainte, portant sur des questions de classification et de rémunération, déposée à l'encontre d'un représentant élu d'un gouvernement responsable qui contrôle tous les aspects de sa fonction publique, constituerait une question de compétence fédérale ou provinciale si elle avait été déposée dans une province? Le G.T.N.-O. fait ensuite valoir que l'action ou l'omission décrite dans une plainte de ce genre serait manifestement de compétence provinciale et, partant, qu'elle serait hors du champ d'application de la LCDP dans les T.N.-O.
- Il ne fait aucun doute que, dans une province, une plainte concernant la classification et la rémunération des fonctionnaires provinciaux ne serait pas régie par la LCDP. Le G.T.N.-O. affirme que, puisqu'il assume dans les faits le contrôle de sa fonction publique, il n'est pas logique que la Commission, que le conseil du G.T.N.-O. décrit comme [TRADUCTION] «un organisme extérieur établi dans le Sud», s'ingère dans l'administration de la fonction publique des T.N.-O. Cela est d'autant plus vrai, selon lui, lorsque le contrôle de la fonction publique est un attribut accessoire d'un gouvernement responsable et lorsque la mise sur pied d'un gouvernement responsable dans les T.N.-O. est un objectif poursuivi par le gouvernement fédéral.
- Comme il a été indiqué ci-dessus, le G.T.N.-O. formulerait la question relative à l'application de l'article sans mentionner que le G.T.N.-O. est, d'un point de vue constitutionnel, une entité fédérale. Le G.T.N.-O. fait observer que si, en appliquant l'article, son statut constitutionnel devait être un facteur à prendre en considération, la question consisterait alors à déterminer si la plainte concernant une action ou une omission de la part d'une entité fédérale serait une question de compétence fédérale ou provinciale dans une province donnée. La réponse à une question ainsi formulée indiquerait toujours qu'il s'agit d'une question de compétence fédérale. Par conséquent, l'article n'aurait aucun sens parce qu'il ne priverait jamais la Commission de sa compétence. Le G.T.N.-O. prétend donc que son statut constitutionnel ne peut être pertinent à l'application de cet

article parce que, si cette méthode était retenue, l'article en question n'aurait aucun sens.

### The Position of PSAC and the Commission

35 On the other hand, PSAC and the Commission submit that, if I accept the G.N.W.T.'s approach, and the G.N.W.T.'s constitutional status is ignored so that it is treated as a province in the application of the section, the CHRA will never apply to complaints against the G.N.W.T. relating to its public service. This, according to PSAC and the Commission is clearly contrary to the intention of Parliament. PSAC and the Commission also submit that it is wholly unrealistic to pretend that the N.W.T. has provincial status and that such a fiction should not underpin an exercise in statutory interpretation.

### Analysis

36 If the N.W.T.'s constitutional status is considered, the section may well have no meaning at all as the G.N.W.T. submits. For example, if a motel in the N.W.T. refuses a guest lodging for racial reasons, section 63 would suggest that the CHRA would not apply to a complaint in the N.W.T. because, in a province, the operation of a motel would not be a federal matter. However, in the N.W.T. motels are federal from a constitutional perspective and, if this is taken into account, a province would never have jurisdiction over a federal motel and the section would allow the application of the CHRA in the N.W.T. Similarly, complaints about the application of city by-laws would normally be provincial matters, but in the N.W.T. city by-laws are under federal jurisdiction. If this were recognized, the section would operate to allow the CHRA to apply to by-law complaints in the N.W.T.

37 At this point, absent other considerations, I would ordinarily accept the G.N.W.T.'s view of the section

### La position de l'AFPC et de la Commission

Par ailleurs, l'AFPC et la Commission font valoir que, si j'accepte la position du G.T.N.-O. et que le statut constitutionnel de ce dernier est mis de côté de façon que les Territoires soient considérés comme une province pour l'application de l'article, la LCDP ne s'appliquera jamais à des plaintes déposées à l'encontre du G.T.N.-O. au sujet de sa fonction publique. Selon l'AFPC et la Commission, ce résultat est manifestement contraire à l'intention du législateur. L'AFPC et la Commission font également valoir qu'il est tout à fait irréaliste de prétendre que les T.N.-O. ont le statut d'une province et qu'une telle fiction ne devrait pas servir à étayer cet exercice d'interprétation de la loi.

### Analyse

Si l'on tient compte du statut constitutionnel des T.N.-O., il se peut fort bien que l'article n'ait aucun sens comme le fait valoir le G.T.N.-O. Par exemple, si le propriétaire d'un motel situé dans les T.N.-O. refuse d'accueillir des clients pour des motifs raciaux, l'article 63 laisse entendre que la LCDP ne s'appliquerait pas à une plainte déposée dans les T.N.-O. parce que, dans une province, l'exploitation d'un motel n'est pas de compétence fédérale. Toutefois, dans les T.N.-O., l'exploitation des motels est une question de compétence fédérale d'un point de vue constitutionnel et, s'il faut prendre cet élément en considération, une province n'aurait jamais compétence dans le cas d'un motel fédéral et l'article autoriserait l'application de la LCDP dans les T.N.-O. De la même manière, des plaintes concernant l'application de règlements municipaux seraient normalement des questions de compétence provinciale, mais dans les T.N.-O. ces règlements municipaux sont de compétence fédérale. Si cette affirmation était vraie, l'article ferait en sorte que la CCDP serait autorisée à faire enquête sur les plaintes relatives à des règlements adoptés dans les T.N.-O.

À cette étape, abstraction faite de toute autre considération, j'accepterais ordinairement l'interpré-

because it is the view which allows the section some scope for operation. The difficulty, however, is that for two reasons I am not persuaded that Parliament intended the section to function so as to grant the G.N.W.T. what amounts to a blanket exemption from the CHRA in respect of its public service employees.

38 I say this firstly because section 66 was added to the CHRA in 1983 [then section 63, as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 24]. It provides as follows:

66. (1) This Act is binding on Her Majesty in right of Canada, except in matters respecting the Government of the Yukon Territory or the Northwest Territories.

(2) The exception referred to in subsection (1) shall come into operation in respect of the Government of the Yukon Territory on a day to be fixed by proclamation.

(3) The exception referred to in subsection (1) shall come into operation in respect of the Government of the Northwest Territories on a day to be fixed by proclamation.

39 On December 10, 1987, the Yukon Territorial government passed the *Human Rights Act*, S.Y. 1987, c. 3. Three weeks later, on January 1, 1988, the federal government issued a proclamation which exempts the Government of the Yukon Territory from the operation of the CHRA.

40 In contrast, the G.N.W.T. has not passed human rights legislation and there has been no proclamation exempting the G.N.W.T. from the operation of the CHRA. I should note in passing that the G.N.W.T. does have the *Fair Practices Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. F-2, but it was not suggested in argument before me that this Act is a substitute for human rights legislation. Indeed, all parties indicated that the *Fair Practices Act* is not relevant to my decision in this case.

41 At the time Parliament considered the enactment of section 66, it was considered by the Standing Committee on Justice and Legal Affairs.<sup>2</sup> At that

tation que le G.T.N.-O. donne de l'article parce que c'est la position qui permet à l'article d'avoir un certain champ d'application. Toutefois, la difficulté vient de ce que, pour deux raisons, je ne suis pas convaincu que le législateur avait l'intention de faire en sorte que l'article s'applique de façon à exempter complètement le G.T.N.-O. de l'application de la LCDP concernant ses fonctionnaires.

Mon opinion se fonde principalement sur le fait 38 que l'article 66 a été ajouté à la LCDP en 1983 [auparavant l'article 63, mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 143, art. 24]. Il est libellé de la manière suivante:

66. (1) La présente loi lie Sa Majesté du chef du Canada sauf en ce qui concerne les gouvernements du territoire du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest.

(2) L'exception prévue au paragraphe (1) entre en vigueur à l'égard du gouvernement du territoire du Yukon à la date fixée par proclamation.

(3) L'exception prévue au paragraphe (1) entre en vigueur à l'égard du gouvernement des Territoires du Nord-Ouest à la date fixée par proclamation.

Le 10 décembre 1987, le gouvernement du territoire du Yukon a adopté la *Human Rights Act*, S.Y. 1987, ch. 3. Trois semaines plus tard, soit le 1<sup>er</sup> janvier 1988, le gouvernement fédéral émettait une proclamation qui dispensait le gouvernement du territoire du Yukon de l'application de la LCDP. 39

Par contraste, le G.T.N.-O. n'a pas adopté de loi 40 sur les droits de la personne et il n'y a pas eu de proclamation pour dispenser le G.T.N.-O. de l'application de la LCDP. Je note en passant que le G.T.N.-O. a adopté une *Loi prohibant la discrimination*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. F-2, mais il n'a pas été suggéré dans les arguments qui m'ont été présentés que cette loi remplace une loi sur les droits de la personne. En fait, toutes les parties conviennent que la *Loi prohibant la discrimination* n'est pas pertinente à ma décision en l'espèce.

Au moment où le législateur a envisagé d'adopter 41 l'article 66, celui-ci a été analysé par le Comité permanent de la justice et des questions juridiques<sup>2</sup>.

time, the Honourable Mark MacGuigan, Minister of Justice and Attorney General of Canada commented in part as follows: "We do not really want to proclaim this proposed section until there are human rights codes in place in the territories".

À cette époque, M. Mark MacGuigan, ministre de la Justice et procureur général du Canada faisait les observations suivantes: [TRADUCTION] «Nous ne voulons pas vraiment proclamer cette disposition tant qu'il n'existera pas de codes des droits de la personne dans les Territoires».

42 Secondly, although the section has been in the CHRA since it was first passed in 1978, there has always been some confusion about whether the CHRA applied to G.N.W.T. employees. In January of 1980, C. M. Drury released a report entitled *Constitutional Development in the Northwest Territories: Report of the Special Representative*. It was prepared for the Prime Minister of Canada, the Right Honourable C. J. Clark. In his report at pages 73 and 92, Mr. Drury noted the confusion and recommended an amendment to the CHRA. His recommendation was that the G.N.W.T. be given responsibility for the protection of the human rights of G.N.W.T. employees. His recommendation was followed in part with the enactment of the present version of section 66 in 1983. It, as we have seen, provided for the G.N.W.T.'s exemption from the CHRA, but only at an unspecified future date which has yet to arrive.

42 Deuxièmement, bien que l'article figure dans la LCDP depuis l'adoption de celle-ci en 1978, il y a toujours eu une certaine confusion quant à savoir si la LCDP s'appliquait aux employés du G.T.N.-O. En janvier 1980, C. M. Drury a publié un rapport intitulé *L'évolution constitutionnelle dans les Territoires du Nord-Ouest: Rapport du Représentant spécial*. Ce rapport a été préparé à l'intention du Premier Ministre du Canada, le très honorable C. J. Clark. Dans son rapport, aux pages 75 et 97, M. Drury note cette confusion et recommande que la LCDP soit modifiée. Il recommandait que la responsabilité de la protection des droits de la personne relativement aux employés du G.T.N.-O. soit confiée au gouvernement des Territoires. Sa recommandation a été suivie en partie par l'adoption de la version actuelle de l'article 66 en 1983. Comme nous l'avons vu, cet article dispense le G.T.N.-O. de l'application de la LCDP, mais uniquement à une date non précisée dans l'avenir qui ne s'est pas encore concrétisée.

43 In conclusion on this issue, I am not prepared to interpret the section in a manner which has the effect of exempting the G.N.W.T. from the operation of the CHRA in respect of its public service employees. Even though, in practice, the G.N.W.T. manages its public service in all respects as if it were a province, the fact remains that it is not a province. It is a federal territory and the CHRA has always bound the Crown. I am not willing to accept an approach to statutory interpretation which ignores the G.N.W.T.'s legal status. In addition, the G.N.W.T. has not passed a human rights act and I am satisfied that Parliament did not intend the CHRA to operate in a fashion that leaves G.N.W.T. employees without the benefit of human rights legislation.

43 Pour conclure sur ce point, je ne suis pas disposée à interpréter l'article d'une façon qui aurait pour effet de dispenser le G.T.N.-O. de l'application de la LCDP relativement à ses fonctionnaires. Même si, en pratique, le G.T.N.-O. gère la fonction publique à tous égards comme s'il s'agissait d'une province, le fait demeure qu'il n'est pas une province. Il demeure un territoire fédéral et la Couronne est toujours assujettie à la LCDP. Je ne suis pas disposée à accepter une interprétation de la loi qui fasse abstraction du statut juridique du G.T.N.-O. En outre, le G.T.N.-O. n'a pas adopté de loi sur les droits de la personne et je suis convaincue que le législateur n'avait pas l'intention que la LCDP s'applique d'une façon qui prive les employés du G.T.N.-O. de la protection d'une loi sur les droits de la personne.

44 In all of the circumstances, I have concluded that the Commission has jurisdiction to deal with the PSAC complaint.

44 Compte tenu de toutes ces circonstances, je conclus que la Commission a compétence pour traiter de la plainte de l'AFPC.

## 2. BIAS

45 The G.N.W.T. alleges that the investigators' status and conduct do not disclose actual bias, but rather create a reasonable apprehension of bias. It further alleges that this perceived bias is aggravated by the conduct of the Commission. These submissions are based on the following specific complaints (collectively the "complaints"):

(a) The fact that the investigators are represented in their collective bargaining by PSAC which is the complainant in the matter under investigation;

(b) The fact that the Commission did not respond in a forthright and complete manner to the G.N.W.T. when it first raised concerns about bias;

(c) The fact that the G.N.W.T. was never given the supporting documentation which accompanied the PSAC complaint;

(d) The fact that the Commission failed to play the role in the JEP Study which it had undertaken to play;

(e) The fact that Sadler used the JEP Study results to prepare his Wage Gap Analysis;

(f) The fact that Sadler overreached his fact finding mandate under section 43 of the CHRA by submitting his Wage Gap Analysis to PSAC and the G.N.W.T. to assist in their settlement negotiations;

(g) The fact that the Wage Gap Analysis employed a methodology which permits "ratcheting" contrary to the Supreme Court of Canada's decision in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*; <sup>3</sup>

(h) The fact that the investigators never asked the G.N.W.T. about the existence of factors which might be relevant pursuant to subsection 11(4) of the CHRA;

## 2. PARTIALITÉ

45 Le G.T.N.-O. allègue que le statut et la conduite des enquêteurs ne révèlent pas une véritable partialité, mais créent plutôt une crainte raisonnable de partialité. Il allègue également que cette présumée partialité est aggravée par la conduite de la Commission. Ces arguments se fondent sur les plaintes précises indiquées ci-dessous (collectivement les «plaintes»):

a) Le fait que les enquêteurs sont représentés, dans leur unité de négociation collective, par l'AFPC qui est la plaignante en l'espèce;

b) Le fait que la Commission n'a pas répondu d'une façon directe et complète au G.T.N.-O. quand celui-ci a soulevé pour la première fois la question de la partialité;

c) Le fait que le G.T.N.-O. n'a jamais reçu la documentation à l'appui qui accompagnait la plainte de l'AFPC;

d) Le fait que la Commission n'a pas joué dans l'étude mixte sur la parité salariale le rôle qu'elle s'était engagée à tenir;

e) Le fait que Sadler a utilisé les résultats de l'étude sur la parité salariale pour préparer son analyse de l'écart salarial;

f) Le fait que Sadler a outrepassé son mandat d'établissement des faits en vertu de l'article 43 de la LCDP en remettant son analyse de l'écart salarial à l'AFPC et au G.T.N.-O. pour les aider à négocier un règlement;

g) Le fait que l'analyse de l'écart salarial a utilisé une méthode qui entraîne un effet de cliquet (*ratcheting*) contrairement à la décision de la Cour suprême du Canada dans *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* <sup>3</sup>;

h) Le fait que les enquêteurs ne se sont jamais informés auprès du G.T.N.-O. de l'existence de facteurs qui pouvaient être pertinents au sens du paragraphe 11(4) de la LCDP;

(i) The fact that the Investigation Report said that the PSAC complaint was not disputed by the G.N.W.T.;

(j) The fact that the Investigation Report mentioned that, in the course of settlement discussions, the G.N.W.T. “presented a proposal for settlement”;

(k) The fact that the JEP Study was not attached to the Investigation Report.

Before dealing with each of these complaints in turn, I will deal with several general matters.

46 Firstly, it was submitted that, because the investigators did not make the decision, any apprehension of bias on their part is irrelevant. However, in *SEPQA*, Mr. Justice Sopinka determined that CHRA investigators are an “extension” of the Commission and that deficiencies in investigators’ reports can be attributed to the Commission. That being so, it seems to me clear that, if demonstrated, apprehended bias on the part of the investigators will taint their Investigation Report and will also taint the Commission’s decision because it adopted the investigators’ recommendations.

47 It was also submitted that the G.N.W.T. has acted in an untimely fashion in raising bias at the decision stage. It was argued that the decision involved only a preliminary assessment of the PSAC complaint and that the Commission was simply fulfilling a “gate keeper” role. That role, it was submitted, involved a consideration of the quality and quantity of evidence, but did not involve a consideration of the merits of the PSAC complaint. Accordingly, it is argued that bias allegations are premature.

48 In my view, it is true that the Commission’s decision was an administrative one made at the early stages of the PSAC complaint proceeding, it does not follow necessarily that the G.N.W.T.’s submissions on bias are premature. If a reasonable

i) Le fait que le rapport d’enquête affirmait que la plainte de l’AFPC n’avait pas été contestée par le G.T.N.-O.;

j) Le fait que le rapport d’enquête mentionnait que, dans le cours des discussions préalables au règlement, le G.T.N.-O. «a présenté une proposition de règlement»;

k) Le fait que l’étude mixte sur la parité salariale n’était pas jointe au rapport d’enquête.

Avant de traiter à tour de rôle de chacune de ces plaintes, j’aborderai plusieurs questions de nature générale.

Tout d’abord, on fait valoir que, parce que les enquêteurs n’ont pas pris la décision, toute crainte de partialité de leur part n’a aucune pertinence. Toutefois, dans *SEPQA*, le juge Sopinka a statué que les enquêteurs nommés en vertu de la LCDP sont le «prolongement» de la Commission et que toutes les irrégularités notées dans les rapports des enquêteurs peuvent être attribuées à la Commission. Cela dit, il me semble clair que, si elle est prouvée, la crainte de partialité de la part des enquêteurs entachera le rapport d’enquête et, partant, la décision de la Commission parce que celle-ci a adopté les recommandations des enquêteurs.

On fait également valoir que le G.T.N.-O. a agi prématurément en soulevant la question de la partialité à l’étape de la décision. On prétend que la décision ne portait que sur une évaluation préliminaire de la plainte de l’AFPC et que la Commission a simplement joué un rôle de garde-barrière. Selon l’argument présenté, ce rôle comprenait une évaluation de la qualité et de la quantité des éléments de preuve, mais ne s’étendait pas à l’examen du fondement de la plainte de l’AFPC. Par conséquent, on prétend que les allégations de partialité sont prématurées.

À mon avis, il est vrai que la décision de la Commission était une décision administrative prise à un stade préliminaire de l’examen de la plainte de l’AFPC, mais il ne s’ensuit pas nécessairement que les arguments du G.T.N.-O. sur la question de la

apprehension of bias can be shown at the investigation stage, it makes sense to deal with it as soon as possible rather than letting costly proceedings go forward which may later be set aside.

### The G.N.W.T.'s Complaints

49 I will use the following reference as a framework for my review of the complaints. In his dissenting opinion in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 394, Mr. Justice de Grandpré said:

The proper test to be applied in a matter of this type was correctly expressed by the Court of Appeal. As already seen by the quotation above, the 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. In the words of the Court of Appeal, that test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude. Would he think that it is more likely than not that Mr. Crowe, whether consciously or unconsciously, would not decide fairly."

50 My attention was drawn to a decision of my brother Noël J. in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canadian Human Rights Commission et al.* (1993), 71 F.T.R. 214 (F.C.T.D.), at page 225 where he applied a more stringent test when considering an allegation of actual bias in the context of an investigation where he found that an issue had, in fact, been pre-determined by the investigators. He said:

The test, therefore, is not whether bias can reasonably be apprehended, but whether, as a matter of fact, the standard of open-mindedness has been lost to the point where it can reasonably be said that the issue before the investigative body has been predetermined.

51 I was asked to apply this test in this case at bar, but I am not prepared to do so. Actual bias is not alleged here and, in my view, the approach taken by Mr. Justice de Grandpré is the correct one to be applied herein.

partialité sont prématurés. Si l'on peut prouver à l'étape de l'enquête qu'il existe une crainte raisonnable de partialité, il est logique de régler cette question le plus tôt possible au lieu de laisser des procédures coûteuses se poursuivre et de les annuler par la suite.

### Les plaintes du G.T.N.-O.

J'utiliserai l'extrait suivant comme cadre de mon examen des plaintes. Dans son opinion dissidente 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 394, le juge de Grandpré déclare ce qui suit:

La Cour d'appel a défini avec justesse le critère applicable dans une affaire de ce genre. Selon le passage précité, la 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. Selon les termes de la Cour d'appel, ce 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. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, M. Crowe, consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»

On a attiré mon attention sur une décision de mon collègue le juge Noël dans *Société Radio-Canada c. Commission canadienne des droits de la personne et autres* (1993), 71 F.T.R. 214 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 225, où il applique un critère plus rigoureux en examinant une allégation de partialité réelle dans le contexte d'une enquête où il a statué qu'une question avait en fait été préjugée par les enquêteurs. Il dit ceci:

Le critère ne repose donc pas sur le point de savoir si l'on peut raisonnablement discerner un parti pris, mais plutôt si l'on s'est tellement écarté de la norme de l'ouverture d'esprit qu'on pourrait avec raison affirmer qu'il y a eu préjugement de la question devant l'organisme d'enquête.

On me demande d'appliquer ce critère en l'espèce, mais je ne suis pas disposée à le faire. On n'a pas allégué qu'il y avait eu un véritable parti pris en l'espèce et, à mon avis, le critère adopté par le juge de Grandpré est celui qu'il convient d'appliquer ici.

(a) The Investigators

52 Sadler chose not to become a member of PSAC. Dallas, on the other hand, decided to become a PSAC member. Both investigators are Commission employees who are represented by PSAC and who reside in Ottawa. The G.N.W.T. says that there can be no confidence in a human rights system when members of a complainant union or persons represented by a complainant union are appointed to conduct a neutral fact finding exercise. The G.N.W.T. adds that the appearance of bias that has been created by the appointment of investigators whose collective bargaining rights are represented by the complainant need not have occurred. This is because the Commission has the power under subsection 32(2) of the CHRA to employ outside investigators under contract.

53 PSAC submits that the PSAC complaint is filed only on behalf of G.N.W.T. public service employees and that the outcome can have no bearing on employees such as the investigators who are members of a separate bargaining unit in Ottawa. According to PSAC, the proper way to approach this matter is to say that the investigators are represented in Ottawa by a complainant which filed a complaint on behalf of other and unrelated employees it also represents in the N.W.T. PSAC submits that, when one looks at the real nature of the complainant and the complaint, it is impossible to imagine that bias could exist. This is especially so given the early stage of the proceeding and nature of the decision which only involved a preliminary assessment of the PSAC complaint and the appointment of a conciliator.

54 The Commission supported PSAC's position. It also argued that, because Commission employees including investigators must be employed in accordance with the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35 and because section 6 of that statute gives every employee the right to union representation, it is inevitable that investigators will be union members. The Commission, therefore, submits that there is a statutory exemption from the

a) Les enquêteurs

52 Sadler a choisi de ne pas devenir membre de l'AFPC, contrairement à Dallas. Les deux enquêteurs sont des employés de la Commission qui sont représentés par l'AFPC et qui habitent Ottawa. Le G.T.N.-O. affirme que l'on ne peut faire confiance à un régime de protection des droits de la personne quand les membres d'un syndicat qui porte plainte ou des personnes qui sont représentées par un syndicat qui porte plainte sont nommés pour procéder en toute neutralité à l'établissement des faits. Le G.T.N.-O. ajoute qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait apparence de partialité, créée par la nomination d'enquêteurs dont les droits de négociation collective sont représentés par la plaignante, parce que la Commission a le pouvoir, qui lui est conféré par le paragraphe 32(2) de la LCDP, de retenir par contrat les services d'enquêteurs indépendants.

53 L'AFPC fait valoir que sa plainte a été déposée uniquement au nom des employés de la fonction publique du G.T.N.-O. et que le résultat ne peut avoir d'incidence sur des employés comme les enquêteurs qui sont membres d'une autre unité de négociation à Ottawa. Selon l'AFPC, la façon appropriée d'aborder cette question est de dire que les enquêteurs sont représentés à Ottawa par une plaignante qui a déposé une plainte au nom d'autres employés, avec lesquels ils n'ont aucun lien, qu'elle représente également dans les T.N.-O. L'AFPC prétend que, si l'on examine la nature réelle de la plaignante et de la plainte, il est impossible d'imaginer qu'il puisse y avoir partialité. Cela est d'autant plus vrai que nous en sommes à un stade préliminaire de la procédure et que la décision ne portait que sur une évaluation préliminaire de la plainte de l'AFPC et la nomination d'un conciliateur.

54 La Commission appuie la position de l'AFPC. Elle fait également valoir que, parce que les employés de la Commission, notamment les enquêteurs, doivent être embauchés conformément à la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, et parce que l'article 6 de cette loi donne à chaque employé le droit d'être représenté par un syndicat, il est inévitable que les enquêteurs soient syndiqués. Par conséquent, la

possibility that an apprehension of bias will arise. For this argument, it relies on the decision of the Supreme Court of Canada in *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301.

### Analysis

55 To begin let me say I do not accept the Commission's submission about a statutory exemption for bias. In my view, in a situation such as this, where the statute provides for the hiring of investigators under contract, there is no statutory presumption that investigators will be represented by complainant unions.

56 On the question of reasonable apprehension of bias, it is common knowledge that PSAC has made pay equity issues something of a "*cause célèbre*". Indeed, during argument I was reminded of PSAC's long standing pay equity case before the Commission on behalf of federal government employees. The subject of the PSAC complaint is not, as PSAC submitted, a matter which is relevant only in the N.W.T. Pay equity is an issue of considerable interest nationwide and PSAC has been identified as an aggressive proponent of pay equity.

57 In my view, an informed person might reasonably wonder whether Dallas, who has chosen to become a member of PSAC, might have a pre-determined pro-union view of pay equity matters. On the other hand, I do not feel that an informed person would have the same concerns about Sadler because he did not choose to support PSAC by becoming a member. The simple fact that he is represented by PSAC and pays mandatory dues, does not create a reasonable apprehension of bias.

58 Although I have accepted the G.N.W.T.'s argument about the existence of a reasonable apprehension of bias on Dallas' part, I must note that, on the

Commission fait valoir que la possibilité qu'une crainte de partialité puisse être soulevée est exclue par la loi. La Commission s'appuie, pour cet argument, sur la décision de la Cour suprême du Canada dans *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301.

### Analyse

Pour commencer, je dirai que je n'accepte pas l'argument de la Commission concernant le fait que la Loi exclut la possibilité qu'il y ait partialité. À mon avis, dans une situation comme celle qui nous occupe, lorsque la Loi prévoit que les services d'enquêteurs peuvent être retenus par contrat, il n'y a pas de présomption légale que les enquêteurs seront représentés par les syndicats qui portent plainte.

56 Pour ce qui a trait à la question de la crainte raisonnable de partialité, il est bien établi que l'AFPC a fait des questions de parité salariale son cheval de bataille. En fait, pendant l'argumentation, on m'a rappelé que l'AFPC défend depuis longtemps le principe de la parité salariale devant la Commission au nom des fonctionnaires fédéraux. L'objet de la plainte de l'AFPC n'est pas, comme celle-ci le prétend, une question qui ne s'applique que dans les T.N.-O. La parité salariale est une question d'intérêt considérable à l'échelle nationale et l'AFPC est reconnue comme un défenseur énergique de ce principe.

57 À mon avis, une personne bien renseignée pourrait raisonnablement se demander si Dallas, qui a choisi d'être membre de l'AFPC, pouvait avoir une position prosyndicale et prédéterminée sur les questions d'équité salariale. Par ailleurs, je ne crois pas qu'une personne bien renseignée pourrait entretenir les mêmes doutes au sujet de Sadler, parce qu'il a choisi de ne pas appuyer l'AFPC. Le simple fait qu'il soit représenté par l'AFPC et qu'il paie les cotisations obligatoires ne crée pas une crainte raisonnable de partialité.

58 Bien que j'aie accepté l'argument du G.T.N.-O. au sujet de l'existence d'une crainte raisonnable de partialité de la part de Dallas, je dois faire observer

evidence before me, her involvement in the investigation was minimal. She appears to have played no part in the JEP Study or in the Wage Gap Analysis and this work is, therefore, not tainted. Once Dallas became involved, it is not clear whether she replaced Sadler or worked with him to prepare the Investigation Report. However, both investigators signed the Investigation Report. The Commission's decision under section 46 must be based on a bias-free investigation report. Yet, due to the apprehension of bias on the part of Dallas, the Investigation Report is tainted.

que, d'après la preuve dont je suis saisie, sa participation à l'enquête a été minimale. Elle semble n'avoir joué aucun rôle dans l'étude mixte sur la parité salariale ou dans l'analyse de l'écart salarial et sa position ne peut avoir influé sur ces travaux. À partir du moment où Dallas a participé à l'étude, il n'est pas clairement établi si elle a remplacé Sadler ou si elle a travaillé avec lui à la préparation du rapport d'enquête. Toutefois, les deux enquêteurs ont signé le rapport. La décision de la Commission fondée sur l'article 46 doit s'appuyer sur un rapport d'enquête libre de tout parti pris. Pourtant, à cause de cette crainte de partialité de la part de Dallas, le rapport d'enquête est vicié.

59 In my view, the problems caused by the perception of bias in Dallas' case could be remedied if a new investigator were employed to work with Sadler to prepare a fresh investigation report. That investigator could be a person who is employed by the Commission, but who has never been a PSAC member or that person could be an outside investigator hired under contract.

59 À mon avis, les problèmes causés par la perception de partialité dans le cas de Dallas peuvent être résolus si les services d'un nouvel enquêteur sont retenus pour préparer avec Sadler un nouveau rapport d'enquête. Cet enquêteur pourrait être une personne qui travaille à la Commission, mais qui n'a jamais fait partie de l'AFPC ou il pourrait s'agir d'un enquêteur de l'extérieur engagé à contrat.

(b) The Commission Response to the Bias Issue

b) La réponse de la Commission à la question de la partialité

60 The Commission's response to the bias issue (the response) is found in a letter dated May 16, 1993. In the response, the Commission made it clear that Sadler was not a PSAC member. However, it did not mention Dallas, who had been appointed by the date of the response, and accordingly it did not indicate that one of its investigators was a PSAC member. When having subsequently learned of Dallas' appointment, the G.N.W.T. asked the Commission directly whether Dallas was a PSAC member in a letter to the Commission dated March 8, 1993, the Commission wrote a further letter dated March 25, 1993 in which it did not directly respond. The G.N.W.T. alleges that this conduct aggravated the apprehension of bias.

60 La réponse de la Commission à la question de la partialité (la réponse) se trouve dans une lettre datée du 16 mai 1993. Dans cette réponse, la Commission indiquait clairement que Sadler n'était pas membre de l'AFPC. Toutefois, elle ne mentionnait pas le nom de Dallas, qui avait été nommée à la date de la réponse, et, par conséquent, n'indiquait pas que l'un des enquêteurs était membre de l'AFPC. Quand il a appris par la suite la nomination de Dallas, le G.T.N.-O. a demandé directement à la Commission si Dallas était membre de l'AFPC dans une lettre adressée à la Commission le 8 mars 1993 et la Commission lui a fait parvenir une autre lettre en date du 25 mars 1993, sans répondre de façon directe. Le G.T.N.-O. allègue que cette conduite a aggravé la crainte de partialité.

61 On one hand, a well informed reasonable third party might wonder at the Commission's reluctance to be forthcoming about Dallas' existence and her

61 D'une part, un tiers raisonnable et bien renseigné pourrait se poser des questions sur l'hésitation de la Commission à déclarer de façon franche et directe

PSAC membership. On the other hand, that third party could conclude that nothing more needed to be said in view of the Commission's clear statement in the response at page 2 that it would not view union membership as giving rise to a reasonable apprehension of bias.

- 62 On balance, I have concluded that, although the Commission's response was patronizing and somewhat disingenuous on this issue, the Commission did make its position known. Accordingly, I do not view this issue as one which aggravated the reasonable apprehension of bias as it related to Dallas.

(c) The Supporting Documentation

- 63 This is a matter which is said to have aggravated the belief in a reasonable apprehension of bias on the part of both investigators. The Investigation Report notes in paragraph 9, at page 4 that:

The complaint (Annex A) provides reasonable grounds for the allegation that rates of pay, determined by collective agreement established on a job family basis, may be higher for male dominated groups.

The problem arises because the G.N.W.T. never received some of the documentation that accompanied the PSAC complaint (the unseen documents). However, the Investigation Report notes in paragraph 18, at page 5 that some of the unseen documents were not provided to the G.N.W.T. because the investigators did not use them as evidence. Further, and consistent with this position, the unseen documents were not included in Annex A to the Investigation Report. As well, as the above quotation indicates, the unseen documents did not form part of the reasonable grounds in support of the PSAC complaint. In these circumstances, I cannot see that the omission of some of the documentation from the Investigation Report is problematic.

l'existence de Dallas et son adhésion à l'AFPC. Par ailleurs, ce tiers pourrait conclure qu'il n'y a rien d'autre à ajouter au vu de la déclaration claire de la Commission, à la page 2 de la réponse, selon laquelle elle ne considère pas l'appartenance syndicale comme un motif susceptible de donner naissance à une crainte raisonnable de partialité.

Dans l'ensemble, je conclus que, même si la réponse de la Commission était condescendante et pas tout à fait honnête sur ce point, elle a quand même fait connaître sa position. Par conséquent, je ne considère pas que cette question a aggravé la crainte raisonnable de partialité relativement à Dallas.

c) La documentation à l'appui

Il s'agit d'une question qui, prétend-on, aurait aggravé la perception d'une crainte raisonnable de partialité de la part des deux enquêteurs. Le rapport d'enquête indique ce qui suit au paragraphe 9 de la page 4:

[TRADUCTION] La plainte (Annexe A) donne des motifs raisonnables de croire que l'allégation selon laquelle les taux de rémunération, déterminés par la convention collective établie par famille d'emplois, pourraient être plus élevés pour les groupes majoritairement composés d'hommes.

Le problème se pose parce que le G.T.N.-O. n'a jamais reçu la documentation qui accompagnait la plainte de l'AFPC (les documents non produits). Toutefois, le rapport d'enquête note au paragraphe 18 de la page 5 que certains des documents non produits n'ont pas été fournis au G.T.N.-O. parce que les enquêteurs ne les ont pas utilisés comme éléments de preuve. En outre, et ce qui est compatible avec cette position, les documents non produits n'ont pas été inclus dans l'annexe A jointe au rapport d'enquête. De même, comme la citation précitée l'indique, les documents non produits ne faisaient pas partie des motifs raisonnables à l'appui de la plainte de l'AFPC. Dans les circonstances, je ne vois pas comment l'omission de certains de ces documents du rapport d'enquête pourrait créer un problème.

(d) The Commission's Role in the JEP Study

d) Le rôle de la Commission dans l'étude mixte sur la parité salariale

64 The Commission's proposed role in the JEP Study was described in a document dated September 7, 1990 which appears as Annex B to the Investigation Report. Among other matters, the Commission undertook to "review the evaluation of jobs, wage gap calculations and corrective and maintenance methods". The G.N.W.T. now says that the Commission was obliged to do an independent test of the value of the JEP Study results. On the limited evidence before me, I do not accept that the Commission undertook such a broad and essentially repetitive role. Accordingly, I am unable to conclude that the Commission's conduct as it related to the JEP Study has any bearing on the bias issue.

64 Le rôle que se proposait de jouer la Commission dans l'étude mixte sur la parité salariale a été décrit dans un document en date du 7 septembre 1990 qui figure à l'annexe B du rapport d'enquête. La Commission a notamment entrepris «de revoir l'évaluation des emplois, les calculs relatifs à l'écart salarial et les mesures de correction et de stabilisation». Le G.T.N.-O. prétend maintenant que la Commission était obligée d'appliquer un critère indépendant pour déterminer la valeur des résultats de l'étude sur la parité salariale. D'après la preuve limitée dont je suis saisie, je n'accepte pas que la Commission ait entrepris de jouer un rôle aussi vaste et essentiellement répétitif. Par conséquent, je suis incapable de conclure que la conduite de la Commission relativement à l'étude mixte sur la parité salariale ait un effet quelconque sur la question de la partialité.

(e) JEP Study Results and the Wage Gap Analysis

e) Les résultats de l'étude sur la parité salariale et l'analyse de l'écart salarial

65 As noted earlier, the purpose of the JEP Study was to generate data for the investigation of the PSAC complaint. As well, at the time the JEP Report was released and while the Wage Gap Analysis was being prepared, all parties appeared to accept the JEP Study data. Accordingly, I can see nothing improper about Sadler's use of the JEP Study data in the preparation of his Wage Gap Analysis.

65 Comme il a déjà été noté, l'étude mixte sur la parité salariale avait pour but de produire des données pour faire enquête sur la plainte de l'AFPC. De même, au moment où le rapport sur la parité salariale a été publié et pendant la préparation de l'analyse relative à l'écart salarial, toutes les parties ont semblé accepter les données de l'étude sur la parité salariale. Par conséquent, je ne vois rien d'inapproprié dans l'utilisation que Sadler a faite des données de l'étude sur la parité salariale pour préparer son analyse de l'écart salarial.

(f) The Wage Gap Analysis Was Given to the Parties

f) L'analyse de l'écart salarial remise aux parties

66 Subsection 47(1) of the CHRA contemplates that settlement may occur in the course of an investigation, but does not provide investigators with a role in settlement negotiations. Sadler sent his Wage Gap Analysis to the parties with a letter dated June 17, 1992 in which he stated:

66 Le paragraphe 47(1) de la LCDP prévoit qu'un règlement peut intervenir en cours d'enquête, mais ne donne pas aux enquêteurs un rôle à jouer dans les négociations préalables au règlement. Sadler a envoyé son analyse de l'écart salarial aux parties accompagnée d'une lettre en date du 17 juin 1992 dans laquelle il indiquait ceci:

As this has been, to date, a joint project with minimal interference by this agency, we feel it to be appropriate

[TRADUCTION] Comme il s'est agi, jusqu'à ce jour, d'un programme conjoint avec une participation minimale de la

that the parties jointly negotiate a settlement for submission to us. If you have problems in carrying out the linear regression/wage gap calculations for the salary years preceding 1992, please do not hesitate to contact us.

67 I have concluded that the preparation of the Wage Gap Analysis was within Sadler's fact finding mandate and was appropriate for attachment to the Investigation Report. It is also clear that Sadler sent it to the parties for the purpose of their negotiations. Essentially, the Wage Gap Analysis told the parties in June of 1992 what the Investigation Report of April 1993 would show as the amount owing to employees.

68 The G.N.W.T. submits that the premature and unsolicited release of the Wage Gap Analysis prejudiced its position in the negotiations because Sadler's view of the amount owing became a matter of public record and created expectations which made settlement more difficult. The G.N.W.T. says that this result was entirely foreseeable and that Sadler's early and unjustified release of the Wage Gap Analysis during or pending negotiations, leads to a reasonable apprehension that he was biased in favour of the employees.

69 In other circumstances, I might find this argument persuasive because I do not think it was Sadler's place to release the Wage Gap Analysis except in the context of the Investigation Report. However, in this case, it is clear that the lack of data was confounding all parties' efforts to deal with the PSAC complaint. The JEP Study had been undertaken as a cooperative means of resolving the data problem. Specifically, the problem was that no one could determine if there was a gap and, if so, how large it might be, until the JEP Study data was collected and analyzed. It is noteworthy that, in June of 1992, when Sadler released his Wage Gap Analysis, the G.N.W.T. had not taken issue with the JEP Study results. It did not complain about those results until October, 1992. I, therefore, do not accept that a reasonable and well informed person would see Sadler's provision of these figures as a basis for a reasonable apprehension of bias. Sadler was merely

part de cet organisme, nous estimons qu'il est approprié que les parties négocient ensemble un règlement qu'elles soumettront à notre approbation. Si vous avez des problèmes à effectuer les calculs de régression linéaire/d'écart salarial pour les années antérieures à 1992, n'hésitez pas à communiquer avec nous.

J'ai conclu que la préparation de l'analyse de l'écart salarial faisait partie du mandat d'établissement des faits confié à Sadler et qu'il était approprié qu'elle soit jointe au rapport d'enquête. Il est également clair que Sadler l'a fait parvenir aux parties en vue de leurs négociations. Essentiellement, l'analyse de l'écart salarial informait les parties en juin 1992 que le rapport d'enquête d'avril 1993 indiquerait les sommes dues aux employés. 67

Le G.T.N.-O. prétend que la publication prématurée et non demandée de l'analyse de l'écart salarial a porté préjudice à sa position au cours des négociations parce que l'opinion de Sadler sur les sommes dues a été publiée et a créé des attentes qui ont rendu plus difficile la négociation d'un règlement. Le G.T.N.-O. soutient que ce résultat était tout à fait prévisible et que la publication prématurée et non justifiée de son analyse par Sadler pendant les négociations ou avant celles-ci, soulève une crainte raisonnable de sa partialité en faveur des employés. 68

Dans d'autres circonstances, j'aurais trouvé cet argument convaincant parce que je ne pense pas qu'il incombait à Sadler de publier l'analyse de l'écart salarial, sauf dans le contexte du rapport d'enquête. Toutefois, en l'espèce, il est clair que le manque de données portait atteinte aux efforts de toutes les parties en vue du règlement de la plainte de l'AFPC. L'étude sur la parité salariale a été entreprise conjointement afin de résoudre ce problème de données. Plus particulièrement, le problème était que personne ne pouvait déterminer s'il y avait un écart salarial et si, dans l'affirmative, cet écart était important, tant que les données de l'étude sur la parité salariale n'auraient pas été recueillies et analysées. Il est important de noter qu'en juin 1992 quand Sadler a publié son analyse de l'écart salarial, le G.T.N.-O. n'avait pas encore remis en question les résultats de l'étude sur la parité salariale. Il ne s'est plaint de ces résultats qu'en octobre 1992. Par con- 69

distributing material he thought everyone needed at a time when there was no dispute about the quality of the JEP Study data.

(g) Ratcheting

70 The G.N.W.T. says that Sadler employed a “ratcheting” methodology in his Wage Gap Analysis which is contrary to *SEPQA* and which necessarily leads to a larger wage adjustment in favour of employees covered by the PSAC complaint. This, it is said, leads to a reasonable apprehension that he is biased in favour of the employees’ interests.

71 I am not satisfied, on the meagre evidence before me on this issue, that Sadler’s Wage Gap Analysis uses the ratcheting methodology or that it necessarily advantages those on whose behalf the complaint is made. I am doubtful on the first point because *SEPQA* makes it clear at page 888 that the Commission’s policy is against ratcheting. That being so, in the absence of clear evidence, I am not prepared to conclude that Sadler used a method which is contrary to the Commission’s practice. On the second point, based on the discussion in *SEPQA* at pages 888 and 903, it appears that ratcheting leads to a situation where all employees receive equal pay for work of equal value irrespective of sex. This result, it seems to me, would benefit employees other than those covered by the PSAC complaint.

72 On balance, I have concluded that I do not have sufficient information about ratcheting to reach a conclusion on this issue.

(h) Subsection 11(4) of the CHRA

73 Subsection 11(4) reads as follows:

séquent, je n’accepte pas qu’une personne raisonnable et bien renseignée conclurait que la publication de ces chiffres par Sadler constitue le fondement d’une crainte raisonnable de partialité. Sadler a simplement distribué les données qu’il jugeait nécessaires à toutes les parties à un moment où la qualité des données de l’étude sur la parité salariale n’était pas contestée.

g) L’effet de cliquet

Le G.T.N.-O. prétend que Sadler a employé une méthode créant un effet de «cliquet» (*ratcheting*) dans son analyse de l’écart salarial, ce qui est contraire à l’arrêt *SEPQA* et mène nécessairement à un rajustement salarial plus important en faveur des employés visés par la plainte de l’AFPC. Il prétend que cela crée une crainte raisonnable de sa partialité en faveur des employés.

71 D’après les maigres éléments de preuve dont je suis saisie sur ce point, je ne suis pas convaincue que l’analyse de Sadler utilise une méthode créant un effet de cliquet ou que cette analyse avantage nécessairement les personnes au profit desquelles la plainte a été déposée. J’ai des doutes au sujet du premier point parce que l’arrêt *SEPQA* indique clairement à la page 888 que la politique de la Commission n’admet pas l’effet de cliquet. Cela dit, en l’absence d’une preuve convaincante, je ne suis pas disposée à conclure que Sadler a utilisé une méthode qui est contraire à la pratique de la Commission. Quant au deuxième point, d’après la discussion dans l’arrêt *SEPQA* aux pages 888 et 903, il semble que cet effet de cliquet mène à une situation où tous les employés touchent un salaire égal pour des fonctions équivalentes indépendamment du sexe des employés. Ce résultat, il me semble, pourrait profiter à des employés autres que ceux qui sont visés par la plainte de l’AFPC.

72 Tout bien réfléchi, je conclus que je n’ai pas suffisamment d’information au sujet de l’effet de cliquet pour me prononcer sur ce point.

h) Le paragraphe 11(4) de la LCDP

73 Le paragraphe 11(4) de la LCDP est rédigé dans les termes suivants:

11. . . .

(4) Notwithstanding subsection (1), it is not a discriminatory practice to pay to male and female employees different wages if the difference is based on a factor prescribed by guidelines, issued by the Canadian Human Rights Commission pursuant to subsection 27(2), to be a reasonable factor that justifies the difference.

74 The G.N.W.T. submits that the investigators' minds were closed because they never asked the G.N.W.T. whether any factors existed pursuant to subsection 11(4) of the CHRA. This argument is not persuasive. If the G.N.W.T. had exculpatory matters to raise based on the Commission's guidelines, it is reasonable to assume that it would bring them forward with vigour at the first opportunity. If no such matters were raised it would be reasonable for the investigators to assume that none existed. In spite of this, prudent investigators might make inquiries, but I cannot find a reasonable apprehension of bias based on an absence of such inquiries.

(i) The PSAC Complaint Was Undisputed

75 Paragraph 2 of the Investigation Report reads in part as follows:

The respondent did not dispute the allegations and negotiated a joint study with the complainant to examine the pay equity portion of the complaint and to provide information for the negotiation of corrective action; the respondent also indicated a willingness to convert to a single job evaluation system and to negotiate changes to the salary structure. [My emphasis.]

Issue is taken with the first six words of the paragraph on the basis that the G.N.W.T. was not asked by the investigators to express its opinion. My conclusion on this issue is the same as the one I reached under issue (h) above. If the G.N.W.T. disputed the allegations, it should have said so in clear terms. While a formal inquiry might have been appropriate, in my view, a reasonable apprehension of bias does not arise because the investigators failed to make inquiries during a widely publicized investigation.

11. . . .

(4) Ne constitue pas un acte discriminatoire au sens du paragraphe (1) la disparité salariale entre hommes et femmes fondée sur un facteur reconnu comme raisonnable par une ordonnance de la Commission canadienne des droits de la personne en vertu du paragraphe 27(2).

74 Le G.T.N.-O. prétend que les enquêteurs n'étaient pas favorables à sa position parce qu'ils ne lui ont jamais demandé si des facteurs existaient aux termes du paragraphe 11(4) de la LCDP. Cet argument n'est pas convaincant. Si le G.T.N.-O. avait des dérogations à faire valoir en se fondant sur les directives de la Commission, il est raisonnable de supposer qu'il aurait soulevé ces questions avec vigueur à la première occasion. Si aucune de ces questions n'a été soulevée, il est raisonnable que les enquêteurs aient supposé qu'il n'y en avait pas. Malgré tout, des enquêteurs prudents auraient pu s'informer, mais je ne peux conclure à une crainte raisonnable de partialité en m'appuyant sur l'absence d'une telle demande d'information.

i) La plainte non contestée de l'AFPC

75 Le paragraphe 2 du rapport d'enquête indique en partie ce qui suit:

[TRADUCTION] L'intimée n'a pas contesté les allégations et a négocié une étude mixte avec la plaignante pour examiner l'aspect relatif à la parité salariale dans la plainte et fournir des renseignements pour la négociation des mesures correctives; l'intimée indique également qu'elle était disposée à se convertir à un système unique d'évaluation des emplois et à négocier des changements à la structure salariale. [Non souligné dans l'original.]

Le G.T.N.-O. conteste l'utilisation des six premiers mots de ce paragraphe au motif que les enquêteurs ne lui ont jamais demandé d'exprimer son opinion. Ma conclusion sur ce point est la même que celle à laquelle j'en suis arrivée à la question h) ci-dessus. Si le G.T.N.-O. a contesté les allégations, il aurait dû le dire en termes clairs. Bien qu'une demande formelle de renseignements eût pu être appropriée, à mon avis, une crainte raisonnable de partialité n'est pas créée parce que les enquêteurs n'ont pas demandé de renseignements au cours d'une enquête largement publicisée.

(j) Settlement

76 Paragraph 19 of the Investigation Report reviewed the history of the settlement negotiations and, in so doing, stated “Negotiations resumed in February 1993 when the respondent presented a proposal for settlement”. The details of the offer were not presented, yet the G.N.W.T. says that the investigators did not even need to say that the G.N.W.T. had made an offer. The G.N.W.T. submits that the prospects for settlement could have been effectively canvassed if the investigators had simply said that the parties were open to settlement. It further submits that the investigators’ disclosure breached the “without prejudice” principle that governed the settlement discussions and, of most relevance, it says that the disclosure of the existence of the G.N.W.T.’s offer weakened the G.N.W.T.’s negotiating posture and that this fact leads to a reasonable apprehension of bias on the part of the investigators in favour of the PSAC.

77 Again, I cannot agree. There is nothing in the record to show that the Commission was ever a party to or involved in the separate “without prejudice” discussions. As well, there is nothing to indicate that the Commission received information about the existence of a G.N.W.T. settlement offer in confidence. While it might have been preferable to avoid mentioning the existence of an offer, I am not able to conclude that the investigators’ conduct on this issue supports a reasonable apprehension of bias.

(k) The Investigation Report Did Not Attach the JEP Study

78 The fact that the JEP Study was not attached to the Investigation Report is also said to lead to a reasonable apprehension of bias. This is not persuasive. The JEP Study was a public document and was frequently referred to in the Investigation Report. In these circumstances, I cannot find any basis for an apprehension of bias in the failure to actually attach the JEP Study to the Investigation Report.

j) Le règlement

76 Le paragraphe 19 du rapport d’enquête refait l’historique des négociations préalables au règlement et, ce faisant, déclare ce qui suit: [TRADUCTION] «Les négociations ont repris en février 1993 quand l’intimée a présenté une proposition de règlement». Les détails de l’offre n’ont pas été exposés, mais le G.T.N.-O. prétend que les enquêteurs n’avaient pas besoin de préciser que le G.T.N.-O. avait fait une offre. Le G.T.N.-O. soutient que les possibilités de règlement auraient pu être débattues si les enquêteurs s’étaient contentés de dire que les parties étaient ouvertes au règlement. Il prétend également que cette divulgation des enquêteurs a violé le principe des discussions «sous réserve de tous droits» qui régissait les discussions relatives au règlement et, ce qui est le plus important, il prétend que le fait d’avoir dévoilé que le G.T.N.-O. avait fait une offre a affaibli sa position de négociation et que ce fait soulève une crainte raisonnable de partialité de la part des enquêteurs en faveur de l’AFPC.

77 Encore une fois, je ne peux accepter cette position. Il n’y a rien dans le dossier qui indique que la Commission a participé aux discussions distinctes faites «sous réserve de tous droits». De même, rien n’indique que la Commission a reçu des renseignements confidentiels au sujet d’une offre de règlement présentée par le G.T.N.-O.. Bien qu’il eut été préférable d’éviter de mentionner l’existence d’une telle offre, je ne suis pas disposée à conclure que la conduite des enquêteurs sur cette question appuie la crainte raisonnable de partialité.

k) L’étude sur la parité salariale n’est pas annexée au rapport d’enquête

78 Le fait que l’étude sur la parité salariale n’a pas été jointe au rapport d’enquête pourrait également, selon l’argument soulevé, créer une crainte raisonnable de partialité. Cet argument n’est pas convaincant. L’étude sur la parité salariale est un document public et il y est fréquemment fait mention dans le rapport d’enquête. Dans les circonstances, je ne peux conclure que l’omission de joindre l’étude sur la parité salariale au rapport d’enquête constitue le fondement d’une crainte de partialité.

79 In conclusion on this issue, I have determined that the complaints do not establish a reasonable apprehension of bias on the part of Sadler. However, I am satisfied that it is open to an informed person to reasonably conclude that, in the case of Dallas, open mindedness was lost to the point where her views would be seen as pre-determined by reason of her voluntary membership in PSAC.

#### Conclusion

80 The decision will be set aside.

<sup>1</sup> *Canada Labour Relations Board et al. v. Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729, at p. 731, per Laskin C.J.

<sup>2</sup> House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, No. 115 (December, 21 1982), at p. 109.

<sup>3</sup> [1989] 2 S.C.R. 879 (hereinafter *SEPQA*).

79 Pour conclure sur ce point, j'ai décidé que les plaintes n'établissent pas une crainte raisonnable de partialité de la part de Sadler. Toutefois, je suis convaincue qu'une personne bien renseignée pourrait raisonnablement conclure que, dans le cas de Dallas, celle-ci avait perdu son objectivité au point que l'on peut considérer ses opinions comme préjugées du fait de son adhésion volontaire à l'AFPC.

#### Conclusion

80 La décision est annulée.

<sup>1</sup> *Conseil canadien des relations du travail et autre c. Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729, à la p. 731, le juge en chef Laskin.

<sup>2</sup> Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, n° 115 (21 décembre 1982), à la p. 109.

<sup>3</sup> [1989] 2 R.C.S. 879 (ci-après *SEPQA*).

T-567-96

T-567-96

**Ernst Zündel** (*Applicant*)**Ernst Zündel** (*requérant*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)**Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(*intimé*)

and

et

**The Security Intelligence Review Committee**  
(*Intervenor*)**Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité** (*intervenant*)**INDEXED AS: ZÜNDEL v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: ZÜNDEL c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Heald D.J.—Ottawa, June 10, 11 and August 1, 1996.

Section de première instance, juge suppléant Heald—Ottawa, 10 et 11 juin et 1<sup>er</sup> août 1996.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Denial of citizenship application — In Minister's report under Citizenship Act, s. 19(2)(a), applicant considered threat to security of Canada — SIRC prohibited from investigating, reporting thereon to Governor in Council — Reasonable apprehension of bias as in anterior report on Heritage Front, SIRC made numerous comments on applicant indicating latter effectively considered threat to security of Canada.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Rejet d'une demande de citoyenneté — Dans le rapport qu'il a établi en vertu de l'art. 19(2)a) de la Loi sur la citoyenneté, le ministre s'est dit d'avis que le requérant constituait une menace envers la sécurité du Canada — Interdiction faite au comité de surveillance de mener une enquête et d'en faire rapport au gouverneur en conseil — Crainte raisonnable de partialité en raison du fait que, dans un rapport antérieur sur le Heritage Front, le comité de surveillance avait fait de nombreux commentaires permettant de conclure qu'il était effectivement d'avis que le requérant constituait une menace envers la sécurité du Canada.*

*Security intelligence — SIRC prohibited from investigating, reporting to Governor in Council on Minister's report against applicant under Citizenship Act, s. 19(2)(a) — Reasonable apprehension of bias as in anterior report on Heritage Front, SIRC made numerous comments on applicant indicating latter effectively considered threat to security of Canada.*

*Renseignement de sécurité — Interdiction faite au comité de surveillance de mener une enquête et d'en faire rapport au gouverneur en conseil en vertu de l'art. 19(2)a) de la Loi sur la citoyenneté — Crainte raisonnable de partialité en raison du fait que, dans un rapport antérieur sur le Heritage Front, le comité de surveillance avait fait de nombreux commentaires permettant de conclure qu'il était effectivement d'avis que le requérant constituait une menace envers la sécurité du Canada.*

After Zündel applied for Canadian citizenship in 1993, the Minister of Citizenship and Immigration made a report to the Security Intelligence Review Committee (SIRC) to the effect that, based on information obtained from the Canadian Security Intelligence Service (CSIS), there were reasonable grounds to believe that Zündel would engage in activity that constitutes a threat to the security of Canada. The applicant was advised that SIRC was being asked to investigate the grounds on which the report was based and make a report to the Governor in Council. If the report were confirmed, the latter could then make a

Après que Zündel eut demandé la citoyenneté canadienne en 1993, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a adressé au comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (le comité de surveillance) un rapport suivant lequel, compte tenu de renseignements obtenus du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS), il existait des motifs raisonnables de croire que Zündel se livrerait à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Le requérant a été avisé que le comité de surveillance avait été chargé de faire enquête sur les motifs sur lesquels était fondé le

declaration to that effect, thus effectively denying the applicant's citizenship application.

This was essentially an application pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act* to prohibit SIRC from proceeding with the investigation and report on the grounds of a reasonable apprehension of bias. The allegation was based on SIRC's numerous comments on Zündel in a previous report on the Heritage Front Affair entitled the Heritage Front Report dealing with CSIS' conduct with respect to the CBC, a union at Canada Post, the Reform Party of Canada and white supremacist groups.

*Held*, the application should be allowed.

Eight affidavits contained in the applicant's supplementary application record were ordered stricken therefrom. Firstly, there was no satisfactory explanation to account for the delay in filing. Secondly, the affidavits addressed an issue that was irrelevant to that before the Court.

Newspaper articles were admitted as exhibits in an affidavit filed on behalf of the applicant but only as evidence of the fact that the Heritage Front Affair had received considerable media attention, and not as evidence of the "facts" contained in them.

These proceedings in no way dealt with the issue of whether there were reasonable grounds to believe that the applicant would engage in activity that constitutes a threat to the security of Canada. The Court was only asked to decide if, in the circumstances of the case, SIRC should be prohibited from carrying out the proceedings mandated by section 19 of the *Citizenship Act*.

SIRC owed the applicant a duty of fairness. The test was that applicable to administrative boards performing adjudicative functions: "whether a reasonably informed bystander could reasonably perceive bias on the part of an adjudicator". In this case, although SIRC was not the ultimate decision-maker as to whether there were reasonable grounds to believe that Zündel would engage in activity that constitutes a threat to the security of Canada, SIRC played a vital and paramount role in that determination. Therefore, the function of SIRC, pursuant to section 19 of the *Citizenship Act*, came closer to the adjudicative end of the spectrum than to the policy formation or legislative end. The fate of applicant's Canadian citizenship, and all the privileges and obligations that it encompasses, was at stake.

rapport et d'en faire rapport au gouverneur en conseil. Si le rapport était confirmé, le gouverneur en conseil pourrait ensuite faire une déclaration en ce sens, rejetant ainsi en fait la demande de citoyenneté du requérant.

Il s'agit essentiellement d'une demande présentée en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* en vue d'interdire au comité de surveillance de mener une enquête et d'en rendre compte, en raison de l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. L'allégation est fondée sur les nombreux commentaires que le comité de surveillance a faits au sujet de Zündel dans un rapport précédent sur l'affaire du Heritage Front qui portait sur la conduite du SCRS envers la SRC, un syndicat de Postes Canada, le Parti réformiste du Canada et de groupes en faveur de la suprématie de la race blanche.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

La Cour ordonne la suppression du dossier de demande supplémentaire des huit affidavits qui s'y trouvent. En premier lieu, aucune explication satisfaisante n'a été donnée pour justifier leur dépôt tardif. En second lieu, les affidavits abordent une question qui n'est pas pertinente à celle qui est soumise à la Cour.

Les articles de journaux sont admissibles à titre d'annexes à l'affidavit déposé au nom du requérant, mais uniquement pour démontrer le fait que l'affaire Heritage Front a fait l'objet d'une attention considérable de la part de la presse écrite et parlée, et non pour établir la véracité de leur contenu.

La présente instance ne porte d'aucune façon sur la question de savoir s'il existe des motifs raisonnables de croire que le requérant se livrerait à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada. On demande seulement à la Cour de décider si, eu égard aux circonstances de la présente affaire, on devrait interdire au comité de surveillance de poursuivre la procédure prévue à l'article 19 de la *Loi sur la citoyenneté*.

Le comité de surveillance était tenu d'agir équitablement envers le requérant. Le critère applicable est celui auquel sont assujettis les organismes administratifs qui exercent des fonctions juridictionnelles, en l'occurrence celui de savoir «si un observateur relativement bien renseigné pourrait raisonnablement percevoir de la partialité chez un décideur». En l'espèce, bien qu'il ne décide pas en dernière analyse s'il existe des motifs raisonnables de croire que Zündel se livrerait à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada, le comité de surveillance a joué un rôle capital dans cette décision. En conséquence, les fonctions dont le comité de surveillance est investi en vertu de l'article 19 de la *Loi sur la citoyenneté* se rapprochent davantage de fonctions juridictionnelles que de fonctions d'élaboration de politiques ou de fonctions législatives. Le sort de la demande de ci-

Applying that test, the views of SIRC, as expressed in the Heritage Front Report, gave rise to a reasonable apprehension of bias against Zündel. Whether those views were correct or not was irrelevant. What was important to this application was the fact that SIRC has made those findings. In the Heritage Front Report, Zündel was described as a member of the "radical right", a "Holocaust denier", a "hate literature publisher". The inescapable inference to be drawn from SIRC's characterization of Zündel was that he was included in, or akin to, the extreme right wing racist groups and the hate-driven organizations in respect of which SIRC clearly warned Canada as to their great potential for harmful activity. In addition, SIRC has found, in several instances, that the applicant lacked credibility.

In view of the above, an informed person, viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through would conclude that there was a reasonable apprehension of bias on the part of SIRC against Zündel. Indeed, some of SIRC's statements in the Heritage Front Report demonstrated a prejudgment of issues before SIRC in the impugned proceedings.

SIRC's counsel argued that if the application were allowed, "SIRC would be rendered powerless to carry out its statutory mandate and CSIS would not be subject to review. The purpose of the establishment of the Committee would be substantially frustrated." This *in terrorem* argument was not persuasive. The decision related to the very specific and unusual facts of this case. SIRC would not be rendered powerless to exercise its jurisdiction in other factual situations. However, as a consequence of this decision, the legislative scheme envisaged by the *Citizenship Act* and the *CSIS Act* have been thwarted with respect to Zündel's citizenship application. Perhaps, in such circumstances, the question of an effective remedy can only be addressed through creative legislative action.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2(b),(d), 24(1),(2).  
*Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33.  
*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2(c), 34(1), 38(a),(b),(c)(i),(ii), (iii), 39(2),(3), 42, 43, 44, 48, 49, 50, 51.

toyenneté canadienne du requérant et des privilèges et obligations qui en découlent est en jeu.

L'application de ce critère amène la Cour à conclure que les opinions émises par le comité de surveillance dans le rapport sur le Heritage Front suscitent une crainte raisonnable de partialité de la part du comité de surveillance à l'endroit de Zündel. Il est sans intérêt de savoir si les opinions en question sont bien fondées ou non. Ce qui importe dans la présente demande, c'est le fait que le comité de surveillance a tiré ces conclusions. Dans le rapport sur le Heritage Front, Zündel est qualifié de membre de «l'extrême droite qui nie l'existence de l'Holocauste» et d'«éditeur de propagande haineuse». Il est indéniable que le comité de surveillance considère Zündel comme une personne qui fait partie de groupes racistes d'extrême droite et d'organisations mues par la haine à l'égard desquels le comité de surveillance a prévenu clairement le Canada du grand risque qu'ils représentaient. Le comité de surveillance a en outre jugé, dans bien des cas, que le requérant manquait de crédibilité.

Compte tenu de ce qui précède, une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur conclurait à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité de la part du comité de surveillance à l'endroit de Zündel. D'ailleurs, certaines des déclarations du comité de surveillance démontrent qu'il avait tranché à l'avance les questions dont il est saisi dans la procédure attaquée.

L'avocat du comité de surveillance soutenait que, si la demande était accueillie, le [TRADUCTION] «comité de surveillance perdra le pouvoir de remplir la mission dont il est investi aux termes de la loi et le SCRS ne sera assujéti à aucun contrôle. La raison d'être de la création du comité serait à toutes fins pratiques réduite à néant». Cet argument *in terrorem* n'est pas convaincant. La décision en cause concerne les faits très particuliers et inhabituels qui ont été soulevés par le présent litige. Elle n'enlève pas au comité de surveillance le pouvoir d'exercer sa juridiction dans d'autres situations factuelles. La décision a toutefois pour effet de bloquer le mécanisme envisagé par la *Loi sur la citoyenneté* et par la *Loi sur le SCRS* relativement à la demande de citoyenneté de Zündel. Il se peut que, dans ces conditions, le seul recours efficace réside dans une mesure législative.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2(b),d), 24(1),(2).  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33.  
*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art.

*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 19(1), (2)(a),(b),(3),(4),(5),(6), 20(1),(2),(3),(4),(5).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 1611 (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1618 (as enacted *idem*), 1619 (as enacted *idem*).  
*Securities Act*, R.S.A. 1970, c. 333, s. 136.

19(1),(2)a,b),(3),(4),(5),(6) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, item 22), 20(1),(2), (3),(4),(5).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 181. (édicteé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2c), 34(1), 38a),b),c)(i),(ii),(iii), 39(2),(3), 42, 43, 44, 48, 49, 50, 51.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 1611 (édicteé par DORS/92-43, art. 19), 1618 (édicteé, *idem*), 1619 (édicteé, *idem*).  
*Securities Act*, R.S.A. 1970, ch. 333, art. 136.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 2; 164 N.R. 361 (C.A.); *Canadian Parks and Wilderness Society v. Banff National Park (Superintendent) et al.* (1994), 77 F.T.R. 218 (F.C.T.D.); *Éthier v. Canada (RCMP Commissioner)*, [1993] 2 F.C. 659; (1993), 151 N.R. 374 (C.A.); *Lecoupe v. Canadian Armed Forces* (1994), 81 F.T.R. 91 (F.C.T.D.); *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; *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.); *Arthur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 94; (1992), 98 D.L.R. (4th) 254; 18 Imm. L.R. (2d) 22; 147 N.R. 288 (C.A.).

## DISTINGUISHED:

*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; *Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)*, [1993] 3 S.C.R. 1213; (1990), 75 D.L.R. (4th) 425; [1991] 2 W.W.R. 178; 52 B.C.L.R. (2d) 145; 46 Admin. L.R. 264; 2 M.P.L.R. (2d) 288; 116 N.R. 68; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board 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; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; (1989), 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 93 N.R. 1.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 447; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 2; 164 N.R. 361 (C.A.); *Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Parc national Banff (directeur) et autres* (1994), 77 F.T.R. 218 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)*, [1993] 2 C.F. 659; (1993), 151 N.R. 374 (C.A.); *Lecoupe c. Forces armées canadiennes* (1994), 81 F.T.R. 91 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *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; *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.); *Arthur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 94; (1992), 98 D.L.R. (4th) 254; 18 Imm. L.R. (2d) 22; 147 N.R. 288 (C.A.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*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; *Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton)*, [1993] 3 R.C.S. 1213; (1990), 75 D.L.R. (4th) 425; [1991] 2 W.W.R. 178; 52 B.C.L.R. (2d) 145; 46 Admin. L.R. 264; 2 M.P.L.R. (2d) 288; 116 N.R. 68; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board 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; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; (1989), 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 93 N.R. 1.

## REFERRED TO:

*Bennett v. British Columbia (Securities Commission)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 339; [1992] 5 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. (2d) 171; 18 B.C.A.C. 191; 31 W.A.C. 191; *Zündel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 359 (T.D.).

APPLICATION for an order prohibiting the Security Intelligence Review Committee from investigating and reporting to the Governor in Council on a report made against the applicant by the Minister of Citizenship and Immigration, under paragraph 19(2)(a) of the *Citizenship Act*. Application allowed.

## COUNSEL:

*Douglas H. Christie* for applicant.  
*Donald J. Rennie* for respondent Minister.  
*Gordon K. Cameron* for intervenor Security Intelligence Review Committee.

## SOLICITORS:

*Douglas H. Christie*, Victoria, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Minister.  
*Blake, Cassels & Graydon*, Ottawa, for intervenor Security Intelligence Review Committee.

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

1 HEALD D.J.: This is an application for judicial review, pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act*,<sup>1</sup> for the purpose of obtaining:

(a) an Order prohibiting the Security Intelligence Review Committee from investigating and reporting to the Governor in Council on a report made against the Applicant by the Minister of Citizenship and Immigration, under paragraph 19(2)(a) of the *Citizenship Act*;<sup>2</sup> and

(b) an Order quashing the Security Intelligence Review Committee's proceedings as a breach of the Applicant's rights to freedom of expression and freedom of association under subsections 2(b) and (d) of the *Canadian*

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Bennett v. British Columbia (Securities Commission)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 339; [1992] 5 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. (2d) 171; 18 B.C.A.C. 191; 31 W.A.C. 191; *Zündel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 359 (1<sup>re</sup> inst.).

DEMANDE d'ordonnance interdisant au comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité de faire enquête sur un rapport établi contre le requérant par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration en vertu de l'alinéa 19(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* et d'en rendre compte au gouverneur en conseil. Demande accueillie.

## AVOCATS:

*Douglas H. Christie* pour le requérant.  
*Donald J. Rennie* pour le ministre intimé.  
*Gordon K. Cameron* pour l'intervenant, le comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité.

## PROCUREURS:

*Douglas H. Christie*, Victoria, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le ministre intimé.  
*Blake, Cassels & Graydon*, Ottawa, pour l'intervenant, le comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité.

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

1 LE JUGE SUPPLÉANT HEALD: La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>1</sup> en vue d'obtenir:

## [TRADUCTION]

a) une ordonnance interdisant au comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité d'enquêter sur un rapport établi à l'encontre du requérant par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration en vertu de l'alinéa 19(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*<sup>2</sup> et d'en rendre compte au gouverneur en conseil;

b) une ordonnance qui annulerait, en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte, la procédure du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité au motif qu'elle porte atteinte aux droits à la liberté d'expression et à la

*Charter of Rights and Freedoms*,<sup>3</sup> pursuant to subsection 24(1) of the Charter, or alternately, to exclude such evidence as is in breach of subsections 2(b) and (d), by application of subsection 24(2) of the Charter.

2 In addition to the application for judicial review, the respondent Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) brought a motion, filed May 23, 1996, for an order striking out eight (8) affidavits and two (2) documents contained in the applicant's supplementary application record, filed May 9, 1996. I advised counsel at the hearing that I would reserve determination of this motion and include it in these reasons.

### I. BACKGROUND

3 The events giving rise to the Security Intelligence Review Committee's (SIRC) proceedings *supra*, will be discussed later in these reasons. However, initially, I think it instructive to describe the legislative scheme under which the proceedings *a quo* have arisen.

#### i. Legislative Scheme

4 Section 19 of the *Citizenship Act* outlines the procedure to be followed when the Minister is of the opinion that there are reasonable grounds to believe that an applicant for citizenship will engage in activity that constitutes a threat to the security of Canada. This procedure may result in a declaration by the Governor in Council, pursuant to section 20 of the *Citizenship Act*, that there are reasonable grounds to believe that the applicant will engage in such activity. Sections 19 and 20 of the *Citizenship Act* read as follows:

19. (1) In this section and section 20, "Review Committee" and "threats to the security of Canada" have the meanings assigned to those expressions by the *Canadian Security Intelligence Service Act*.

(2) Where the Minister is of the opinion that a person should not be granted citizenship under section 5 or sub-

liberté d'association garantis au requérant par les alinéas 2b) et 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>3</sup> ou, subsidiairement, qui écarterait, par application du paragraphe 24(2) de la Charte, les éléments de preuve en question au motif qu'ils contreviennent aux alinéas 2b) et 2d).

2 Outre la demande de contrôle judiciaire, la Cour est saisie d'une requête qui a été présentée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration intimé (le ministre) et qui a été déposée le 23 mai 1996, en vue d'obtenir une ordonnance retranchant huit (8) affidavits et deux (2) documents du dossier de demande supplémentaire du requérant qui a été déposé le 9 mai 1996. À l'audience, j'ai informé les avocats que je reporterais à plus tard le prononcé de ma décision sur cette requête et que j'inclurais cette décision dans les présents motifs.

### I. GENÈSE DE L'INSTANCE

3 Les événements à l'origine de la procédure susmentionnée du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (le comité de surveillance [ou CSARS]) seront relatés plus loin dans les présents motifs. Je crois qu'il est instructif, dans un premier temps, d'exposer le cadre législatif dans lequel s'inscrit la procédure attaquée.

#### i. Le cadre législatif

4 L'article 19 de la *Loi sur la citoyenneté* expose les grandes lignes de la procédure à suivre lorsque le ministre est d'avis qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la personne qui a présenté une demande de citoyenneté se livrera à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Au terme de cette procédure, le gouverneur en conseil peut, en vertu de l'article 20 de la *Loi sur la citoyenneté*, déclarer qu'il existe des motifs raisonnables de croire que le requérant se livrera à de telles activités. Voici le libellé des articles 19 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, item 22] et 20 de la *Loi sur la citoyenneté*:

19. (1) Au présent article et à l'article 20, «comité de surveillance» et «menaces envers la sécurité du Canada» s'entendent au sens de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*.

(2) Le ministre peut, en lui adressant un rapport à cet effet, saisir le comité de surveillance des cas où il est

section 11(1) or administered the oath of citizenship or be issued a certificate of renunciation under section 9 because there are reasonable grounds to believe that the person will engage in activity

(a) that constitutes a threat to the security of Canada, or

(b) that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of any offence that may be punishable under any Act of Parliament by way of indictment,

the Minister may make a report to the Review Committee.

(3) The Minister shall, within ten days after a report is made pursuant to subsection (2), cause a notice to be sent informing the person referred to in that subsection of the report and stating that following an investigation in relation thereto, a declaration with respect to that person may be made by the Governor in Council under section 20.

(4) Where a report is made to the Review Committee pursuant to subsection (2), the Review Committee shall investigate the grounds on which it is based and for that purpose subsections 39(2) and (3) and sections 43, 44 and 48 to 51 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* apply, with such modifications as the circumstances require, to the investigation as if the investigation were conducted in relation to a complaint made pursuant to section 42 of that Act, except that a reference in any of those provisions to “deputy head” shall be read as a reference to the Minister.

(5) The Review Committee shall, as soon as practicable after a report is made to it pursuant to subsection (2), send to the person with respect to whom the report is made a statement summarizing such information available to it as will enable the person to be as fully informed as possible of the circumstances giving rise to the report.

(6) The Review Committee shall, on completion of an investigation made pursuant to subsection (4), make a report to the Governor in Council on all matters relating thereto and shall, at the same time as or after the report is made, provide the complainant with the conclusions of the report.

**20.** (1) Notwithstanding anything in this Act, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or administered the oath of citizenship or be issued a certificate of renunciation under section 9 where, after considering the report made by the Review Committee pursuant to subsection 19(6), the Governor in Council declares that there are reasonable grounds to believe that the person with respect to whom the report was made will

d’avis que l’intéressé devrait se voir refuser l’attribution de citoyenneté prévue à l’article 5 ou au paragraphe 11(1), ou la délivrance du certificat de répudiation prévu à l’article 9, ou encore la prestation du serment de citoyenneté, parce qu’il existe des motifs raisonnables de croire qu’il se livrera à des activités qui:

a) soit constituent des menaces envers la sécurité du Canada;

b) soit font partie d’un plan d’activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d’une infraction punissable par voie de mise en accusation aux termes d’une loi fédérale.

(3) Dans les dix jours suivant la date du rapport, le ministre fait envoyer à l’intéressé un avis l’informant de l’existence du rapport et du fait qu’au terme d’une enquête sur la question, le gouverneur en conseil pourrait faire à son sujet la déclaration prévue à l’article 20.

(4) Le comité de surveillance examine les motifs sur lesquels est fondé le rapport dont il est saisi en suivant — compte tenu des adaptations de circonstance — la procédure prévue aux paragraphes 39(2) et (3) et aux articles 43, 44 et 48 à 51 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* pour les enquêtes portant sur les plaintes présentées au titre de l’article 42 de cette loi, étant entendu que la mention de l’administrateur général équivaut à celle du ministre.

(5) Afin de permettre à l’intéressé d’être informé le mieux possible des circonstances qui ont donné lieu à l’établissement du rapport, le comité de surveillance lui adresse, dans les meilleurs délais suivant la réception de celui-ci, un résumé des informations dont il dispose à ce sujet.

(6) Au terme de son enquête, le comité de surveillance fait rapport de celle-ci au gouverneur en conseil; en même temps ou plus tard, il communique à l’intéressé les conclusions du rapport.

**20.** (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le gouverneur en conseil peut empêcher l’attribution de la citoyenneté demandée au titre de l’article 5 ou du paragraphe 11(1), la délivrance du certificat de répudiation visé à l’article 9 ou la prestation du serment de citoyenneté en déclarant, après avoir étudié le rapport du comité de surveillance visé au paragraphe 19(6), qu’il existe des motifs raisonnables de croire que la personne visée dans

engage in an activity described in paragraph 19(2)(a) or (b).

(2) Where a person is the subject of a declaration made under subsection (1), any application that has been made by that person under section 5 or 9 or subsection 11(1) is deemed to be not approved and any appeal made by him under subsection 14(5) is deemed to be dismissed.

(3) A declaration made under subsection (1) ceases to have effect two years after the day on which it was made.

(4) Notwithstanding that a declaration has been previously made under subsection 20(1) with respect to a person, the Governor in Council may, after considering any further application made by that person, make a further declaration under that subsection with respect to that person.

(5) Notwithstanding anything in this Act or any other Act of Parliament, a declaration by the Governor in Council under subsection (1) is conclusive of the matters stated therein in relation to an application for citizenship or for the issue of a certificate of renunciation.

5 To summarize the above procedure, if the Minister is of the opinion that there are reasonable grounds to believe that an applicant for citizenship (the applicant) will engage in activity that constitutes a threat to the security of Canada, then the Minister may make a report to this effect to SIRC, pursuant to subsection 19(2) of the *Citizenship Act*. Within ten (10) days of making the said report, the Minister shall notify the applicant of the report. The Minister is also required to advise the applicant that following an investigation by SIRC, a declaration by the Governor in Council pursuant to section 20 of the *Citizenship Act* may follow.

6 SIRC is then required to conduct an investigation, pursuant to subsection 19(4) of the *Citizenship Act*, in accordance with several enumerated provisions of the *Canadian Security Intelligence Service Act*<sup>4</sup> (the CSIS Act). As soon as practicable, SIRC shall send the applicant a statement of circumstances that sets out the circumstances that gave rise to the Minister's report. Following its investigation, SIRC shall make a report to the Governor in Council and provide the applicant with the conclusions of the report, pursuant to subsection 19(6) of the *Citizenship Act*.

ce rapport se livrera à des activités mentionnées aux alinéas 19(2)a) ou b).

(2) Une telle déclaration vaut rejet de la demande en cause et de tout appel éventuellement interjeté en vertu du paragraphe 14(5).

(3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet deux ans après la date où elle a été faite.

(4) L'existence d'une première déclaration n'empêche pas le gouverneur en conseil d'en faire une autre, après examen de toute nouvelle demande faite par la personne visée.

(5) Malgré les autres dispositions de la présente loi ou toute autre loi fédérale, la déclaration visée au paragraphe (1) fait péremptoirement foi de son contenu en ce qui a trait à la demande de citoyenneté ou à la délivrance d'un certificat de répudiation.

5 Pour résumer la procédure précitée, le ministre peut, s'il est d'avis qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la personne qui demande la citoyenneté (le requérant) se livrera à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada, adresser un rapport à cet effet au comité de surveillance en vertu du paragraphe 19(2) de la *Loi sur la citoyenneté*. Dans les dix (10) jours suivant la date de ce rapport, le ministre doit informer le requérant de l'existence du rapport. Le ministre est également tenu d'informer le requérant qu'au terme de l'enquête menée par le comité de surveillance sur la question, le gouverneur en conseil pourrait faire à son sujet la déclaration prévue à l'article 20 de la *Loi sur la citoyenneté*.

6 Le comité de surveillance doit ensuite, aux termes du paragraphe 19(4) de la *Loi sur la citoyenneté*, mener une enquête en conformité avec plusieurs dispositions énumérées de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*<sup>4</sup> (la Loi sur le SCRS). Le comité de surveillance adresse dans les meilleurs délais au requérant un résumé dans lequel sont exposées les circonstances ayant donné lieu à l'établissement du rapport du ministre. À la suite de son enquête, le comité de surveillance rend compte de celle-ci au gouverneur en conseil et communique

7 After considering SIRC's report, the Governor in Council may declare, pursuant to subsection 20(1) of the *Citizenship Act*, that there are reasonable grounds to believe that the applicant will engage in activity that constitutes a threat to the security of Canada. The effect of such a declaration is to preclude the applicant from being granted Canadian citizenship. I would observe that, pursuant to subsections 20(2) and 20(5) *supra*, a declaration by the Governor in Council is absolutely determinative of the citizenship application. The applicant must then wait for a two-year period to expire, following which the declaration ceases to have effect, and he/she may then submit another application for citizenship. Accordingly, SIRC's counsel conceded at the hearing that this application for judicial review, wherein Zündel seeks an order of prohibition, is the only avenue open to Zündel to challenge the proceedings arising under section 19 of the *Citizenship Act*.<sup>5</sup>

8 I shall now set out the legislative framework within which SIRC must conduct the proceedings mandated by section 19 of the *Citizenship Act*. SIRC is created by subsection 34(1) of the CSIS Act, which reads as follows:

34. (1) There is hereby established a committee, to be known as the Security Intelligence Review Committee, consisting of a Chairman and not less than two and not more than four other members, all of whom shall be appointed by the Governor in Council from among members of the Queen's Privy Council for Canada who are not members of the Senate or the House of Commons, after consultation by the Prime Minister of Canada with the Leader of the Opposition in the House of Commons and the leader in the House of Commons of each party having at least twelve members in that House.

9 SIRC was established as an agency with roles as both a review agency and an investigative agency: its functions are detailed in section 38 of the CSIS Act. Paragraphs 38(a) and (b) set out its functions

au requérant les conclusions du rapport, conformément au paragraphe 19(6) de la *Loi sur la citoyenneté*.

7 Après avoir examiné le rapport du comité de surveillance, le gouverneur en conseil peut, en vertu du paragraphe 20(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, déclarer qu'il existe des motifs raisonnables de croire que le requérant se livrera à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Cette déclaration a pour effet d'empêcher l'attribution de la citoyenneté canadienne au requérant. Je tiens à faire remarquer qu'aux termes des paragraphes 20(2) et 20(5) précités, la déclaration du gouverneur en conseil tranche de façon définitive la demande de citoyenneté. Le requérant doit alors attendre l'expiration d'un délai de deux ans, à la suite de quoi la déclaration cesse d'avoir effet et le requérant peut soumettre une nouvelle demande de citoyenneté. En conséquence, l'avocat du comité de surveillance a reconnu à l'audience que la présente demande de contrôle judiciaire, dans laquelle Zündel sollicite un bref de prohibition, est la seule voie de recours qui est ouverte à Zündel pour attaquer la procédure prévue à l'article 19 de la *Loi sur la citoyenneté*.<sup>5</sup>

8 J'exposerai maintenant le cadre législatif dans lequel le comité de surveillance doit mener la procédure prévue à l'article 19 de la *Loi sur la citoyenneté*. Le comité de surveillance est créé par le paragraphe 34(1) de la Loi sur le SCRS, dont voici le libellé:

34. (1) Est constitué le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, composé du président et de deux à quatre autres membres, tous nommés par le gouverneur en conseil parmi les membres du Conseil privé de la Reine pour le Canada qui ne font partie ni du Sénat ni de la Chambre des communes. Cette nomination est précédée de consultations entre le premier ministre du Canada, le chef de l'opposition à la Chambre des communes et le chef de chacun des partis qui y disposent d'au moins douze députés.

9 Le comité de surveillance a été créé à titre d'organisme chargé d'agir à la fois comme organisme de surveillance et comme organisme d'enquête. Ses fonctions sont exposées en détail à l'article 38 de la

as a review agency and paragraph 38(c) describes its functions as an investigative agency. Section 38 reads as follows:

**38.** The functions of the Review Committee [SIRC] are

(a) to review generally the performance by the Service [CSIS] of its duties and functions and, in connection therewith,

(i) to review the reports of the Director and certificates of the Inspector General transmitted to it pursuant to subsection 33(3),

(ii) to review directions issued by the Minister under subsection 6(2),

(iii) to review arrangements entered into by the Service pursuant to subsections 13(2) and (3) and 17(1) and to monitor the provision of information and intelligence pursuant to those arrangements,

(iv) to review any report or comment given to it pursuant to subsection 20(4),

(v) to monitor any request referred to in paragraph 16(3)(a) made to the Service,

(vi) to review the regulations, and

(vii) to compile and analyse statistics on the operational activities of the Service;

(b) to arrange for reviews to be conducted, or to conduct reviews, pursuant to section 40; and

(c) to conduct investigations in relation to

(i) complaints made to the Committee under sections 41 and 42,

(ii) reports made to the Committee pursuant to section 19 of the *Citizenship Act* or sections 39 and 81 of the *Immigration Act*, and

(iii) matters referred to the Committee pursuant to section 45 of the *Canadian Human Rights Act*.

Loi sur le SCRS. Les alinéas 38a) et 38b) énoncent les fonctions qu'il exerce à titre d'organisme de surveillance, et l'alinéa 38c) précise les fonctions qui lui sont dévolues à titre d'organisme d'enquête. Voici le libellé de l'article 38:

**38.** Le comité de surveillance a les fonctions suivantes:

a) surveiller la façon dont le Service exerce ses fonctions et, à cet égard:

(i) examiner les rapports du directeur et les certificats de l'inspecteur général qui lui sont transmis en conformité avec le paragraphe 33(3),

(ii) examiner les instructions que donne le ministre en vertu du paragraphe 6(2),

(iii) examiner les ententes conclues par le Service en vertu des paragraphes 13(2) et (3) et 17(1), et surveiller les informations ou renseignements qui sont transmis en vertu de celles-ci,

(iv) examiner les rapports et commentaires qui lui sont transmis en conformité avec le paragraphe 20(4),

(v) surveiller les demandes qui sont présentées au Service en vertu de l'alinéa 16(3)a),

(vi) examiner les règlements,

(vii) réunir et analyser des statistiques sur les activités opérationnelles du Service;

b) effectuer ou faire effectuer des recherches en vertu de l'article 40;

c) faire enquête sur:

(i) les plaintes qu'il reçoit en vertu des articles 41 et 42;

(ii) les rapports qui lui sont transmis en vertu de l'article 19 de la *Loi sur la citoyenneté* ou des articles 39 et 81 de la *Loi sur l'immigration*,

(iii) les affaires qui lui sont transmises en vertu de l'article 45 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

10 Subsection 19(4) of the *Citizenship Act* requires that an investigation conducted pursuant to that section proceed as if it were in relation to a complaint made pursuant to section 42 of the CSIS Act. As subparagraph 38(c)(i) governs investigations made under section 42, it follows that the investigation mandated by subsection 19(4) of the *Citizenship*

10 Le paragraphe 19(4) de la *Loi sur la citoyenneté* exige que l'enquête menée en vertu de cet article se déroule comme s'il s'agissait d'une enquête portant sur une plainte présentée en vertu de l'article 42 de la Loi sur le SCRS. Comme le sous-alinéa 38c)(i) régit les enquêtes ouvertes en vertu de l'article 42, il s'ensuit que l'enquête prévue au paragraphe 19(4) de

*Act* also falls under this provision.

11 It is clearly set out in subsection 19(4) of the *Citizenship Act* that the specific provisions of the CSIS Act that apply to this investigation are subsections 39(2) and (3), and sections 43, 44 and 48 through 51. As these sections of the CSIS Act set out the framework for SIRC's investigation, I shall reproduce them below.

39. . . .

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, but subject to subsection (3), the Review Committee is entitled

(a) to have access to any information under the control of the Service or of the Inspector General that relates to the performance of the duties and functions of the Committee and to receive from the Inspector General, Director and employees such information, reports and explanations as the Committee deems necessary for the performance of its duties and functions; and

(b) during any investigation referred to in paragraph 38(c), to have access to any information under the control of the deputy head concerned that is relevant to the investigation.

(3) No information described in subsection (2), other than a confidence of the Queen's Privy Council for Canada in respect of which subsection 39(1) of the *Canada Evidence Act* applies, may be withheld from the Committee on any grounds.

. . .

43. A member of the Review Committee may exercise any of the powers or perform any of the duties or functions of the Committee under this Part in relation to complaints.

44. Nothing in this Act precludes the Review Committee from receiving and investigating complaints described in sections 41 and 42 that are submitted by a person authorized by the complainant to act on behalf of the complainant, and a reference to a complainant in any other section includes a reference to a person so authorized.

. . .

48. (1) Every investigation of a complaint under this Part by the Review Committee shall be conducted in private.

la *Loi sur la citoyenneté* tombe également sous le coup de cette disposition.

11 Le paragraphe 19(4) de la *Loi sur la citoyenneté* prévoit dans les termes les plus nets que les dispositions précises de la Loi sur le SCRS qui s'appliquent à la présente enquête sont les paragraphes 39(2) et 39(3) et les articles 43, 44 et 48 à 51. Comme ces articles de la Loi sur le SCRS énoncent le cadre dans lequel se déroule l'enquête du comité de surveillance, je les reproduis ci-dessous:

39. . . .

(2) Par dérogation à toute autre loi fédérale ou toute immunité reconnue par le droit de la preuve, mais sous réserve du paragraphe (3), le comité de surveillance:

a) est autorisé à avoir accès aux informations qui se rattachent à l'exercice de ses fonctions et qui relèvent du Service ou de l'inspecteur général et à recevoir de l'inspecteur général, du directeur et des employés les informations, rapports et explications dont il juge avoir besoin dans cet exercice;

b) au cours des enquêtes visées à l'alinéa 38c), est autorisé à avoir accès aux informations qui se rapportent à ces enquêtes et qui relèvent de l'administrateur général concerné.

(3) À l'exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada visés par le paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, aucune des informations visées au paragraphe (2) ne peut, pour quelque motif que ce soit, être refusée au comité.

. . .

43. Un membre du comité de surveillance peut, à l'égard des plaintes dont celui-ci est saisi, exercer les pouvoirs et fonctions que la présente partie confère au comité.

44. Le comité de surveillance peut recevoir les plaintes visées aux articles 41 et 42 par l'intermédiaire d'un représentant du plaignant. Dans les autres articles de la présente loi, les dispositions qui concernent le plaignant concernent également son représentant.

. . .

48. (1) Les enquêtes sur les plaintes présentées en vertu de la présente partie sont tenues en secret.

(2) In the course of an investigation of a complaint under this Part by the Review Committee, the complainant, deputy head concerned and the Director shall be given an opportunity to make representations to the Review Committee, to present evidence and to be heard personally or by counsel, but no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Review Committee by any other person.

49. In the course of an investigation of a complaint under this Part, the Review Committee shall, where appropriate, ask the Canadian Human Rights Commission for its opinion or comments with respect to the complaint.

50. The Review Committee has, in relation to the investigation of any complaint under this Part, power

(a) to summon and enforce the appearance of persons before the Committee and to compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as the Committee deems requisite to the full investigation and consideration of the complaint in the same manner and to the same extent as a superior court of record;

(b) to administer oaths; and

(c) to receive and accept such evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, as the Committee sees fit, whether or not that evidence or information is or would be admissible in a court of law.

51. Except in a prosecution of a person for an offence under section 133 of the *Criminal Code* (false statements in extra-judicial proceedings) in respect of a statement made under this Act, evidence given by a person in proceedings under this Part and evidence of the existence of the proceedings are inadmissible against that person in a court or in any other proceedings.

12 Pursuant to subsection 48(2) *supra*, in the course of its investigation, Zündel, Canadian Security Intelligence service (CSIS) and the Minister must be allowed to present evidence and make representations, either personally or by counsel, to SIRC. According to SIRC's counsel, these representations are usually received by holding a hearing.<sup>6</sup> In the case at bar, Zündel seeks to have this hearing and SIRC's resultant report to the Governor in Council prohibited (the impugned proceedings).

(2) Au cours d'une enquête relative à une plainte présentée en vertu de la présente partie, le plaignant, le directeur et l'administrateur général concerné doivent avoir la possibilité de présenter des observations et des éléments de preuve au comité de surveillance ainsi que d'être entendu en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat; toutefois, nul n'a le droit absolu d'être présent lorsqu'une autre personne présente des observations au comité, ni d'en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet.

49. Au cours d'une enquête relative à une plainte présentée en vertu de la présente partie, le comité de surveillance demande, si cela est opportun, à la Commission canadienne des droits de la personne de lui donner son avis ou ses commentaires sur la plainte.

50. Le comité de surveillance a, dans ses enquêtes sur les plaintes présentées en vertu de la présente partie, le pouvoir:

a) d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître devant lui, à déposer verbalement ou par écrit sous serment et à produire les pièces qu'il juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes, de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives;

b) de faire prêter serment;

c) de recevoir des éléments de preuve ou des informations par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux.

51. Sauf les cas où une personne est poursuivie pour une infraction visée à l'article 133 du *Code criminel* (fausses déclarations dans des procédures extrajudiciaires) se rapportant à une déclaration faite en vertu de la présente loi, les dépositions faites au cours de procédures prévues par la présente partie ou le fait de l'existence de ces procédures ne sont pas admissibles contre le déposant devant les tribunaux ni dans aucune autre procédure.

Aux termes du paragraphe 48(2) précité, au cours de l'enquête, Zündel, le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) et le ministre doivent avoir la possibilité de présenter des observations et des éléments de preuve au comité de surveillance en personne ou par l'intermédiaire d'un représentant. Suivant l'avocat du comité de surveillance, pour recevoir ces observations, le comité de surveillance tient habituellement une audience<sup>6</sup>. En l'espèce, Zündel demande à la Cour d'interdire au comité de surveillance de tenir l'audience en question et d'éta-

blir le rapport que le comité en question adresse au gouverneur en conseil au terme de cette audience (la procédure attaquée).

ii. Zündel's Citizenship Application

ii. La demande de citoyenneté de Zündel

13 Zündel was born on April 24, 1939, in Calmbach, Germany. He entered Canada as a permanent resident on September 2, 1958. On October 24, 1993, Zündel applied for Canadian citizenship.<sup>7</sup> By letter dated August 5, 1995, he was notified by the Minister that the Minister had made a report (the Minister's report) to SIRC, pursuant to subsection 19(2) of the *Citizenship Act*, to the effect that there were reasonable grounds to believe that Zündel would engage in activity that constitutes a threat to the security of Canada.<sup>8</sup> The Minister further informed Zündel that this determination had been made on the basis of information and advice provided by CSIS. Zündel was advised that the Registrar of Canadian citizenship would suspend processing Zündel's application for Canadian citizenship until SIRC had completed the review required under section 19 of the *Citizenship Act*.

13 Zündel est né le 24 avril 1939 à Calmbach, en Allemagne. Il est entré au Canada à titre de résident permanent le 2 septembre 1958. Le 24 octobre 1993, Zündel a demandé la citoyenneté canadienne<sup>7</sup>. Par lettre datée du 5 août 1995, il a été informé par le ministre que celui-ci avait adressé un rapport au comité de surveillance (le rapport du ministre) en vertu du paragraphe 19(2) de la *Loi sur la citoyenneté* parce qu'il était d'avis qu'il existait des motifs raisonnables de croire que Zündel se livrerait à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada<sup>8</sup>. Le ministre a en outre informé Zündel qu'il avait pris cette décision compte tenu des informations et des avis fournis par le SCRS. Zündel a été avisé que le registraire de la citoyenneté canadienne suspendrait le traitement de la demande de citoyenneté canadienne de Zündel tant que le comité de surveillance n'aurait pas terminé l'examen exigé par l'article 19 de la *Loi sur la citoyenneté*.

14 By a letter dated August 31, 1995, the Executive Director of SIRC, Maurice Archdeacon (the Executive Director), informed Zündel that SIRC had received the Minister's report concerning his application for citizenship. He further advised Zündel that, in accordance with subsection 19(5) of the *Citizenship Act*, SIRC would send Zündel a statement summarizing the information available to it in order to permit him to be as fully informed as possible of the circumstances giving rise to the Minister's report.<sup>9</sup>

14 Par lettre datée du 31 août 1995, le directeur administratif du comité de surveillance, Maurice Archdeacon (le directeur administratif) a informé Zündel que le comité de surveillance avait reçu le rapport du ministre relatif à sa demande de citoyenneté. Il a également informé Zündel que, conformément au paragraphe 19(5) de la *Loi sur la citoyenneté*, le comité de surveillance enverrait à Zündel un résumé des informations dont le comité disposait, afin de lui permettre d'être informé le mieux possible des circonstances ayant donné lieu à l'établissement du rapport du ministre<sup>9</sup>.

15 Accordingly, Zündel was sent a letter dated October 30, 1995, by SIRC, wherein he was advised that an investigation would be conducted. Also enclosed was the statement of circumstances that gave rise to the Minister's report.<sup>10</sup> Zündel was also informed that the particular activities which CSIS believed that he would engage in were those described in

15 En conséquence, le comité de surveillance a envoyé à Zündel une lettre datée du 30 octobre 1995 dans laquelle il l'informait de la tenue d'une enquête. Le comité de surveillance a joint à cette lettre le résumé des informations relatives aux circonstances ayant donné lieu à l'établissement du rapport du ministre<sup>10</sup>. Zündel a également été avisé que les

paragraph 2(c) of the CSIS Act, which reads as follows:

2. . . .

“threats to the security of Canada” means

. . .

(c) activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political objective within Canada or a foreign state, and

. . .

but does not include lawful advocacy, protest or dissent, unless carried on in conjunction with any of the activities referred to in paragraphs (a) to (d).

The letter also advised Zündel that SIRC would provide further information as the investigation progressed.

16 On November 22, 1995, counsel for SIRC and others met with Zündel and his then counsel John May, to explain the investigative process and answer questions.<sup>11</sup> By letter dated December 11, 1995, the Executive Director wrote May to confirm that SIRC was ready to proceed with the hearing part of the investigation, and scheduled the matter to be heard in January of 1996, due to Zündel’s unavailability in December of 1995.<sup>12</sup>

17 Zündel’s counsel subsequently obtained an adjournment of the hearing to February 19, 1996.<sup>13</sup> Following this, by letter dated January 25, 1996, the Executive Director advised Zündel, through his counsel, that the hearing was rescheduled to March 19, 1996.<sup>14</sup> Then, by letter dated February 26, 1996, Douglas Christie, Zündel’s current counsel, requested another adjournment of the hearing so he could file an application for judicial review, on the grounds of a reasonable apprehension of bias on the

activités précises auxquelles le comité de surveillance croyait qu’il se livrerait étaient celles qui étaient énumérées à l’alinéa 2c) de la Loi sur le SCRS, qui dispose:

2. . . .

«menaces envers la sécurité du Canada» Constituent des menaces envers la sécurité du Canada les activités suivantes:

. . .

c) les activités qui touchent le Canada ou s’y déroulent et visent à favoriser l’usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d’atteindre un objectif politique au Canada ou dans un État étranger;

. . .

La présente définition ne vise toutefois pas les activités licites de défense d’une cause, de protestation ou de manifestation d’un désaccord qui n’ont aucun lien avec les activités mentionnées aux alinéas a) à d).

La lettre informait également Zündel que le comité de surveillance lui communiquerait d’autres informations au fur et à mesure que l’enquête se déroulerait.

16 Le 22 novembre 1995, l’avocat du comité de surveillance et d’autres personnes ont rencontré Zündel et l’avocat qui le représentait à ce moment-là, John May, pour leur expliquer le processus d’enquête et pour répondre à leurs questions<sup>11</sup>. Par lettre datée du 11 décembre 1995, le directeur administratif a écrit à May pour lui confirmer que le comité de surveillance était prêt à passer à l’étape de l’enquête consacrée à l’audience et il a fixé la tenue de celle-ci au mois de janvier 1996, parce que Zündel n’était pas disponible en décembre 1995<sup>12</sup>.

17 L’avocat de Zündel a par la suite obtenu l’ajournement de l’audience au 19 février 1996<sup>13</sup>. À la suite de cet ajournement, par lettre datée du 25 février 1996, le directeur administratif a informé Zündel, par l’intermédiaire de son avocat, que la date de la tenue de l’audience avait été reportée au 19 mars 1996<sup>14</sup>. Puis, par lettre datée du 26 février 1996, Douglas Christie, l’avocat actuel de Zündel, a demandé que l’audience soit de nouveau ajournée, afin de pouvoir présenter une demande de contrôle judi-

part of SIRC.<sup>15</sup> The basis of Zündel's allegation of bias is a report written by SIRC entitled *The Heritage Front Affair* (the Heritage Front Report). By a letter dated February 28, 1996, the Executive Director refused to grant this adjournment.<sup>16</sup>

ciaire en raison d'une crainte raisonnable de partialité de la part du comité de surveillance<sup>15</sup>. L'allégation de partialité formulée par Zündel repose sur un rapport du comité de surveillance intitulé *The Heritage Front Affair* (le rapport sur le Heritage Front). Par lettre datée du 28 février 1996, le directeur administratif a refusé d'accorder cet ajournement<sup>16</sup>.

18 Subsequently, on March 21, 1996, Zündel brought a motion before Madam Justice McGillis [[1996] F.C.J. No. 359 (T.D.)] seeking an order for a stay of proceedings concerning the SIRC hearing scheduled for March 25, 1996, and an order for an expedited hearing of Zündel's application for judicial review seeking prohibition and relief under the Charter. By an order dated March 21, 1996, Madam Justice McGillis granted Zündel's motion for an expedited hearing of the matter. However, Her Ladyship refused to grant a stay of SIRC's proceedings. Accordingly, the within application for judicial review was heard by me on June 10 and 11, 1996, on an expedited basis.

Par la suite, le 21 mars 1996, Zündel a présenté 18 une requête devant M<sup>me</sup> le juge McGillis [[1996] A.C.F. n<sup>o</sup> 359 (1<sup>re</sup> inst.)] en vue d'obtenir le prononcé d'une ordonnance portant suspension de la procédure dans le cadre de laquelle devait se dérouler l'audience du comité de surveillance prévue pour le 25 mars 1996, et en vue d'obtenir l'audition accélérée de la demande de contrôle judiciaire par laquelle Zündel demandait la délivrance d'un bref de prohibition, ainsi qu'une réparation fondée sur la Charte. Aux termes de l'ordonnance qu'elle a prononcée le 21 mars 1996, M<sup>me</sup> le juge McGillis a fait droit à la requête présentée par Zündel en vue d'obtenir l'audition accélérée de l'affaire. En conséquence, j'ai entendu la présente demande de contrôle judiciaire les 10 et 11 juin 1996 suivant la procédure accélérée.

### iii. The Heritage Front Report

### iii. Le rapport sur le Heritage Front

19 Beginning in August of 1994, allegations that CSIS and one of its sources had improperly participated in or investigated the affairs of individuals and domestic organizations, including the CBC, a union at Canada Post, the Reform Party of Canada and "white supremacist" groups, surfaced in the press and Parliament.<sup>17</sup> Consequently, in the same month, SIRC initiated a review of the conduct of CSIS, pursuant to paragraph 38(b) *supra*, relating to the events, which are now commonly referred to as the "Heritage Front Affair". SIRC's resulting Heritage Front Report was issued in December of 1994, and transmitted to the Solicitor General for Canada.

À compter du mois d'août 1994, des allégations 19 suivant lesquelles le comité de surveillance et l'une de ses sources s'étaient à tort associées aux activités de certains individus et de certains organismes nationaux, dont la SRC, un syndicat de Postes Canada, le Parti réformiste du Canada et des groupes en faveur de la «suprématie de la race blanche» ou qu'ils avaient à tort enquêté sur leurs activités ont commencé à circuler dans la presse écrite et parlée et au Parlement<sup>17</sup>. En conséquence, le même mois, le comité de surveillance a, en vertu de l'alinéa 38b) précité, entrepris l'examen de la conduite du SCRS relativement aux événements qui sont maintenant communément désignés sous le nom d'«affaire Heritage Front». Le comité de surveillance a publié son rapport sur le Heritage Front en décembre 1994 et l'a transmis au solliciteur général du Canada.

20 The statement of circumstances given to Zündel pursuant to subsection 19(5) of the *Citizenship Act* included an index listing 52 documents and 11 videotapes and cassettes, which were relied on by CSIS to establish its allegations against Zündel. Included in that list of documents was the Heritage Front Report. Zündel's allegation that there is a reasonable apprehension of bias within SIRC, with respect to the impugned proceedings, is based on the Heritage Front Report.

## II. ISSUES

### A. Status of SIRC

1. Should SIRC be granted intervenor status?

### B. Notice of Motion, filed May 23, 1996, by the Minister

1. Should the Court grant an order striking out the eight (8) affidavits and two (2) documents contained in Zündel's supplementary application record?

### C. Application for Judicial Review, filed March 7, 1996, by Zündel

1. Is the affidavit of Barbara Kulaszka, filed on behalf of Zündel, inadmissible in part?
2. Should the Court grant an order prohibiting SIRC from investigating and reporting to the Governor in Council on the Minister's report?
3. Should the Court grant an order quashing SIRC's proceedings as a breach of Zündel's rights as protected by paragraphs 2(b) and (d) of the Charter or alternately, exclude such evidence as is in breach of these rights?

Le résumé des informations qui a été communiqué à Zündel conformément au paragraphe 19(5) de la *Loi sur la citoyenneté* comprenait une table des matières qui énumérait 52 documents et 11 bandes magnétoscopiques et sonores sur lesquels le SCRS s'était fondé pour justifier ses allégations contre Zündel. Le rapport sur le Heritage Front figurait sur cette liste de documents. L'allégation de Zündel suivant laquelle il existe une crainte raisonnable de partialité au sein du comité de surveillance en ce qui concerne la procédure attaquée est fondée sur le rapport sur le Heritage Front.

20

## II. QUESTIONS EN LITIGE

### A. Qualité du comité de surveillance

1. Devrait-on reconnaître la qualité d'intervenant au comité de surveillance?

### B. L'avis de requête déposé le 23 mai 1996 par le ministre

1. La Cour devrait-elle prononcer une ordonnance supprimant les huit (8) affidavits et les deux (2) documents du dossier de demande supplémentaire de Zündel?

### C. La demande de contrôle judiciaire déposée le 7 mars 1996 par Zündel

1. L'affidavit de Barbara Kulaszka qui a été déposé pour le compte de Zündel est-il inadmissible en partie?
2. La Cour devrait-elle prononcer une ordonnance interdisant au comité de surveillance d'enquêter sur le rapport du ministre et d'en rendre compte au gouverneur en conseil?
3. La Cour devrait-elle prononcer une ordonnance annulant la procédure du comité de surveillance au motif qu'elle porte atteinte aux droits de Zündel protégés par les alinéas 2b) et 2d) de la Charte ou, subsidiairement, écarter les éléments de preuve portant atteinte à ces droits?

III. ANALYSISA. Status of SIRC1. Should SIRC be granted intervenor status?

21 In the originating notice of motion that commenced this application for judicial review, SIRC was named as a respondent. At the hearing of this matter, SIRC's counsel drew the Court's attention to the Federal Court of Appeal decision in *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*,<sup>18</sup> wherein the Court held that the federal board under review, in an application brought under section 18.1 of the *Federal Court Act*, cannot be named as a respondent. Justice Décary, J.A., held that a federal board that has been erroneously named as a respondent will have no status as a respondent and will not be allowed to participate in the proceedings unless it obtains leave, under Rule 1611 of the *Federal Court Rules*,<sup>19</sup> to participate as an intervenor.<sup>20</sup>

22 At the hearing of this matter, SIRC's counsel proposed that the style of cause be amended to name SIRC as an intervenor rather than a respondent. Thus, SIRC sought leave to intervene in these proceedings, in which it had been erroneously named as a respondent. However, SIRC did not comply with the provisions of Rule 1611, which require the party seeking leave to intervene to file a notice of application for leave to intervene and to serve a copy of it on all the parties. Pursuant to Rule 1619 [as enacted *idem*] of the *Federal Court Rules* I may waive compliance with all or part of Rule 1611.<sup>21</sup> Accordingly, I am of the view this is an appropriate case to grant SIRC intervenor status, pursuant to subsection 1611(3) of the Rules, and I am waiving compliance with the requirements of Rule 1611. Therefore, the style of cause is amended to strike out SIRC as a respondent and to add SIRC as an intervenor.

III. ANALYSEA. Qualité du comité de surveillance1. Devrait-on accorder la qualité d'intervenant au comité de surveillance?

21 Dans l'avis de requête introductif d'instance par lequel la présente demande de contrôle judiciaire a été introduite, le comité de surveillance était désigné comme intimé. À l'audition de la présente affaire, l'avocat du comité de surveillance a attiré l'attention de la Cour sur l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*<sup>18</sup>, dans lequel la Cour d'appel fédérale a statué que l'office fédéral qui fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut pas être désigné comme intimé. Le juge Décary, J.C.A., a statué que l'office fédéral qui a été désigné par erreur comme intimé n'a pas la qualité d'intimé et n'est autorisé à participer à l'instance que s'il obtient l'autorisation, en vertu de la Règle 1611 des *Règles de la Cour fédérale*<sup>19</sup>, d'y participer en qualité d'intervenant<sup>20</sup>.

22 À l'audition de la présente affaire, l'avocat du comité de surveillance a proposé que l'intitulé de la cause soit modifié de façon à ce que le comité de surveillance y soit désigné à titre d'intervenant plutôt qu'à titre d'intimé. Le comité de surveillance a donc demandé l'autorisation d'intervenir dans la présente instance dans laquelle il avait été désigné par erreur comme intimé. Le comité de surveillance ne s'est cependant pas conformé à la Règle 1611, qui oblige la partie qui demande l'autorisation d'intervenir à déposer un avis de demande d'autorisation d'intervenir et à en signifier copie à toutes les parties. Or, il m'est loisible, en vertu de la Règle 1619 [éditée, *idem*] des *Règles de la Cour fédérale*, de permettre à une partie de déroger en tout ou en partie à la Règle 1611<sup>21</sup>. En conséquence, je suis d'avis qu'il convient en l'espèce de reconnaître, en vertu du paragraphe 1611(3) des Règles, la qualité d'intervenant au comité de surveillance, et je dispense l'intervenant des exigences de la Règle 1611. Par conséquent, l'intitulé de la cause est modifié de façon à biffer le nom

du comité de surveillance à titre d'intimé et à l'y ajouter à titre d'intervenant.

- B. Notice of Motion, filed May 23, 1996, by the Minister
1. Should the Court grant an order striking out the eight (8) affidavits and two (2) documents contained in Zündel's supplementary application record?
- 23 The order dated March 21, 1996, of Justice McGillis, wherein she granted Zündel's motion for an expedited hearing in this matter, set out the following timetable:
1. The respondents shall serve and file their affidavits on or before April 11, 1996;
  2. Cross-examinations, if any, on affidavits shall be completed by the parties on or before April 26, 1996;
  3. The application records of the respondents shall be served and filed on or before May 3, 1996;
  4. The applicant shall serve and file a supplementary application record, if any, on or before May 10, 1996.
- 24 On May 9, 1996, Zündel filed a supplementary application record containing eight (8) affidavits, two (2) documents and a supplementary memorandum of argument. On May 23, 1996, the Minister filed a notice of motion seeking an order striking out the affidavits and documents contained in the supplementary application record. The Minister did not object to the filing of the supplementary memorandum of argument. The affidavits and documents in issue are the following:
- A. Affidavit of Wolfgang Droege, sworn April, 1996;
- B. Affidavit of Donna Elliott, sworn March 22, 1996;
- C. Affidavit of Wayne Elliott, sworn March 22, 1996;
- B. L'avis de requête déposé le 23 mai 1996 par le ministre
1. La Cour devrait-elle prononcer une ordonnance supprimant les huit (8) affidavits et les deux (2) documents du dossier de demande supplémentaire de Zündel?
- Voici l'horaire que le juge McGillis a fixé dans l'ordonnance du 21 mars 1996 par laquelle elle a accueilli la requête présentée par Zündel en vue d'obtenir l'audition accélérée de la présente affaire:
1. Les intimés doivent signifier et déposer leurs affidavits au plus tard le 11 avril 1996;
  2. Les parties doivent avoir terminé leurs contre-interrogatoires sur les affidavits, s'il en est, au plus tard le 26 avril 1996;
  3. Les dossiers de demande des intimés doivent être signifiés et déposés au plus tard le 3 mai 1996;
  4. Le requérant doit signifier et déposer un dossier de demande supplémentaire, s'il en est, au plus tard le 10 mai 1996.
- Le 9 mai 1996, Zündel a déposé un dossier de demande supplémentaire contenant huit (8) affidavits, deux (2) documents et un mémoire supplémentaire exposant les points à débattre. Le 23 mai 1996, le ministre a déposé un avis de requête concluant au prononcé d'une ordonnance supprimant les affidavits et les documents du dossier de demande supplémentaire. Le ministre ne s'est pas opposé au dépôt du mémoire supplémentaire exposant les points à débattre. Les affidavits et les documents en litige sont les suivants:
- A. Affidavit souscrit par Wolfgang Droege en avril 1996;
- B. Affidavit souscrit par Donna Elliott le 22 mars 1996;
- C. Affidavit souscrit par Wayne Elliott le 22 mars 1996;

- D. Affidavit of Eric Fischer, sworn March 24, 1996;
- E. Affidavit of Max French, sworn March 24, 1996;
- F. Affidavit of Gerry Lincoln, sworn March 24, 1996;
- G. Affidavit of Tyrone Mason, sworn May 9, 1996;
- H. Affidavit of Ernst Zündel, sworn May 9, 1996;
- I. Transcripts of testimony of Elisse Hategan, before House of Commons Sub-Committee on National Security, on June 13, 1995; and
- J. Statement of the Crown dismissing charges against Zündel.

- D. Affidavit souscrit par Eric Fischer le 24 mars 1996;
- E. Affidavit souscrit par Max French le 24 mars 1996;
- F. Affidavit souscrit par Gerry Lincoln le 24 mars 1996;
- G. Affidavit souscrit par Tyrone Mason le 9 mai 1996;
- H. Affidavit souscrit par Ernst Zündel le 9 mai 1996;
- I. Transcription du témoignage donné le 13 juin 1995 par Elisse Hategan devant le sous-comité de la Chambre des communes sur la sécurité nationale;
- J. Déclaration par laquelle Sa Majesté rejette les accusations portées contre Zündel.

25 With respect to the eight (8) affidavits contained in the supplementary application record, as they were filed subsequent to the date by which cross-examinations were ordered to be completed, they are not in compliance with the timetable. As for the remaining documents, namely documents I and J *supra*, as they were filed as part of the supplementary application record prior to the May 10, 1996, deadline set by Justice McGillis, I am satisfied they are in compliance with the said timetable.

25 En ce qui concerne les huit (8) affidavits contenus dans le dossier de demande supplémentaire, comme ils ont été déposés après la date limite fixée par la Cour pour la fin des contre-interrogatoires, ils ne respectent pas l'horaire prévu. Quant aux documents restants, à savoir les documents I et J précités, je suis convaincu que, comme ils ont été déposés avec le dossier de demande supplémentaire avant la date limite du 10 mai 1996 fixée par le juge McGillis, ils respectent l'horaire en question.

26 In support of the Minister's objection to the filing of the affidavits, the Minister's counsel relied on the decision of Justice MacKay of this Court, in *Canadian Parks and Wilderness Society v. Banff National Park (Superintendent) et al.*<sup>22</sup> Justice MacKay dealt with a motion of an applicant in a judicial review application for leave to file an affidavit late. His Lordship set out the criteria to be applied in making such determinations as follows:

26 À l'appui de l'opposition du ministre au dépôt des affidavits, l'avocat du ministre invoque la décision rendue par le juge MacKay de notre Cour dans l'affaire *Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Parc national Banff (directeur) et autres*<sup>22</sup>. Le juge MacKay était saisi d'une requête présentée par l'auteur d'une demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir l'autorisation de déposer un affidavit après l'expiration du délai fixé. Le juge énonce dans les termes suivants les critères applicables lorsqu'il s'agit de rendre une telle décision:

[I]n my view the criteria there relied upon are applicable in this case, where leave is sought to file materials later than the date fixed by court order. Those requirements are that the court consider the reasons for the delay and the intrinsic worth of the affidavit, i.e. its relevance, admissibility and potential use to the court.<sup>23</sup>

[À] mon avis les critères employés dans cette affaire sont applicables à la présente espèce, où la Cour est saisie d'une demande de production de documents une fois expiré le délai qu'elle a fixé par ordonnance. Selon ces critères, la Cour doit examiner les raisons du retard de même que la valeur intrinsèque des affidavits, c'est-à-dire leur pertinence, leur recevabilité et leur utilité éventuelle pour la Cour<sup>23</sup>.

- 27 Accordingly, the Court must consider the reasons for the delay and the intrinsic worth of the affidavits. With respect to the reason for delay, at least five of the affidavits (documents B, C, D, E and F) and perhaps one other (document A) were sworn well in advance of the April 26, 1996, deadline set by Justice McGillis for conducting cross-examination on affidavits. However, the affidavits were not filed by Zündel until May 9, 1996. Zündel did not provide a reason for the delay. The remaining two affidavits (documents G and H) were sworn on May 9, 1996, the same day they were filed. However, again Zündel has not explained the reason for this delay.
- 27 Par conséquent, la Cour doit examiner les raisons du retard et la valeur intrinsèque des affidavits. Pour ce qui est de la raison du retard, au moins cinq des affidavits (les documents B, C, D, E et F) et peut-être un autre (le document A) ont été souscrits bien avant le 26 avril 1996, la date limite fixée par le juge McGillis pour la tenue des contre-interrogatoires sur les affidavits. Cependant, Zündel n'a produit les affidavits en question que le 9 mai 1996. Zündel n'a pas expliqué ce retard. Les deux autres affidavits (les documents G et H) ont été souscrits le 9 mai 1996 et ont été déposés le même jour. Mais, là encore, Zündel n'a pas expliqué la raison de ce retard.
- 28 With respect to the intrinsic worth of the affidavits, which involves a consideration of their relevance, it is the Minister's submission that the evidence sought to be adduced is of no relevance to the issue of bias before the Court in this application.
- 28 En ce qui concerne l'appréciation de la valeur intrinsèque des affidavits, laquelle appréciation implique l'examen de leur pertinence, le ministre affirme que les éléments de preuve que l'on cherchait à présenter ne sont pas pertinents à la question de la partialité qui est soumise à la Cour dans la présente demande.
- 29 The affidavits of Droege, D. Elliott, W. Elliott, Fischer, French, Lincoln and Mason (documents A-G) contain passages from the Heritage Front Report, which are followed by the affiant's statements concerning the accuracy or inaccuracy of the said passages. It seems clear that the purpose of this evidence is to attack the validity of the findings and statements of SIRC contained in the Heritage Front Report. Accordingly, I agree with the Minister that this evidence is irrelevant to the issues raised in this application for judicial review. The question to be determined herein is not whether the Heritage Front Report contains valid findings that are premised on fact. Rather, in these proceedings, what we are concerned with is whether or not statements previously made by SIRC give rise to a reasonable apprehension of bias with respect to the impugned proceedings. However, the question of whether the said statements are unfounded does not have to be addressed.
- 29 Les affidavits de Droege, D. Elliott, W. Elliott, Fischer, French, Lincoln et Mason (les documents A à G) renferment des extraits du rapport sur le Heritage Front, lesquels extraits sont suivis des déclarations des déposants au sujet de l'exactitude ou de l'inexactitude de ces extraits. Il semble évident que ces éléments de preuve visent à contester le bien-fondé des conclusions et des affirmations que fait le comité de surveillance dans le rapport sur le Heritage Front. Par conséquent, je suis d'accord avec le ministre pour dire que ces éléments de preuve ne sont pas pertinents aux questions soulevées dans la présente demande de contrôle judiciaire. La question à trancher en l'espèce n'est pas celle de savoir si le rapport sur le Heritage Front renferme des conclusions bien fondées qui reposent sur les faits. Dans la présente demande, la question à laquelle nous devons répondre est plutôt celle de savoir si les affirmations que le comité de surveillance a déjà faites suscitent une crainte raisonnable de partialité relativement à la procédure attaquée. Il n'est pas nécessaire d'aborder la question de savoir si les affirmations en question ne sont pas fondées.
- 30 Document H is an affidavit sworn by Zündel. Although much of the information contained therein
- 30 Le document H est un affidavit souscrit par Zündel. Bien qu'une grande partie des informations

may be relevant to the impugned proceedings before SIRC, it is irrelevant with respect to the application presently before this Court. In this application, the Court will not be making any findings with respect to the substantive issues that are before SIRC. The issue in this application is to determine whether SIRC has fulfilled its duty of fairness in the impugned proceedings before it. Accordingly, any evidence sought to be introduced that addresses the merits of the issues before SIRC is irrelevant to this application.

qu'il contient puissent être pertinentes à la procédure attaquée qui se déroule devant le comité de surveillance, les informations en question ne sont pas pertinentes à la demande dont notre Cour est présentement saisie. Dans la présente demande, la Cour ne tirera aucune conclusion au sujet des questions de fond qui sont soumises au comité de surveillance. La question qui se pose dans la présente demande est celle de savoir si le comité de surveillance a respecté son devoir d'agir équitablement dans la procédure attaquée qui se déroule devant lui. Par conséquent, tout élément de preuve que l'on tente de produire et qui porte sur le fond des points litigieux soumis au comité de surveillance n'est pas pertinent à la présente demande.

31 Additionally, paragraphs 7, 10 and 14 of document H possess another infirmity, in that they violate the rule precluding the admission of hearsay evidence, nor do they satisfy the criteria of necessity and reliability to qualify as an exception to that rule.<sup>24</sup>

31 De surcroît, les paragraphes 7, 10 et 14 du document H sont entachés d'un autre vice, en ce sens qu'ils enfreignent la règle d'exclusion de la preuve par ouï-dire et qu'ils ne satisfont pas aux critères de la nécessité et de la fiabilité qui doivent être respectés pour qu'on puisse faire exception à cette règle<sup>24</sup>.

32 For the aforesaid reasons, I am of the view that the eight (8) affidavits, documents A-H *supra*, do not meet the criteria for late admissibility set out in *Canadian Parks, supra*. Firstly, no satisfactory explanation was provided to account for the delay in filing. Secondly, these affidavits address an issue that is irrelevant to the issue before the Court in this application for judicial review. Accordingly, I will make an order striking out from the supplementary application record the eight (8) affidavits found at tabs A through H.<sup>25</sup>

32 Pour les motifs que je viens d'exposer, je suis d'avis que les huit (8) affidavits en question, à savoir les documents A à H susmentionnés, ne satisfont pas aux critères posés dans le jugement *Parcs du Canada*, précité, qui permettraient leur admissibilité tardive. En premier lieu, aucune explication satisfaisante n'a été donnée pour expliquer le dépôt tardif. En second lieu, ces affidavits abordent une question qui n'est pas pertinente à la question litigieuse soumise à la Cour dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire. Par conséquent, j'ordonnerai que les huit (8) affidavits qui se trouvent aux onglets A à H soient supprimés du dossier de demande supplémentaire<sup>25</sup>.

33 With respect to documents I and J *supra*, since they do not violate the timetable set out by Justice McGillis, I will permit them to be filed as part of Zündel's supplementary application record.<sup>26</sup> The supplementary memorandum of argument was not objected to by the Minister, and accordingly it will be admitted (tab K of the supplementary application record).

33 En ce qui concerne les documents I et J susmentionnés, comme ils ne contreviennent pas à l'horaire établi par le juge McGillis, je permettrai qu'ils soient produits avec le dossier de demande supplémentaire de Zündel<sup>26</sup>. Le ministre ne s'est pas opposé au mémoire supplémentaire exposant les points à débattre, qui sera par conséquent admis (onglet K du dossier de demande supplémentaire).

C. Application for Judicial Review, filed March 7, 1996, by Zündel

1. Is the affidavit of Barbara Kulaszka, filed on behalf of Zündel, inadmissible in part?

34 A preliminary issue to be addressed is the admissibility of the affidavit of Barbara Kulaszka (the Kulaszka affidavit), sworn March 4, 1996, filed on behalf of Zündel. The Minister has challenged the admissibility of numerous newspaper articles appended as exhibits to the Kulaszka affidavit as well as paragraph 18 thereof, on the basis that those portions of the affidavit contravene the rule against hearsay evidence.

35 The Kulaszka affidavit includes in Exhibits B, C and G over 30 newspaper articles relating to the Heritage Front Affair. I agree with the Minister's counsel that these articles are not admissible for the truth of their contents. However, I also agree with Zündel's counsel that they are admissible to the extent that they illustrate the media attention that was attracted by the Heritage Front Affair. I will therefore permit these exhibits to the Kulaszka affidavit to be admitted only as evidence of the fact that the Heritage Front Affair was given considerable media attention. However, they are not evidence of the "facts" contained therein.

36 The Minister also submitted that paragraph 18 of the Kulaszka affidavit was inadmissible hearsay.<sup>27</sup> I have reviewed the paragraph, taking into consideration the jurisprudence concerning the hearsay rule that has developed in the Federal Court decisions in *Éthier*<sup>28</sup> and *Lecoupe*.<sup>29</sup> In my view this paragraph is inadmissible as it is hearsay and does not fall within the exceptions to the hearsay rule set out in the jurisprudence referred to above.

37 Accordingly, I conclude that the Kulaszka affidavit is admissible in its entirety, with the exception of

C. Demande de contrôle judiciaire déposée le 7 mars 1996 par Zündel

1. L'affidavit de Barbara Kulaszka qui a été déposé pour le compte de Zündel est-il inadmissible en partie?

34 Une question préalable qu'il faut aborder est l'admissibilité de l'affidavit qui a été souscrit le 4 mars 1996 par Barbara Kulaszka (l'affidavit de Kulaszka) et qui a été déposé pour le compte de Zündel. Le ministre conteste l'admissibilité de nombreux articles de journaux qui ont été annexés à l'affidavit de Kulaszka, ainsi que le paragraphe 18 de l'affidavit en question, au motif que ces parties de l'affidavit contreviennent à la règle d'exclusion de la preuve par ouï-dire.

35 L'affidavit de Kulaszka comprend, à ses annexes B, C et G, une trentaine d'articles de journaux portant sur l'affaire du Heritage Front. Je suis d'accord avec l'avocat du ministre pour dire que ces articles ne peuvent être admis pour établir la véracité de leur contenu. Cependant, je suis également d'accord avec l'avocat de Zündel pour dire qu'ils sont admissibles dans la mesure où ils permettent d'illustrer l'attention que la presse écrite et parlée a accordée à l'affaire du Heritage Front. Je permettrai donc que ces annexes à l'affidavit de Kulaszka soient admises en preuve uniquement pour démontrer le fait que l'affaire du Heritage Front a fait l'objet d'une attention considérable de la part de la presse écrite et parlée. Elles ne peuvent toutefois servir à établir la véracité des «faits» qu'elles renferment.

36 Le ministre affirme également que le paragraphe 18 de l'affidavit de Kulaszka constitue du ouï-dire non admissible<sup>27</sup>. J'ai examiné ce paragraphe en tenant compte de la jurisprudence portant sur la règle d'exclusion du ouï-dire qui a été élaborée dans les décisions *Éthier*<sup>28</sup> et *Lecoupe*<sup>29</sup>. J'estime que ce paragraphe n'est pas admissible, étant donné qu'il constitue du ouï-dire et qu'il ne tombe pas sous le coup de l'exception à la règle d'exclusion du ouï-dire qui a été établie dans les décisions susmentionnées.

37 En conséquence, je conclus que l'affidavit de Kulaszka est admissible dans sa totalité, à l'except-

paragraph 18. With respect to the newspaper articles contained in Exhibits B, C and G of the Kulaszka affidavit, they are admissible only in so far as they establish the media attention given the Heritage Front Affair: they are not evidence of the truth of their contents.

2. Should the Court grant an order prohibiting SIRC from investigating and reporting to the Governor in Council on the Minister's report?

38 I would like to make it clear at the outset what the Court is being asked to decide. This application seeks an order to prohibit proceedings of a federal board, namely SIRC, pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act*. In this case, it is alleged that there is a reasonable apprehension of bias on the part of the federal board, SIRC, thereby breaching the duty of fairness toward Zündel, and on that basis, the SIRC proceedings should be prohibited. In deciding the prohibition issue, the Court is without jurisdiction to reach a conclusion with respect to the issues before SIRC in the impugned proceedings. Accordingly, the Court's reasons herein draw no conclusion with respect to the central issue in the SIRC proceedings, namely whether there are reasonable grounds to believe that Zündel will engage in activity that constitutes a threat to the security of Canada.

39 The issue before the Court in this application is a narrow one restricted to the facts of this case. The Court is only being asked to decide if, in the circumstances of this case, SIRC should be prohibited from carrying out the proceedings mandated by section 19 of the *Citizenship Act*.

i. The applicable test for bias

40 The first issue is to determine what test for bias is applicable to the case at bar. It is well established

tion du paragraphe 18. En ce qui concerne les articles de journaux contenus aux annexes B, C et G de l'affidavit de Kulaszka, ils ne sont admissibles que dans la mesure où ils établissent l'attention que la presse écrite et parlée a accordée à l'affaire du Heritage Front; ils ne peuvent servir à établir la véracité de leur contenu.

2. La Cour devrait-elle prononcer une ordonnance interdisant au comité de surveillance d'enquêter sur le rapport du ministre et d'en rendre compte au gouverneur en conseil?

38 Je tiens à bien préciser dès le départ ce que l'on demande à la Cour de décider. Par la présente demande, le requérant conclut au prononcé d'une ordonnance interdisant, en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la procédure d'un office fédéral, en l'occurrence le comité de surveillance. Dans le cas qui nous occupe, le requérant affirme qu'il existe une crainte raisonnable de partialité de la part de l'office fédéral, le comité de surveillance, lequel manque ainsi à son devoir d'agir équitablement envers Zündel et que, pour ce motif, la procédure du comité de surveillance devrait être interdite. Pour trancher la question de l'interdiction, la Cour n'a pas compétence pour tirer une conclusion au sujet des questions qui sont soumises au comité de surveillance dans la procédure attaquée. Par conséquent, la Cour ne tire aucune conclusion, dans les présents motifs, au sujet de la question centrale qui est posée dans le cadre de la procédure du comité de surveillance, c'est-à-dire la question de savoir s'il existe des motifs raisonnables de croire que Zündel se livrera à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada.

39 La question qui est soumise à la Cour dans la présente instance est une question étroite qui se borne aux faits de la présente affaire. On demande seulement à la Cour de décider si, eu égard aux circonstances de la présente affaire, on devrait interdire au comité de surveillance de poursuivre la procédure prévue à l'article 19 de la *Loi sur la citoyenneté*.

i. Le critère de partialité applicable

40 La première question à trancher est celle de savoir quel est le critère de partialité applicable en l'espèce.

law that administrative boards owe a duty of fairness to those whose interest they must determine. However, the courts have also recognized that the duty of fairness varies depending on the nature and function of the particular board.<sup>30</sup> The Supreme Court of Canada in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Public Utilities)*<sup>31</sup> recognized that the impartiality required of a board, as an element of the duty of fairness, also varies with the nature and function of the board. On one end of the spectrum are those boards with a primarily adjudicative function, while on the other end of the spectrum are those boards that perform a policy formation function. Justice Cory articulated the varying tests for bias that apply at the opposite ends of the spectrum:

It can be seen that there is a great diversity of administrative boards. Those that are primarily adjudicative in their functions will be expected to comply with the standard applicable to courts. That is to say that the conduct of the members of the board should be such that there could be no reasonable apprehension of bias with regard to their decision. At the other end of the scale are boards with popularly elected members such as those dealing with planning and development whose members are municipal councillors. With those boards, the standard will be much more lenient. In order to disqualify the members a challenging party must establish that there has been a pre-judgment of the matter to such an extent that any representations to the contrary would be futile. Administrative boards that deal with matters of policy will be closely comparable to the boards composed of municipal councillors. For those boards, a strict application of a reasonable apprehension of bias as a test might undermine the very role which has been entrusted to them by the legislature.

...

Further, 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. This does not of course mean that there are no limits to the conduct of board members. It is simply a confirmation of the principle that the courts must take a flexible approach to the problem so that the standard which is applied varies with the role and function of the Board which is being considered.<sup>32</sup>

Il est de jurisprudence constante que les organismes administratifs sont tenus d'agir équitablement envers les personnes sur les droits desquelles ils sont appelés à se prononcer. Cependant, les tribunaux ont également reconnu que l'obligation d'agir avec équité varie selon la nature et la fonction de l'organisme en question<sup>30</sup>. Ainsi, dans l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Public Utilities)*<sup>31</sup>, la Cour suprême du Canada a reconnu que l'impartialité exigée d'un corps administratif comme élément de l'obligation d'équité varie aussi selon la nature et la fonction de l'organisme. À une extrémité du spectre se trouvent les organismes qui remplissent des fonctions essentiellement juridictionnelles, tandis qu'à l'autre extrémité se situent ceux qui exercent une fonction d'élaboration de politiques. Le juge Cory a énoncé de la façon suivante les différents critères de partialité qui s'appliquent aux extrémités opposées du spectre:

De toute évidence, il existe une grande diversité de commissions administratives. Celles qui remplissent des fonctions essentiellement juridictionnelles devront respecter la norme applicable aux cours de justice. C'est-à-dire que la conduite des membres de la commission ne doit susciter aucune crainte raisonnable de partialité relativement à leur décision. À l'autre extrémité se trouvent les commissions dont les membres sont élus par le public. C'est le cas notamment de celles qui s'occupent de questions d'urbanisme et d'aménagement, dont les membres sont des conseillers municipaux. Pour ces commissions, la norme est nettement moins sévère. La partie qui conteste l'habilité des membres ne peut en obtenir la récusation que si elle établit que l'affaire a été préjugée au point de rendre vain tout argument contraire. Les commissions administratives qui s'occupent de questions de principe sont dans une large mesure assimilables à celles composées de conseillers municipaux en ce sens que l'application stricte du critère de la crainte raisonnable de partialité risquerait de miner le rôle que leur a précisément confié le législateur.

...

En outre, 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. Cela ne veut pas dire, évidemment, que la conduite des membres d'une commission n'est assujettie à aucune restriction. Il s'agit plutôt de la simple confirmation du principe suivant lequel les tribunaux doivent faire preuve de souplesse face à ce problème, de manière que la norme appliquée varie selon le rôle de la fonction de la commission en cause<sup>32</sup>.

- 41 Thus, at the adjudicative end of the spectrum the administrative board should conduct itself such that there could be no reasonable apprehension of bias with regard to their decision. The test is “whether a reasonably informed bystander could reasonably perceive bias on the part of an adjudicator.”<sup>33</sup> For ease of reference I shall refer to this as the “informed bystander” test.<sup>34</sup>
- 42 At the policy formation end of the spectrum, the test for bias is the more lenient standard that Justice Sopinka adopted in *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*,<sup>35</sup> which has been described as the “open mind” test. In order to demonstrate bias under the open mind test, it must be established that the board has prejudged the matter to the extent that any representations at variance with the view, which has been adopted, would be futile.<sup>36</sup>
- 43 Accordingly, the Court must decide which end of the spectrum most closely characterizes the function of SIRC in relation to the proceedings it is mandated to undertake pursuant to section 19 of the *Citizenship Act*. Not surprisingly, the Minister’s counsel and Zündel’s counsel made diametrically opposite submissions in this regard. Counsel for the Minister submitted that the question before SIRC, with respect to the impugned proceedings, was a question of policy, and as such SIRC’s function fell closer to the policy formation end of the spectrum.<sup>37</sup> Zündel’s counsel submitted that the role of SIRC, in this case, was adjudicative, and thus attracted the higher standard of impartiality mandated by the informed bystander test.<sup>38</sup>
- 44 In coming to a determination as to where on the spectrum SIRC’s function falls, it is instructive to examine the nature of the proceedings in issue. SIRC’s mandate under section 19 of the *Citizenship Act*, in the words of the Executive Director, is to conduct an investigation to determine whether there are reasonable grounds to believe that Zündel will engage in activity that constitutes a threat to the
- Ainsi, l’organisme administratif qui exerce des fonctions juridictionnelles devrait se comporter de façon à ce que sa décision ne suscite aucune crainte raisonnable de partialité. Le critère est celui de savoir «si un observateur relativement bien renseigné pourrait raisonnablement percevoir de la partialité chez un décideur»<sup>33</sup>. Pour simplifier les choses, je dirai qu’il s’agit du critère de «l’observateur renseigné»<sup>34</sup>.
- Dans le cas des organismes exerçant une fonction d’élaboration de politiques, le critère de partialité est la norme plus souple que le juge Sopinka a adoptée dans l’arrêt *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*<sup>35</sup> et qui a été appelée le critère de l’«esprit ouvert». Pour démontrer qu’il y a eu partialité selon ce critère, il faut établir que l’affaire a été préjugée, de sorte qu’il ne servirait à rien de présenter des opinions contredisant le point de vue adopté<sup>36</sup>.
- Par conséquent, la Cour doit déterminer à quelle extrémité du spectre se situent les fonctions du comité de surveillance en ce qui a trait à la procédure qu’il doit suivre aux termes de l’article 19 de la *Loi sur la citoyenneté*. Comme on pouvait s’y attendre, l’avocat du ministre et celui de Zündel font valoir des points de vue diamétralement opposés sur cette question. L’avocat du ministre soutient que la question que le comité de surveillance doit trancher dans la procédure attaquée est une question de politique, et que les fonctions de cet organisme s’apparentent davantage à des fonctions d’élaboration de politiques<sup>37</sup>. Pour sa part, l’avocat de Zündel affirme que le rôle du comité de surveillance en l’espèce est un rôle juridictionnel et que le comité est donc assujéti à la norme d’impartialité plus élevée découlant du critère de l’observateur bien renseigné<sup>38</sup>.
- Pour déterminer à quelle extrémité du spectre se situe le rôle du comité de surveillance, il est instructif d’examiner la nature de la procédure en question. Pour paraphraser le directeur administratif, la mission dont le comité de surveillance est investi aux termes de l’article 19 de la *Loi sur la citoyenneté* consiste à mener une enquête pour déterminer s’il existe des motifs raisonnables de croire que Zündel

security of Canada.<sup>39</sup> In accordance with the CSIS Act, the investigation is to be conducted in private. However, Zündel, CSIS and the Minister will be given an opportunity to make representations, submit evidence and be heard personally or by counsel, at a hearing.<sup>40</sup>

se livrera à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada<sup>39</sup>. Aux termes de la Loi sur le SCRS, l'enquête doit être menée à huis clos. Cependant, Zündel, le SCRS et le ministre ont l'occasion de présenter des arguments et des éléments de preuve et de se faire entendre personnellement ou par l'entremise de leurs avocats au cours de l'audience<sup>40</sup>.

45 On completion of the investigation, SIRC will make a report to the Governor in Council on all matters relating thereto and shall provide Zündel with the conclusions of the report. It is the Governor in Council who will, upon consideration of SIRC's report, decide whether or not to declare that there are reasonable grounds to believe that Zündel will engage in activity that constitutes a threat to the security of Canada. If such a declaration does issue, it will be determinative of Zündel's application for citizenship.

Au terme de son enquête, le comité de surveillance fait rapport de celle-ci au gouverneur en conseil et doit communiquer à Zündel les conclusions du rapport. C'est le gouverneur en conseil qui, après avoir examiné le rapport du comité de surveillance, détermine s'il y a lieu ou non de déclarer qu'il existe des motifs raisonnables de croire que Zündel se livrera à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Si cette déclaration est formulée, elle déterminera le sort de la demande de citoyenneté de Zündel.

46 It is not disputed that it is the Governor in Council, and not SIRC, that ultimately makes the decision as to whether or not there are reasonable grounds to believe that Zündel will engage in activity that constitutes a threat to the security of Canada. However, the role of SIRC should not be understated. It is SIRC that conducts a hearing at which it assesses the witnesses and weighs their evidence. It is before SIRC that the interested parties make their submissions. Finally, it is SIRC that synthesizes all of this information into a report. As subsection 19(6) of the *Citizenship Act* requires SIRC to provide Zündel with the "conclusions of the report", it is apparent that SIRC's report also necessarily includes SIRC's conclusions reached in the impugned proceedings. Furthermore, this is the only report that the Governor in Council is statutorily required to take into consideration before deciding whether or not to make a declaration, pursuant to subsection 20(1) of the *Citizenship Act*. Since there is no provision in the legislative scheme for Zündel to make representations directly to the Governor in Council, the hearing before SIRC is Zündel's only opportunity to challenge the allegations against him.

Il est admis de part et d'autre que c'est le gouverneur en conseil, et non le comité de surveillance, qui décide en fin de compte la question de savoir s'il existe ou non des motifs raisonnables de croire que Zündel se livrera à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Toutefois, le rôle du comité de surveillance ne doit pas être sous-estimé. C'est lui qui préside l'audience au cours de laquelle il évalue les témoins et apprécie leur témoignage. C'est aussi devant lui que les intéressés présentent leurs observations. Enfin, c'est le comité de surveillance qui fait la synthèse de toutes ces informations dans le rapport qu'il établit. Étant donné que le paragraphe 19(6) de la *Loi sur la citoyenneté* oblige le comité de surveillance à communiquer à Zündel les «conclusions du rapport», il est évident que ce rapport comprend nécessairement les conclusions tirées par le comité dans la procédure attaquée. De plus, c'est le seul rapport dont le gouverneur en conseil doit légalement tenir compte avant de déterminer s'il fera ou non la déclaration prévue au paragraphe 20(1) de la *Loi sur la citoyenneté*. Étant donné que la loi ne renferme aucune disposition permettant à Zündel de faire valoir son point de vue directement au gouverneur en conseil, l'audience tenue devant le comité de surveillance est la seule

47 To summarize, although SIRC is not the ultimate decision-maker as to whether there are reasonable grounds to believe that Zündel will engage in activity that constitutes a threat to the security of Canada, SIRC plays a vital and paramount role in that determination.

48 The Minister's counsel admitted that SIRC has an "adjudicative function in respect of an important issue, namely the right of an individual to remain in Canada to become a citizen of this country."<sup>41</sup> However, he further submitted that since that determination is made in the "broader context of whether or not the conduct of the individual constitutes a threat to the security of Canada" it is clearly a question of policy. Thus, in the Minister's submission, the function of SIRC falls closer to the policy formation end of the spectrum.<sup>42</sup>

49 The Supreme Court of Canada in *Old St. Boniface, supra*, and *Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)*,<sup>43</sup> which were heard together, applied the open mind test for bias. In both of those cases, the issue was whether a municipal councillor (alderman) was disqualified by reason of bias. The Court held that the functions being performed by the municipal councillors were of the policy formation nature, and accordingly the more lenient open mind test was applicable.

50 In *Old St. Boniface*, bias was alleged with respect to a municipal councillor in his capacity as Chairman of a committee. The function of the committee was to hear representations from interested persons with respect to rezoning applications, and then make a recommendation on the application. Similarly, in *Save Richmond Farmland*, the issue was whether a municipal alderman was disqualified by bias from participating in a decision with respect to a zoning by-law. It is these functions that the Court, correctly

occasion qui lui est donnée de contester les allégations dont il fait l'objet.

Bref, bien que le comité de surveillance ne décide pas en dernière analyse s'il existe des motifs raisonnables de croire que Zündel se livrera à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada, il joue un rôle capital dans cette décision.

L'avocat du ministre reconnaît que le comité de surveillance exerce une [TRADUCTION] «fonction juridictionnelle à l'égard d'une question importante, à savoir le droit d'une personne de rester au Canada afin d'en devenir citoyen»<sup>41</sup>. Toutefois, il ajoute que, étant donné que cette décision est prise dans [TRADUCTION] «le contexte plus général de la question de savoir si la conduite de l'individu constitue une menace envers la sécurité du Canada», il s'agit indéniablement d'une question de politique. Par conséquent, selon le ministre, la fonction du comité de surveillance s'apparente davantage à des fonctions d'élaboration des politiques<sup>42</sup>.

Dans les arrêts *Vieux St-Boniface*, précité, et *Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton)*<sup>43</sup>, qui ont été entendus ensemble, la Cour suprême du Canada a appliqué le critère de l'esprit ouvert pour trancher la question de la partialité. Dans ces deux affaires, il s'agissait de savoir si un conseiller municipal (échevin) était inhabile à exercer sa charge pour cause de partialité. La Cour a statué que les fonctions exercées par les conseillers municipaux appartenaient à la catégorie de l'élaboration des politiques, de sorte que le critère de l'esprit ouvert, plus souple, s'appliquait.

Dans l'affaire *Vieux St-Boniface*, un conseiller municipal agissant comme président d'un comité était accusé de partialité. La fonction du comité consistait à entendre les observations des intéressés au sujet des demandes de modification de zonage et à formuler une recommandation concernant les demandes en question. Dans l'affaire *Save Richmond Farmland*, la question qui se posait consistait elle aussi à savoir si un échevin municipal était inhabile, pour cause de partialité, à participer à une décision

47

48

49

50

in my view, characterized as falling on the policy formation end of the spectrum.

concernant un règlement de zonage. Ce sont ces fonctions que la Cour a qualifiées à bon droit, à mon avis, de fonctions faisant partie de l'élaboration des politiques.

51. In a subsequent case before the Supreme Court of Canada, *Nfld. Telephone, supra*, the Court characterized the functions of a public utilities board as coming closer to the policy formation or legislative end of the spectrum.<sup>44</sup>

Dans l'affaire *Nfld. Telephone*, précitée, qui a été entendue subséquemment, la Cour suprême du Canada a dit que les fonctions d'une commission de services publics s'apparentaient davantage à des fonctions d'élaboration des politiques ou à des fonctions législatives<sup>44</sup>. 51

52. In my view, the function of SIRC, pursuant to section 19 of the *Citizenship Act*, comes closer to the adjudicative end of the spectrum. This is not a case where there is an elected board that functions to make legislative decisions that are binding on the public at large, as in *Old St. Boniface* and *Save Richmond Farmland*. Nor is it a case of an appointed board performing a watchdog role over a public utility, as in *Nfld. Telephone*. Rather, the issue before SIRC is whether, in respect of a specific individual who has applied for citizenship, namely Mr. Ernst Zündel, there are reasonable grounds to believe that he will engage in activity that constitutes a threat to the security of Canada. If the ultimate outcome of the SIRC proceedings is a declaration by the Governor in Council to this effect, then Zündel cannot be granted citizenship, until the said declaration expires. The fate of Zündel's Canadian citizenship, and all the privileges and obligations that it encompasses, is at stake.

À mon avis, les fonctions dont le comité de surveillance est investi en vertu de l'article 19 de la *Loi sur la citoyenneté* se rapprochent davantage des fonctions juridictionnelles. Il ne s'agit pas d'une situation où un organisme élu prend des décisions législatives qui lient le grand public, comme c'était le cas dans les arrêts *Vieux St-Boniface* et *Save Richmond Farmland*. Il ne s'agit pas non plus d'un cas où un organisme désigné exerce un rôle de surveillance à l'égard d'une entreprise de services publics, comme dans l'affaire *Nfld. Telephone*. La question dont le comité de surveillance est saisi en l'espèce est plutôt celle de savoir si, dans le cas d'un individu déterminé qui a demandé la citoyenneté, en l'occurrence, Ernst Zündel, il existe des motifs raisonnables de croire qu'il se livrera à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité au Canada. Si la procédure du comité de surveillance se solde par une déclaration en ce sens du gouverneur en conseil, Zündel ne pourra obtenir la citoyenneté avant que la déclaration en question ne devienne caduque. Le sort de la demande de citoyenneté canadienne de Zündel et des privilèges et obligations qui en découlent est en jeu. 52

53. Accordingly, in my view, the function of SIRC, in the proceedings mandated by section 19 of the *Citizenship Act*, attracts the standard of impartiality required by the informed bystander test.

En conséquence, je suis d'avis que la fonction qu'exerce le comité de surveillance dans le cadre de la procédure prévue à l'article 19 de la *Loi sur la citoyenneté* est assujettie à la norme d'impartialité exigée par le critère de l'observateur bien renseigné. 53

ii. Application of the informed bystander test for bias

ii. Application du critère de l'observateur bien renseigné à la question de la partialité

54. It is Zündel's submission that the views of SIRC espoused in the Heritage Front Report give rise to a

Zündel soutient que les opinions défendues par le comité de surveillance dans le rapport sur le 54

reasonable apprehension of bias of SIRC against him. The Heritage Front Report makes reference to Zündel in at least twenty (20) different passages.<sup>45</sup> The content of these references will be discussed in detail later in these reasons. Although the Minister does rely on the Heritage Front Report to support the allegations against Zündel, it makes no difference, in my view, whether the Heritage Front Report is tendered as evidence at the SIRC hearing. The fact remains that SIRC authored the report and made the statements contained therein.

55 As noted *supra*, Zündel sought to adduce evidence that attacked the validity of the findings in the Heritage Front Report, in support of this application. I have already concluded that this evidence is inadmissible since it is irrelevant to the issue before the Court in this application. The Court, in this application, does not have to decide whether SIRC's findings in the Heritage Front Report are valid. What is important to this application is the fact that SIRC has made those findings. The question to be determined here is whether, because of SIRC's statements in the Heritage Front Report, there is a reasonable apprehension of bias against Zündel with respect to the proceedings now before SIRC, pursuant to section 19 of the *Citizenship Act*.

56 I shall now set out the allegations against Zündel that are contained in the statement of circumstances, *supra*, which SIRC provided to him. Pursuant to subsection 19(5) of the *Citizenship Act*, the purpose of providing the citizenship applicant with the statement of circumstances is to enable the person to be as fully informed as possible of the circumstances that gave rise to the Minister's report. The statement of circumstances provided to Zündel is a 2½ page document. Rather than reproduce it in its entirety, I have excerpted the following passages, which include the various allegations made against Zündel.

Heritage Front suscitent une crainte raisonnable de partialité du comité à son endroit. Le rapport en question comporte au moins vingt (20) allusions différentes<sup>45</sup> à Zündel, que je commenterai plus longuement ci-après. Bien que le ministre invoque le rapport en question au soutien des allégations formulées contre Zündel, il importe peu, à mon sens, que le rapport sur le Heritage Front soit présenté ou non en preuve au cours de l'audience du comité de surveillance. En effet, il est indéniable que le comité de surveillance est l'auteur du rapport et que c'est lui qui fait les déclarations qui y sont formulées.

Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, Zündel a tenté, au soutien de la présente demande, de présenter des éléments de preuve visant à mettre en doute le bien-fondé des conclusions qui sont énoncées dans le rapport sur le Heritage Front. J'ai déjà conclu que ces éléments de preuve ne sont pas admissibles, parce qu'ils ne sont pas pertinents à la question dont la Cour est saisie en l'espèce. Il ne s'agit pas ici de déterminer si les conclusions que le comité de surveillance a formulées dans le rapport sur le Heritage Front sont bien fondées. Ce qui importe aux fins de la présente demande, c'est le fait que c'est le comité de surveillance qui a tiré ces conclusions. La question à trancher en l'espèce est celle de savoir si les déclarations que le comité de surveillance a formulées dans le rapport suscitent une crainte raisonnable de partialité contre Zündel à l'égard de la procédure qui se déroule présentement devant le comité de surveillance sous le régime de l'article 19 de la *Loi sur la citoyenneté*.

J'en arrive maintenant aux allégations visant Zündel qui se trouvent dans le résumé des informations, précité, que le comité de surveillance lui a remis. Aux termes du paragraphe 19(5) de la *Loi sur la citoyenneté*, le résumé des informations est remis à la personne qui demande la citoyenneté pour lui permettre d'être informée le mieux possible des circonstances qui ont donné lieu à l'établissement du rapport du ministre. Le résumé qui a été remis à Zündel est un document de deux pages et demie. Plutôt que de le reproduire en entier, j'ai décidé d'en citer les extraits suivants, qui renferment les différentes allégations formulées contre Zündel:

1. The Canadian Security Intelligence Service has asserted that that [sic] there are reasonable grounds to believe that Ernst Christof Friedrich Zündel will engage in activity that constitutes a threat to the security of Canada in that:

- a) Mr. Zündel plays an important leadership role within the white supremacist movement in Canada. He is considered the patriarch of the neo-Nazi white supremacist movement and is often approached for advice and ideological support by other white supremacists.
- b) Mr. Zündel espouses radical right-wing causes and is a leading distributor of revisionist neo-Nazi propaganda world-wide.
- c) Mr. Zündel maintains white supremacist contacts internationally and channels money through these contacts to promote his cause.
- d) Mr. Zündel has supported the use of violence against persons or property as a method to achieve his political goal.
- e) Mr. Zündel has been associated with and has supported groups and individuals that have engaged in and may engage in acts of serious violence in the furtherance of common political objectives.

...

According to the Service, Mr. Zündel's activities were assessed in the context of the hostile white supremacist environment in which he promotes his revisionist ideology. In that context, Mr. Zündel operates a publishing company, "Samisdat Publishing Organization" which is one of the world's major sources of Holocaust denial material including German language publications which feed the fires of hatred in Central Europe. Mr. Zündel is known internationally for publishing militant revisionist material proclaiming that the Holocaust is a hoax. . . . Mr. Zündel also broadcasts anti-semitic propaganda via short-wave radio to North America and Europe and a neo-Nazi revisionist program via satellite television.

...

The Service believes that Mr. Zündel continues to utilize Canada as his "secure base of operations" for promoting the white supremacist movement in Germany and other countries. He maintains contacts in many of these countries and channels money through them to support white supremacist activities and assist those who promote them.

[TRANSDUCTION] 1. Le Service canadien du renseignement de sécurité a fait valoir qu'il existe des motifs raisonnables de croire que M. Ernst Christof Friedrich Zündel se livrera à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada du fait que:

- a) M. Zündel joue un rôle de chef de file au sein du mouvement en faveur de la suprématie blanche au Canada. Il est considéré comme le patriarche du mouvement néonazi en faveur de la suprématie blanche et est souvent consulté pour donner des conseils et fournir une aide idéologique à d'autres tenants de la suprématie blanche.
- b) M. Zündel défend des causes d'extrême droite et est un distributeur clé de propagande néonazie révisionniste à l'échelle mondiale.
- c) M. Zündel entretient des liens avec des tenants de la suprématie blanche un peu partout dans le monde et achemine de l'argent par l'entremise de ces personnes pour promouvoir sa cause.
- d) M. Zündel a appuyé le recours à la violence contre des personnes ou des biens pour atteindre son objectif politique.
- e) M. Zündel a été associé et a donné son appui à des groupes et à des individus qui ont commis et sont susceptibles de commettre des actes de violence grave pour atteindre des objectifs politiques communs.

...

Selon le Service, les activités de M. Zündel ont été évaluées dans le contexte de l'environnement hostile des tenants de la suprématie blanche dans lequel il cherche à promouvoir son idéologie révisionniste. Dans ce contexte, M. Zündel exploite une entreprise d'édition, la «Samisdat Publishing Organization», qui est l'un des plus grands producteurs mondiaux de documents niant l'existence de l'Holocauste, y compris des publications en allemand qui alimentent les foyers de haine en Europe centrale. M. Zündel est connu à l'échelle internationale pour avoir publié des écrits révisionnistes dénonçant l'Holocauste comme un canular [. . .] M. Zündel diffuse également de la propagande antisémite sur radio ondes courtes en Amérique du Nord et en Europe ainsi qu'une émission des tenants du révisionnisme néonazi par la télévision satellite.

...

Le Service estime que M. Zündel continue à utiliser le Canada comme «base d'activités sûre» pour promouvoir le mouvement en faveur de la suprématie blanche en Allemagne et ailleurs. Il entretient des liens dans plusieurs de ces pays et achemine de l'argent par leur entremise pour appuyer les activités des tenants de la suprématie blanche et aider ceux qui en font la promotion.

...  
 As a consequence of Mr. Zündel's participation, involvement and support of the neo-Nazi/white supremacist movement in Canada to achieve a political objective, in Canada and elsewhere, the Service advised the Minister that that [sic] there were reasonable grounds to believe that Mr. Zündel is in a position to direct his followers to commit acts of serious violence, and therefore will continue to engage in activities that constitute a threat to the security of Canada as defined in subsection 2(c) of the *CSIS Act*.<sup>46</sup>

57 Accordingly, it seems clear that the circumstances *supra*, lead the Minister to report that he had reasonable grounds to believe that Zündel would engage in activities that constitute a threat to the security of Canada. It follows that Zündel will seek to refute the allegations therein, in order to persuade SIRC that there are in fact no reasonable grounds to believe that he will engage in such activity.

58 As noted *supra*, the Heritage Front Report contains numerous references to Zündel. In my view, the strongest statements made in regard to Zündel are contained in the following passages:

The individuals and groups defended by this organization are generally from the radical right and include such Holocaust deniers as Ernst Zündel, Jim Keegstra and Malcolm Ross . . . .

Like a "floating crap game", people gravitated from hate literature publisher Ernst Zündel to high school teacher Paul Fromm to Don Andrews and back over time.

...  
 Of greater significance that month, Wolfgang Droege and Ernst Zündel, the Holocaust Denier and prolific publisher of hate literature, appeared together publicly at a Heritage Front meeting . . . .

According to the Toronto Region Investigator, Holocaust denier Ernst Zündel sometimes asked for information to be collected and, after approval by Droege, the Source would appear to carry out the request . . . .

That month, Wolfgang Droege and Ernst Zündel, Holocaust denier and prolific publisher of hate literature, met

...  
 En raison de la participation de M. Zündel au mouvement néonazi et au mouvement en faveur de la suprématie blanche au Canada et de l'appui qu'il donne à ce mouvement pour atteindre un objectif politique, au Canada et ailleurs, le Service a informé le ministre de l'existence de motifs raisonnables de croire que M. Zündel est en mesure d'inciter ses disciples à commettre des actes de violence grave et qu'il continuera par conséquent à se livrer à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada au sens de l'alinéa 2c) de la *Loi sur le SCRS*.<sup>46</sup>

57 Il semble donc évident que les circonstances susmentionnées ont incité le ministre à conclure dans son rapport qu'il avait des motifs raisonnables de croire que Zündel se livrerait à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Il s'ensuit que Zündel tentera de réfuter les allégations contenues dans ce rapport pour convaincre le comité de surveillance qu'il n'existe en réalité aucun motif raisonnable de croire qu'il se livrera à des activités de cette nature.

58 Comme je l'ai déjà mentionné, le rapport sur le Heritage Front mentionne le nom de Zündel à plusieurs reprises. À mon avis, les allégations les plus graves qui ont été formulées au sujet de Zündel se trouvent dans les extraits suivants:

[TRADUCTION] Les groupes et les individus que cette organisation défend proviennent généralement de l'extrême droite et comprennent des personnes qui nient l'existence de l'Holocauste, comme Ernst Zündel, Jim Keegstra et Malcolm Ross . . . .

Tout comme dans un «jeu de hasard qui change de lieu chaque jour», les gens allaient de l'éditeur de littérature haineuse Ernst Zündel à l'enseignant de niveau secondaire Paul Fromm et à Don Andrews et revenaient à eux.

...  
 Qui plus est, au cours du même mois, Wolfgang Droege et Ernst Zündel, l'éditeur prolifique de littérature haineuse qui nie l'existence de l'Holocauste, se sont présentés ensemble en public à une réunion du Heritage Front . . . .

Selon l'enquêteur de la région de Toronto, l'éditeur Ernst Zündel, qui nie l'existence de l'Holocauste, a demandé à l'occasion que l'on recueille des renseignements et il semble qu'une fois que Droege avait approuvé la demande, la source y donnait suite . . . .

Au cours de ce même mois, Wolfgang Droege et Ernst Zündel, l'éditeur prolifique de littérature haineuse qui nie

publicly at a Heritage Front meeting . . . .

As we have stated in our report, the members of racist groups, for example, go from one organization to another for a variety of reasons and the groups form and re-form under different names. Today's Heritage Front member is tomorrow's Nationalist Party of Canada member or a follower of Ernst Zündel or, more likely in view of recent court cases in North America, an aggressive racist who claims that he belongs to no particular group in order to avoid prosecution . . . .

Finally, we would like to put on the record our unshakeable conviction that the Government of Canada, through all means at its disposal, should continue to ensure that it is always aware of what is going on within extreme right wing racist and Neo-Nazi groups. Canadians should never again repeat the mistakes of the past by underestimating the potential for harm embodied in hate-driven organizations.<sup>47</sup> [Emphasis added.]

59 In the above passages, SIRC has labelled Zündel as a Holocaust denier, hate literature publisher and member of the radical right. SIRC also put Zündel in a category with members of the Heritage Front, Nationalist Party of Canada and aggressive racists. In essence, SIRC characterized Zündel as a radical right wing racist. SIRC then proceeded to put on the record its unshakeable conviction that the Government should continue to ensure that it is always aware of what is going on within extreme right wing racist groups, as Canada should never underestimate the potential for harm embodied in hate-driven organizations.

60 In my view, the inescapable inference to be drawn from SIRC's characterization of Zündel is that he is included in, or akin to, the extreme right wing racist groups and the hate-driven organizations. In respect of those organizations SIRC clearly warned Canada of their great potential for harmful activity.

61 In addition to the passages from the Heritage Front Report *supra*, there are several instances throughout the report where SIRC recounts activities

l'existence de l'Holocauste, se sont rencontrés en public au cours d'une réunion du Heritage Front . . .

Comme nous l'avons mentionné dans notre rapport, les membres de groupes racistes, par exemple, passent d'une organisation à une autre pour toutes sortes de raisons et les groupes se forment et se reforment sous des noms différents. La personne qui est aujourd'hui membre du Heritage Front sera demain membre du Nationalist Party of Canada ou disciple d'Ernst Zündel ou, plus vraisemblablement, compte tenu des récentes décisions judiciaires rendues en Amérique du Nord, un raciste agressif qui soutient n'appartenir à aucun groupe particulier afin d'éviter toute poursuite . . .

Enfin, nous aimerions consigner au dossier notre conviction inébranlable selon laquelle le gouvernement du Canada devrait, par tous les moyens dont il dispose, continuer à s'assurer qu'il sait ce qui se passe au sein des groupes néonazis et des groupes racistes d'extrême droite. Les Canadiens ne devraient en aucun cas répéter les erreurs du passé en sous-estimant la menace que représentent les organisations mues par la haine<sup>47</sup>. [Passages non soulignés dans l'original.]

59 Dans les extraits qui précèdent, le comité de surveillance qualifie Zündel d'éditeur de propagande haineuse et de membre de l'extrême droite qui nie l'existence de l'Holocauste. Il l'a également classé dans la catégorie des membres du Heritage Front, du Nationalist Party of Canada et des racistes agressifs. Le comité de surveillance décrit essentiellement Zündel comme un raciste d'extrême droite. Le comité de surveillance a ensuite consigné au dossier sa conviction inébranlable selon laquelle le gouvernement devrait s'assurer en tout temps qu'il sait ce qui se passe au sein des groupes racistes d'extrême droite, car le Canada ne devrait en aucun temps sous-estimer la menace que représentent les organisations mues par la haine.

60 À mon avis, il est indéniable que le comité de surveillance considère Zündel comme une personne qui fait partie des groupes racistes d'extrême droite et des organisations mues par la haine ou qui s'y apparente. Dans le cas de ces organisations, le comité de surveillance a prévenu clairement le Canada du grand risque qu'elles représentaient.

61 Outre les extraits précités du rapport sur le Heritage Front, le comité de surveillance a relaté à plusieurs endroits du rapport des activités et des décla-

of and statements said to have been made by Zündel, including only in footnote form Zündel's denial of the said activities and statements.<sup>48</sup> With respect to these instances, it is apparent that SIRC has accepted information received from others over that provided by Zündel. Thus, SIRC has had an opportunity to assess the credibility of Zündel and has found him, in several instances, to lack credibility.

62 The question remains as to whether the above statements and findings of SIRC establish a reasonable apprehension of bias in accordance with the informed bystander test. The statement of circumstances makes a number of allegations from which it is alleged there are reasonable grounds to believe Zündel will engage in activity that constitutes a threat to the security of Canada. A comparison of those allegations and SIRC's statements in the Heritage Front Report reveals the following parallels:

1. The statement of circumstances alleges that Zündel "espouses radical right-wing causes."

The Heritage Front Report includes Zündel in the "radical right".

2. The statement of circumstances alleges that Zündel operates a publishing company, which is one of the world's major sources of Holocaust denial material and which feeds the fires of hatred in Central Europe.

The Heritage Front Report repeatedly refers to Zündel as a "Holocaust denier" and a publisher of "hate literature".

3. The statement of circumstances alleges Zündel broadcasts anti-semitic propaganda.

The Heritage Front Report groups Zündel in the same category as "aggressive racists."

rations qui auraient été faites par Zündel, en se contentant d'indiquer dans une note infrapaginale que Zündel niait lesdites activités et déclarations<sup>48</sup>. Il semble que le comité de surveillance ait accepté dans ces cas les renseignements obtenus de certaines personnes de préférence à ceux qui avaient été fournis par Zündel. Le comité de surveillance a donc eu l'occasion d'évaluer la crédibilité de Zündel et a jugé, dans bien des cas, que celui-ci manquait de crédibilité.

Reste encore à savoir si les déclarations et conclusions susmentionnées du comité de surveillance suscitent une crainte raisonnable de partialité selon le critère de l'observateur bien renseigné. Le résumé des informations renferme un certain nombre d'allégations qui permettraient raisonnablement de croire que Zündel se livrera à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Une comparaison entre ces allégations et les déclarations que le comité de surveillance a formulées dans le rapport sur le Heritage Front permet d'établir les parallèles suivants:

1. Dans le résumé des informations, le ministre allègue que Zündel [TRADUCTION] «défend des causes d'extrême droite».

Selon le rapport sur le Heritage Front, Zündel fait partie de «l'extrême droite».

2. Dans le résumé des informations, le ministre allègue que Zündel exploite une entreprise d'édition qui constitue l'un des plus grands producteurs au monde de publications niant l'existence de l'Holocauste et qui alimentent les foyers de haine en Europe centrale.

Dans le rapport sur le Heritage Front, Zündel est décrit à maintes reprises comme un éditeur de «littérature haineuse» qui «nie l'existence de l'Holocauste».

3. Dans le résumé des informations, le ministre allègue que Zündel diffuse de la propagande antisémite.

Dans le rapport sur le Heritage Front, Zündel est classé dans la catégorie des «racistes agressifs».

4. The statement of circumstances alleges that as a consequence of “Zündel’s participation, involvement and support of the neo-Nazi/white supremacist movement in Canada to achieve a political objective . . . there were reasonable grounds to believe that Mr. Zündel is in a position to direct his followers to commit acts of serious violence.” [Emphasis added.]

The Heritage Front Report articulated SIRC’s unshakeable conviction that Canada should continue to ensure it is always aware of what is going on within extreme right wing racist and neo-Nazi groups, and that Canadians should never again underestimate the potential for harm embodied in hate-driven organizations. As SIRC had earlier in the Heritage Front Report characterized Zündel as part of the radical right wing and as a racist and publisher of hate literature, it can be inferred that SIRC also is of the view that embodied in Zündel’s statements and activities is the potential for harm referred to *supra*.

63 In my view, the above statements of SIRC in the Heritage Front Report are more than sufficient to cause an informed person, viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through to conclude there is a reasonable apprehension of bias of SIRC toward Zündel. Accordingly, I am satisfied that the informed bystander test for bias has been met.

64 This conclusion is undoubtedly sufficient to dispose of this matter. However, I think it necessary, in the unusual circumstances of this case, to make some additional observations. In my view, some of SIRC’s statements *supra*, go beyond the informed bystander test. In reality, they demonstrate a pre-judgment of issues before SIRC in the impugned proceedings. Accordingly, in order to refute the allegations against him, Zündel would have to convince SIRC that the views SIRC previously professed are unfounded. The foreword to the Heritage

4. Dans le résumé des informations, le ministre allègue qu’en raison de la [TRADUCTION] «participation de Zündel au mouvement néonazi et au mouvement de la suprématie blanche au Canada pour atteindre un objectif politique . . . il existe des motifs raisonnables de croire que M. Zündel est en mesure d’inciter ses disciples à commettre des actes de violence grave». [Mots non soulignés dans l’original.]

Dans le rapport sur le Heritage Front, le comité de surveillance fait état de sa conviction inébranlable selon laquelle le Canada devrait continuer à se tenir constamment au courant de ce qui se passe au sein des groupes néonazis et des groupes racistes d’extrême droite et rappelle que les Canadiens ne devraient en aucun cas sous-estimer la menace que représentent les organisations mues par la haine. Étant donné que le comité de surveillance avait précédemment décrit Zündel, dans ce même rapport, comme un membre de l’extrême droite, un raciste et un éditeur de propagande haineuse, il est permis de conclure que le comité est également d’avis que les déclarations et activités de Zündel créent un risque semblable à celui qui est mentionné ci-dessus.

À mon avis, les déclarations susmentionnées que le comité de surveillance a formulées dans le rapport sur le Heritage Front suffisent amplement à inciter une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, à conclure à l’existence d’une crainte raisonnable de partialité de la part du comité de surveillance à l’endroit de Zündel. Par conséquent, je suis d’avis que le critère de l’observateur bien renseigné a été respecté. 63

Cette conclusion suffit sans doute à trancher le litige en l’espèce. Cependant, compte tenu des circonstances inhabituelles de la présente affaire, il m’apparaît nécessaire d’ajouter quelques commentaires. À mon avis, certaines des déclarations susmentionnées du comité de surveillance vont au-delà du critère de l’observateur bien renseigné. En réalité, elles démontrent que le comité de surveillance avait tranché à l’avance les questions dont il est saisi dans la procédure attaquée. En conséquence, pour réfuter les allégations formulées contre lui, Zündel aurait à 64

Front Report describes the importance of the report in the following paragraph excerpted therefrom:

What sets this report apart from all the other reports we have sent to the Solicitor General is the fact that most of it, perhaps all of it, will be made public. This will occur because the allegations against CSIS were so serious that the Security Intelligence 'system' established by Parliament in 1984 was in danger of losing the public's trust. Readers of the "*Heritage Front Affair*" will be able to judge for themselves the effectiveness of the accountability procedures put in place by the *CSIS Act*, and the Review Committee's role in that structure.<sup>49</sup>

65 The Executive Director attempted to alleviate Zündel's concerns of bias by advising him that SIRC is not bound to take into consideration any position previously taken by SIRC.<sup>50</sup> However, in my view, taking into consideration the context in which the Heritage Front Report was written, a reasonable apprehension of bias is created by putting Zündel in the position of having to persuade the same committee that made the statements and findings in the Heritage Front Report that they are in fact unfounded.

66 It was submitted by SIRC's counsel that SIRC as a whole could not be biased because an entire agency could not be tainted by bias.<sup>51</sup> In support of this submission SIRC relied on the B.C. Court of Appeal decision in *Bennett v. British Columbia (Securities Commission)*.<sup>52</sup> In the case at bar, the basis of the reasonable apprehension of bias of SIRC toward Zündel is a report, namely, the Heritage Front Report, which was prepared by all the members of SIRC.<sup>53</sup> Moreover, the member of SIRC who was to conduct the impugned proceedings, Mr. Jacques Courtois, P.C., Q.C.,<sup>54</sup> was sitting as a member of SIRC when the Heritage Front Report was written.<sup>55</sup> However, even so, taking into consideration that all of the members of SIRC were responsible for the Heritage Front Report and the context in which it was written, discussed *supra*, I do not find this argument of SIRC persuasive on the undisputed facts of this case.

convaincre le comité de surveillance que les opinions que le comité de surveillance a précédemment formulées ne sont pas fondées. L'importance du rapport sur le Heritage Front ressort de l'extrait suivant de l'avant-propos du rapport en question:

[TRADUCTION] Ce qui distingue le présent rapport de tous les autres rapports que nous avons fait parvenir au solliciteur général, c'est le fait que la majeure partie, sinon la totalité, en sera rendue publique. En effet, les allégations formulées contre le SCRS sont tellement graves que le «système» du renseignement de sécurité que le Parlement a créé en 1984 risquait de perdre la confiance du public. Les lecteurs de «l'affaire *Heritage Front*» pourront juger par eux-mêmes de l'efficacité du processus de responsabilisation mis en place par la *Loi sur le SCRS* et le rôle du comité de surveillance dans cette structure<sup>49</sup>.

65 Le directeur administratif a tenté d'apaiser les craintes de partialité de Zündel en lui expliquant que le comité de surveillance n'était nullement lié par les positions qu'il avait précédemment adoptées<sup>50</sup>. Cependant, à mon avis, compte tenu du contexte dans lequel le rapport sur le Heritage Front a été rédigé, il existe une crainte raisonnable de partialité du fait que Zündel doit convaincre le même comité qui a formulé les déclarations et les conclusions dans le rapport en question qu'en réalité, celles-ci ne sont pas fondées.

66 L'avocat du comité de surveillance soutient que celui-ci ne peut pas être accusé de partialité, parce que ses membres ne peuvent pas tous faire montre de partialité<sup>51</sup>. À l'appui de cet argument, le comité de surveillance invoque l'arrêt que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rendu dans l'affaire *Bennett v. British Columbia (Securities Commission)*<sup>52</sup>. Dans la présente affaire, le fondement de la crainte raisonnable de partialité que Zündel dit ressentir réside dans le rapport sur le Heritage Front, qui a été rédigé par tous les membres du comité de surveillance<sup>53</sup>. De plus, le membre du comité de surveillance qui devait présider la procédure contestée, Jacques Courtois, c.r.<sup>54</sup>, siégeait comme membre du comité de surveillance lorsque le rapport sur le Heritage Front a été rédigé<sup>55</sup>. Cependant, compte tenu du fait que le rapport en question est l'œuvre de tous les membres du comité de surveillance ainsi que du contexte dans lequel il a été écrit, lequel contexte est commenté plus haut, cet argument du

- 67 Finally, before I dispose of this issue, I must address the submissions of SIRC with respect to the Supreme Court of Canada decision in *Brosseau v. Alberta Securities Commission*.<sup>56</sup> In *Brosseau*, the Court held that a reasonable apprehension of bias did not arise on account of the Chairman of the Alberta Securities Commission performing the dual role of investigator and adjudicator, because the overlap of functions was authorized by the statute. Justice L'Heureux-Dubé held that the structure of the *Securities Act*,<sup>57</sup> which permitted the commissioners to be involved in both the investigatory and adjudicatory functions, did not, by itself, give rise to a reasonable apprehension of bias.<sup>58</sup>
- 68 There are several reasons why the decision in *Brosseau* does not alter my view that there is a reasonable apprehension of bias in the case at bar. Firstly, it is not the legislative scheme created by the *Citizenship Act* and CSIS Act, by itself, that necessarily gives rise to a reasonable apprehension of bias. Rather, there are prior statements and findings of SIRC that give rise to a reasonable apprehension of bias, in some instances going beyond that and demonstrating a prejudgment of the issues before SIRC, in the impugned proceedings.
- 69 Secondly, the nature and role of the administrative board in the case at bar is significantly different from that in *Brosseau*. The board in *Brosseau* was the Alberta Securities Commission, the functions of which were described by Justice L'Heureux-Dubé as follows:
- Securities commissions, by their nature, undertake several different functions. They are involved in overseeing the filing of prospectuses, regulating the trade in securities, registering persons and companies who trade in securities, carrying out investigations and enforcing the provisions of the Act. By their nature, they will have repeated dealings with the same parties. The dealings
- comité de surveillance ne m'apparaît pas convaincant, à la lumière des faits non contestés établis en l'espèce.
- Enfin, avant de trancher la question en litige dans la présente demande, je dois examiner les arguments que le comité de surveillance a invoqués à l'égard de l'arrêt *Brosseau c. Alberta Securities Commission*<sup>56</sup>. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a statué qu'aucune crainte raisonnable de partialité n'était née du fait que le président de l'Alberta Securities Commission avait joué à la fois le rôle d'enquêteur et d'arbitre, parce que le chevauchement des fonctions était autorisé par la loi. M<sup>me</sup> le juge L'Heureux-Dubé a conclu que la structure de la *Securities Act*<sup>57</sup>, qui autorisait les commissaires à exercer tant des fonctions d'enquête que des fonctions juridictionnelles (appelées aussi fonctions décisionnelles), ne faisait pas naître en soi une crainte raisonnable de partialité<sup>58</sup>.
- L'arrêt *Brosseau* ne modifie en rien mon opinion quant à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité en l'espèce, et ce, pour plusieurs raisons. D'abord, ce n'est pas en soi le régime législatif créé par la *Loi sur la citoyenneté* et la *Loi sur le SCRS* qui donne lieu à une crainte raisonnable de partialité. Ce sont plutôt certaines déclarations et conclusions antérieures du comité de surveillance qui, dans certains cas, créent plus qu'une crainte raisonnable de partialité et qui démontrent que les questions soumises au comité de surveillance dans le cadre de la procédure contestée étaient tranchées à l'avance.
- En second lieu, la nature et le rôle de l'organisme administratif diffèrent sensiblement en l'espèce de ceux dont il était question dans l'arrêt *Brosseau*. Dans cette dernière affaire, l'organisme était la commission des valeurs mobilières de l'Alberta, dont les fonctions ont été décrites en ces termes par M<sup>me</sup> le juge L'Heureux-Dubé:
- De par leur nature, les commissions de valeurs mobilières remplissent plusieurs fonctions différentes. Elles surveillent le dépôt de prospectus, réglementent les opérations relatives aux valeurs mobilières, inscrivent les personnes et les sociétés qui font des opérations relatives aux valeurs mobilières, mènent des enquêtes et appliquent les dispositions de la Loi. De par leur nature, elles sont amenées à

could be in an administrative or adjudicative capacity.<sup>59</sup>

70 In short, the Securities Commission regulates the trade of securities in Alberta. The administrative board in the case at bar, SIRC, when functioning pursuant to section 19 of the *Citizenship Act*, performs a paramount role in the determination of whether there are reasonable grounds to believe that a citizenship applicant will engage in activities that constitute a threat to the security of Canada. The impact of such a determination has potentially grave consequences for the citizenship applicant. Accordingly, in view of the significant difference between the nature and role of SIRC and that of a securities commission, I am of the view this case is thereby distinguishable on that basis from the decision in *Brosseau*.

71 The nature of SIRC's function, with respect to the proceedings in issue, is more akin to the function of the Canadian Human Rights Tribunal, which was in issue in the Federal Court of Appeal decision in *MacBain v. Lederman*<sup>60</sup> In *MacBain*, the Court held that the adjudicative structure of the *Canadian Human Rights Act*<sup>61</sup> (the CHRA) contained an inherent bias. The legislative scheme required the Canadian Human Rights Commission (the Commission) to investigate complaints made pursuant to the CHRA. If the Commission found the complaint was substantiated, it then appointed the members of Canadian Human Rights Tribunal (the Tribunal) to deal with the matter. The Commission then prosecuted the complaint in the Tribunal proceedings which followed. Thus, in essence, the prosecutor (the Commission) appointed the judge (the Tribunal) in its own cause. The Federal Court of Appeal concluded that this legislative scheme gave rise to a reasonable apprehension of bias.

72 In my view the *MacBain* decision is useful, as the nature of the proceedings before the SIRC are more akin to those arising under the CHRA than they are to those arising under the *Securities Act*.

avoir des contacts répétés avec les mêmes parties tant dans leur rôle administratif que dans leur rôle décisionnel<sup>59</sup>.

En résumé, la commission des valeurs mobilières réglemente le commerce des valeurs mobilières en Alberta. Dans la présente affaire, le comité de surveillance, lorsqu'il agit conformément à l'article 19 de la *Loi sur la citoyenneté*, joue un rôle de premier plan dans la détermination de l'existence des motifs raisonnables de croire qu'une personne qui demande la citoyenneté se livrera à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Cette décision est susceptible d'avoir des conséquences graves sur cette personne. Par conséquent, compte tenu de la différence majeure qui existe entre la nature et le rôle du comité de surveillance et ceux d'une commission des valeurs mobilières, j'estime qu'on peut établir une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Brosseau*.

La fonction que le comité de surveillance est appelé à exercer dans la procédure attaquée s'apparente davantage à celle du Tribunal canadien des droits de la personne, fonction que la Cour d'appel fédérale a examinée dans l'affaire *MacBain c. Lederman*<sup>60</sup>, dans lequel elle a statué que la structure juridictionnelle prévue par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>61</sup> (la LCDP) était entachée de façon inhérente de partialité. La loi obligeait la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) à faire enquête sur les plaintes présentées en vertu de la LCDP. Lorsque la Commission jugeait la plainte fondée, elle désignait les membres du Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) chargés d'examiner la question. La Commission présentait ensuite la plainte dans le cadre de la procédure qui était engagée subséquentement devant le Tribunal. Ainsi, la partie poursuivante (la Commission) désignait le juge (le Tribunal) dans sa propre cause. La Cour d'appel fédérale a conclu que ce mécanisme législatif suscitait une crainte raisonnable de partialité.

À mon avis, l'arrêt *MacBain* est utile, car la procédure engagée du comité de surveillance s'apparente davantage, de par sa nature, à celle qui est prévue par la LCDP qu'à celle que l'on trouve dans la *Securities Act*.

70

71

72

73 SIRC's counsel submitted that if the Court were to find a reasonable apprehension of bias in the case at bar, that "SIRC would be rendered powerless to carry out its statutory mandate and CSIS would not be subject to any review. The purpose of the establishment of the Committee would be substantially frustrated".<sup>62</sup> This is, essentially, an *in terrorem* argument that I do not find persuasive. This decision relates to the very specific and unusual facts of this case. I am not persuaded that it will render SIRC powerless to exercise its jurisdiction in other factual situations. In these circumstances the Court should not place the stamp of approval on proceedings being conducted in breach of the duty of fairness, as established by uncontradicted evidence showing a reasonable apprehension of bias.

74 As a final note, I would add that I have only reached this conclusion after much anxious consideration. I am not unaware that, possibly, an element of Canadian society strongly disagrees with the alleged views and activities of this applicant. However, the fact remains that he has been a permanent resident of Canada since 1958. In 1993, when he applied for Canadian citizenship he had every right to do so. In making that application, Zündel became subject to the provisions of the *Citizenship Act*. When the section 19 proceedings were invoked against him and SIRC's investigative process began to unfold, Zündel, as the object of the investigation, acquired the right to procedural fairness for the reasons given *supra*.

75 As noted earlier, this decision is not about the issue in the proceedings before SIRC, i.e. whether there are reasonable grounds for believing that Zündel will engage in activity that constitutes a threat to the security of Canada. This decision is about whether, in the circumstances of this case, a reasonable apprehension of bias on the part of SIRC has been shown, which would prevent SIRC from continuing with the section 19 proceedings instituted against Zündel.

L'avocat du comité de surveillance soutient que, si la Cour conclut à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité en l'espèce, le [TRADUCTION] «comité de surveillance perdra le pouvoir de remplir la mission dont il est investi aux termes de la loi et le SCRS ne sera assujéti à aucun contrôle. La raison d'être de la création du comité serait à toutes fins pratiques réduite à néant»<sup>62</sup>. Il s'agit là, essentiellement, d'un argument *in terrorem* qui ne m'apparaît pas convaincant. La décision en cause concerne les faits très particuliers et inhabituels qui ont été soulevés dans le présent litige. Je ne crois pas qu'elle enlèvera au comité de surveillance le pouvoir d'exercer sa juridiction dans d'autres situations factuelles. Dans ces conditions, la Cour ne devrait pas donner son aval à une procédure qui va à l'encontre de l'obligation d'agir équitablement, comme l'indique la preuve non contredite présentée au sujet de l'existence d'une crainte raisonnable de partialité.

En dernier lieu, j'ajouterais qu'il ne m'a pas été facile d'en arriver à cette conclusion. Je n'ignore pas qu'une partie de la société canadienne réproouve vivement les opinions et les activités reprochées au requérant en l'espèce. Cependant, il n'en demeure pas moins que celui-ci est un résident permanent du Canada depuis 1958. En 1993, il a demandé la citoyenneté canadienne et il avait parfaitement le droit de le faire. En présentant cette demande, Zündel est devenu assujéti aux dispositions de la *Loi sur la citoyenneté*. Lorsque la procédure prévue à l'article 19 a été invoquée contre lui et que l'enquête du comité de surveillance s'est ouverte, Zündel a acquis, comme personne faisant l'objet de cette enquête, le droit à l'équité procédurale pour les motifs exposés ci-dessus.

Comme je l'ai déjà mentionné, la présente décision ne concerne pas la question soulevée dans la procédure qui se déroule devant le comité de surveillance, soit l'existence de motifs raisonnables de croire que Zündel se livrera à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Elle porte plutôt sur la question de savoir si, eu égard aux constances de la présente affaire, on a démontré l'existence d'une crainte raisonnable de partialité de la part du comité de surveillance, la-

76 Accordingly, and for the foregoing reasons, I have concluded, on these facts, that a reasonable apprehension of bias by SIRC toward Zündel has been proven. It follows, in my view, that Zündel is entitled to an order prohibiting SIRC from carrying out the proceedings mandated by section 19 of the *Citizenship Act* relating to his application for citizenship. I freely acknowledge that, as a consequence of this decision, the legislative scheme envisaged by the *Citizenship Act* and the CSIS Act will have been thwarted with respect to Zündel's citizenship application. Perhaps, in such circumstances, the question of an effective remedy can only be addressed through legislative action.

3. Should the Court grant an order quashing SIRC's proceedings as a breach of Zündel's rights as protected by paragraphs 2(b) and (d) of the Charter or alternately, exclude such evidence as is in breach of these rights?

77 Zündel has failed to establish an infringement of his rights of freedom of expression and freedom of association, as protected by paragraphs 2(b) and (d) of the Charter. Accordingly, the Court will not grant an order quashing SIRC's proceedings on this basis, nor will it exclude any evidence on this basis.

#### IV. CONCLUSION

##### A. Status of SIRC

78 Compliance with Rule 1611 has been waived, and SIRC is granted leave to intervene in these proceedings. The style of cause shall be amended accordingly.

B. Notice of Motion, filed May 23, 1996, by the Minister

79 For the foregoing reasons, I am granting the Minister's motion for an order striking out the fol-

quelle partialité empêcherait le comité de poursuivre la procédure engagée contre Zündel en application de l'article 19.

76 En conséquence, pour les motifs exposés ci-dessus et vu les faits susmentionnés, j'en suis arrivé à la conclusion qu'il existe une crainte raisonnable de partialité de la part du comité de surveillance à l'endroit de Zündel. Il s'ensuit, à mon avis, que Zündel a droit à une ordonnance interdisant au comité de surveillance de poursuivre la procédure prévue à l'article 19 de la *Loi sur la citoyenneté* à l'égard de sa demande de citoyenneté. Je reconnais volontiers que cette décision a pour effet de bloquer le mécanisme envisagé par la *Loi sur la citoyenneté* et par la *Loi sur le SCRS* relativement à la demande de citoyenneté de Zündel. Il se peut que, dans ces circonstances, le seul recours efficace réside dans une mesure législative.

3. La Cour devrait-elle prononcer une ordonnance annulant la procédure du comité de surveillance au motif qu'elle porte atteinte aux droits de Zündel qui sont protégés par les alinéas 2b) et 2d) de la Charte ou, subsidiairement, écarter les éléments de preuve portant atteinte à ces droits?

77 Zündel n'a pas prouvé que ses droits à la liberté d'expression et à la liberté d'association qui sont protégés par les alinéas 2b) et d) de la Charte avaient été violés. Par conséquent, la Cour ne rendra pas d'ordonnance annulant la procédure du comité de surveillance ni n'exclura d'éléments de preuve pour ce motif.

#### IV. DISPOSITIF

##### A. Qualité du comité de surveillance

78 Une dispense a été accordée à l'égard du respect de la Règle 1611 et le comité de surveillance est autorisé à intervenir en l'espèce. L'intitulé de la cause sera modifié en conséquence.

B. L'avis de requête déposé le 23 mai 1996 par le ministre

79 Pour les motifs qui précèdent, je fais droit à la requête présentée par le ministre en vue d'obtenir

lowing documents from Zündel's supplementary application record:

Tab A. Affidavit of Wolfgang Droege, sworn April, 1996;

Tab B. Affidavit of Donna Elliott, sworn March 22, 1996;

Tab C. Affidavit of Wayne Elliott, sworn March 22, 1996;

Tab D. Affidavit of Eric Fischer, sworn March 24, 1996;

Tab E. Affidavit of Max French, sworn March 24, 1996;

Tab F. Affidavit of Gerry Lincoln, sworn March 24, 1996;

Tab G. Affidavit of Tyrone Mason, sworn May 9, 1996; and

Tab H. Affidavit of Ernst Zündel, sworn May 9, 1996.

une ordonnance supprimant les documents suivants du dossier de la demande supplémentaire de Zündel:

Onglet A. Affidavit souscrit par Wolfgang Droege en avril 1996;

Onglet B. Affidavit souscrit par Donna Elliott le 22 mars 1996;

Onglet C. Affidavit souscrit par Wayne Elliott le 22 mars 1996;

Onglet D. Affidavit souscrit par Eric Fischer le 24 mars 1996;

Onglet E. Affidavit souscrit par Max French le 24 mars 1996;

Onglet F. Affidavit souscrit par Gerry Lincoln le 24 mars 1996;

Onglet G. Affidavit souscrit par Tyrone Mason le 9 mai 1996;

Onglet H. Affidavit souscrit par Ernst Zündel le 9 mai 1996.

80 The remaining documents found at Tabs I, J and K will be permitted to be filed as part of the supplementary application record.

81 As neither party spoke to costs of this motion, there shall be no order as to costs.

C. Application for Judicial Review, filed March 7, 1996, by Zündel

82 With respect to the admissibility of the Kulaszka affidavit, it is admissible with the exception of paragraph 18, which is inadmissible. With respect to Exhibits B, C and G thereto, the said exhibits are admissible only to establish the media attention given to the Heritage Front Affair and not as evidence of the truth of their contents.

83 For the aforesaid reasons, I am granting an order prohibiting SIRC from carrying out the proceedings

Les autres documents qui se trouvent aux onglets I, J et K pourront être versés au dossier de demande supplémentaire. 80

Aucune partie n'ayant présenté d'arguments au sujet des dépens de la présente requête, aucune ordonnance n'est rendue à ce sujet. 81

C. La demande de contrôle judiciaire déposée le 7 mars 1996 par Zündel

L'affidavit de Kulaszka est admissible, sauf le paragraphe 18. Les pièces B, C et G de l'affidavit en question sont admissibles uniquement comme preuve de l'attention que la presse écrite et parlée a accordée à l'affaire Heritage Front et non comme preuve de la véracité de leur contenu. 82

Pour les motifs précités, je prononce une ordonnance interdisant au comité de surveillance de pour- 83

mandated by section 19 of the *Citizenship Act*, with respect to Zündel's application for citizenship dated October 24, 1993.

84 Since no special reasons for costs have been shown, and pursuant to Rule 1618 of the *Federal Court Rules*, no costs are ordered.

85 While the decision of this application was under reserve, Zündel's counsel wrote to the Court under date of June 21, 1996, requesting leave to submit additional material with respect to the case before me. Counsel intended that this material be filed in support of his submissions made at the hearing relating to systemic bias. However, since I have concluded, for the reasons given *supra*, that a reasonable apprehension of bias by SIRC toward Zündel has been shown on the evidence adduced, it becomes unnecessary, in my view, to specifically address the issue of systemic bias. Accordingly, the request by Zündel's counsel to file additional material is dismissed.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. F-7, as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. C-29.

<sup>3</sup> 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] (hereinafter Charter).

<sup>4</sup> R.S.C., 1985, c. C-23.

<sup>5</sup> Transcripts of June 11, 1996, at pp. 9-12.

<sup>6</sup> SIRC's application record, memorandum of argument, at para. 11.

<sup>7</sup> Applicant's application record, Kulaszka affidavit, at Ex. A.

<sup>8</sup> Applicant's application record, Kulaszka affidavit, at Ex. K.

<sup>9</sup> SIRC's application record, MacKenzie affidavit, at Ex. B.

<sup>10</sup> Applicant's application record, Kulaszka affidavit, at Ex. M.

<sup>11</sup> SIRC's application record, Mackenzie affidavit, at para. 15.

suivre la procédure prévue à l'article 19 de la *Loi sur la citoyenneté* relativement à la demande de citoyenneté de Zündel datée du 24 octobre 1993.

84 Étant donné que l'existence de raisons spéciales n'a pas été établie en ce qui concerne les dépens, aucune ordonnance n'est rendue à ce sujet, conformément à la Règle 1618 des *Règles de la Cour fédérale*.

85 Avant de se prononcer au sujet de la présente demande, la Cour a reçu une lettre en date du 21 juin 1996 dans laquelle l'avocat de Zündel demandait l'autorisation de verser d'autres pièces au dossier relativement à l'affaire dont je suis saisi. L'avocat désirait que ces pièces soient déposées au soutien des observations qu'il a formulées au cours de l'audience relative à la partialité systémique. Cependant, comme que j'en suis arrivé à la conclusion, pour les motifs exposés ci-dessus, qu'il existe une crainte raisonnable de partialité de la part du comité de surveillance à l'endroit de Zündel, il ne m'apparaît pas nécessaire d'examiner expressément la question de la partialité systémique. Par conséquent, la demande présentée par l'avocat de Zündel en vue d'obtenir l'autorisation de verser d'autres pièces au dossier est rejetée.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7, édicté par L.C. 1990, ch. 8, art. 5.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. C-29.

<sup>3</sup> 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] (ci-après appelée la Charte).

<sup>4</sup> L.R.C. (1985), ch. C-23.

<sup>5</sup> Procès-verbal de l'audience du 11 juin 1996, aux p. 9 à 12.

<sup>6</sup> Dossier de la demande du CSARS, mémoire exposant les points à débattre, par. 11.

<sup>7</sup> Dossier de la demande du requérant, affidavit de Kulaszka, ann. A.

<sup>8</sup> Dossier de la demande du requérant, affidavit de Kulaszka, ann. K.

<sup>9</sup> Dossier de la demande du CSARS, affidavit de MacKenzie, ann. B.

<sup>10</sup> Dossier de la demande du requérant, affidavit de Kulaszka, ann. M.

<sup>11</sup> Dossier de la demande du CSARS, affidavit de MacKenzie, par. 15.

<sup>12</sup> SIRC's application record, Mackenzie affidavit, at Ex. D.

<sup>13</sup> SIRC's application record, Mackenzie affidavit, at Ex. E.

<sup>14</sup> SIRC's application record, MacKenzie affidavit, at Ex. F.

<sup>15</sup> SIRC's application record, MacKenzie affidavit, at Ex. H.

<sup>16</sup> SIRC's application record, MacKenzie affidavit, at Ex. I.

<sup>17</sup> Minister's application record, memorandum of argument, at para. 7.

<sup>18</sup> [1994] 2 F.C. 447 (C.A.) (hereinafter *Canada (Human Rights Commission)*).

<sup>19</sup> Rule 1611 of the *Federal Court Rules*, C.R.C., 1978, c. 663, as enacted by SOR/92-43, s. 19, reads as follows:

*Rule 1611.* (1) Any person who wishes to intervene in the hearing of an application for judicial review, including the federal board, commission or other tribunal in respect of whose decision the application has been made, must file a notice of application for leave to intervene and serve a copy of it on all the parties.

(2) The notice shall

...

(3) The Court may grant leave to intervene in the hearing of an application for judicial review upon such terms and conditions as it considers just and may give directions on the procedure for and extent of the intervention, the submission and service of documents and other matters relevant to the intervention.

<sup>20</sup> *Canada (Human Rights Commission)*, *supra*, note 18, at p. 461.

<sup>21</sup> See *Canada (Human Rights Commission) per Décaré J.A.*, at p. 461.

<sup>22</sup> (1994), 77 F.T.R. 218 (F.C.T.D.) (hereinafter *Canadian Parks*).

<sup>23</sup> *Idem*, at p. 222.

<sup>24</sup> See *Éthier v. Canada (RCMP Commissioner)*, [1993] 2 F.C. 659 (C.A.) (hereinafter *Éthier*) and *Lecoupe v. Canadian Armed Forces* (1994), 81 F.T.R. 91 (F.C.T.D.) (hereinafter *Lecoupe*).

<sup>25</sup> Applicant's supplementary application record, at tabs A through H.

<sup>26</sup> Applicant's supplementary application record, at tabs I and J.

<sup>27</sup> Para. 18 of the Kulaszka affidavit reads as follows:

18. I have been informed by Derek Lee, M.P. and chairman of the House of Commons Sub-Committee on National Security that the sub-committee's report to the Heritage Front affair and the respondent SIRC will be

<sup>12</sup> Dossier de la demande du CSARS, affidavit de MacKenzie, ann. D.

<sup>13</sup> Dossier de la demande du CSARS, affidavit de MacKenzie, ann. E.

<sup>14</sup> Dossier de la demande du CSARS, affidavit de MacKenzie, ann. F.

<sup>15</sup> Dossier de la demande du CSARS, affidavit de MacKenzie, ann. H.

<sup>16</sup> Dossier de la demande du CSARS, affidavit de MacKenzie, ann. I.

<sup>17</sup> Dossier de la demande du ministre, mémoire exposant les points à débattre, par. 7.

<sup>18</sup> [1994] 2 C.F. 447 (C.A.) (ci-après appelé *Canada (Commission des droits de la personne)*).

<sup>19</sup> La Règle 1611 des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., 1978, ch. 663, édictée par DORS/92-43, art. 19, dispose:

*Règle 1611.* (1) Quiconque, y compris l'office fédéral dont la décision fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire, désire intervenir à l'audition d'une demande de contrôle judiciaire dépose un avis de demande d'autorisation d'intervenir et en signifie copie aux parties.

(2) L'avis:

...

(3) La Cour peut accorder l'autorisation d'intervenir à l'audition d'une demande de contrôle judiciaire aux conditions qu'elle considère appropriées et peut donner des directives quant à la procédure à suivre lors de l'intervention, quant à sa portée, quant à la présentation et à la signification des documents et quant à toute autre question pertinente à l'intervention.

<sup>20</sup> *Canada (Commission des droits de la personne)*, précité, note 18, à la p. 461.

<sup>21</sup> Voir l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne)*, le juge d'appel Décaré, à la p. 461.

<sup>22</sup> (1994), 77 F.T.R. 218 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (ci-après appelée *Parcs du Canada*).

<sup>23</sup> *Idem*, à la p. 222.

<sup>24</sup> Voir l'arrêt *Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)*, [1993] 2 C.F. 659 (C.A.) (ci-après appelé *Éthier*) et le jugement *Lecoupe c. Forces armées canadiennes*, (1994), 81 F.T.R. 91 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (ci-après appelé *Lecoupe*).

<sup>25</sup> Dossier de demande supplémentaire du requérant, onglets A à H.

<sup>26</sup> Dossier de demande supplémentaire du requérant, onglets I et J.

<sup>27</sup> Le par. 18 de l'affidavit de Kulaszka est ainsi libellé:

[TRADUCTION]

18. Le député Derek Lee, qui est également président du sous-comité de la Chambre des communes sur la sécurité nationale, m'a informé que le rapport du sous-comité sur l'affaire Heritage Front et sur le comité de

ready procedurally to be released at the end of March, 1996, if the Sub-Committee is reinstated with substantially the same membership in the new session of Parliament.

<sup>28</sup> *Supra*, note 24.

<sup>29</sup> *Supra*, note 24.

<sup>30</sup> See *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 636 (hereinafter *Nfld. Telephone*).

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> *Idem*, at pp. 638-639.

<sup>33</sup> *Idem*, at p. 636.

<sup>34</sup> This test has also been phrased as follows:

What would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude?

See *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394, *per de Grandpré J*; *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856 (C.A.), at pp. 867-868; and *Arthur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 94 (C.A.), at p. 101.

<sup>35</sup> [1990] 3 S.C.R. 1170 (hereinafter *Old St. Boniface*).

<sup>36</sup> *Idem*, at p. 1197.

<sup>37</sup> Transcripts of June 11, 1996, at pp. 45-46.

<sup>38</sup> Transcripts of June 11, 1996, at pp. 90-96.

<sup>39</sup> SIRC's application record, MacKenzie affidavit, at Ex. C.

<sup>40</sup> SIRC's application record, MacKenzie affidavit, at para. 9.

<sup>41</sup> Transcripts of June 11, 1996, at p. 46.

<sup>42</sup> Transcripts of June 11, 1996, at pp. 45-46.

<sup>43</sup> [1990] 3 S.C.R. 1213 (hereinafter *Save Richmond Farmland*).

<sup>44</sup> *Nfld. Telephone*, *supra* note 30, at pp. 641-642.

<sup>45</sup> See applicant's application record (Heritage Front Report), at pp. 48, 59, 70, 71, 78, 79, 81, 82, 87, 90, 101, 102, 103, 104, 106, 116, 118, 122, 151, 208, 212 and 239.

<sup>46</sup> SIRC's application record, MacKenzie affidavit, at Ex. C.

<sup>47</sup> Applicant's application record (Heritage Front Report), at pp. 48, 59, 71, 72, 81, 82, 239 and 241.

<sup>48</sup> See applicant's application record (Heritage Front Report), at pp. 82, 102, 116, 118 and 122.

<sup>49</sup> Applicant's application record (Heritage Front Report), at p. 43.

surveillance intimé sera prêt, sur le plan procédural, à être publié à la fin de mars 1996 si la composition du sous-comité demeure à peu près la même lors de la nouvelle session parlementaire.

<sup>28</sup> Précité, note 24.

<sup>29</sup> Précité, note 24.

<sup>30</sup> Voir l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623. à la p. 636 (ci-après *Nfld. Telephone*).

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> *Idem*, aux p. 638 et 639.

<sup>33</sup> *Idem*, à la p. 636.

<sup>34</sup> Le critère a également été formulé en ces termes:

À quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique?

Voir *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394, par le juge de Grandpré; *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856 (C.A.), aux p. 867 et 868; et *Arthur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 94 (C.A.), à la p. 101.

<sup>35</sup> [1990] 3 R.C.S. 1170 (ci-après appelé arrêt *Vieux St-Boniface*).

<sup>36</sup> *Idem*, à la p. 1197.

<sup>37</sup> Procès-verbal de l'audience du 11 juin 1996, aux p. 45 et 46.

<sup>38</sup> Procès-verbal de l'audience du 11 juin 1996, aux p. 90 à 96.

<sup>39</sup> Dossier de la demande du CSARS, affidavit de MacKenzie, ann. C.

<sup>40</sup> Dossier de la demande du CSARS, affidavit de MacKenzie, par. 9.

<sup>41</sup> Procès-verbal de l'audience du 11 juin 1996, à la p. 46.

<sup>42</sup> Procès-verbal de l'audience du 11 juin 1996, aux p. 45 et 46.

<sup>43</sup> [1990] 3 R.C.S. 1213 (ci-après appelé *Save Richmond Farmland*).

<sup>44</sup> *Nfld. Telephone*, précité, note 30, aux p. 641 et 642.

<sup>45</sup> Voir le dossier de la demande du requérant (rapport sur le Heritage Front) aux p. 48, 59, 70, 71, 78, 79, 81, 82, 87, 90, 101, 102, 103, 104, 106, 116, 118, 122, 151, 208, 212 et 239.

<sup>46</sup> Dossier de la demande du SCRS, affidavit de MacKenzie, ann. C.

<sup>47</sup> Dossier de la demande du requérant (rapport sur le Heritage Front), aux p. 48, 59, 71, 72, 81, 82, 239 et 241.

<sup>48</sup> Voir le dossier de la demande du requérant (rapport sur le Heritage Front), aux p. 82, 102, 116, 118 et 122.

<sup>49</sup> Dossier de la demande du requérant (rapport sur le Heritage Front), à la p. 43.

<sup>50</sup> SIRC's application record, MacKenzie affidavit, at Ex. I.

<sup>51</sup> See SIRC's application record, memorandum of argument, at para. 22 and transcripts of June 11, 1996, at p. 27.

<sup>52</sup> (1992), 94 D.L.R. (4th) 339 (B.C.C.A.).

<sup>53</sup> See applicant's application record (Heritage Front Report), at p. 43.

<sup>54</sup> Subsequent to the hearing of this application, Mr. Courtois passed away.

<sup>55</sup> Applicant's supplementary application record, supplementary memorandum of argument, at para. 14.

<sup>56</sup> [1989] 1 S.C.R. 301 (hereinafter *Brosseau*).

<sup>57</sup> R.S.A. 1970, c. 333, s. 136.

<sup>58</sup> *Brosseau*, *supra* note 56, at p. 315.

<sup>59</sup> *Idem*, at p. 313.

<sup>60</sup> *MacBain*, *supra*, note 34.

<sup>61</sup> S.C. 1976-77, c. 33.

<sup>62</sup> SIRC's application record, memorandum of argument, at para. 19.

<sup>50</sup> Dossier de la demande du CSARS, affidavit de MacKenzie, ann. I.

<sup>51</sup> Voir le dossier de la demande du CSARS, mémoire, par. 22, et le procès-verbal de l'audience du 11 juin 1996, à la p. 27.

<sup>52</sup> (1992), 94 D.L.R. (4th) 339 (C.A. C.-B.).

<sup>53</sup> Voir le dossier de la demande du requérant (rapport sur le Heritage Front), à la p. 43.

<sup>54</sup> M<sup>e</sup> Courtois est décédé après l'audition de la présente demande.

<sup>55</sup> Dossier de la demande supplémentaire du requérant, mémoire supplémentaire, para. 14.

<sup>56</sup> [1989] 1 R.C.S. 301 (ci-après appelé *Brosseau*).

<sup>57</sup> R.S.A. 1970, ch. 333, art. 136.

<sup>58</sup> *Brosseau*, *précité*, note 56, à la p. 315.

<sup>59</sup> *Idem*, à la p. 313.

<sup>60</sup> *MacBain*, *précité*, note 34.

<sup>61</sup> S.C. 1976-77, ch. 33.

<sup>62</sup> Dossier de la demande du CSARS, par. 19 du mémoire.

# 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.*

## ACCESS TO INFORMATION

Application by Tridel Corp. (Tridel) to prevent release by Canada Mortgage and Housing Corporation (CMHC) of information under Access to Information Act, s. 44—Tridel subject of public inquiry in 1990 after allegations Tridel diverted public funds for subsidized housing to Liberal campaign coffers—Inquiry found unconstitutional—Record containing Operations Audit Division opinions and list of “Tridel Projects by Program by Branch”—Burden of proof on applicant seeking to suppress information—Tridel arguing information should not be disclosed as “personal” within meaning of Access to Information Act, s. 19(1) and Privacy Act, s. 3 and/or because information financial, commercial, scientific or technical, consistently treated in confidential manner by Tridel, release could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to Tridel or could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations by Tridel—Also arguing notice requirements under Act not met, unconstitutional to release information as was originally generated under unconstitutional inquiry and release would violate provisions of Charter—Application dismissed—On issue of “personal information”, information not relating to “identifiable individual” within meaning of Privacy Act, s. 3, but to corporation—To be considered under Access to Information Act, s. 20(1)(b) information must be “supplied to a government institution by a third party”—Since Tridel “third party” contemplated in wording of s. 20(1) because bringing s. 44 application, and since Tridel did not supply information, no factual base for objection—Also, name of builder, which information contains, not qualifying as “financial, commercial, scientific or technical information”—Further, CMHC treats only financial information as confidential and information in record neither financial nor supplied by Tridel in confidence—Evidence offered not proving probable harm resulting from release of record—No evidence any damage suffered to date—On ground of mistake of fact, Tridel not providing clarity on corporate relationships between entities involved therefore, alleged inaccuracies by CMHC in maintaining distinct character of Tridel not proved—On

## ACCESS TO INFORMATION—Continued

claim record containing information which would interfere with contractual or other negotiations, mere assertion Tridel will experience difficulties obtaining financing not enough—Also no evidence charitable organizations applying to CMHC expect name of builder they supply kept confidential—Tridel not having standing on s. 44 application to initiate review of interests of other unserved parties, including issue of whether they should have been served—Unconstitutionality of inquiry process not fatal to release of record—Record preparation prompted by allegations in media concerning handling of sales tax rebates and not specifically for purposes of inquiry—Although freedom of association under Charter applying to corporation, no restriction on Tridel’s freedom by release of record—Also, what people might think as result of release of record not infringing anyone’s freedom to associate—Record also not “forcing” Tridel to associate—Associations between Tridel and other corporations existed before Record created—Further, Charter, s. 7 applying only to human beings, not corporations except in case of corporation charged with criminal offence—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 19, 20(1)(b),(c),(d), 44—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 3—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11(U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2, 7, 11.

TRIDEL CORP. V. CANADA MORTGAGE AND HOUSING CORP., PRESIDENT (T-847-91, Campbell J., order dated 13/5/96, 31 pp.)

Construction contract—Request to Public Works to release records pertaining to contract—Applicant opposed release pursuant to Act, s. 20(1)(c),(d) on ground would result in loss, prejudice or interference—In affidavit, intervenor, party requesting information, stating interested in information about non-union construction companies involved in public works and government construction companies involved in public works and government construction in order to lobby

**ACCESS TO INFORMATION—Continued**

various levels of government to change tendering policy and for process requiring pre-qualification of bidders—Application dismissed—On evidence, information cannot give rise to reasonable probability of material financial loss to applicant, or of prejudice to its competitive position or of interference with its contractual or other negotiations—Alleged misrepresentation and use of any of information to detriment of applicant not constituting more than mere possibility or speculation, not meeting test established by FCA in *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47 and *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (F.C.A.)—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 20(1).

SWAGGER CONSTRUCTION LTD. V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (T-1273-94, Pinard J., order dated 3/5/96, 6 pp.)

Applicants requesting information from archival records of Canadian Security Intelligence Service (CSIS) concerning Canadian Union of Postal Workers (CUPW)—Information not disclosed pursuant to Access to Information Act, ss. 13(1), 15(1), 16(1) and 19(1)—S. 52 governing applications for documents claimed confidential under ss. 13 and 15 provides counsel for respondent opportunity to make *in camera* and *ex parte* representations—Claims to confidentiality under ss. 16(1) and 19(1) to be considered in light of s. 47 and not as strict as s. 52—Court obliged to take reasonable precautions to avoid disclosure under s. 47 but access to counsel on confidential basis permitted in some instances—As general rule, counsel should have access to all relevant documents in interest of fairness—Where Court deciding matter based on contents of documents, very low standard for counsel to meet in arguing requirement for access to information to effectively represent client—Documents in access to information matter different from other cases—Where disclosure of documents very issue before Court, threshold higher—In reconciling government duty of non-disclosure under s. 47 with duty of fairness, Court must consider counsel's explanation why information necessary to make effective argument—On authority of *Hunter v. Canada (Consumer and Corporate Affairs)*, [1991] 3 F.C. 186 (C.A.), counsel should be given idea of nature of documents in issue so can explain why disclosure necessary for argument on merits—Sufficient to know type of information contained in documents without knowing details—Documents respondent seeking to keep confidential membership list of CUPW, other lists of names generated by Government or agencies and names appearing on other documents—Given absolute prohibition against disclosure to counsel when s. 15(1) invoked, where disclosure of s. 19(1) information would result in disclosure of s. 15(1) information, disclosure of s. 19(1) information not allowed—Counsel not satisfying Court disclosure of documents necessary to effectively argue merits of case for clients—

**ACCESS TO INFORMATION—Concluded**

Motions dismissed—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 13(1), 15(1), 16(1), 19(1), 47, 52.

STEINHOFF V. CANADA (MINISTER OF COMMUNICATIONS) (T-595-95, Rothstein J., order dated 29/5/96, 9 pp.)

Application for judicial review of Minister's decision to disclose records containing information about inspection and testing of both single strength and concentrate juices including results of any tests concerning whether juices adulterated and whether authentic—Applicant given notice of intention to disclose information under Access to Information Act, s. 20(2)—Applicant's reply not meeting requirement of Act to demonstrate information in question not constituting test results carried out by or on behalf of government institution or that testing done as service to person or organization other than government institution for fee—However, Agriculture Canada not notifying applicant of right to make submissions objecting to disclosure of reports of analysis and certificate of analysis—Must provide reasonable description of contents of each and every record sought to be disclosed—Application allowed in part—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 20(2).

PRIDE BEVERAGES LTD. V. CANADA (MINISTER OF AGRICULTURE) (T-1555-95, McKeown J., order dated 22/5/96, 3 pp.)

**AIR LAW**

Application for judicial review of Civil Aviation Tribunal's review of Transport Canada Examiner's decision to fail pilots on Pilot Proficiency Check (PPC)—Applicant arguing under Aeronautics Act, s. 7.1 Tribunal only has jurisdiction to review suspension or cancellation of Canadian aviation document by Minister—Decision to fail pilot on PPC not amounting to suspension or cancellation of Canadian aviation document—Canadian aviation document defined in Aeronautics Act, s. 3(1) as "any licence, permit, accreditation, certificate or other document issued by the Minister under Part I to . . . any person"—S. 6.6 providing "In section 6.7 to 7.2 'Canadian aviation document' includes any privilege accorded by a civil aviation document"—Loss of privilege to fly A-320 aircraft constituting suspension of Canadian aviation document reviewable by Tribunal—Minister cannot rely upon own failure to strictly comply with notice provisions to claim no suspension—Minister also arguing Tribunal *functus officio* as had earlier refused to review when advised by Transport Canada one respondent's pilot licence not suspended—Decision by Tribunal to refuse consideration of earlier application for review not made in accordance with statute and had no effect—Therefore open to parties to make representations to Tribunal on effect of Minister's action in failing respondent on PPC and to Tribunal to decide it had jurisdiction—On

**AIR LAW—Concluded**

matter of policy considerations, whether decision to fail pilot on PPC should be reviewable by Tribunal not for Court to decide—Court's role to interpret applicable legislation and open to Parliament or Governor in Council to make appropriate legislative change—Aeronautics Act, R.S.C., 1985, c. A-2, ss. 3(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.)), c. 33, ss. 1, 6.6 (as enacted *idem*), 7.1 (as enacted *idem*)).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. BEINGESSNER (T-590-95, Rothstein J., order dated 31/5/96, 7 pp.)

**BROADCASTING**

Application for judicial review of four decisions rendered by CRTC granting licences for “direct to home pay per view” programming to respondents—Applicants taking issue with two conditions attached to licences relating to revenue splitting and purchase of rights from Canadian distributors—Applicants claiming standing under Federal Court Act, s. 18.1(1) as being “directly affected” by matter—No evidence any of applicants has actual contractual relationship for distribution with any of licensees—Had interest in licensing proceedings before CRTC and such interest would have been enough to support intervention at Commission's hearings and, probably, appeal—Not enough for standing to seek judicial review of decision in which might have participated but did not—No breach of rules of natural justice—Applicants had full, actual notice of CRTC hearings—Aware issues relating to revenues from new technology likely to arise—Sophisticated players in field who cannot now complain of insufficient notice—Further, Commission not exceeding statutory mandate and not suggested Commission's findings of fact patently unreasonable—No lack of rational connection between conditions imposed and statutory objectives of Canadian broadcasting policy—Finally nothing constitutionally impermissible in what Commission did—Not veiled attempt to regulate film production or film distribution under provincial jurisdiction—Applications dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

CANADIAN MOTION PICTURE DISTRIBUTORS ASSN. V. PARTNERS OF VIEWER'S CHOICE CANADA (A-90-96, Hugessen J.A., judgment dated 26/6/96, 8 pp.)

**CHARITIES**

Appeal under Income Tax Act, s. 172(3) from notice of intention by Minister of National Revenue to revoke appellant's registration as charity—Whether publication of appellant's magazine “Briarpatch” deemed charitable activity—Publication not coming within ambit of well-established categories of charitable activities—Reasoning, facts in *Native Communications Society of B.C. v. Canada*

**CHARITIES—Concluded**

(*M.N.R.*), [1986] 3 F.C. 471 (C.A.), not helping appellant's case—Appellant incorporated in 1974 as non-profit organization—Obtaining registered status as charitable organization in 1975—Principal activity carried on by appellant publication, distribution of magazine “Briarpatch” ten times per year—Magazine allegedly containing articles of specific interest and application to Canada's poor, with specific goals of education and alleviation of poverty through education—Issue to be determined by common law provisions—Activity in question not charitable in legal sense if not within “spirit and intendment” of those enunciated in Preamble of Charitable Uses Act—Law of charity moving subject—Publication of “Briarpatch” not falling within category of advancement of education—Not directed toward training of mind through structured analysis or presentation of knowledge—Lacking continuity, structure, analysis to meet tests—Topics canvassed in “Briarpatch” not restricted to matters of direct relevance to Canada's poor—Appellant's publication lacking specificity of purpose—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 172(3)—Charitable Uses Act 1601, (U.K.) 43 Eliz. 1, c. 4.

BRIARPATCH INC. V. CANADA (A-372-89, Robertson J.A., judgment dated 1/4/96, 7 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

Appeal from Trial Division decision on question certified by Trial Judge: does protection of country include protection by foreign force or is it limited to national authorities?—Appellant citizen of Lebanon—In reply to certified question, in circumstances where legitimate government supported by forces of another government, and no difference in interest between two governments in relation to refugee claimant, protection given to claimant adequate to establish internal refuge—Appeal dismissed—Important thing legitimate government in most of Lebanon in position to guarantee needed protection—Although Lebanese government needed Syria's support, it could, with that support, protect person of claimant.

CHEBLI-HAJ-HASSAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-191-95, MacGuigan J.A., judgment dated 28/5/96, 2 pp.)

**EXCLUSION AND REMOVAL**

Appeal from Trial Division's finding appellant could legally be rearrested for removal—Appellant arrested under warrant issued under Immigration Act, s. 103(1) released by adjudicator under s. 103(7)—Could legally be rearrested for removal under s. 103(1) or (2) without being retaken into custody under s. 103(8)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c.

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

I-2, s. 103(1)(as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 19), (2)(as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 94), (7), (8).

BHATTI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-405-96, Pratte J.A., judgment dated 10/6/96, 1 p.)

*Immigration Inquiry Process*

Application for judicial review of Post-claim Determination Officer's decision no risk of persecution of applicants if returned to Sri Lanka—Officer considering three documents pertaining to country conditions not in applicants' immigration files—Where applicants cannot have access to information relied upon by Officer, information extrinsic and should be disclosed to applicants, who should be given opportunity to respond—Here, however, information publicly available and applicants could have obtained it had they taken steps to do so—No obligation on Post-claim Determination Officer to identify precise information to be relied upon in PDRCC risk assessment to provide applicants opportunity to respond—Application dismissed—In view of conflicting decisions of Trial Division on issue, question certified for appeal.

NADARAJAH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3384-95, Rothstein J., order dated 14/5/96, 4 pp.)

Certified question: where one of separated parents of Canadian children facing inquiry possibly resulting in deportation and consequently loss of emotional, financial, other support from that parent, do children have right to be independently represented at proceedings—Nothing in Immigration Act, s. 32.1(4), (5), conferring on adjudicator discretion to issue departure rather than deportation order, explicitly or implicitly requiring him to receive representations from children of person under inquiry—As child having no independent constitutional right to assert against deportation of parent (*Langner v. Minister of Employment and Immigration et al.* (1995), 184 N.R. 230 (F.C.A.)), Charter, s. 7 not providing children of potential deportee any right of representation at such inquiries—Application for appointment of litigation guardian denied as children having no legal interest in matter of father's deportation; certified question answered in negative; appeal dismissed—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 32.1(4) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 12), (5) (as enacted *idem*).

ALOUACHE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-681-95, Strayer J.A., judgment dated 26/4/96, 2 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

*Inadmissible Persons*

Application to certify question pursuant to Immigration Act, s. 83(1)—Respondent immigrated to Canada in 1950, residing here since then, although not becoming Canadian citizen—In 1995, two s. 27 reports contended respondent gained access to Canada by making material misrepresentations—After inquiry, Adjudicator found respondent landed in Canada, acquired Canadian domicile in accordance with 1952 Immigration Act not subject to deportation order—In August 1996, Federal Court, Trial Division found Adjudicator erred in law, decision set aside—Question proposed for certification by respondent as to whether may be removed from Canada—Matter raising serious questions of general importance—Following questions certified for consideration by Federal Court of Appeal: (1) Whether person "lawfully admitted" to Canada pursuant to provisions of 1950 Immigration Act where person member of prohibited class at time entered Canada or granted entry as result of fraud or misrepresentation; (2) If person not "lawfully admitted" to Canada, could person acquire "domicile" within meaning of 1952 Immigration Act?; (3) Whether 1952 Immigration Act, s. 19(1)(e)(iv) and (viii) operating so as to protect from removal person who was member of prohibited class at time of admission to Canada or came into Canada or remaining therein with false or improperly issued document pertaining to admission or by reason of any false or misleading information or other fraudulent or improper means, whether exercised or given by himself or other person, where person not "lawfully admitted" to Canada, and person had resided in Canada for over five years, from date of entry into Canada prior to April 10, 1973—Immigration Act, R.S.C. 1952, c. 145—Immigration Act, R.S.C. 1952, c. 325, s. 19(1)(e)(iv), (viii)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 27, 83(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. NEMSILA (IMM-2008-95, Jerome A.C.J., order dated 27/9/96, 4 pp.)

Application for judicial review of Department of Citizenship and Immigration's order requiring applicant to complete new medical examination—Mrs. King's application for landing refused in February 1992—Suffering from lesion on left lung, therefore failed to meet medical admissibility requirements under Act, s. 19(1)(a)(ii)—October 1994, appeal from decision allowed in law but not in equity—Board recommending re-examination and CAT Scan of chest—Applicant undergoing further examination in 1995—Lesion found on left lung but not possible to diagnose nature without further medical evaluation—Immigration Act, s. 77(5) providing where appeal successful, review of application for landing must be resumed and application shall be approved where requirements of Act and regulations, other than requirements on which appeal decision

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

based, met—S. 77(5) ought not be interpreted in such manner as to permit immigrants to circumvent requirements of Act—Board did not determine Mrs. King not suffering from medical condition rendering her inadmissible under Act, s. 19—Neither did it conclude no evidence applicant suffers from lesion requiring extensive investigation and treatment which might reasonably be expected to cause excessive demands on Canadian medical services—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 77(5) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 68).

KING V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2623-95, Dubé J., order dated 23/5/96, 5 pp.)

Application for judicial review of Immigration Appeal Division (IAD) of Immigration and Refugee Board's decision allowing respondent's appeal on ground refusal to approve application for landing by four family members not in accordance with law—Applicant found medically inadmissible under Immigration Act, s. 19—Applicant suffering from double aortic lesion with evidence of cardiomegaly and left ventricular failure—Prognosis he will lapse further into left ventricular failure and eventual valve replacement therapy required—Doctor unable to be more specific about left ventricular function without further data—IAD finding prognosis based on vague and insufficient data—Reviewing courts not competent to make findings of fact relating to medical diagnosis but competent to review evidence to determine whether medical officers' opinion reasonable in circumstances of case—IAD went beyond jurisdiction when analyzed prognosis without medical evidence to back up prognosis—IAD also erred in holding no evidence of need for valve replacement therapy and finding uncertain when principal applicant will need therapy—No requirement in s. 19(1)(a)(ii) for fixed period of time following admission to Canada medical condition would require care and treatment placing excessive demands on health care services—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. RAM (IMM-3381-95, McKeown J., order dated 31/5/96, 7 pp.)

Application to stay deportation order until application for leave to commence application for judicial review determined and if leave granted, until application finally determined—Test in *Toth v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 86 N.R. 302 (F.C.A.) applied to determine whether stay should be granted—Applicant convicted of summary conviction offence of possession of marijuana contrary to Narcotic Control Act and fined \$200—Applicant relying on *Kai Lee v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 F.C. 374 (C.A.) to argue

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

because Crown proceeded by summary conviction rather than indictment, applicant no longer member of excluded class under Immigration Act, s. 19(2)(a)—Application dismissed—Reasoning in *Lee* case no longer applicable due to change in wording of s. 19 which provides as long as offence may be punishable by indictment, summary conviction sufficient to bring applicant within section— Because applicant subject of RCMP investigation for offences which could attract execution or long term incarceration in Iran, Post Claim Review Section ordered to determine whether evidence sufficient to preclude applicant's deportation and respondent shall not take steps to deport applicant until decision communicated to applicant and counsel—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(2)(a).

LADBON V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1540-96, McKeown J., order dated 24/5/96, 4 pp.)

*Removal of Permanent Residents*

Application for stay of execution of deportation order pending determination of application for leave and for judicial review and of determination by Immigration and Refugee Board whether jurisdiction in Board to consider applicant's appeal from deportation order—Applicant coming to Canada from Italy at age three and becoming permanent resident—Never becoming Canadian citizen—Family living in Canada—Unable to speak Italian— Lived in common-law relationship for fourteen years, has 11-year-old son and expecting second child—Applicant having long criminal record of serious offences due to drug addiction— Since convictions, underwent "profound religious conversion" and positive participation in drug rehabilitation programs—To succeed on application, must show serious issue to be tried on application for leave and for judicial review; unless stay granted, applicant will suffer irreparable harm; balance of convenience favours applicant—Application allowed—For reasons substantially similar to those in *Shayesteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 654 (T.D.) (QL) application for leave and for judicial review raising serious issue to be tried—Irreparable harm would be suffered due to applicant's separation from professional and community-based supports and complete lack of equivalent support in Italy, inability to speak Italian and resultant difficulties would face in reestablishing in Italy—Irreparable harm need not mean safety or life in jeopardy if deported—"Irreparable" meaning harm which either cannot be quantified in monetary terms or cannot be cured—Substantial elements of inconvenience in applicant's favour directly related to harm would suffer if required to leave Canada.

CALABRESE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1136-96, Gibson J., order dated 23/5/96, 9 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

**IMMIGRATION PRACTICE**

Application pursuant to R. 337(5) for reconsideration of order granting applicant's motion for extension of time to serve application for leave and for judicial review and to serve and file application record—March 6, 1996, Appeal Division of Immigration and Refugee Board allowing respondent's appeal of visa officer's decision refusing sponsored application for permanent residence filed by daughter from India—Applicant filed, within prescribed time, application for leave and for judicial review at Court and left copy of application with receptionist at law firm of counsel who had acted at hearing before Appeal Division—Not retained for this matter—New solicitor for respondent advising of position that application not served within time to proper party and instructed to oppose any application to extend time—April 10, withdrew from practice but advised Registry officer on April 23 respondent would be replying to applicant's notice of motion through new counsel—May 1, new counsel left voice-mail message with Registry officer—May 3, facsimile letter to Registry advising respondent would be making submissions in reply no later than May 6, 1996—Order for extension of time made afternoon of May 3 without benefit of letter—Information respecting respondent's previous solicitor's contact with Registry as well as solicitor's facsimile letter of May 3 not before Court when order made—Therefore, proper case for reconsideration under R. 337(5)—Also, Federal Court Immigration Rules, R. 6 explicitly requiring request for extension of time be in application for leave, to be considered at same time and on same materials as application for leave—Application for extension not properly before Court in present case because not contained in leave application—Finally, personal service required on respondent under Federal Court Immigration Rules, R. 7—Respondent's motion for reconsideration allowed and order of May 3 rescinded—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 337(5)—Federal Court Immigration Rules, SOR/93-22, RR. 6, 7.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. DHALIWAL-WILLIAMS (IMM-1026-96, Noël J., order dated 28/5/96, 6 pp.)

**STATUS IN CANADA***Citizens*

Appeal from Citizenship Judge's refusal of application for Canadian citizenship—Appellant not accumulating three years of residence required under Citizenship Act, s. 5(1)(c)—Appellant Iranian national working at Canadian embassy in Iran for five years—During employment commenced representation of Canadian business and political

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Concluded

interests in Iran—After Islamic revolution, applicant putting own and family's personal safety at considerable risk in promotion of Canadian business—Played crucial role in establishing Canadian interests with new political regime in Iran—Appellant works for Canadian company and children educated in Canada—Three of them Canadian citizens and fourth applying for citizenship—On appeal from decision refusing approval of application after declining to make recommendation to Governor in Council, Court has authority and duty to correct decision on whether statutory requirements met and decision not to recommend exercise of powers of Minister or Governor in Council under s. 5(3), (4)—Applicant performed services of exceptional value to Canada within meaning of s. 5(4)—Case of special and unusual hardship—Court recommending discretion of Governor in Council under s. 5(4) be exercised to direct Minister to grant Canadian citizenship—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5(1)(c), (3) (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 7), (4).

YASSINI (RE) (T-1930-95, McKcown J., judgment dated 12/6/96, 5 pp.)

**COPYRIGHT****INFRINGEMENT**

Action for infringement of Tele-Direct's copyright in Yellow Pages directories—Defendant using information contained in Tele-Direct Yellow Pages for development of business directories—Statement of claim filed in June 1994 and amended in October, 1994—Defendant beginning its operations in Canada in 1990 but Tele-Direct unaware of activities until 1994—Action not barred by three-year limitation in Copyright Act, s. 41—Tele-Direct claiming copyright in compilation of information in "Yellow Pages" and "Pages Jaunes" particularly in relation to selection of headings and placing of information under headings—Act, s. 5(1) providing for copyright "in every original literary, dramatic, musical and artistic work"—Definition under s. 2 including "compilations"—Definition of compilation including "work resulting from selection or arrangement of data"—S. 34(3) creating presumption in favour of copyright and ownership—In present case, facts must be examined to determine degree to which Tele-Direct exercised skill, judgment or labour in arrangement of compilation of information in directories—Large percentage of information contained in "Yellow Pages" or "Pages Jaunes" not subject to copyright as basic subscriber information given to Tele-Direct by Bell Canada—Minimal degree of skill used by sales representatives in eliciting additional information present in listing or advertisements 20% of time—Initial heading for business determined by Bell Canada using Tele-Direct heading book as guide—Heading books not uncom-

**COPYRIGHT—Concluded**

mon—List of headings commonly used produced by American Yellow Pages Publishers Association, of which Tele-Direct member—Tele-Direct arranging information, majority of which not subject to copyright, according to accepted, commonplace standards of selection in industry—Exercising only minimal degree of skill, judgment or labour in overall arrangement of information insufficient to support claim of originality to warrant copyright protection—Presumption under s. 34(3) displaced—Further, if copyright existed, no infringement by defendant as no substantial similarity between works in question—In assessing substantial similarity, important that most information taken by defendant for use in its directories Bell Canada subscriber information not subject to copyright and information arranged according to commonplace method of selection in industry—Also, two works not in competition with one another—Serve different segments of marketplace—Further, no resemblance between two directories—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2, 5(1) (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 57), 34(3).

TELE-DIRECT (PUBLICATIONS) INC. v. AMERICAN BUSINESS INFORMATION, INC. (T-1373-94, McGillis J., judgment dated 28/6/96, 29 pp.)

Motion to strike statement of claim—Plaintiffs and defendants members of Grapes of Wrath musical group—Group broke up several years ago but plaintiff claiming authorship or co-authorship in several musical works, infringement of copyright and unjust enrichment by defendants—Defendants claiming matter primarily concerned with contractual and partnership rights and therefore outside jurisdiction of Federal Court—For Federal Court to have jurisdiction, must be statutory grant of jurisdiction, must be existing body of federal law essential to disposition of case and law on which case based must be “law of Canada”—Motion dismissed—Plaintiff not claiming defendants not paying him for services as composer but claiming authorship and ownership of musical works—Defence of provincial statutory law not ousting jurisdiction of Federal Court—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 20 (as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 34).

KANE v. HOOPER (T-332-95, Hargrave P., order dated 15/5/96, 6 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****CUSTOMS ACT**

Appeal from Canadian International Trade Tribunal decision dismissing appeal from respondent's refusal to reappraise value for duty of imported product—Appellant company (Nordic) importing quantities of chemical product from Japanese supplier—Nordic becoming affiliate of American corporation (Marion)—In view of impending

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

patent expiry and introduction of lower priced generic version of product, Nordic, Marion and supplier agreeing to new reduced pricing agreement applicable retroactively as of date of introduction of generic product into Canada—Supplier providing Nordic with credit note representing price reduction subsequent to introduction of generic product—Nordic, having initially paid duty on basis of former price structure, applying to Minister for reappraisal—Minister refusing to reappraise value for duty—Refusal confirmed by Tribunal on basis credit note constituting rebate or decrease in price effected after product imported into Canada and not relevant to calculation of transaction value of goods—Agreement clearly intending new price structure to apply immediately upon first sale of generic product in Canada (underlying condition), and not upon supplier's recognition or confirmation of such sale—Consequently, credit note constituting neither rebate nor decrease in price payable—Tribunal erring in law—Alternatively, as underlying condition fulfilled upon introduction of product into Canadian market, decrease not effected “after” product imported into Canada—Appeal allowed.

NORDIC LABORATORIES v. DEPUTY M.N.R. (T-1050-93, Nadon J., order dated 26/2/96, 24 pp.)

**ENERGY**

Action to determine whether Ontario Hydro liable to pay portion of cost of relocating National Energy Board from Ottawa to Calgary—In December 1990, Board made Regulations providing Board may determine and recover from exporters of electricity, including Ontario Hydro, certain costs attributable to performance of statutory duties—By Regulations, s. 9, Minister may exclude certain costs from operation of Regulations—As of November 1991, Board required to have head office in Calgary—Board rendered Hydro invoices in respect of cost recovery charges including relocation costs—Hydro arguing “program costs” within meaning of ss. 6, 7 of Regulations annually recurring costs related to Board's activities and not including relocation costs—Board arguing “program costs” those which Parliament chooses to include in Board's expenditure plan as published in Estimates whether or not they relate to Board's activities and include relocation costs unless excluded by Minister under Regulations, s. 9—Action dismissed—Board's program sum of activities and recurring activity costs are “program costs”—In context of Regulations, “program costs” capable of meaning something other than annual recurring costs associated with Board's activities—Because Regulations appear to expressly contemplate costs outside Board's normal activities will be “program costs” no reason why relocation costs cannot be “program costs”—National Energy Board Cost Recovery Regulations, SOR/91-7, ss. 6, 7, 9 (as am. by SOR/95-540, s. 1).

ONTARIO HYDRO v. CANADA (T-387-93, Simpson J., judgment dated 27/5/96, 12 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Application for judicial review of CHRC's decision dismissing applicant's complaint against Commission and respondent Harvey Goldberg pursuant to CHRA, s. 44(3)(b)(i)—Applicant, of Aboriginal origin, claiming employment terminated because of race, colour, national and ethnic origin contrary to Act, s. 7—Also alleging systemic discrimination against Aboriginal persons contrary to Act, ss. 10, 14—Commission appointed outside investigator experienced in field of human rights and work extensively with Aboriginal people—Recommended dismissal of complaint on grounds allegations of discrimination unfounded—Applicant requesting copies of witness statements gathered in course of investigation—As master of own process, Commission mandated to weigh evidence and determine whether reasonable basis for proceeding to next stage—Such determination administrative in nature and need not be made on judicial or quasi-judicial basis—Must inform parties of substance of evidence secured by investigator and provide parties with opportunity to respond and make all relevant representations—Investigations conducted by investigator must be neutral and thorough—No obligation to interview every person suggested or address every alleged incident of discrimination—Courts ought not interfere with exercise of discretion by statutory authority merely because Court might have exercised discretion in different manner—Judicial review of investigation only warranted when such investigation clearly deficient—No evidence principles of procedural fairness not adhered to in present case—On question of bias, test whether reasonable and right minded persons, applying themselves to question and obtaining required information, would perceive bias on part of adjudicator—Mere suspicions not sufficient—To give complainant right to influence selection of investigator would run counter to Canada's multicultural and multiracial heritage and would raise apprehension of bias in favour of complainant violating rights of persons against whom complaint made—Reasonable apprehension of bias not created by appointment of non-Aboriginal investigator—Present case exception to maxim *nemo debet esse iudex in propria causa* (no man ought to be a judge in his own cause) due to statutory necessity Commission exercise jurisdiction—Contrary to intent of statute and in excess of jurisdiction for Commission to accord its own employees privileged treatment by automatic referral of complaints to Tribunal—Complainant not entitled to every detail but should be informed of broad grounds of case—Not entitled to investigator's notes of interviews—Application dismissed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 44(3)(b)(i) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64).

MILLER V. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION)  
(T-2576-94, Dubé J., order dated 29/5/96, 12 pp.)

Application for judicial review of CHRC Review Tribunal's dismissal of applicant's appeal—Applicant longshore-

**HUMAN RIGHTS—Continued**

man terminated for alleged lack of productivity, and for hazardous performance of various duties due to lack of coordination—Applicant complaining to CHRC discharge constituted discrimination on basis of physical handicap contrary to CHRA, s. 7(a)—Second review not owing tribunal absolute deference to either of two previous tribunals but where no palpable and overriding error, will not intervene—That tribunal not considering revoked Bona Fide Occupational Requirements Guidelines not reviewable error—Would have committed error of law if had applied defunct guidelines' "significantly greater" hazard's criterion—Determination of applicant's abilities to perform duties can be based on lay witness evidence, especially one experienced in relevant duties or job—Application dismissed—Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 7(a).

LEE V. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION)  
(T-483-95, Muldoon J., order dated 13/5/96, 18 pp.)

Application for judicial review of CHRC's dismissal of applicants' complaints of discrimination in employment on ground of age—Applicants pilots employed by Canadian Airlines—During mergers, arbitration to determine seniority standing of pilots of merged airlines—Applicants complaining when hired, seniority based on respective ages—As result, where employees share common date of hire, seniority rank based on ages—April 1992, investigator's report recommending conciliator be appointed to attempt settlement—Commission accepting further submissions from Canadian and CALPA with respect to investigator's reports then determining no further proceedings warranted—Applicants seeking judicial review of Commission's decision to dismiss—Settlement reached by agreement whereby applicants would withdraw judicial review applications, certain additional limited submissions would be permitted and complaints would be remitted back to Commission for determination—Additional material filed by applicants—Respondents filing additional material in response to new facts raised by applicants' material—Commission not allowing any further submissions—Commission deciding no further proceedings warranted but not providing reasons—Applicants claiming Commission erred in not appointing conciliator in accordance with recommendations of investigator and breaching applicants' rights to natural justice by failing to provide applicants with reasons for decision—Application dismissed—On preliminary motion by respondents, applicants' grounds for review that not given opportunity to respond to new material facts submitted by respondents dismissed summarily as no evidence to support ground—Settlement agreement precluding applicants from raising question of thoroughness of investigator's report—Decision Commission must make pursuant to Act, s. 44(3) discretionary administrative decision—Commission only required to comply with rules of procedural fairness—On question of whether Commission ought to have provided

**HUMAN RIGHTS—Concluded**

reasons, decision to dismiss complaint administrative one not requiring reasons—Applicants aware of essence of all submissions upon which Commission made decision.

KALLIO V. CANADIAN AIRLINES INTERNATIONAL LTD.  
(T-1087-95, McKeown J., order dated 24/5/96, 8 pp.)

**INCOME TAX****CORPORATIONS**

Appeal from Tax Court of Canada decision allowing taxpayer's appeal and vacating assessments made against him—Taxpayer director of Bynamics Inc. incorporated under laws of Ontario—Bynamics petitioned into bankruptcy—Taxpayer assessed by Minister of National Revenue for unremitted payroll deductions of Bynamics—Tax Court Judge holding once trustee in bankruptcy appointed and takes control of corporation's assets to exclusion of directors, director ceases to be one for purposes of Income Tax Act, s. 227.1(4)—Bankruptcy Act, s. 71(2) giving trustee power to deal with company's assets—Whether director of corporation ceases to hold position for purposes of Income Tax Act, s. 227.1(4) when trustee in bankruptcy appointed—Under s. 227.1(1) director vicariously liable for failure by company to withhold, deduct or remit source deductions—Vicarious liability imposed by s. 227.1(1) not indefinite—Taxpayer not fulfilling requirements of Ontario Business Corporations Act, s. 121(1) under which director ceases to occupy position—For purposes of Act, taxpayer remained director of Bynamics notwithstanding appointment of trustee in bankruptcy—At all pertinent times taxpayer director of Bynamics—Time limit in Income Tax Act, s. 227.1(4) not bar to reassessments—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 227.1(1) (as am. by S.C. 1983-84, c. 1, s. 100(1)), (4) (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 124(1))—Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 71(2)—Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 121(1).

CANADA V. KALEF (A-11-95, McDonald J.A., judgment dated 1/3/96, 6 pp.)

**INCOME CALCULATION***Deductions*

Appeal from Tax Court of Canada decision on reassessment affecting tax consequences of certain acquisitions by defendant company—Issue whether contracts in nature of capital lease rather than mere lease—Under terms of contract, lessee could not dispose of equipment without lessor's consent; since lessee could not dispose of equipment absolutely, could not be owner thereof—Having option to purchase cannot confer ownership before option exercised—

**INCOME TAX—Concluded**

Since defendant not owner, not entitled to capital cost allowance—Definition of "qualified property" for purposes of tax credit not requiring taxpayer own property; sufficient taxpayer has acquired it—Taxpayer may have acquired property where transaction considered conditional sale of suspensive nature—For condition within meaning of Civil Code, art. 1079, event must be future and uncertain, and extrinsic to legal relationship between parties to contract—Leasing contract with option to purchase not sale on suspensive condition, since option to purchase condition intrinsic to contract and depends on will of one of parties—Absent irrevocable promise of purchase and sale, acquisition impossible before option exercised—Since lessee did not acquire property, defendant not entitled to investment tax credit—Moreover, since defendant did not acquire property, it could not deduct interest paid on balance of sale price—Civil Code of Lower Canada, art. 1079.

CANADA V. CONSTRUCTION BÉROU INC. (T-1100-90, Tremblay-Lamer J., decision dated 23/2/96, 23 pp.)

*Income or Capital Gain*

Appeal by Crown from Tax Court's judgment reassessing respondent's 1987 taxation year and finding disposition of partnership interest capital gain, not income—Cross-appeal by respondent of Tax Court's finding disposition of notes and debentures income—In deciding whether transaction adventure in nature of trade, Court must look to substance in broader context in which transaction performed—Must look at intention of parties, whether conduct similar to that of ordinary trader, nature and quantity of property in question, whether transaction isolated and uniqueness of transaction when compared to taxpayer's ordinary activities—Sale of partnership not speculative endeavour meant to generate income profit as clear by context in which sale executed—Sale one component of composite transaction designed to wind up respondent's affairs—Gain on capital account—Appeal dismissed—With respect to cross-appeal, transaction giving rise to gain in ordinary course of respondent's business—Even though property disposed of part of capital transaction, manner in which disposed of determines character—Cross-appeal dismissed.

CANADA V. CONTINENTAL BANK OF CANADA  
(A-540-94, Linden J.A., judgment dated 4/6/96, 6 pp.)

**MARITIME LAW****PRACTICE**

Application on behalf of sureties under bail bond for leave to intervene in proceeding pursuant to Federal Court R. 1010 for purpose of obtaining some action in litigation—Action commenced in November 1984 when statement of

**MARITIME LAW—Continued**

claim issued and ship, *M/V Tricon Commander* arrested—Ship released in February 1986 when bail posted in amount of \$65,000—Nine years passed and no action taken by either party—Explanation settlement attempts made during that time unsatisfactory—Prejudice to applicant having to account for \$65,000 contingent liability when no action being taken by plaintiff and no move to dismiss for want of prosecution by defendant—Application allowed—Applicants granted intervenor status only for purpose of this and show cause proceedings—Under Federal Court R. 327.2(c), Court ordering plaintiff must show cause why action should not be dismissed for undue delay—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 327.2(c) (as enacted by SOR/94-41, s. 2), 1010.

QUINLAN BROTHERS LTD. V. M/V TRICON COMMANDER (THE) (T-2690-84, Simpson J., order dated 23/5/96, 4 pp.)

Appraisal and sale—Motion for production of documents in relation to Court-ordered sale of ship—Sale of *Edmonton Queen* approved by Court—Traditional sealed bid approach under Federal Court R. 1007(2)(a) not used due to uniqueness of vessel—Coopers & Lybrand agent for Admiralty Marshal and providing economic study—Plaintiff seeking to have notes, correspondence and files relating to Coopers & Lybrand's performance of duties as agent, to have documents for which privilege claimed and accounts and vouchers in support of taxation of Marshal's account made available for inspection—No fee claimed in respect of privileged letters—R. 1007(7) requiring only production of accounts and vouchers—Counsel for Coopers & Lybrand having all documents relating to activity as Marshal's agent available for inspection—Motion dismissed—Production of material beyond accounts and vouchers before cross-examination on Coopers & Lybrand affidavit premature—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1007.

SCOTT STEEL LTD. V. ALARISSA (THE) (T-1457-93, Hargrave P., order dated 27/5/96, 6 pp.)

Motion for definition of scope of arrest warrant served on *Palaquin*—Captain removing ship's engine for repairs 10 days before arrest and vessels electronics for safekeeping some time before arrest—Interlocutory declarations as to legal rights, being discretionary should be made with caution, having regard to all circumstances but may be made in proper instance—Must have practical effect—Deciding whether warrant extends to engine and electronics equipment determines narrow point and allows parties to get on with substance of action without distraction—Warrant of arrest covers everything belonging to ship as part of equipment, even items physically detached from it—Otherwise complete chaos with enterprising owners stripping vessels after accidents—Electronics clearly caught by warrant—Where evidence engine having no value at time repairs made, engine, following repairs, being worth no more than repairs,

**MARITIME LAW—Concluded**

might properly be released to owner—No such evidence here—Engine subject to warrant.

PACIFIC TRACTOR RENTALS (V.I.) LTD. V. PALAQUIN (THE) (T-2616-95, Hargrave P., order dated 10/6/96, 7 pp.)

Application to stay judgment of Court rendered May 1, 1996 pending application for leave to appeal to Supreme Court of Canada—Stay of judgment meaning vessel in question would stay under seizure—Applicant must demonstrate appeal raises serious question and without stay applicant would suffer irreparable harm—Balance of inconvenience to both parties must also be assessed—Application dismissed—At trial, Judge made findings of fact on decisive questions against applicant and findings not manifestly wrong to allow appellate Court to overturn—This view not raising serious question of law—On question of irreparable harm, if vessel sails, subject matter of proposed appeal to Supreme Court rendered nugatory—Balance of inconvenience not weighing in favour of one or other party—Owner of vessel may suffer unrecoverable damage if profit-making machine prevented from sailing—If inclined to grant stay, Court would have insisted applicant undertake to pay damages as condition of stay.

TRANSLINK FRANCE OUTRE MER S.A. V. PEGASUS LINES LTD. S.A. (A-131-96, Hugessen J.A., order dated 24/5/96, 4 pp.)

**NATIVE PEOPLES**

Application for declaration by-law assented to by Mississaugas of New Credit First Nation Indian Band *ultra vires* and of no force and effect—By-law prohibiting supply of intoxicants on reserve—Also containing restriction or limitation which permits supply of intoxicants for domestic purposes in private dwellings—Application dismissed—Indian Act, s. 85.1(1)(a) authorizing band council to enact by-laws prohibiting "sale, barter, supply or manufacture" of intoxicants on reserve—By-law properly restricting definition of "supply" to exclude personal use—Plain meaning of s. 85.1(1)(a) not to prohibit supply of intoxicants on reserve in home or private use—Definition of "supply" in by-law aid to interpretation of by-law not unauthorized regulation of intoxicants on reserve—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 85.1(1)(a) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 16).

LAFORME V. MISSISSAUGAS OF THE NEW CREDIT FIRST NATION BAND COUNCIL (T-2426-95, Wetston J., order dated 16/5/96, 4 pp.)

**LANDS**

Declaratory relief sought with respect to entitlement to possessory title to lot located on reserve lands—Plaintiff

**NATIVE PEOPLES—Continued**

First Nations member signing document to transfer title to lot to defendant on understanding defendant to purchase plaintiff's farming equipment and to assist her in farming operations—Transfer papers not forwarded by band office to Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND) for Minister's approval and registration as required by Act, s. 24—Two years after signing of transfer document, defendant still not purchasing farm equipment; plaintiff contacting DIAND to advise not wishing transfer to be registered—S. 24 making transfer conditional upon approval of Minister; until approval granted, no legally enforceable obligation created—S. 24 approval within Minister's discretion and cannot be directed by Court order—Positive finding to effect transfer of land conditional upon defendant purchasing farming equipment—Transfer of lot having no legal effect as Minister not approving transfer pursuant to Act, s. 24—In alternative, transfer intended by parties to be conditional upon purchase of farming equipment by defendant—Preliminary question as to Court's jurisdiction: *Powless v. Sandy* (1995), 95 F.T.R. 57 (F.C.T.D.) holding Court lacking jurisdiction in dispute with respect to sale of land located on reserve distinguished as facts in instant case clearly setting out: (1) both plaintiff and defendant Indians members of same Band; (2) land lying within Band reserve; (3) plaintiff having certificate of possession for lot; and (4) Her Majesty, in whom title to land vested, acknowledging Court's jurisdiction—Jurisdiction existing by virtue of Federal Court Act, s. 17(4)—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 24—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 3).

*JONES V. CANADA* (T-1687-93, MacKay J., judgment dated 23/2/96, 20 pp.)

Motion for determination of question of law under Federal Court R. 474, for order determining admissibility of appraisal evidence and for directions concerning manner in which question to be argued—Plaintiffs lessees of land on Nipissing Indian Reserve No. 10—Typical lease containing provision for negotiating annual fair market rent payable under lease—Chief and council obtaining appraisal of fair market value "without regard to the value of improvements placed thereon by lessee but having due regard to the value of other demised lands in the area" within meaning of lease—Similar action brought in December 1993 in respect of similar lots in Beaucage Park on same reserve—Plaintiff arguing fair market value in previous action, with appropriate adjustments, determinative for establishing fair market rent in relation to this action—Under R. 474, Court must be satisfied no dispute as to any material fact, pure question of law to be determined and determination will be conclusive of matter in dispute and eliminate, shorten or expedite trial—In present case, three conditions met—Under terms of typical lease, appraiser should have regard to value of other demised lands in Nipissing Indian Reserve and particularly

**NATIVE PEOPLES—Continued**

those lands comprising Beaucage Park but not bound by specific determinations of value made—Federal Court R. 482 adequately responds to plaintiffs' request for relief in relation to reports of appraisers—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 474 (as am. by SOR/79-57, s. 14), 482 (as am. by SOR/90-846, s. 18).

*MORIN V. CANADA* (T-1538-95, Gibson J., order dated 23/5/96, 12 pp.)

Application to quash band council resolution ordering common law husband, non-status husband of status Indian woman, removed from territory—Applicant wife entering rental purchase lease with band for 15-year term—Living in premises with common law husband and four children—Due to several complaints by community members regarding husband and to ensure safety and well-being of community members, Band Council passing resolution without notice to either applicant husband to be removed by police department and charges to be laid if found on First Nation territory in future—Respondent claiming Indian Act, s. 28 providing lease void if permits anyone other than member of band to use or occupy reserve land—Band also relying on by-law making power in Indian Act, s. 81(1)(p) to support action—No evidence resolution ever made by-law—Applicants entitled to notice of meeting at which resolution passed and to information on nature of complaints against husband—Regardless of husband's status on reserve, resolution invalid—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 28(1).

*SHEARD V. CHEPPEWAS OF RAMA FIRST NATION BAND COUNCIL* (T-2405-95, McKeown J., order dated 8/5/96, 7 pp.)

Appeal from Trial Division's decision amending judgment to exclude damages but otherwise refusing to set aside default judgment, to strike statement of claim and to change prothonotary's award of costs—Plaintiff making agreement in 1942 with defendant for purchase of reserve land—Plaintiff paying total of \$2200 to defendant and son—Defendant and son transferring land to Band in 1982 and land set aside for building of school—Court cannot grant relief to plaintiff clearly not legally entitled only on basis of allegations of statement of claim taken as proven—Relief cannot be granted only because defendant failed to appear in time—May be possible to bring question of whether allegations may give rise to relief sought under heading of jurisdiction in broad sense but remains preliminary question independent of defendant's behaviour—In dealing with application to set aside default judgment, Court must ensure question properly disposed of—In present case, plaintiff could not claim legal entitlement to land solely on basis of 1942 agreement and interest in land acknowledged by members of Band until 1982—Plaintiff never granted certificate of possession in accordance with Indian Act, s. 20 therefore declaration plaintiff entitled to possession incon-

**NATIVE PEOPLES—Concluded**

sistent with legislation and devoid of basis in law—Allegations therefore cannot support issuance of writ of *certiorari* quashing Minister of Indian Affairs' decision approving transfer of land to Band in 1982—Further, writ of *certiorari* quashing Minister's approval could not be sought in action in which Minister not made party—Judgment should not have been rendered and could only be set aside—Appeal granted, default judgment set aside, statement of claim struck and action dismissed—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 20.

COOPER V. TSARTLIP INDIAN BAND (A-617-94, Marceau J.A., judgment dated 12/6/96, 10 pp.)

**PATENTS**

Applications under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6(1) for orders prohibiting Minister of National Health and Welfare from issuing notices of compliance to respondents until expiration of patents—First patent at issue containing specific description of non-volatile organic acids and broad description of patent as whole—Second patent at issue describing weight percentages “about” or “in the range of”—First issue extent of explanation respondent must provide in notice of allegation when virtually no other information on record concerning allegation—Second issue whether Court should allow reopening of proceedings on basis parties overtaken by evolving case law—In application under s. 6(1) applicant having burden to prove “that the evidence which has been provided by the respondent does not justify the allegation”—Court has no jurisdiction to order filing and service of detailed statement or better detailed statement—Notice of allegation and detailed statement not pleadings of this Court but administrative documents filed with Minister—Respondents' interlocutory application to have status of patent claim determined should be dealt with at hearing of judicial review application and not on interlocutory application—Respondent stating in notice of allegation use or sale of its drug not infringing because patent covered composition or formulation claim and respondent did not use organic acids listed in patent claim—Established in case law facts asserted in respondent's allegation to be taken as true, until disproved—These proceedings neither infringement actions nor actions for declarations of non-infringement—Summary proceedings and if facts asserted justify allegation of non-infringement, in so far as text of patent claim concerned, allegation justified—Respondent's statement it does not use one of organic acids listed in claim therefore justifies allegation of non-infringement—Second respondent's implied assertion product does not fall within specific range of weight percentages listed in patent claim not supporting allegation of non-infringement—On procedural questions, Court refusing to substitute alternate procedure (requesting information from respondent) from one required (obtaining

**PATENTS—Continued**

information from Minister)—RR. 6 and 302(b) not appropriate in this case—Also refusing to allow respondents to adduce further and better affidavit material to support allegation—R. 303 not appropriate when argument on hearing of application essentially completed—Mandatory nature of Regulations, s. 6(2) requiring Court to issue order of prohibition if allegations not justified—Patent Act, s. 55.2(5) providing Act, s. 55(2) and Regulations made thereunder prevail over any other Act of Parliament—Court therefore cannot order prohibition “without prejudice to respondent's right to file new notices of allegation”—Application with respect to first patent denied—Application with respect to second patent allowed—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6(1),(2)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 6, 302(b), 303.

HOFFMAN-LA ROCHE LTD. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1964-93, Reed J., orders dated 20/3/96, 26 pp.)

Appeal from order for interim injunction against appellant generic manufacturer respecting manufacturing, promotion and sale of drug for hypertension “Isoptin SR” until motion for interlocutory injunction could be heard—Evidence on date appellant granted notice of compliance, plaintiff authorized another generic pharmaceutical company to market generic version of “Isoptin SR” with same trade dress, that first generic drug onto market will usually capture 60% of generic sales, and impossible for appellant ever to recoup this market share—Evidence apparently not considered by Motions Judge—Interim injunction dissolved.

NOVOPHARM LTD. V. MONSANTO CANADA INC. (A-297-96, MacGuigan J.A., judgment dated 23/5/96, 2 pp.)

**INFRINGEMENT**

Motion seeking orders for defendant to: (1) deliver up all enalapril maleate; (2) submit all records and inventory for inspection; (3) transfer all records and inventory to central location; (4) recall all tablets prepared from bulk enalapril maleate—Proceeding arising from plaintiff's action for patent infringement; action allowed by Trial Division; reversed in part by Court of Appeal—Final judgment holding three particular lots of bulk enalapril maleate infringing on patent but silent as to other quantities of enalapril maleate—Plaintiff assuming tablets sought to be recalled prepared from infringing bulk enalapril maleate—Enalapril maleate in respect of which seeking order not held by Court to infringe patent—If other quantities infringing plaintiff's patent, plaintiff may apply to Court for contempt order in light of general injunction enjoining defendant from infringing patent; however, such conclusion cannot be reached in context of present proceedings without trial—

**PATENTS—Concluded**

Relief sought attempt to widen scope of final judgment—Motion dismissed with costs in favour of defendant.

MERCK & CO. INC. V. APOTEX INC. (T-2408-91, Nadon J., order dated 16/5/96, 11 pp.)

**PRACTICE**

Appeal from dismissal of application to prohibit Minister of National Health and Welfare from issuing notice of compliance for marketing of Nizatidine to Novopharm Ltd.—At same time application to prohibit Minister from issuing notice of compliance to Apotex Inc. allowed on ground Apotex' allegation under regulations not justified—Motions Judge concluding Novopharm not infringing patent rights by marketing medicine pursuant to notice of compliance—Novopharm holding compulsory licence, providing for termination upon breach by licensee, precluding grant of sublicences—Apotex, Novopharm entering agreement enabling Apotex to market medicine in Canada without infringing patent rights—On appeal from *Apotex* decision (A-82-95, Pratte and MacGuigan JJ.A., judgment dated 1/4/96, not yet reported), majority holding agreement contravening term of compulsory licence against sublicensing and licence terminated by notice given by appellants to Novopharm—F.C.A. decision in *Apotex* not *res judicata*, but binding unless distinguishable on facts or manifestly wrong because overlooking statutory provision or case that ought to have been followed: *Minister of Employment and Immigration v. Widmont*, [1984] 2 F.C. 274 (C.A.)—Compulsory licence and agreement in evidence in both cases herein—No reason not to apply C.A. reasons in *Apotex* in present appeal—While agreement requiring company to comply with terms of licence, other clauses of agreement also considered—Appeal allowed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6.

ELI LILLY AND CO. V. NOVOPHARM LTD. (A-120-95, Stone J.A., judgment dated 24/4/96, 5 pp.)

**PRACTICE****CONTEMPT OF COURT**

Indian Band members admitting contempt of court—1980 Chief and Councillors long recognized as legitimate representatives of band—Appropriate steps taken to replace Band Chief, Council and 1996 Interim Band Council recognized by Department—During legal dispute, several members of Algonquins of Barrière Lake Band breached injunction restraining blocking or impeding in any way road to Rapid Lake Reserve or any other roads within community of Rapid Lake—Alleged contemnors signing detailed written apology to Court setting out fact-finding mediation process undertaken to resolve differences—Court accepting apology and

**PRACTICE—Continued**

imposing no further penalty—Breach isolated act—Remorse expressed and initiative undertaken to seek resolution of problems through mediation in best interests of community—Incarceration would only aggravate situation.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. ALGONQUINS OF BARRIÈRE LAKE INTERIM BAND COUNCIL (T-2590-95, McGillis J., order dated 17/5/96, 5 pp.)

Proceedings to determine penalty for contempt—Defendants in contempt of order to cease using name "Asian Food and Video"—In reviewing file for contempt, deficiencies noted in relation to original order—Plaintiffs assert design mark, not word mark and word "Asian" expressly disclaimed—No evidence on file use of word "Asian" on defendants' signs in any way similar to plaintiff's design mark—Court cannot refuse to render finding of contempt merely because concluding interlocutory injunction should not have been issued in first place—Can consider quality of evidence as relevant to nature and extent of penalty to be imposed—Penalty assessed at \$1.

ASIAN VIDEO MOVIES WHOLESALER INC. V. 1126392 ONTARIO INC. (T-2591-95, Reed J., order dated 16/5/96, 7 pp.)

**COSTS**

Taxation of bill of costs pursuant to RR. 345 and 406—Plaintiff filing notice of discontinuance before defendant filing statement of defence but after certain preliminary steps taken in relation to action—Question as to entitlement to claim for costs and whether or not Taxing Officer can award unitary value different than prescribed by Tariff—Rules contemplate preliminary steps before matters can proceed to motion for particulars—Demand for particulars and preparation for motion for particulars in case demand not acted upon, logical steps—Award warranted for preparation of motion although no motion ever brought—Discretion to award costs extends inside range prescribed by Tariff and not beyond—No discovery or inspection of documents—Meeting between parties attempt to clarify issues and shorten proceedings—Not intended to be treated as inspection of documents or examination for discovery—Award of costs not available—Costs for preparation for and attendance on taxation of costs allowed within range—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 345 (as am. by SOR/95-282, s. 2), 406.

NATIONAL STEEL CAR LTD. V. TRENTON WORKS INC. (T-2863-94, Reinhardt T.O., taxation dated 17/5/96, 9 pp.)

Taxation of defendants' amended bill of party and party costs—Plaintiff raising preliminary objection under R. 346.1—Defendants' bill of costs framed under amended

**PRACTICE—Continued**

Tariff—Plaintiff's action in relation to trade mark infringement and passing-off—Seeking injunctive relief by motion but requesting adjournment for cross-examination—Other delays and omissions occasioned by plaintiff to defendants' detriment—July 28, 1995, Judge ordering stay of proceedings *sine die* until plaintiff pays defendants' party and party costs and thereafter files application record—Defendants sending solicitor for plaintiff draft bill of costs in old format in July 1995—No response—Wrote again in September asking for payment—No response—Defendants obtaining appointment for taxation in March 1996 and filing draft bill of costs under new Tariff effective September 1, 1995—R. 344(4) embracing liquidated figure for costs—Judge's order not "fixing liquidated" amount therefore circumstances not fitting first exception in R. 346.1(1)—Relative to second exception in R. 346.1(1) and not first exception that plaintiff's tardiness becomes factor—Plaintiff could have paid amount under old Tariff or applied for taxation prior to September 1, 1995—Old Tariff would have applied—But because of transitional language in R. 346(1), new Tariff available to defendants—Seriousness and complexity of litigation govern range in Tariff—This case neither simplest nor most complex litigation—Fixed percentage not applied throughout—Each item assessed in own circumstances—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344, 346.1 (as am. by SOR/95-282, s. 4).

YAO TSAI CO. V. DIC DAC HOLDINGS (CANADA) LTD.  
(T-996-95, Stinson T.O., taxation dated 6/6/96, 18 pp.)

Motion to dismiss application for judicial review for undue delay and application for costs on solicitor and client basis against solicitors for applicants personally—Applicants filed on August 17, 1995 application for judicial review seeking variety of orders, including orders directing funds continue to be held by specified trustees—August 21, Court ordering, on interim basis, funds would continue to be held by existing trustees and requiring application for judicial review be heard on expedited basis—Applicants never filing application record, application for extension of time for filing record or notice of discontinuance—December 7, 1995, respondents applying for dismissal of application for undue delay and for costs on solicitor-client basis—Hearing adjourned at request of applicants' counsel to January 8, 1996 due to inability to obtain instructions from clients—Further adjournment sought by agent for applicants' counsel at January 8 hearing but denied—Motion to dismiss application for judicial review allowed—Undue delay without excuse warranting dismissal—On matter of costs, Federal Court R. 1618 providing costs not to be awarded in connection with judicial review application except where special reasons exist—Respondent councillors entitled to payment by applicants of costs on party and party basis for application for costs, for dismissal of application for judicial review and for all matters arising in relation to application for judicial review since August 21, 1995—Appropriate as

**PRACTICE—Continued**

respondents put to expense of bringing motions before Court while applicants taking no steps since August—Applicants' responsible to move proceedings forward—Applicants' financial inability to continue with matter apparent for some time and should have been communicated—Should have sought discontinuance—Failure to prosecute application for judicial review resulting in successful application for dismissal for delay by respondent may constitute special reason within meaning of R. 1618—Not appropriate situation for costs on solicitor-client basis—Undue delay not constituting misconduct within meaning of Court of Appeal decision in *Amway Corp. v. The Queen*, [1986] 2 C.T.C. 339 (F.C.A.)—Application not frivolous and vexatious—Also not appropriate to require counsel for applicant to pay costs personally for failure in duty as officer of Court by giving improper advice to applicants as not clear application without merit—Undue delay not attributable to counsel and no evidence of misconduct by counsel—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

POILE V. ESQUEGA (T-1766-95, MacKay J., order dated 10/6/96, 17 pp.)

Motion under RR. 1733 and 302(a) and (c) for reconsideration of order striking out claim as disclosing no reasonable cause of action and being frivolous, vexatious and abuse of process—Plaintiff's motion ill-considered—Inappropriate to bring under R. 1733 for new or newly discovered material or under R. 337(5) for accidental oversight or omission—Crown arguing more than one similar motion, launched without consideration or understanding of Rules and ought to have some protection against more of same—Costs may be used as deterrent in frivolous proceedings—Plaintiff's conduct not reprehensible, scandalous or outrageous, therefore not warranting special order as to costs—Must balance between deterring frivolous or vexatious proceedings and deterring uncertain but meritorious claims or defences—Must be reasonable, not oppressive deterrent—Costs to defendant of \$350—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 302(a),(c), 337(5), 1733.

SIM V. CANADA (T-585-96, Hargrave P., order dated 4/6/96, 15 pp.)

Taxation of respondent's costs for action for wrongful dismissal—Adjudicator awarding respondent compensation for lost wages, benefits and costs—Byers unsuccessful on application to set aside decision—Costs awarded against Byers on solicitor-client basis—Appeal by Byers allowed but costs before Trial Division and Appeal Division allowed on solicitor-client basis to respondent—Costs not awarded on solicitor and own client basis—If Taxing Officer accepts account *prima facie* as disclosed in computer logs presented in evidence, bills can be taxed as presented—Amounts presented not extraordinary—Concept of indemnification

**PRACTICE—Continued**

capturing extent of obligation of unsuccessful litigant to pay expense of litigation for successful opponent—Litigant not to profit by them—Costs equal fees plus disbursements—Partial indemnity effects removal of apprehension by reason of prohibitive costs, of initiating and defending lawsuits—Caps potential costs between opposing parties in litigation—Rules and Tariffs generally impose parameters of “reasonable” and “necessary” for disbursements—Party-party costs designate restricted level of costs known as partial indemnity—Solicitor-client costs include disbursements but focus on solicitor’s fees—More liberal award of party-party costs removing restriction of Tariff with regard to fees—Disbursements still limited to “reasonable” and “necessary”—Solicitor and own client costs additionally include non-litigation costs—Constitute bill rendered to client by solicitor—Account between solicitor and own client exists regardless of presence of litigation—If litigation occurs and favourable judgment results, some or all may be shifted to indemnity between adversarial litigants—Unrealistic for litigants to assume solicitors can wind up every client file before taking break—Costs associated with breaks must be reasonable in circumstances—Unrealistic for litigant to expect lawyer to donate billable time in compilation and review of account—Settlement talks not necessarily advancing litigation but important variables in dispute resolution and should be allowed—No onus upon litigants to seek cheaper hourly rates—With respect to photocopies, Taxing Officers must ensure unsuccessful litigants not burdened with unnecessary or unreasonable costs and not penalize successful litigant by denial of real costs incurred—Judge decides and Taxing Officer limited to quantification of exercise of judge’s discretion—Not Taxing Officer’s function to award interest.

BYERS TRANSPORT LTD. v. KOSANOVICH (A-333-94, Stinson T.O., taxation dated 3/6/96, 39 pp.)

**PARTIES***Standing*

Attorney General seeking leave to be added as respondent in judicial review proceeding in substitution for Regional Safety Officer (RSO)—Applicant marine terminal facility found in contravention of Canadian Occupational Safety and Health Regulations by RSO—Applicant naming RSO as respondent in judicial review of RSO directive—Issue whether RSO, rather than Attorney General, properly named as respondent—Review of case law regarding status of federal boards, commissions and other tribunals in judicial review proceedings—Case law, Federal Court Act, and Rules evolving from situation in which tribunals constituting proper respondents in judicial review proceedings through to present situation where, by reason of Rules 1600, 1602, and Act, s. 18.1: (1) proper respondents only “interested persons” or Attorney General of Canada; and (2) tribunals

**PRACTICE—Continued**

participating as intervenor, except in limited circumstances—“Interested person” must be adverse in interest and person having been heard in proceedings—Where no parties adverse in interest, Attorney General of Canada named, pursuant to Act, s. 18.1, to represent public interest and to present point of view differing from applicant—Decision-making entity under appeal reduced to intervenor status and having limited participation rights except under certain circumstances—Possibility tribunal named as party to judicial review where tribunal initiating complaint itself pursuant to enabling statute (*Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447 (C.A.)); also limited role for tribunal where defending jurisdiction (*Adams v. Royal Canadian Mounted Police (Commissioner) et al.* (1995), 182 N.R. 354 (F.C.A.))—Such circumstances not existing in present instance, thus RSO not proper respondent in proceeding—However, as presence of respondent necessary to adequately canvass points at issue, and as workplace safety clearly of public interest, Attorney General of Canada appropriate respondent—*Joe (M.) et al. v. John (M.) et al.* (1990), 34 F.T.R. 280 (F.C.T.D.) restriction prohibiting Attorney General from filing affidavit material where appearing in completely neutral role of *amicus curiae* not applicable in present instance—Attorney General’s participation not limited by reason of delay as: (1) Attorney General not responsible for delay; and (2) no other respondent can set out other side of issues—Motion granted—Canada Occupational Safety and Health Regulations, SOR/86-304—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1600 (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1620 (as enacted *idem*; SOR/94-41, s. 14).

VANCOUVER WHARVES LTD. v. CANADA (REGIONAL SAFETY OFFICER) (T-1391-95, Hargrave P., order dated 7/2/96, 18 pp.)

**PLEADINGS***Motion to Strike*

Applications for leave to file conditional appearance to challenge Court’s jurisdiction and to strike out Her Majesty the Queen in right of New Brunswick as represented by Minister of Fisheries and Aquaculture as defendant and to strike out portions of claim seeking relief against Minister, Her Majesty and her servants, employees or agents *in personam*—Court not having jurisdiction to grant relief against Her Majesty in right of a Province—By limiting definition of “Crown” in Federal Court Act, s. 2, intended that action could only be brought against Her Majesty in right of Canada—Federal Court jurisdiction entirely statutory and not providing for suit against province—Minister not submitting to jurisdiction of Court by filing statement of defence and counterclaim—Counterclaiming and defending

**PRACTICE—Continued**

only in capacity as owner or other person interested in ship *Tami Joan*—Even if did submit, Court could not extend jurisdiction clearly defined by statute—Nor does Court have jurisdiction over proceedings for relief *in personam* against Minister or agent by virtue of jurisdiction over maritime law—Subject matter jurisdiction distinct from jurisdiction over party—Defendant MacFarlane agent of New Brunswick Crown—In so far as acting within scope of duties, liability governed by provincial law of New Brunswick and in so far as acting outside duties, plaintiff may have action in tort—Both fall within provincial jurisdiction—Minister granted leave to file conditional appearance, Her Majesty in right of New Brunswick removed as defendant and style of cause amended—Certain paragraphs of claim struck and plaintiff's application to add MacFarlane as defendant dismissed.

GREELY V. TAMI JOAN (THE) (T-2778-92, MacKay J., order dated 30/5/96, 12 pp.)

Motion to strike plaintiff's statement of claim under R. 419(1)(a),(c) and (f) as disclosing no reasonable cause of action, scandalous, frivolous or vexatious and abuse of process—Statement of claim seeking declaration Income Tax Act and Goods and Services Tax provisions of Excise Tax Act *ultra vires* and unconstitutional—Plaintiff arguing Federal Government having only powers given it by provinces in 1867 and direct taxation not one of them—Motion granted—Parliament's general power of taxation, as set out in s. 91(3) of Constitution Act, 1867, allows "the raising of Money by any Mode or System of Taxation"—Parliament and provinces having concurrent jurisdiction over direct taxation—In general, litigant ought not be deprived of his or her day in court—Court will only strike out pleadings in plain and obvious cases where result is beyond doubt—"Vexatious or frivolous or abusive action" one in which claimant can present no rational argument based upon evidence or law—Action so clearly futile not slightest chance of succeeding, whoever judge may be before whom case could be tried—In present case, given numerous cases which have been decided on point, no argument plaintiff might make has any chance of succeeding—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a),(c),(f).

HOFFMAN V. CANADA (T-2516-95, Hargrave P., order dated 23/5/96, 15 pp.)

Motion by plaintiff to strike out defence on basis general denial of statement of claim insufficient—Motion dismissed—Substantial authority for proposition common traverse or denial proper defence—General denial valid defence: *Lancaster (John) Radiators, Ltd. v. General Motor Radiator Co., Ltd.*, [1946] 2 All E.R. 685 (C.A.) wherein Tucker L.J. pointed out interlocutory motion not stage to pass judgment on whether some allegations ought not to be in dispute, however, matter could be taken into account by

**PRACTICE—Continued**

trial judge when awarding costs—B.C. Supreme Court Rules providing general denial sufficient except where party intending to prove different facts, not applicable as no gap in Federal Court Rules, however, good consolidation of present common law position.

SIM V. CANADA (T-585-96, Hargrave P., order dated 29/4/96, 6 pp.)

**PRIVILEGE**

Motion seeking proper description, production of documents for which privilege claimed—Affidavit of documents describing documents for which privilege claimed as "various adjuster's reports"—Action for damages commenced in July, 1995—Plaintiffs alleging remote control unit on yacht supplied by defendant Towns malfunctioned causing damage to other vessels, personal injury—Adjuster preparing four reports—First three, dated June 27, July 18 and 25, addressed to insurer; fourth, dated September 11, addressed jointly to insurer, plaintiffs' counsel's firm—Amended defence filed in September 1995—Defendants' affidavit material sworn by investigating Adjuster—Federal Court R. 448(2) providing affidavit of documents shall contain sufficient description of all documents, statement of ground for each claim of privilege—Case law establishing party seeking to establish privilege must identify document well enough that court may effectively require production—Towns' description of documents complying neither with R. 448 nor with case law—(1) Effect of improperly identifying privileged documents—*Puddister Trading Co. et al. v. Canada et al.* (1995), 95 F.T.R. 92 (F.C.T.D.) holding as documents could not be identified because so poorly described, certificate making no assertion as to privilege and therefore documents had to be produced in entirety—*Puddister Trading* distinguished as by time of motion dates of reports, addressees known—(2) R. 448 complied with if each document listed by title, date, sender, addressee, or other description clearly identifying document, followed by statement of grounds for privilege in respect of each document—Alternatively adequate to begin with standard wording set out in Appendix of Forms to Federal Court Rules, description of documents, followed by code letters referring to eight clearly defined claims of privilege—(3) In considering whether document privileged, Court adopting dominant purpose rule described in *Waugh v. British Railways Board*, [1980] A.C. 521 (H.L.)—Onus on party claiming privilege to prove report prepared for dominant purpose of being provided to counsel and for use in respect of existing or reasonably contemplated litigation—Must establish dominant purpose for creating document to provide it to counsel either to obtain legal advice or to aid in conduct of litigation—If report commissioned by insurer, insurer's intention relevant—Dominant purpose test applied when document brought into being; when report commissioned only if report coming into existence very shortly

**PRACTICE—Continued**

thereafter; or when dominant purpose changes—Subsequent use or intentions of author irrelevant—Adjuster's affidavit establishing reasonable contemplation of litigation, probably before date of first report, but falling short of establishing dominant purpose to instruct counsel, at least as to first three reports—Consideration of reports themselves not establishing prepared for dominant purpose of being provided to counsel—First three reports ordered produced as not privileged—Fourth report privileged—As only relevant documents, portions thereof need be produced, amount of insurance coverage may be deleted—Towns ordered to provide amended affidavit of documents better describing remaining privileged material—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 448 (as am. by SOR/90-846, s. 15).

JORDAN V. TOWNS MARINE ELECTRONICS LTD.  
(T-1577-95, Hargrave P., order dated 22/3/96, 17 pp.)

Appeal from Prothonotary's order recognizing solicitor-client privilege in letter dated August 22, 1995—Preliminary motion requesting matter not be heard due to filing of application on short notice dismissed—Motion served on proper day but after 5:00 p.m., close of business in respondent's office—Service not technically outside scope of R. 320—Applicant company bidding on contract for services with Department of National Defence (DND)—Applicant's bid highest score among four bidders but rejected because failed to meet certain requirements of request for proposals—Applicant claiming lack of fairness and letter allegedly setting out DND's position on matter—Appeal dismissed—Advice from counsel in Department of Justice to other departments of Government may well be subject to solicitor-client privilege—Advice from Judge Advocate General's Branch of DND intended to be confidential similarly subject to privilege—Letter in question concerns legal responsibilities arising in course of considering bids submitted in relation to invitation which may result in contract—Making letter available to Department of Public Works not waiver of privilege—On authority of *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762 (C.A.), executive branch of Government of Canada client, indivisible—Legal advice given to one branch and made available to another branch of executive retains privileged status.

HALIFAX SHIPYARD LTD. V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES)  
(T-454-96, MacKay J., order dated 17/5/96, 7 pp.)

**SERVICE**

Application to extend time for service of statement of claim *in personam* on Welsen Shipping Co. Ltd.—Statement of claim filed December 30, 1994—P & I Club's commercial correspondent aware of filing of statement of claim, obtaining copy at early date—Timely service on Greer Shipping Ltd., initially thought to be shipowner's Vancouver

**PRACTICE—Concluded**

agents pursuant to R. 310—Nearly four months after statement of claim expiring, Greer Shipping advising plaintiffs acting as agents not for owners, but for charterers—Inadvertence not ground for extension of time to serve statement of claim—R. 306 requiring only one sufficient reason to grant extension, but allowing extension of delay to serve statement of claim exception and should not be easily granted: *Duval Sales Corporation and Atlantic Mutual Insurance Co. v. Ocean Cape Compania Naviera S.A. et al.* (1986), 4 F.T.R. 231 (F.C.T.D.)—Not failure to serve herein as service clearly accomplished per client's instructions, but, assuming Greer Shipping charterer's, not owner's, agents, failure to serve correct agent and failure to recognize problem in timely manner—R. 310(2), providing for substitutional service on someone out of jurisdiction, without Court order exceptional provision demanding strict compliance—That wrong entity served on client's instructions in apparently mistaken belief agent for owners of ship mere slip—At time no damage done as statement of claim still having three and one half months' currency—Not following up until four months after service beyond mere slip—That plaintiffs felt had served Welsen Shipping and needed to do nothing more not sufficient reason—Ship-owners Assurance Management, by requesting copy of pleadings and by confirming ship entered with their client indicating Newcastle P & I Club, and presumably also owners, aware of proceedings, not taken by surprise—Not leading plaintiffs to expect anything—Time limitations enacted to place limit on time that may elapse before bringing person into lawsuit—From material filed, not one sufficient reason or special circumstance justifying exercise of discretion to deprive defendant of statutory limitation—Motion dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 306, 310.

COMPANHIA SIDERURGICA NACIONAL V. WELSEN SHIPPING CO. (T-3083-94, Hargrave P., order dated 23/4/96, 6 pp.)

**PUBLIC SERVICE****APEALS**

Application for judicial review of Public Service Commission Appeal Board's interlocutory ruling applicant, unsuccessful candidate for employment competition not permitted to personally examine documents pertaining to standardized tests used to assess ability qualifications—Appealed test result under Public Service Employment Act, s. 21(1)—Not represented and requesting disclosure of all relevant material to himself personally—Practice to provide full disclosure to representative but limited disclosure to appellant personally to preserve integrity of test—Application for judicial review allowed—Public Service Employment Regulations, s. 24 mandatory in providing appellant or appellant's representa-

**PUBLIC SERVICE—Continued**

tive “shall be provided access . . . to any document that contains information that pertains to the appellant or to the successful candidate”—No statutory justification for distinguishing between disclosure to appellant and appellant’s representative—However, manual for assessors containing answer key does not pertain to appellant or successful candidate and need not be disclosed—Commission entitled to control circumstances under which material viewed, including undertaking of non-disclosure and control over any notes taken—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21(1) (as am. by S.C. 1990, c. 54, s. 2)—Public Service Employment Regulations, 1993, SOR/93-286, s. 24.

HASAN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2173-95, Richard J., order dated 12/4/96, 9 pp.)

**SELECTION PROCESS***Competitions*

Application for judicial review of Chairman of Public Service Commission’s decision refusing to disqualify himself in appeal cases—Appeals from appointments under Public Service Employment Act—Appellants represented by two union representatives, Stein and Jurjans—Summer of 1994, Jurjans complaining Department refusing to provide copies of all written essays submitted by candidates to competition—February 1995, teleconferences held with Chairman, employer’s representative, Stein, Jurjans—Representatives directed to provide proper allegations by March 4, 1995—Jurjans faxing allegations to Chairman—Chairman twice contacting Jurjans to advise allegations inadequate and requesting greater clarification—Jurjans asking Chairman to order employer’s representative to provide full response to allegations prior to hearing—At hearing, Chairman making personal comments especially toward Jurjans concerning suitability as representative, statement allegations “vague and nebulous”, statement she had “unmitigated gall” in requesting employer’s representative be required to provide written response one week prior to hearing, statement she had prejudiced her client and drawing distinction between her and Stein—With respect to Stein, Chairman commenting Stein “totally irresponsible”, “totally unreasonable” and “totally unfair”; hoped Stein would develop “better understanding” after short recess, use of sarcasm by saying “God!” then telling Stein had made “great argument” and allegation “crystal clear” when meant opposite; constant and lengthy interruptions during Stein’s presentations—Stein unable to frame allegations coherently and requesting adjournment to rework them—Jurjans raising issue of Chairman’s bias due to behaviour toward representatives—When hearing resuming, Chairman refusing to disqualify himself—On authority of *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623 test is whether reasonably informed bystander could reasonably perceive

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

bias on part of adjudicator—Chairman erring in not disqualifying himself with respect to appeal by Jurjans’ clients—Did not err in not disqualifying himself with respect to Stein’s clients’ appeals—Critical and harsh comments made to Jurjans created reasonable apprehension of bias not cured by adjournment—Chairman’s conduct toward Stein unacceptable but not creating reasonable apprehension of bias and unfairness cured by adjournment.

MCKEON V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(T-1028-95, Simpson J., order dated 11/6/96, 14 pp.)

**TRADE MARKS**

Appeal from Trade Marks Opposition Board’s decision rejecting appellant’s application for registration of trade mark “Club Design with Border”—Registrar refusing application on grounds mark not used in Canada by Labatt since date claimed in application within meaning of Trade Marks Act, s. 38(2)(a)—Registrar making no finding with respect to third ground of opposition raised by Molson—Decision of Registrar representing finding of fact and not exercise of discretion—Appeal court therefore need not exercise same degree of restraint as if decision discretionary—On issue of admissibility of affidavit evidence, Federal Court R. 332(1) subject to common law exceptions to hearsay rule—Hearsay affidavit evidence admissible when evidence meets test of necessity and reliability—On issue of evidentiary burden, applicant having onus to comply with Trade-marks Act, s. 30—Opponent having evidentiary burden to disprove applicant’s alleged facts when opposition based on allegations of fact—When opponent raising legal argument as to inferences to be drawn from facts alleged by applicant, no such burden—Registrar not erring in basing decision on ground of opposition on which opponent did not adduce evidence—On issue of refusal of application on basis of non-compliance with Act, s. 30(b), Registrar not erring in determining as matter of first impression, trade mark applied for, as component in label applied to Labatt’s Country Club brand beer, would not be perceived as separate trade mark—Registrar erring in not making finding use of mark on sealing tape on packages in 1957 constituted use within meaning of Act, s. 4(1) and therefore erring in refusing Labatt’s application on basis of non-compliance with Act, s. 30(b)—Registrar not erring in failing to consider evidence showing display of trade mark applied for on promotional material as such display not constituting use within meaning of Act—Appeal allowed—Matter referred back to Registrar for rehearing and determination on third ground of opposition—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 4(1), 30(b), 38(2)(a)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 332(1).

LABATT BREWING CO. V. MOLSON BREWERIES, A PARTNERSHIP (T-646-95, Heald D.J., judgment dated 28/5/96, 25 pp.)

## TRADE MARKS—Continued

Appeal from Trade-marks Opposition Board's decision rejecting appellant's application for registration of trade mark "Molson Club Ale & Design"—Application first filed in 1975—Labatt's application for trade mark "Manitoba's Club and Design" pending at time of filing of Molson application and not abandoned until 1987—Registrar refusing registration on basis confusing with Labatt's applied for trade mark "Manitoba Club & Design"—Registrar not reaching conclusion on second ground of opposition—On third ground, Registrar finding mark not distinctive—When additional evidence adduced at appeal pursuant to Trade-marks Act, s. 56(5) courts accord reduced deference to Registrar's decision—Appeal proceeding as trial *de novo*—Appeal allowed—Molson's applied for mark merely updated version of earlier registered trade mark "Club Ale & Design"—Labatt's earlier application for "Manitoba's Club Ale and Design" abandoned—Registrar feeling constrained by wording of Act, s. 16(3)(b) requiring refusal of registration if at date of filing, confusing with "trade-mark in respect of which an application for registration had been previously filed in Canada by any other person"—Although Registrar's decision made in January 1995, Molson's application filed in 1975 when Labatt's application still pending and not yet abandoned—Absurd result could be reached by strict application of Act, s. 16(3)—Pursuant to Act, s. 6 in determining whether mark confusing, shall have regard to all surrounding circumstances—One of surrounding circumstances includes Labatt's abandonment of application for "Manitoba's Club & Design"—Therefore, Molson's mark not precluded from registration under Act, s. 16(3)(b)—Labatt's third ground of opposition, Molson mark not distinctive, must also fail—On authority of *Labatt Brewing Co. v. Molson Breweries, A Partnership* (1992), 42 C.P.R. (3d) 481 (F.C.T.D.), Molson mark meeting three criteria for distinctiveness—Registrar's decision set aside and matter referred back for rehearing and determination of second ground of opposition—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6, 16(3)(b), 56(5).

MOLSON BREWERIES V. LABATT BREWING CO.  
(T-660-95, Heald D.J., judgment dated 6/6/96, 16 pp.)

## EXPUNGEMENT

Appeal of Registrar's decision maintaining in part registration number UCA 48982 for trade mark "Salvator" pursuant to Trade-marks Act, s. 56—Trade mark registered for use in association with alcoholic and non-alcoholic beverages, including beer—Registrar holding two special sales of wares in Canada constituting transaction in "normal course of trade"—Court should be reluctant to reverse Registrar's finding unless clearly satisfied came to wrong conclusion on facts or unless significant new evidence placed before Court, not heard by Registrar—No new evidence filed here—Evidence of single sale in normal course of trade, whether wholesale or retail sufficient as long as transaction genuine

## TRADE MARKS—Continued

and not for sole purpose of maintaining trade mark—Quality and not quantity of evidence relevant—Beer also sold within two years of s. 45 notice—Appeal denied with costs—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 45 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 200), 56.

88766 CANADA INC. V. PAULANER-SALVATOR-THOMASBRÄU A.G. (T-1130-95, Teitelbaum J., order dated 5/6/96, 9 pp.)

## INFRINGEMENT

Motion to amend statement of claim pursuant to R. 420—Plaintiff seeking to prevent defendants from marketing fluoxetine hydrochloride in capsule similar to plaintiff's Prozac capsules—Plaintiff licensing third party company to market generic version of Prozac in nearly identical appearance—Defendants contending licensing agreement illegal and resulting in unlicensed concurrent use of trade-mark fatal to plaintiff's action for passing-off—Defendants' proposed amendments contending licence agreement: (1) contravening Competition Act; (2) constituting fraud on provincial health ministries; and (3) constituting tort of common law conspiracy—Competition argument, i.e. only third party and not defendants may use plaintiff's trade mark with respect to fluoxetine hydrochloride, constituting trade mark issue rather than competition issue: if defendants unable to use Prozac appearance for capsules, not due to licence agreement but rather due to existence of valid trade mark—Competition Act, s. 78(d) fighting brand provision not constituting private right of action or defence and cannot be used to attack agreement—No evidence of deception or misrepresentation of facts thus no basis for allegation of fraud—Violation of provincial health ministry regulatory requirement not voiding agreement *ab initio* and thus not constituting defence to plaintiff's action for passing-off—No basis for conspiracy allegation; predominant purpose of licence agreement not to cause injury to defendants—Furthermore, tort of conspiracy not rendering agreement void *ab initio* and thus not constituting defence to plaintiff's action for passing-off—Motion to amend dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 420—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 78(d) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45).

ELI LILLY AND CO. V. NOVOPHARM LTD. (T-2432-95, Rothstein J., order dated 16/5/96, 11 pp.)

## PRACTICE

Applications for directions under Rule 324—Rolling Anton Piller order issued June 5 and set aside by Reed J. for failure to follow certain procedures—Order appealed—Appellants seeking to amend notice of appeal by adding list of identified persons as respondents—As notice of appeal not yet served, no prejudice in allowing amendment—

**TRADE MARKS—Continued**

Amendment allowed—On issue of service of notice of appeal, service on most respondents in accordance with R. 311—Those respondents not having last known address or solicitor to be served by order under Rule 310(1)—Court ordering service by publication in newspapers in areas where served with Anton Piller orders—Appellants also seeking sealing of notice of appeal to prevent respondents from contacting one another and thus increasing ease of distributing infringing wares—Court finding premise on which application based false—List of defendants already part of public record in trial record—Stable door already open—More fundamentally, appellants chose to join all respondents in one action—If all chose to appear personally at hearing of appeal, could not be prevented from communicating with one another—Appellants also seeking suppression of reasons of Reed J. as including reasons in Appeal Book tantamount to carrying out part of order under appeal requiring in part, service of reasons on respondents—Application denied—Service of Appeal Book not rendering appeal nugatory as suggested—Grotesque to suggest respondents who have absolute right to appear and support order and reasons should not be allowed to have access to them—On issue of timetable for appeal, appellants should have entire summer period to bring appeal to state of readiness and if Appeal Books and Memorandum of Fact and Law not filed by September 1, 1996, appellants to show cause why appeal should not be dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 310(1) (as am. by SOR/79-57, s. 5), 311 (as am. by SOR/90-846, s. 5), 324.

INDIAN MANUFACTURING LTD. v. LO (A-288-96, Hugessen J.A., order dated 6/6/96, 8 pp.)

**REGISTRATION**

Appeal from McKeown J.'s judgment allowing cross-appeal from Registrar's decision—Respondent applying for registration of trade mark "McBeans" in relation to business dealing in sale of coffee makers, accessories, coffee beans and tea—Registrar dismissing opposition except in relation to "coffee" and "tea" and related services—On appeal to McKeown J., appellants' opposition dismissed in all respects—Appellants arguing Trial Judge erred in looking at respondent's actual operations rather than application for proposed trade mark and in failing to give effect to evidence of appellant's use of "Mc(food)" marks and existence and acceptance of "McLanguage"—Appeal dismissed—Even if Judge limited to reading of application, could not possibly have concluded anything in nature of restaurant or fast food business contemplated—Further, evidence of actual use also relevant—On authority of *McDonald's Corp. v. Silcorp Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 207 (T.D.), creation of "family" of names by process of bastardization involving joining in one word of Gaelic "Mac" or "Mc" with species of fast food or other nouns, verbs and adjectives cannot preclude use of

**TRADE MARKS—Concluded**

prefixes as separate words either standing alone or in combination with other words.

MCDONALD'S CORP. v. COFFEE HUT STORES LTD. (A-278-94, Hugessen J.A., judgment dated 5/6/96, 4 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Judicial review of Tax Court of Canada's decision applicant held insurable employment within meaning of Unemployment Insurance Act—After being dismissed from her job as barmaid, applicant agreed to continue doing essentially same work, with no firm obligation on her part and for no wages except tips she might receive from customers—Tips not paid in return for services provided to employer and paid completely freely and without any obligation—Elements required to legally form employment contract with reciprocal obligations to provide services and pay corresponding wages not present—Insurable contract under Act requiring calculable earnings—During period of time in issue, applicant not unemployed within meaning of Act, but nevertheless did not hold insurable employment—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1.

SÉVIGNY v. M.N.R. (A-616-94, Marceau J.A., judgment dated 21/2/96, 3 pp.)

Application for judicial review of Umpire's decision overturning Board of Referees' decision affirming Employment and Immigration Commission's decision respondent not entitled to benefits and assessing penalty for having knowingly made 22 false statements—Respondent invested \$6,000 and average 25 hours per week developing company while receiving benefits—Umpire erred in deciding taking of preliminary steps to start company involvement so minor Unemployment Insurance Regulations, s. 43(3) not applying—On authority of *Canada (Attorney General) v. Jouan* (1995), 122 D.L.R. (4th) 347 (F.C.A.) "most important, most relevant and most basic factor to be taken into account has to be, in all cases, the time spent"—Application allowed—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 43(3).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. TASHUK (A-616-95, Décary J.A., judgment dated 16/5/96, 3 pp.)

Application for judicial review of Umpire's decision setting aside Board of Referees' decision reversing Commission's finding applicant lost employment because of own misconduct—Applicant holding overlapping employment with second employer which could have prevented fulfilling contractual obligations to first employer—Applicant dismissed for "misconduct" by first employer—Commission

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued**

holding applicant therefore disqualified from receiving benefits under Unemployment Insurance Act, s. 28—Umpire relying on *Canada (Attorney General) v. Jewell* (1994), 175 N.R. 350 (F.C.A.)—Case no longer of precedential value—Employer's subjective appreciation of type of misconduct which warrants dismissal for just cause cannot be deemed binding on Board of Referees—Employer's mere assurance believes conduct in question misconduct not satisfying onus

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

of proof resting on Commission under s. 28—Umpire not entitled to substitute appreciation of evidence and conclusion for Board's—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 28.

FAKHARI V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-732-95, Robertson J.A., judgment dated 16/5/96, 3 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## ACCÈS À L'INFORMATION

Demande présentée par Tridel Corp. (Tridel) en vue de s'opposer, en vertu de l'art. 44 de la Loi sur l'accès à l'information, à la communication de renseignements par la Société canadienne d'hypothèques et de logement (SCHL)—Tridel a fait l'objet en 1990 d'une enquête publique après avoir été accusée d'avoir détourné au profit de la campagne électorale des Libéraux des fonds publics destinés à subventionner des logements—L'enquête a été jugée inconstitutionnelle—Le dossier renferme l'avis formulé par la Division de la vérification des opérations et une liste des «lotissements de Tridel par programme et par direction générale»—Le fardeau de la preuve incombe à la partie qui s'oppose à la communication—Tridel affirme que les renseignements ne devraient pas être divulgués parce qu'ils constituent des «renseignements personnels» au sens de l'art. 19(1) de la Loi sur l'accès à l'information et de l'art. 34 de la Loi sur la protection des renseignements personnels et/ou qu'ils constituent des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques qu'elle a traités de façon constante comme des renseignements confidentiels et dont la divulgation risquerait vraisemblablement de lui causer des pertes ou des profits financiers appréciables ou d'entraver les négociations qu'elle mène en vue de contrats ou à d'autres fins—Elle soutient également que les exigences prévues par la Loi en ce qui concerne les avis à donner n'ont pas été respectées, et qu'il serait inconstitutionnel de divulguer les renseignements, étant donné qu'ils découlent d'une enquête inconstitutionnelle et que leur divulgation violerait certaines dispositions de la Charte—La demande est rejetée—Sur la question de savoir si les renseignements constituent des «renseignements personnels», les renseignements ne concernent pas un «individu identifiable» au sens de l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels, mais une personne morale—Pour être examinés sous le régime de l'art. 20(1)b) de la Loi sur l'accès à l'information, les renseignements doivent être «fournis à une institution fédérale par un tiers»—Comme Tridel est un «tiers» visé par le libellé de l'art. 20(1), étant donné qu'elle est le «tiers» qui exerce le

## ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

recours en révision fondé sur l'art. 44 et comme Tridel n'a pas fourni les renseignements demandés, il n'y a pas de fondement factuel qui permette de refuser la communication des renseignements—De plus, le nom du constructeur, qui est compris dans les renseignements, ne répond pas à la définition des «renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques»—En outre, la SCHL ne considère comme confidentiels que les renseignements financiers et les renseignements contenus au dossier ne sont pas des renseignements financiers et ils ne lui ont pas été fournis confidentiellement par la Tridel—La preuve présentée ne démontre pas que la communication du dossier risquerait vraisemblablement de causer un préjudice à Tridel—Tridel n'a pas démontré qu'elle avait subi de préjudice jusqu'à maintenant—Sur le moyen tiré de l'erreur de fait, comme Tridel n'a pas expliqué de façon claire les liens qui existent entre les entités en cause en l'espèce, la preuve des prétendues inexactitudes du dossier de la SCHL en ce qui concerne l'établissement du caractère distinct de Tridel n'a pas été faite—Sur l'argument que le dossier renferme des renseignements qui risqueraient d'entraver les négociations menées en vue de contrats ou à d'autres fins, la simple affirmation de Tridel selon laquelle elle aura beaucoup de difficulté à obtenir du financement ne suffit pas—En outre, il n'y a aucun élément de preuve qui démontre que les organismes de bienfaisance qui ont présenté une demande à la SCHL s'attendent à ce que le nom du constructeur qu'ils ont communiqué demeure confidentiel—Tridel n'a pas la qualité, dans le cadre d'un recours exercé en vertu de l'art. 44, pour entreprendre un examen des intérêts des autres parties qui n'ont pas reçu signification, et notamment pour examiner la question de savoir si elles auraient dû recevoir signification—L'inconstitutionnalité de l'enquête Houlden n'est pas fatale à la communication du dossier—Le dossier a été préparé à la suite d'allégations publiées dans les médias au sujet du traitement accordé à des remboursements de taxes et non expressément aux fins de l'enquête—Bien que la liberté d'association garantie par la Charte s'applique aux personnes morales, la communication du dossier ne

## ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

limiterait pas la liberté de Tridel—En outre, l'opinion que peuvent avoir des individus par suite de la divulgation du dossier ne porte pas atteinte à la liberté d'association de qui que ce soit—Le dossier ne «force» pas Tridel à s'associer—Une association a existé entre Tridel et d'autres organismes avant que le dossier ne soit constitué—Finalement, l'art. 7 de la Charte ne s'applique qu'aux êtres humains et non aux personnes morales, sauf dans le cas des personnes morales accusées d'avoir commis un acte criminel—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 19, 20(1b),c),d), 44—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2, 7, 11.

TRIDEL CORP. C. SOCIÉTÉ CANADIENNE D'HYPOTHÈQUES ET DE LOGEMENT, PRÉSIDENT (T-847-91, juge Campbell, ordonnance en date du 13-5-96, 31 p.)

Contrat de construction—Demande de communication de documents relatifs au contrat adressée à Travaux publics—Opposition de la requérante à la communication en vertu de l'art. 20(1c) et d) de la Loi au motif que cela lui causerait des pertes, nuirait à sa compétitivité ou entraverait ses négociations—Dans un affidavit, l'auteur de la demande, intervenant, prétend qu'il est intéressé à obtenir des renseignements sur les sociétés de construction dont les employés ne sont pas syndiqués et qui participent à des projets de construction gouvernementaux et de travaux publics dans le but d'exercer des pressions sur les différents niveaux de gouvernement pour qu'ils modifient leur politique d'appel d'offres et, en particulier, afin que soit établi un processus de sélection préalable des soumissionnaires—Demande rejetée—D'après la preuve, les renseignements ne peuvent pas donner lieu à une probabilité raisonnable de perte financière appréciable pour la requérante ou d'atteinte à sa compétitivité ou encore d'entrave à ses négociations contractuelles ou autres—La dénégation alléguée et l'usage des renseignements au détriment de la requérante constituent au plus une simple possibilité ou conjecture, ce qui ne satisfait pas au critère établi par la Cour d'appel fédérale dans les arrêts *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47; et *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre de l'Approvisionnement et des Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (C.A.F.)—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 20(1).

SWAGGER CONSTRUCTION LTD. C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (T-1273-94, juge Pinard, ordonnance en date du 3-5-96, 6 p.)

Les requérants ont demandé des renseignements contenus dans les archives du Service canadien du renseignement de

## ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

sécurité (SCRS) au sujet du Syndicat des postiers du Canada (SPC)—Les renseignements n'ont pas été communiqués conformément aux art. 13(1), 15(1), 16(1) et 19(1) de la Loi sur l'accès à l'information—L'art. 52, qui régit les demandes touchant des documents dont le caractère confidentiel est invoqué aux termes des art. 13 et 15, permet à l'avocat de l'intimé de présenter des observations à huis clos et en l'absence de l'autre partie—Les demandes de non-divulgence visées aux art. 16(1) et 19(1) de la Loi doivent être examinées à la lumière de l'art. 47, dont les exigences ne sont pas aussi strictes que celles de l'art. 52—La Cour est tenue de prendre des précautions raisonnables pour éviter la divulgation de certains renseignements selon l'art. 47, mais l'accès est autorisé à titre confidentiel en faveur des avocats dans certains cas—De façon générale, par souci d'équité, les avocats devraient avoir accès à tous les documents pertinents—Lorsque la Cour se prononce sur une affaire en se fondant sur le contenu de documents, l'obligation pour l'avocat de prouver qu'il a besoin de connaître les renseignements pour bien représenter son client ne constitue pas un fardeau très lourd—Dans une affaire concernant l'accès à l'information, les documents doivent être examinés sous un angle différent—Lorsque la communication des documents est au cœur même du litige, le critère à respecter est plus élevé—Pour concilier l'obligation de non-divulgence du gouvernement qui est prévue à l'art. 47 avec le devoir d'équité, la Cour doit examiner les explications de l'avocat en ce qui a trait aux raisons pour lesquelles les renseignements sont nécessaires pour présenter des arguments valables—Selon l'arrêt *Hunter c. Canada (Consommation et Affaires commerciales)*, [1991] 3 C.F. 186 (C.A.), l'avocat devrait avoir une idée de la nature des documents en litige de façon à pouvoir expliquer pourquoi la communication est nécessaire pour la présentation des arguments sur le fond—Il suffit de connaître la nature des renseignements contenus dans les documents sans être au courant des détails—Les documents dont l'intimé demande la non-divulgence se composent d'une liste des membres du SCP ainsi que de listes de noms produites par le gouvernement ou ses organismes et de noms figurant dans d'autres documents—Compte tenu de l'interdiction absolue de communiquer à l'avocat des renseignements visés par l'art. 15(1), dans les cas où la communication de renseignements qui seraient confidentiels aux termes de l'art. 19(1) entraînerait la divulgation de renseignements auxquels l'art. 15(1) s'applique, la communication des renseignements touchés par l'art. 19(1) est refusée—L'avocat des requérants n'a pas convaincu la Cour qu'il a besoin de consulter les documents non divulgués pour plaider efficacement le fond de l'affaire pour ses clients—Requêtes rejetées—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 13(1), 15(1), 16(1), 19(1), 47, 52.

STEINHOFF C. CANADA (MINISTRE DES COMMUNICATIONS) (T-595-95, juge Rothstein, ordonnance en date du 29-5-96, 10 p.)

**ACCÈS À L'INFORMATION—Fin**

Demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de communiquer des documents qui contenaient des renseignements au sujet de l'inspection et des essais effectués relativement à des jus concentrés et à des jus non concentrés, notamment les résultats des essais effectués pour déterminer si les jus ont été falsifiés ou pour en vérifier l'authenticité—La requérante a été avisée de l'intention de communiquer des renseignements conformément à l'art. 20(2) de la Loi sur l'accès à l'information—La réponse de la requérante à l'avis ne satisfaisait pas aux exigences de la Loi qui prévoit qu'il faut démontrer que les renseignements en cause ne sont pas les résultats d'essais effectués par une institution fédérale ou pour son compte, ou qu'ils ne constituent pas une prestation de services fournis à titre onéreux mais non destinés à une institution fédérale—Agriculture Canada n'a toutefois pas avisé la requérante qu'elle avait le droit de présenter des arguments pour s'opposer à la communication des rapports d'analyse et du certificat d'analyse—Il faut fournir une description raisonnable du contenu de chacun des documents dont on cherche à obtenir la communication—Demande accueillie en partie—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 20(2).

PRIDE BEVERAGES LTD. C. CANADA (MINISTRE DE L'AGRICULTURE) (T-1555-95, juge McKeown, ordonnance en date du 22-5-96, 4 p.)

**ASSURANCE-CHÔMAGE**

Contrôle judiciaire de la décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle la requérante exerçait un emploi assurable au sens de la Loi sur l'assurance-chômage—Congédiée de son emploi de serveuse, la requérante a accepté de poursuivre substantiellement le même travail sans obligation ferme de sa part et sans salaire à part les pourboires qu'elle pourrait recevoir des clients—Les pourboires ne sont pas la contre-partie des services rendus à l'employeur et sont payés tout-à-fait libéralement et sans aucune obligation—Les éléments requis pour constituer juridiquement un contrat d'employeur-employé avec obligations réciproques de prestation de services et de rémunération correspondantes n'existent pas—Un contrat assurable en vertu de la Loi nécessite la présence d'une rémunération susceptible d'être calculée—Durant la période de temps en cause, la requérante n'était pas en chômage au sens de la Loi, mais elle n'exerçait pas, pour autant, un emploi assurable—Demande accueillie—Loi sur l'assurance chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1.

SÉVIGNY C. M.R.N. (A-616-94, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 21-2-96, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre infirmant la décision du conseil arbitral qui avait

**ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin**

confirmé la décision de la Commission de l'emploi et de l'immigration concluant que l'intimé était inadmissible aux prestations et lui imposant une pénalité pour avoir fait sciemment 22 déclarations fausses ou trompeuses—L'intimé a investi 6 000 \$ et consacré en moyenne 25 heures par semaine à mettre sa société sur pied tout en touchant des prestations—Le juge-arbitre a commis une erreur en statuant que l'accomplissement des étapes préliminaires au lancement d'une entreprise exige que l'on y consacre si peu de temps que l'art. 43(3) du Règlement sur l'assurance-chômage ne trouve pas application—L'arrêt *Canada (Procureur général) c. Jouan* (1995), 122 D.L.R. (4th) 347 (C.A.F.) a précisé que «le facteur le plus important, le plus pertinent, et qui est aussi le seul facteur essentiel à entrer en ligne de compte, doit être dans tous les cas le temps qui est consacré à l'entreprise»—Demande accueillie—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 43(3).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. TASCHUK (A-616-95, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 16-5-96, 3 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre annulant la décision du conseil arbitral qui a cassé la décision de la Commission selon laquelle le requérant avait perdu son emploi en raison de sa propre inconduite—Le requérant a occupé un emploi chez un second employeur, emploi qui constitue un chevauchement et qui aurait pu l'empêcher de s'acquitter de ses obligations contractuelles envers le premier employeur—Le requérant a été renvoyé par le premier employeur pour «inconduite»—La Commission a conclu que le requérant était donc exclu des prestations en application de l'art. 28 de la Loi sur l'assurance-chômage—Le juge-arbitre s'est appuyé sur l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Jewell* (1994), 175 N.R. 350 (C.A.F.)—Cet arrêt n'a plus la valeur de précédent—L'appréciation subjective par l'employeur du type d'inconduite qui justifie le renvoi pour juste cause ne saurait être considéré comme liant le conseil arbitral—Le simple fait pour un employeur d'être convaincu que la conduite en question est une inconduite ne satisfait pas au fardeau de la preuve qui incombe à la Commission en application de l'art. 28—Le juge-arbitre n'était pas en droit de substituer son appréciation des éléments de preuve et sa conclusion à celles du conseil—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 28.

FAKHARI C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-7132-95, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 16-5-96, 3 p.)

**BREVETS**

Demandes présentées en vertu de l'art. 6(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) afin

**BREVETS—Suite**

d'obtenir des ordonnances interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer des avis de conformité aux intimées avant l'expiration de brevets—Le premier brevet litigieux renferme une description spécifique d'acides organiques non volatils et une description générale du brevet pris dans son ensemble—Le deuxième brevet litigieux fait état de pourcentages pondéraux d'«environ» ou «qui varie entre»—La première question en litige est l'étendue de l'explication qu'un intimé doit donner dans son avis d'allégation lorsque le dossier ne renferme quasiment pas d'autres renseignements sur l'allégation—La deuxième question litigieuse consiste à savoir si la Cour doit autoriser une réouverture de l'instance au motif que les parties ont été dépassées par les événements sur le plan jurisprudentiel—Dans une demande fondée sur l'art. 6(1), le requérant a le fardeau de prouver «que la preuve qui a été fournie par la partie intimée n'établit pas le bien-fondé de l'allégation»—La Cour n'a pas compétence pour ordonner le dépôt et la signification d'un énoncé détaillé ou d'un nouvel énoncé plus complet—L'avis d'allégation et l'énoncé détaillé ne sont pas des actes de procédure relevant de la présente Cour, mais des documents administratifs déposés auprès du ministre—La requête interlocutoire par laquelle les intimées ont demandé à la Cour de se prononcer sur le statut des revendications de brevet doit être examinée à l'audition d'une demande de contrôle judiciaire et non dans le cadre d'une demande interlocutoire—L'intimée a déclaré dans son avis d'allégation que le brevet ne serait pas contrefait par l'utilisation ou la vente de son médicament parce que ce brevet se rapporte à une revendication de composition ou de formulation et qu'elle n'a utilisé aucun des acides organiques énumérés dans la revendication de brevet—La jurisprudence établit que les faits énoncés dans l'allégation de l'intimée doivent être tenus pour vrais jusqu'à ce qu'ils soient réfutés—Les présentes instances ne sont pas des actions en contrefaçon ni des actions visant à obtenir un jugement déclaratoire portant qu'il n'y a pas de contrefaçon—Il s'agit d'instances sommaires et si les faits allégués établissent le bien-fondé d'une allégation de non-contrefaçon, en ce qui a trait au texte de la revendication pertinente, alors l'allégation est fondée—L'affirmation de l'intimée selon laquelle elle n'utilise aucun des acides organiques énumérés dans la revendication établit donc le bien-fondé de l'allégation de non-contrefaçon—L'affirmation implicite de l'autre intimée selon laquelle son produit ne se situe pas dans la fourchette spécifique des pourcentages pondéraux énumérés dans la revendication n'appuie pas l'allégation de non-contrefaçon—Sur le plan de la procédure, la Cour a refusé de substituer à la procédure réglementaire (obtenir le dossier du ministre) une autre procédure (demander des renseignements à la partie intimée)—Les Règles 6 et 302b) ne s'appliquent pas en l'espèce—La Cour refuse en outre de permettre aux intimées de déposer de nouveaux affidavits plus complets au soutien de l'allégation—La Règle 303 ne s'applique pas lorsque l'examen d'une demande est pour ainsi dire terminé—Le caractère

**BREVETS—Suite**

impératif de l'art. 6(2) du Règlement oblige la Cour à prononcer une ordonnance d'interdiction si les allégations ne sont pas fondées—L'art. 55.2(5) de la Loi sur les brevets dispose que l'art. 55(2) de la Loi et son règlement d'application prévalent sur toute autre disposition législative fédérale—La Cour ne peut donc pas ordonner l'interdiction «sans préjudice du droit de l'intimée de déposer de nouveaux avis d'allégation»—La demande relative au premier brevet est rejetée—Il est fait droit à la demande relative au deuxième brevet—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.2—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6(1),(2)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 6, 302b), 303.

HOFFMAN-LA ROCHE LTÉE C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL)  
(T-1964-93, juge Reed, ordonnances en date du 20-3-96, 25 p.)

Appel d'une ordonnance sollicitant une injonction provisoire contre le fabricant de médicaments génériques appelant concernant la fabrication, la promotion et la vente d'un médicament servant au traitement de l'hypertension artérielle appelé «Isoptin SR» jusqu'à l'audition de la requête pour injonction interlocutoire—Preuve de la date à laquelle l'avis de conformité a été délivré à l'appelante, que la demanderesse a autorisé une autre société pharmaceutique fabriquant des médicaments génériques à commercialiser une version générique de l'«Isoptin SR» ayant la même présentation commerciale, que le premier médicament générique lancé sur le marché s'approprie habituellement 60 % des ventes de médicaments génériques, et qu'il est impossible pour l'appelante de récupérer cette part de marché—Preuve que le juge des requêtes ne semble pas avoir pris en considération—Injonction interlocutoire annulée.

NOVOPHARM LTD. C. MONSANTO CANADA INC.  
(A-297-96, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 23-5-96, 2 p.)

**CONTREFAÇON**

Requête visant à obtenir des ordonnances enjoignant à la défenderesse de (1) remettre tout le maléate d'énalapril, (2) permettre l'inspection de tous les livres et les stocks, (3) transférer tous les livres et les stocks en un lieu central, (4) rappeler tous les comprimés préparés à partir du maléate d'énalapril en vrac—La procédure découle de l'action en contrefaçon de la demanderesse, accueillie par la Section de première instance dont le jugement a été infirmé en partie par la Cour d'appel—Le jugement définitif dispose que trois lots particuliers de maléate d'énalapril en vrac contrefont le brevet mais ne dit rien à l'égard d'autres quantités de maléate d'énalapril—La demanderesse présume que les comprimés dont elle sollicite le rappel ont été préparés à

**BREVETS—Fin**

partir de maléate d'énalapril en vrac contrefait—La Cour n'a pas statué que le maléate d'énalapril à l'égard duquel elle sollicite une ordonnance était contrefait—Si d'autres quantités contrefont le brevet, la demanderesse peut demander à la Cour une ordonnance pour outrage étant donné l'existence d'une injonction permanente interdisant à la défenderesse de contrefaire le brevet; toutefois il est impossible d'arriver à une telle conclusion dans le cadre de l'instance actuelle, sans passer par un procès—Le redressement sollicité constitue une tentative d'élargir la portée du jugement définitif—Requête rejetée avec dépens en faveur de la défenderesse.

MERCK & CO. INC. C. APOTEX INC. (T-2408-91, juge Nadon, ordonnance en date du 16-5-96, 10 p.)

**PRATIQUE**

Appel d'une décision rejetant la requête présentée en vue d'interdire au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer à Novopharm Ltd. un avis de conformité en vue de la commercialisation de la Nizatidine—Requête présentée simultanément en vue d'interdire au ministre de délivrer à Apotex Inc. un avis au motif que l'allégation d'Apotex faite aux termes du règlement n'est pas justifiée—Le juge des requêtes a conclu que Novopharm ne portait pas atteinte aux droits afférents au brevet en commercialisant le médicament en vertu de l'avis de conformité—Novopharm détient une licence obligatoire prévoyant la résiliation en cas de manquement de la part du titulaire de licence et interdisant l'octroi de sous-licences—Apotex et Novopharm ont conclu un accord permettant à Apotex de commercialiser le médicament au Canada sans porter atteinte aux droits afférents au brevet—En appel de la décision *Apotex* (A-82-95, juges Pratte et MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 1-4-96, encore inédit), jugement dans lequel la majorité a statué que l'accord contrevient à la clause de la licence obligatoire interdisant l'octroi de sous-licences et que la licence est résiliée par suite de l'avis donné à Novopharm par les appelantes—La décision de la C.A.F. dans *Apotex* n'a pas l'autorité de la chose jugée mais elle s'applique à moins de pouvoir être distinguée à partir des faits ou d'être manifestement erronée parce qu'elle ne tient pas compte des dispositions de la Loi ou de la jurisprudence qui aurait dû être appliqués: *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Widmont*, [1984] 2 C.F. 274 (C.A.)—Licence obligatoire et accord présentés en preuve dans les deux cas en cause—Aucune raison de ne pas appliquer au présent appel les motifs énoncés par la C.A. dans *Apotex*—Même si l'accord exige que la société se conforme aux conditions de la licence, d'autres clauses de l'accord sont également prises en considération—Appel accueilli—Règlement sur les médicaments brevetés (Avis de conformité), DORS/93-133, art. 6.

ELI LILLY & CO. C. NOVOPHARM LTD. (A-120-95, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 24-4-96, 5 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**

Appel d'une décision de la Section de première instance sur la question certifiée par le juge de première instance: est-ce que la protection de l'État comprend une protection accordée par une force étrangère ou est-elle limitée aux autorités nationales?—L'appelant est citoyen du Liban—En réponse à la question certifiée, dans les circonstances où il y a un gouvernement légitime appuyé par les forces d'un autre gouvernement et où il n'y a pas de différence d'intérêts entre les deux gouvernements vis-à-vis un revendicateur du statut d'un réfugié, la protection accordée au revendicateur est adéquate pour établir un refuge interne—Appel rejeté—Il est important qu'il y ait un gouvernement légitime dans la majeure partie du Liban qui soit en mesure d'assurer la protection recherchée—Le gouvernement libanais a besoin de l'appui de la Syrie mais pourrait, avec cet appui, protéger la personne du revendicateur.

CHEBLI-HAJ-HASSAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-191-95, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 28-5-96, 2 p.)

**EXCLUSION ET RENVOI**

Appel de la conclusion de la Section de première instance que l'appelant pourrait légalement être arrêté de nouveau à des fins de renvoi—L'appelant a été arrêté en exécution de mandats décernés en vertu de l'art. 103(1) de la Loi sur l'immigration et libéré par l'arbitre en application de l'art. 103(7)—Il pourrait légalement être arrêté de nouveau à des fins de renvoi en vertu de l'art. 103(1) et (2) sans être mis de nouveau sous garde en vertu de l'art. 103(8)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 103(1),(2),(7),(8).

BHATTI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-405-96, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 10-6-96, 1 p.)

*Personnes non admissibles*

Demande de certification d'une question en vertu de l'art. 83(1) de la Loi sur l'immigration—L'intimé a immigré au Canada en 1950, y réside depuis, mais n'est pas devenu citoyen canadien—En 1995, deux rapports préparés en vertu de l'art. 27 contenaient des allégations suivant lesquelles l'intimé avait été admis au Canada en donnant des indications fausses sur des faits importants—Après enquête, l'arbitre a conclu que l'intimé avait obtenu le droit de s'établir au Canada, qu'il avait acquis le domicile canadien conformément à la Loi sur l'immigration de 1952 et ne pouvait pas être assujéti à une mesure d'expulsion—En août 1996, la Section de première instance de la Cour fédérale a conclu que l'arbitre avait commis une erreur de droit et a annulé sa décision—L'intimé a proposé la certification d'une question quant à savoir s'il devrait être renvoyé au Canada—L'affaire soulève des questions graves de portée

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

générale—Certification des questions suivantes en vue de leur examen par la Cour d'appel fédérale: (1) Une personne a-t-elle obtenu une «admission légale» au Canada aux termes de la Loi sur l'immigration de 1950, si cette personne, lors de son entrée au Canada, faisait partie d'une catégorie interdite, ou a obtenu le droit de séjour par suite de manœuvres frauduleuses ou trompeuses? (2) Si une personne n'a pas obtenu une «admission légale» au Canada, peut-elle acquérir le «domicile» au sens de ce terme dans la Loi sur l'immigration de 1952? (3) L'art. 19(1)e)(iv) et (viii) de la Loi sur l'immigration de 1952 a-t-il pour effet de protéger d'un renvoi la personne qui était un membre d'une catégorie interdite lors de son admission au Canada, ou est entrée au Canada, ou y demeure, avec un document relatif à son admission qui est faux ou irrégulièrement délivré, ou par suite de quelque renseignement faux ou trompeur, ou par d'autres moyens frauduleux ou irréguliers, exercés ou fournis par elle ou par une autre personne, si cette personne n'a pas obtenu une «admission légale» au Canada et qu'elle a résidé au Canada pendant plus de cinq ans, depuis la date de son entrée au Canada avant le 10 avril 1973?—Loi sur l'immigration, S.R.C. 1952, ch. 145—Loi sur l'immigration, S.R.C. 1952, ch. 325, art. 19(1)e)(iv),(viii)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27, 83(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. NEMSILA (IMM-2008-95, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 27-9-96, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de l'ordonnance du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration qui oblige la requérante à subir un nouvel examen médical—M<sup>me</sup> King s'est vu refuser le droit d'établissement en février 1992—Ayant une lésion au poumon gauche, elle est non admissible pour raisons d'ordre médical en vertu de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi—En octobre 1994, l'appel de cette décision a été accueilli conformément à la loi, mais non à l'*equity*—La Commission a recommandé une réévaluation et un examen TDM de la cage thoracique—La requérante a subi un autre examen en 1995—Une lésion au poumon gauche a été constatée, mais il n'était pas possible d'en diagnostiquer la nature sans une autre évaluation médicale—Selon l'art. 77(5) de la Loi sur l'immigration, lorsqu'il est fait droit à l'appel, l'examen de la demande du droit d'établissement se poursuit et la demande est approuvée s'il est satisfait aux exigences de la Loi et de ses règlements, autres que celles sur lesquelles la section d'appel a rendu sa décision—L'art. 77(5) ne doit pas être interprété de manière à permettre à des immigrants de contourner les exigences de la Loi—La Commission n'a pas dit que la requérante ne souffrait pas d'une condition pouvant la rendre non admissible aux termes de l'art. 19 de la Loi—Elle n'a pas dit non plus qu'il n'existait aucune preuve que la requérante souffrait d'une lésion qui allait nécessiter des examens approfondis et des soins assez fortement susceptibles d'entraîner un fardeau

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

excessif pour les services de santé au Canada—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 77(5) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 68).

KING C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2623-95, juge Dubé, ordonnance en date du 23-5-96, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la section d'appel de l'immigration (SAI), de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, a accueilli l'appel de l'intimé pour le motif que le rejet de la demande de droit d'établissement présentée par quatre membres de la famille n'était pas conforme à la Loi—Le requérant a été jugé non admissible pour des raisons d'ordre médical en application de l'art. 19 de la Loi sur l'immigration—Le requérant souffre d'une double lésion aortique avec des signes de cardiomégalie et de défaillance du ventricule gauche—Selon le pronostic, il aura encore une défaillance du ventricule gauche et une thérapie de remplacement éventuel de la valvule sera requise—Le médecin n'a pu être plus explicite au sujet du fonctionnement du ventricule gauche sans disposer d'autres données—La SAI a conclu que le pronostic reposait sur des données vagues et insuffisantes—Les tribunaux de révision ou d'appel n'ont pas compétence pour tirer des conclusions de fait liées au diagnostic médical, mais ils sont compétents pour examiner la preuve afin de savoir si l'avis des médecins agréés est raisonnable compte tenu des circonstances de l'affaire—La SAI a outrepassé sa compétence lorsqu'elle a analysé le pronostic sans s'appuyer sur une preuve médicale—La SAI a également eu tort de conclure qu'il n'existait aucune preuve de la nécessité d'une thérapie de remplacement de la valvule et qu'on ne savait pas quand le principal requérant aurait besoin de cette thérapie—L'art. 19(1)a)(ii) de la Loi n'exige nullement que, dans un délai fixe suivant l'admission au Canada, l'état pathologique ait besoin des soins et des traitements qui entraîneraient un fardeau excessif pour les services de soins de santé—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. RAM (IMM-3381-95, juge McKeown, ordonnance en date du 31-5-96, 9 p.)

Demande visant à surseoir à une mesure d'expulsion jusqu'à ce que la demande d'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire et, le cas échéant, la demande de contrôle judiciaire elle-même soient entendues et tranchées de façon définitive—Pour déterminer si la demande de sursis devrait être accordée, il faut appliquer le critère énoncé dans l'arrêt *Toth c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 86 N.R. 302 (C.A.F.)—Le requérant a été reconnu coupable de possession de marijuana, contrairement à la Loi sur le contrôle des stupéfiants, et condamné

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

à verser une amende de 200 \$—Étant donné que Sa Majesté a procédé par voie de déclaration sommaire de culpabilité et non par mise en accusation, le requérant a invoqué l'arrêt *Kai Lee c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 C.F. 374 (C.A.) pour soutenir qu'il ne fait plus partie de la catégorie de personnes exclues aux termes de l'art. 19(2)a) de la Loi sur l'immigration—Demande rejetée—Le raisonnement suivi dans l'arrêt *Lee* ne s'applique plus, parce que l'art. 19 a été modifié et prévoit maintenant que, si l'infraction est punissable par voie de mise en accusation, une déclaration sommaire de culpabilité suffit pour que le requérant soit visé—Étant donné que le requérant fait l'objet d'une enquête de la GRC relativement à des infractions pour lesquelles il pourrait être exécuté ou condamné à une longue peine d'emprisonnement en Iran, la Cour ordonne à la section de révision postérieure des revendications refusées de déterminer s'il existe suffisamment d'éléments de preuve pour empêcher l'expulsion du requérant et interdit à l'intimé de prendre des mesures visant à expulser le requérant avant que la décision en question soit communiquée à celui-ci et à son avocat—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2 art. 19(2)a).

LADBON C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1540-96, juge McKeown, ordonnance en date du 24-5-96, 5 p.)

*Processus d'enquête en matière d'immigration*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des revendications refusées a statué que les requérants ne risquaient pas d'être persécutés s'ils devaient retourner au Sri Lanka—L'agent a pris en compte trois documents décrivant les conditions qui prévalaient dans ce pays qui ne figuraient pas dans les dossiers d'immigration des requérants—Lorsque l'agent s'appuie sur une information à laquelle les requérants n'auraient pu avoir accès, il s'agit d'une preuve extrinsèque dont les requérants doivent être informés et à laquelle ils doivent avoir la possibilité de répondre—En l'espèce, toutefois, le public pouvait avoir accès à l'information et les requérants auraient pu l'obtenir s'ils en avaient pris les moyens—L'agent des revendications refusées n'est pas tenu d'indiquer, pour permettre aux requérants de donner une réponse adéquate, l'information précise qui servira à l'évaluation du risque concernant la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada—Demande rejetée—Vu les décisions contradictoires rendues par la Section de première instance sur le sujet, une question est certifiée pour être tranchée par la Cour d'appel.

NADARAJAH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3384-95, juge Rothstein, ordonnance en date du 14-5-96, 4 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Question certifiée: lorsque l'un des parents, qui vivent séparés, d'enfants canadiens fait face à une enquête qui peut entraîner l'expulsion de ce parent et, par conséquent, la perte d'un soutien affectif, financier et autre de la part de ce dernier, ces enfants ont-ils le droit d'être représentés indépendamment aux procédures?—Rien dans l'art. 32.1(4) et (5) de la Loi sur l'immigration, qui confère à l'arbitre un pouvoir discrétionnaire pour prendre une mesure d'interdiction de séjour plutôt qu'une mesure d'expulsion, n'oblige l'arbitre, de manière implicite ou expresse, à entendre les observations des enfants de la personne faisant l'objet d'une enquête—Comme un enfant ne peut faire valoir aucun droit constitutionnel indépendant contre l'expulsion d'un parent (*Langner c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et al.* (1995), 184 N.R. 230 (C.A.F.)), l'art. 7 de la Charte ne garantit pas aux enfants d'une personne susceptible d'expulsion le droit de faire des observations à une enquête à cet effet—La requête en vue de faire nommer un tuteur à l'instance est rejetée car les enfants n'ont aucun intérêt en droit dans l'affaire intéressant l'expulsion de leur père; il faut répondre à la question certifiée par la négative; l'appel est rejeté—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 32.1(4) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 12), (5) (édicte, *idem*).

ALOUACHE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-681-95, juge Strayer J.C.A., jugement en date du 26-4-96, 2 p.)

*Renvoi de résidents permanents*

Demande en vue de surseoir à l'exécution d'une ordonnance d'expulsion jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au sujet de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire et que la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ait déterminé si elle a compétence pour entendre l'appel que le requérant a interjeté à l'égard de l'ordonnance d'expulsion—Originaire de l'Italie, le requérant est arrivé au Canada à l'âge de trois ans et est devenu résident permanent du Canada—Il n'est jamais devenu citoyen canadien—Sa famille vit au Canada—Il ne parle pas l'italien—Il vit en concubinage depuis 14 ans, a un fils de onze ans et attend un deuxième enfant avec sa compagne—Le requérant possède un lourd casier judiciaire, lequel résulte de son problème de toxicomanie—Depuis ses condamnations, un point tournant est survenu lors «d'une profonde conversion religieuse» et il participe activement à des programmes de réhabilitation en matière de toxicomanie—Pour avoir gain de cause en l'espèce, le requérant doit prouver qu'il existe une question grave à trancher dans la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, qu'il subira un préjudice

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

irréparable si le sursis n'est pas accordé et que la prépondérance des inconvénients le favorise—Demande accueillie—Pour des motifs semblables à ceux qui ont été invoqués dans l'arrêt *Shayesteh c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] F.C.J., n° 654 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire soulève une question grave à trancher—Le requérant subirait un préjudice irréparable s'il était séparé des personnes, professionnels et autres, qui l'aident actuellement, compte tenu du fait qu'il ne connaît personne qui pourrait lui offrir une aide semblable en Italie et qu'il ne peut s'exprimer en italien, ce qui lui occasionnerait de grandes difficultés de réadaptation—L'expression «préjudice irréparable» ne signifie pas nécessairement que, en cas d'expulsion, la sécurité ou la vie d'une personne est en danger—Le terme «irréparable» signifie un préjudice qui ne peut être quantifié du point de vue monétaire ou auquel il ne peut être remédié—Il existe des inconvénients importants qui sont directement liés au préjudice que le requérant subirait s'il devait quitter maintenant le Canada.

CALABRESE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1136-96, juge Gibson, ordonnance en date du 23-5-96, 9 p.)

## PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande fondée sur la Règle 337(5) en vue de faire réexaminer l'ordonnance accueillant la demande de prorogation de délai aux fins de la signification de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire ainsi que de la signification et du dépôt du dossier de la demande—Le 6 mars 1996, la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a accueilli l'appel de l'intimée à l'égard d'une décision par laquelle un agent des visas a refusé une demande de résidence permanente parrainée que sa fille avait déposée en Inde—La requérante a déposé, à l'intérieur du délai prescrit, une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à la Cour et a remis une copie de la demande à une réceptionniste du cabinet d'avocats qui avait représenté l'intimée à l'audience tenue devant la Section d'appel—Les services de ce cabinet n'ont pas été retenus en l'espèce—Le nouvel avocat de l'intimée a fait savoir à la requérante qu'il estimait que la demande d'autorisation n'avait pas été signifiée à temps à la partie concernée et qu'il avait reçu pour mandat de contester toute demande de prorogation de délai—Le 10 avril, l'avocat a cessé d'exercer le droit, mais il a avisé un agent du greffe vers le 23 avril que l'intimée répondrait à l'avis de requête de la requérante par l'entremise d'un nouvel avocat—Le 1<sup>er</sup> mai, la nouvelle avocate a laissé dans la boîte vocale un message destiné à l'agent du greffe—Le 3 mai, elle a transmis par télécopieur au greffe de la Cour fédérale une lettre informant la Cour que l'intimée présenterait des observations en réponse à l'avis de requête de la requérante au plus tard le 6 mai 1996—L'ordonnance de prorogation de délai a été rendue

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

dans l'après-midi du 3 mai sans que la lettre ait été déposée—Les renseignements concernant la communication de l'ancien avocat de l'intimée avec un agent du greffe ainsi que la lettre envoyée le 3 mai par télécopieur n'avaient pas été portés à l'attention de la Cour lorsque l'ordonnance a été rendue—Il s'agit donc d'un cas dont le réexamen est justifié au sens de la Règle 337(5)—De plus, la Règle 6 des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration exige explicitement que la demande de prorogation de délai fasse partie de la demande d'autorisation afin qu'elle soit examinée en même temps et à la lumière des mêmes documents versés au dossier—En l'espèce, la demande de prorogation n'est pas dûment déposée auprès de la Cour parce qu'elle ne fait pas partie de la demande d'autorisation—Enfin, la signification en mains propres à la partie intimée était obligatoire aux termes de la Règle 7 des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration—La demande de réexamen de l'intimée est accueillie et l'ordonnance du 3 mai est annulée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C. ch. 663, Règle 337(5)—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/93-22 Règles 6, 7.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. DHALIWAL-WILLIAMS (IMM-1026-96, juge Noël, ordonnance en date du 28-5-96, 8 p.)

## STATUT AU CANADA

*Citoyens*

Appel du rejet par un juge de la citoyenneté d'une demande de citoyenneté canadienne—L'appelant n'a pas résidé au Canada pendant trois ans comme l'exige l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté—L'appelant est un citoyen iranien qui a travaillé à l'ambassade du Canada en Iran pendant cinq ans—À cette époque, il a commencé à représenter, en Iran, les intérêts politiques et commerciaux canadiens—Après la révolution islamique, l'appelant a mis considérablement en péril sa sécurité personnelle et celle de sa famille en faisant la promotion des intérêts canadiens—Il a joué un rôle essentiel pour la reconnaissance des intérêts canadiens auprès du nouveau régime politique iranien—Il travaille pour une entreprise canadienne et ses enfants ont étudié au Canada—Trois d'entre eux sont devenus citoyens canadiens et un quatrième est en voie de le devenir—Lors de l'appel d'une décision refusant d'autoriser une demande après avoir refusé d'effectuer une recommandation au gouverneur en conseil, la Cour a à la fois le pouvoir et le devoir de corriger la décision sur la question de savoir si les conditions légales ont été respectées et la décision de ne pas recommander l'exercice des pouvoirs conférés au ministre ou au gouverneur en conseil par l'art. 5(3) et (4)—L'appelant a fourni au Canada des services d'une valeur exceptionnelle au sens de l'art. 5(4)—On pouvait faire état de difficultés particulières—La Cour a recommandé que le pouvoir discrétionnaire conféré au gouverneur en conseil par l'art. 5(4) soit exercé de manière à ordonner au ministre

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

d'accorder la citoyenneté canadienne à l'appelant—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c),(3) (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 7), (4).

YASSINI (RE) (T-1930-95, juge McKeown, jugement en date du 12-6-96, 5 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LES DOUANES**

Appel d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur rejetant l'appel du refus de l'intimé de réévaluer la valeur en douane d'un produit importé—La compagnie appelante (Nordic) importe des quantités d'un produit chimique d'un fournisseur japonais—Nordic est devenue une société affiliée d'une société américaine (Marion)—En prévision de l'expiration imminente du brevet et de l'introduction d'une version générique du produit vendue à un prix inférieur, Nordic, Marion et le fournisseur se sont entendus sur un nouveau prix réduit devant s'appliquer rétroactivement à la date d'introduction du produit générique au Canada—Le fournisseur a remis à Nordic une note de crédit représentant la réduction de prix subséquente à l'introduction du produit générique—Nordic, qui avait initialement payé des droits en fonction de l'ancienne structure de prix, a demandé une réévaluation au ministre—Le ministre a refusé la réévaluation de la valeur en douane—Refus confirmé par le Tribunal au motif que la note de crédit constituait une remise ou réduction du prix effectuée après l'importation du produit au Canada et qu'elle n'était pas pertinente quant au calcul de la valeur transactionnelle des marchandises—L'entente visait clairement à faire en sorte que la nouvelle structure de prix s'applique immédiatement après la première vente d'un produit générique au Canada (condition sous-jacente), et non après la reconnaissance ou la confirmation par le fournisseur de cette vente—En conséquence, la note de crédit ne constituait ni une remise ni une réduction du prix à payer—Le Tribunal a commis une erreur de droit—Subsidiairement, la condition sous-jacente ayant été remplie lorsque le produit générique a été introduit sur le marché canadien, la réduction n'a pas été effectuée après l'importation du produit au Canada—Appel accueilli.

NORDIC LABORATORIES C. SOUS-MINISTRE, M.R.N. (T-1050-93, juge Nadon, ordonnance en date du 26-2-96, 21 p.)

**DROIT AÉRIEN**

Demande de contrôle judiciaire de la révision par le Tribunal de l'aviation civile de la décision de l'examineur de Transports Canada de refuser des pilotes lors d'une vérification compétence pilote (PPC)—Le requérant soutient que, en application de l'art. 7.1 de la Loi sur l'aéronautique, le Tribunal a seulement compétence pour examiner la

**DROIT AÉRIEN—Fin**

suspension ou l'annulation par le ministre d'un document d'aviation canadien—La décision de refuser un pilote à l'occasion de l'épreuve PPC n'équivalait pas à la suspension ni à l'annulation d'un document d'aviation civil—Un document d'aviation canadien est défini à l'art. 3(1) de la Loi sur l'aéronautique comme étant «tout document, permis, licence, brevet, agrément, autorisation, certificat ou autre délivré par le ministre sous le régime de la partie I concernant des personnes»—L'art. 6.6 prévoit: «Pour l'application des articles 6.7 à 7.2, est assimilé à un document d'aviation canadien tout avantage qu'il octroie»—La perte de l'avantage de piloter un aéronef A-320 constitue la suspension d'un document d'aviation canadien susceptible de contrôle par le tribunal—Le ministre ne saurait s'appuyer sur sa propre omission de se conformer strictement aux dispositions sur les avis pour dire qu'il n'y a pas eu suspension—Le ministre soutient également que le Tribunal a été dessaisi puisqu'il avait auparavant refusé la révision lorsqu'il avait été avisé par Transports Canada qu'il n'y avait pas eu suspension de la licence de pilote d'un intimé—La décision du Tribunal de refuser d'examiner la demande antérieure de révision n'était pas une décision rendue conformément à la loi et n'avait aucun effet—Il était donc loisible aux parties de présenter des observations au Tribunal quant à l'effet du fait pour le ministre de refuser l'intimé à l'épreuve PPC, et au Tribunal de décider qu'il avait compétence—Quant aux considérations de principe, il n'incombe pas à la Cour de trancher la question de savoir si la décision de refuser un pilote à l'épreuve PPC devrait être susceptible de contrôle par le Tribunal—La Cour a pour rôle d'interpréter la loi et les règlements applicables et il appartient au législateur ou au gouverneur en conseil de faire les changements législatifs ou réglementaires appropriés—Loi sur l'aéronautique, L.R.C. (1985), ch. A-2, art. 3(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> supp.), ch. 33, art. 1, 6.6 (édicte, *idem*), 7.1 (édicte, *idem*).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BEINGESSNER (T-590-95, juge Rothstein, ordonnance en date du 31-5-96, 6 p.)

**DROIT D'AUTEUR****CONTREFAÇON**

Action pour violation du droit d'auteur de Télé-Direct sur les annuaires «Pages Jaunes»—Utilisation par la défenderesse des renseignements contenus dans les Pages Jaunes de Télé-Direct dans la préparation d'annuaires commerciaux—Déclaration déposée en juin 1994 et modifiée en octobre 1994—La défenderesse a commencé son exploitation au Canada en 1990, mais Télé-Direct n'a eu connaissance des activités qu'en 1994—L'action n'est pas prescrite par le délai de prescription de trois ans prévu à l'art. 41 de la Loi sur le droit d'auteur—Télé-Direct prétend qu'elle a un droit

**DROIT D'AUTEUR—Suite**

d'auteur sur la compilation des renseignements contenus dans les annuaires «Pages Jaunes» et «Yellow Pages», en particulier en ce qui concerne le choix des rubriques et l'organisation de l'information sous ces rubriques—L'art. 5(1) de la Loi prévoit l'existence d'un droit d'auteur «sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale»—La définition de l'art. 2 comprend les «compilations»—Le terme «compilation» comprend les œuvres résultant du choix ou de l'arrangement . . . de données»—L'art. 34(3) crée une présomption de droit d'auteur et de propriété—En l'espèce, il faut examiner les faits pour déterminer la mesure dans laquelle Télé-Direct a fait appel à son talent, à son jugement ou à son travail dans l'arrangement des renseignements compilés dans les annuaires—Une grande partie des renseignements contenus dans les «Pages Jaunes» et les «Yellow Pages» ne peut donner ouverture à un droit d'auteur, car il s'agit de renseignements de base sur les abonnés, fournis par Bell Canada à Télé-Direct—Les représentants de Télé-Direct ont fait entrer une mesure minimale de talent, de jugement et de travail dans l'obtention de données supplémentaires présentes dans les inscriptions ou les annonces dans 20 % des cas—La première rubrique sous laquelle est inscrite une entreprise est déterminée par Bell Canada à l'aide du cahier des rubriques de Télé-Direct—Les cahiers de rubriques sont d'usage courant—L'une des listes de rubriques couramment utilisées est produite par l'American Yellow Pages Publishers Association, dont Télé-Direct est membre—Télé-Direct structure ses renseignements, dont la majorité n'est pas protégée par un droit d'auteur, selon des normes courantes et reconnues de sélection dans son domaine d'activité—Elle n'a fait preuve que d'un minimum de talent, de jugement et de travail dans l'organisation globale des éléments, ce qui ne suffit pas à établir une originalité telle qu'elle justifierait la protection du droit d'auteur—La présomption de droit d'auteur créée par l'art. 34(3) a été réfutée—En outre, à supposer qu'existe un droit d'auteur, il n'y a pas violation par la défenderesse en l'absence de similarité importante entre les œuvres en cause—Dans l'évaluation de l'importance de la similarité, il importe de souligner que la plupart des renseignements utilisés par la défenderesse dans ses annuaires sont des renseignements sur les abonnés fournis par Bell Canada et que les renseignements ont été organisés selon une méthode de sélection courante dans le domaine d'activité—De plus, les deux œuvres ne sont pas en concurrence directe—Elles desservent des segments du marché différents—Il n'y a en outre aucune ressemblance entre les deux annuaires—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2, 5(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 57), 34(3).

TÉLÉ-DIRECT (PUBLICATIONS) INC. C. AMERICAN BUSINESS INFORMATION, INC. (T-1373-94, juge McGillis, jugement en date du 28-6-96, 32 p.)

Requête en radiation de la déclaration—Le demandeur et les défendeurs étaient membres d'un groupe musical

**DROIT D'AUTEUR—Fin**

dénommé Grapes of Wrath—Le groupe a été démantelé il y a plusieurs années, mais le demandeur prétend qu'il est l'auteur ou le coauteur de plusieurs œuvres musicales, que son droit d'auteur a été violé et qu'il y a enrichissement sans cause des défendeurs—Les défendeurs soutiennent que l'instance est fondée principalement sur des questions touchant la société en nom collectif et des problèmes d'ordre contractuel et que la Cour fédérale n'a donc pas compétence—Pour que la Cour fédérale ait compétence, il doit y avoir attribution de compétence par une loi, il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et la loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada»—La requête est rejetée—Le demandeur ne prétend pas en l'espèce, que les défendeurs ne l'ont pas rémunéré pour son travail de compositeur, mais qu'il est l'auteur et le propriétaire des œuvres musicales—Le fait qu'un texte de loi provincial soit invoqué en défense n'écarte pas la compétence de la Cour fédérale—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 20 (mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 34).

KANE C. HOOPER (T-332-95, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 15-5-96, 6 p.)

**DROIT MARITIME****PRATIQUE**

Requête déposée au nom des cautions visées par un acte de cautionnement, en vue d'obtenir l'autorisation d'intervenir dans une instance introduite sous le régime de l'art. 1010 des Règles de la Cour fédérale afin de participer au litige—L'action a été introduite en novembre 1984, date à laquelle une déclaration a été délivrée et le navire *NM Tricon Commander* saisi—Le navire a été libéré en février 1986 lorsqu'un cautionnement de 65 000 \$ a été déposé—Neuf années se sont écoulées et aucune mesure n'a été prise par les parties—L'explication selon laquelle les parties ont tenté d'en venir à un règlement pendant toutes ces années n'est pas convaincante—Les requérants ont subi un préjudice en étant tenus de rendre des comptes pour une dette éventuelle de 65 000 \$ alors qu'aucune mesure n'a été prise par la demanderesse pour poursuivre son action ni par le défendeur pour la faire rejeter pour défaut de poursuivre—Requête accueillie—La Cour n'a accordé aux requérants le statut d'intervenants que dans les procédures actuelles et dans les procédures de justification—En vertu de l'art. 327.2c des Règles de la Cour fédérale, la Cour a ordonné à la demanderesse d'exposer les raisons pour lesquelles l'action ne devrait pas être rejetée pour retard injustifié—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 327.2c) (éditée par DORS/94-41, art. 2), 1010.

QUINLAN BROTHERS LTD. C. NM TRICON COMMANDER (LE) (T-2690-84, juge Simpson, ordonnance en date du 23-5-96, 4 p.)

**DROIT MARITIME—Suite**

Évaluation et vente—Requête en vue de la production des documents relatifs à la vente en justice d'un navire—Vente de l'*Edmonton Queen* approuvée par la Cour—La méthode traditionnelle des offres d'achat scellées prévue à l'art. 1007(2)a) des Règles de la Cour fédérale n'a pas été utilisée en raison du caractère exceptionnel du navire—Coopers & Lybrand a agi comme agent du prévôt d'amirauté et fourni une étude économique—La demanderesse a tenté d'avoir accès aux notes, à la correspondance et aux dossiers portant sur l'exécution par Coopers & Lybrand de ses fonctions d'agent, à plusieurs documents à l'égard desquels un privilège était invoqué et aux comptes et pièces à l'appui de la taxation du compte du prévôt afin de les examiner—Aucuns frais réclamés à l'égard de lettres privilégiées—La Règle 1007(7) n'exige que la production des comptes et des pièces à l'appui—L'avocat de Coopers & Lybrand possédait tous les documents de Coopers & Lybrand concernant son activité en tant qu'agent du prévôt, documents qui pouvaient être consultés—Requête rejetée—La production d'autres documents que les comptes et pièces à l'appui avant le contre-interrogatoire sur l'affidavit de Coopers & Lybrand était prématurée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1007.

SCOTT STEEL LTD. C. ALARISSA (L') (T-1457-93, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 27-5-96, 6 p.)

Requête visant à faire définir la portée du mandat de saisie qui a été signifié au *Palaquin*—Le capitaine avait enlevé le moteur du navire dix jours avant la saisie, ainsi que l'équipement électronique du navire un certain temps avant la saisie pour le mettre en sécurité—Les jugements déclaratoires portant sur des droits reconnus par la loi (lesquels jugements sont discrétionnaires) doivent être prononcés avec prudence—Ils ne devraient être rendus qu'après que l'on a tenu compte de toutes les circonstances et seulement lorsqu'il convient de les rendre—Ils doivent avoir un effet pratique—Le fait de décider si le mandat s'étend au moteur et à l'équipement électronique a pour effet de trancher une question bien délimitée et de permettre aux parties de passer à l'examen du fond de l'action sans distractions—Le mandat de saisie d'un navire couvre tout ce qui fait partie de son équipement, même les objets qui en sont physiquement détachés—Autrement, on se trouverait devant un chaos complet si des propriétaires audacieux dépouillaient leur navire à la suite d'un accident—L'équipement électronique est manifestement visé par le mandat—Si la preuve démontrait que le moteur n'avait aucune valeur au moment où les réparations ont été effectuées, il y aurait lieu de remettre le moteur au propriétaire, étant donné qu'après les réparations, le moteur ne vaudrait pas plus que la valeur des réparations—Il n'y a aucun élément de preuve en ce sens en l'espèce—Le moteur est visé par le mandat.

PACIFIC TRACTOR RENTALS (V.I.) LTD. C. PALAQUIN (LE) (T-2616-95, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 10-6-96, 7 p.)

**DROIT MARITIME—Fin**

Demande de sursis à l'exécution du jugement de la Cour rendu le 1<sup>er</sup> mai 1996, en attendant l'issue d'une demande d'autorisation de pourvoi de ce jugement devant la Cour suprême du Canada—Surseoir à l'exécution du jugement aurait pour effet de maintenir le navire sous le coup de la saisie—La requérante doit démontrer l'existence d'une question sérieuse à juger en appel et qu'elle subirait un préjudice irréparable si sa demande de sursis était rejetée—Il faut aussi apprécier la prépondérance des inconvénients à l'égard de chacune des parties—Requête rejetée—Le juge de première instance a tiré des conclusions de fait déterminantes à l'encontre de la requérante, et celles-ci n'étaient pas manifestement erronées au point de permettre à une cour d'appel de les infirmer—Cette opinion ne soulève pas une question de droit sérieuse à juger—Quant au préjudice irréparable, si le navire appareille, l'objet même de l'appel envisagé devant la Cour suprême du Canada sera rendu inopérant—La prépondérance des inconvénients n'est pas en faveur de l'une ou l'autre partie—Le propriétaire du navire pourrait subir un préjudice irréparable si le navire, qui constitue une source de revenu, était empêché de naviguer—Si la Cour avait été portée à accorder le sursis, j'aurais insisté pour que la requérante s'engage à payer des dommages-intérêts comme une condition préalable à l'octroi du sursis.

TRANSLINK FRANCE OUTRE MER S.A. C. PEGASUS LINES LTD. S.A. (A-131-96, juge Hugessen, J.C.A., ordonnance en date du 24-5-96, 4 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Demande de contrôle judiciaire à l'égard d'une décision par laquelle la CCDP a rejeté la plainte déposée à l'encontre de la Commission et de l'intimé Harvey Goldberg conformément à l'art. 44(3)b)(i) de la LCDP—Le requérant, qui est d'origine autochtone, allègue qu'on a fait montre de discrimination à son endroit en mettant fin à son emploi en raison de sa race, de sa couleur, de sa nationalité et de son origine ethnique, contrairement à l'art. 7 de la Loi—Le requérant reproche également aux deux intimés d'avoir fait de la discrimination systémique contre des autochtones, contrairement aux art. 10 et 14 de la Loi—La Commission a retenu les services d'un enquêteur de l'extérieur qui possède une grande expérience dans le domaine des droits de la personne et qui a longuement travaillé avec les autochtones—L'enquêteur a recommandé le rejet de la plainte au motif que les allégations de discrimination n'étaient pas fondées—Le requérant a demandé des copies des déclarations des témoins recueillies au cours de l'enquête—En tant que maître de sa propre procédure, la Commission est chargée de soulever la preuve et de déterminer si celle-ci fournit une justification raisonnable pour passer à l'étape suivante—Cette décision fait partie de la phase «administrative» du traitement d'une plainte et ne doit donc pas être rendue sur une base «judiciaire» ou «quasi judiciaire»—La Commission

**DROITS DE LA PERSONNE—Suite**

doit informer les parties de la teneur de la preuve que l'enquêteur a obtenue et donner aux parties la possibilité de répondre et de formuler tous les arguments pertinents—Les enquêtes que l'enquêteur mène doivent respecter au moins deux conditions: la neutralité et l'exhaustivité—L'enquêteur n'est pas tenu d'interroger chaque personne que proposent les parties et n'est pas tenu non plus, dans son rapport, de commenter chacun des incidents de discrimination reprochés—Les tribunaux judiciaires ne devraient pas intervenir lorsqu'une autorité légale a exercé son pouvoir discrétionnaire au simple motif qu'ils se seraient peut-être prononcés différemment—Le contrôle judiciaire d'une enquête n'est justifié que lorsque celle-ci est manifestement entachée d'une irrégularité—Aucun élément de la preuve ne permet de dire que les principes d'équité procédurale n'ont pas été respectés en l'espèce—Le critère relatif à la partialité réside dans la question de savoir si une personne raisonnable et sensée qui étudierait la question en profondeur et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet percevrait une forme de partialité de la part d'un arbitre—De simples doutes ne suffisent pas—Accorder à un plaignant le droit d'influer sur le choix de l'enquêteur irait à l'encontre du patrimoine multiculturel et multiracial du Canada et donnerait lieu à une crainte de partialité en faveur du plaignant, ce qui porterait atteinte aux droits des personnes qui sont visées par une plainte de discrimination—La nomination d'un enquêteur non autochtone ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité—La présente affaire constitue une exception à la maxime *nemo debet esse iudex in propria causa* (nul ne doit être juge dans sa propre cause), étant donné que la Commission doit nécessairement se conformer aux exigences de la Loi et exercer le pouvoir dont elle est investie—La Commission outrepasserait sa compétence et agirait d'une façon contraire à l'objet de la Loi si elle accordait à ses propres employés un traitement privilégié en renvoyant automatiquement la plainte de ceux-ci à un Tribunal—Un plaignant n'a pas le droit de connaître les moindres détails des allégations formulées contre lui, mais il devrait être informé des prétentions générales de la partie adverse—Le plaignant n'a pas le droit d'exiger les notes d'entrevues de l'enquêteur—Demande rejetée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 44(3)b)(i) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64).

MILLER C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-2576-94, juge Dubé, ordonnance en date du 29-5-96, 12 p.)

Demande de contrôle judiciaire du rejet de l'appel du requérant par le Tribunal des droits de la personne—Le requérant était un débardeur qui a été congédié de différents emplois en raison de sa productivité insuffisante et de l'exécution dangereuse de différentes tâches compte tenu de son manque de coordination—Le requérant a déposé une plainte auprès de la CCDP en prétendant que son congédiement constituait un acte discriminatoire fondé sur une

**DROITS DE LA PERSONNE—Suite**

déficience physique interdit par l'art. 7a) de la LCDP—Une seconde cour d'appel n'est pas tenue de faire preuve d'une retenue absolue envers les deux tribunaux d'instance inférieure, mais, en l'absence d'une erreur manifeste et dominante, elle n'interviendra pas—Le défaut du Tribunal de prendre en considération l'Ordonnance sur les exigences professionnelles normales, abrogée, ne constitue pas une erreur donnant lieu à contrôle—L'application du critère maintenant désuet du risque «beaucoup plus élevé» prévu dans l'Ordonnance aurait constitué une erreur de droit—L'appréciation des habiletés du requérant relativement à l'exécution de tâches peut être fondée sur la déposition d'un témoin non spécialisé, plus particulièrement s'il a beaucoup d'expérience dans des fonctions ou à un poste pertinents—Requête rejetée—Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 7a).

LEE C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-483-95, juge Muldoon, ordonnance en date du 13-5-96, 18 p.)

Demande de contrôle judiciaire du rejet par la CCDP de plaintes alléguant un acte discriminatoire en matière d'emploi, fondé sur l'âge—Les requérants sont des pilotes au service de Lignes aériennes Canadien—Par suite de fusions, l'ancienneté des pilotes des lignes aériennes fusionnées a été fixée par sentence arbitrale—Les plaintes des requérants portent sur le fait que, lorsqu'ils ont été embauchés, leur ancienneté a été établie selon leur âge—Quand les dates d'embauchage des pilotes coïncidaient, leur rang d'ancienneté était fixé selon leur âge—En avril 1992, un enquêteur a présenté un rapport dans lequel il recommandait qu'un conciliateur soit chargé d'en arriver à un règlement de la plainte—La Commission a accepté que Canadien et CALPA présentent d'autres observations concernant les rapports de l'enquêteur, puis a décidé qu'aucune autre procédure n'était justifiée—Les requérants sollicitent le contrôle judiciaire de la décision de la Commission de rejeter leurs plaintes—Un règlement est intervenu, stipulant que les requérants abandonneraient la demande de contrôle judiciaire, que certaines observations supplémentaires limitées pourraient être présentées et que les plaintes seraient renvoyées à la Commission pour réexamen—Les requérants ont présenté de nouvelles observations—Les intimés ont présenté des observations portant sur les nouveaux faits énoncés dans les observations des requérants—La Commission a refusé de recevoir d'autres observations—Elle a décidé qu'aucune autre procédure n'était justifiée mais n'a pas motivé cette décision—Les requérants prétendent que la Commission a fait une erreur de droit en ne nommant pas un conciliateur conformément aux recommandations de l'enquêteur et en violant les droits des requérants à la justice naturelle en ne motivant pas sa décision—Demande rejetée—Sur la requête préliminaire des intimés, aucun élément de preuve n'étayant le moyen invoqué par les requérants pour demander le contrôle, savoir qu'ils n'ont pas obtenu la possibilité de répondre aux nouveaux éléments de fait pertinents présentés

**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

par les intimées, il est rejeté sommairement—Le règlement intervenu empêche les requérants de soulever la question de la rigueur du rapport de l'enquêteur—La décision que doit rendre la Commission en application de l'art. 44(3) de la Loi est une décision administrative discrétionnaire—Elle n'est tenue de respecter que les règles de l'équité procédurale—Quant à la question de savoir si elle aurait dû motiver sa décision, le rejet de la plainte est une décision administrative et la Commission n'a pas l'obligation de la motiver—Les requérants connaissaient la substance de toutes les observations sur lesquelles la Commission a fondé sa décision.

KALLIO C. LIGNES AÉRIENNES CANADIEN INTERNATIONAL LTÉE (T-1087-95, juge McKeown, ordonnance en date du 24-5-96, 9 p.)

**ÉNERGIE**

Action visant à déterminer si Hydro Ontario est tenue de payer une partie des coûts engagés pour la réinstallation de l'Office national de l'énergie d'Ottawa à Calgary—En décembre 1990, l'Office a pris un Règlement l'autorisant à déterminer et à recouvrer des exportateurs d'électricité, y compris Hydro Ontario, le montant de certains frais afférents à l'exercice des attributions que lui confère la Loi—En vertu de l'art. 9 du Règlement, le ministre peut exclure certains frais de l'application du Règlement—A compter de novembre 1991, l'Office a été tenue de fixer son siège social à Calgary—L'Office a envoyé à Hydro des factures concernant les droits exigibles au titre du recouvrement des frais, incluant des coûts de réinstallation—Selon Hydro, l'expression «coût du programme» au sens des art. 6 et 7 du Règlement s'entend des coûts annuels récurrents liés aux activités de l'Office et ne vise donc pas les coûts de réinstallation—Selon l'Office, le «coût du programme» est celui que le Parlement choisit d'inclure dans le plan de dépenses publié dans le Budget des dépenses, qu'il soit ou non lié aux activités de l'Office, et comprend donc les coûts de réinstallation à moins que ceux-ci ne soient exclus par le ministre en vertu de l'art. 9 du Règlement—Action rejetée—Le programme de l'Office est l'ensemble de ses activités et les frais récurrents liés à ces activités représentent le «coût du programme»—Dans le contexte du Règlement, l'expression «coût du programme» peut viser autre chose que les frais annuels récurrents liés aux activités de l'Office—Comme le Règlement paraît envisager de manière expresse que les frais dépassant le champ des activités normales de l'Office font partie du «coût du programme», il n'y a aucune raison que les coûts de réinstallation ne soient pas visés par cette expression—Règlement sur le recouvrement des frais de l'Office national de l'énergie, DORS/91-7, art. 6, 7, 9 (mod. par DORS/95-540, art. 1).

HYDRO ONTARIO C. CANADA (T-387-93, juge Simpson, jugement en date du 27-5-96, 14 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****APPELS**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision interlocutoire du comité d'appel de la Commission de la fonction publique portant que le requérant, candidat non reçu dans un concours de recrutement, ne serait pas autorisé à consulter en personne des documents relatifs aux tests standardisés servant à évaluer les compétences—Appel du résultat du test en vertu de l'art. 21(1) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Le requérant, non représenté, a demandé que tous les documents pertinents lui soient communiqués en personne—La pratique établie prévoit la communication intégrale des documents au représentant de l'appelant, mais la communication limitée à l'appelant pour préserver l'intégralité du test—Demande de contrôle judiciaire accueillie—L'art. 24 du Règlement sur l'emploi dans la fonction publique a caractère obligatoire lorsqu'il prévoit que l'appelant ou son représentant «a accès . . . à tout document qui contient des renseignements concernant l'appelant ou le candidat reçu»—Rien dans la Loi ne justifie que l'on fasse une distinction entre les documents à communiquer à l'appelant et ceux qui doivent l'être à son représentant—Toutefois, le guide destiné aux évaluateurs, qui constitue la clé des réponses aux tests, ne concerne ni l'appelant, ni le candidat reçu et sa communication n'est pas obligatoire—La Commission est habilitée à contrôler les circonstances dans lesquelles les documents sont consultés, et cela comprend un engagement de non-divulgence et un contrôle exercé sur les notes qui sont prises—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 54, art. 2)—Règlement sur l'emploi dans la fonction publique, 1993, DORS/93-286, art. 24.

HASAN C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-2173-95, juge Richard, ordonnance en date du 12-4-96, 9 p.)

**PROCÉDURE DE SÉLECTION***Concours*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le président du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique a refusé de se récuser dans des dossiers d'appel—Appels portant sur des nominations faites en vertu de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Les appelants étaient représentés par deux représentants syndicaux, Stein et Jurjans—À l'été 1994, Jurjans s'est plainte du fait que le Ministère refusait de lui communiquer des copies de toutes les rédactions soumises par les candidats au concours—En février 1995, des conférences téléphoniques ont eu lieu entre le président, le représentant de l'employeur, Stein et Jurjans—Le président a ordonné aux deux représentants de fournir des allégations suffisantes au plus tard le 4 mars 1995—Jurjans a envoyé ses allégations au président par télécopieur—Le président a communiqué à deux reprises

**FONCTION PUBLIQUE—Fin**

avec Jurjans pour l'informer que ses allégations étaient insuffisantes et pour demander d'autres éclaircissements—Jurjans a demandé au président d'enjoindre au représentant de l'employeur de donner une réponse complète aux allégations avant la date de l'audience—À l'audience, le président a fait des commentaires personnels au sujet des capacités de Jurjans d'agir comme représentante, il a: 1) déclaré que les allégations de Jurjans étaient «vagues et nébuleuses»; 2) déclaré qu'elle avait «beaucoup de culot» de lui demander d'enjoindre au représentant de l'employeur de fournir une réponse écrite une semaine avant l'audience; 3) déclaré qu'elle avait nui aux intérêts de sa cliente; 4) établi une distinction entre elle et Stein—En ce qui concerne Stein, le président a: 1) déclaré que celui-ci était «totalement irresponsable», «totalement déraisonnable» et «totalement injuste»; 2) déclaré qu'il espérait que Stein réussirait «à mieux comprendre l'affaire» après une courte suspension; 3) utilisé des sarcasmes en disant «Mon Dieu!» et en félicitant ensuite Stein pour son «excellent plaidoyer» et en déclarant que ses allégations étaient «claires comme de l'eau de roche» alors qu'il voulait dire le contraire; 4) interrompu fréquemment et de façon prolongée Stein au cours de la présentation de ses allégations—Stein était incapable de formuler ses allégations de façon cohérente et il a demandé un ajournement pour les retravailler—Jurjans a mis en doute la partialité du président en raison de son attitude envers les représentants—À la reprise de l'audience, le président a refusé de se récuser—Suivant l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, le critère applicable est celui de savoir si un observateur relativement bien renseigné pourrait raisonnablement percevoir de la partialité chez le décideur—Le président a commis une erreur en ne se récusant pas relativement à l'appel interjeté par les clients de Jurjans—Le président n'a pas commis d'erreur en ne se récusant pas relativement à l'appel interjeté par les clients de Stein—Les commentaires critiques et sévères qu'il a adressés à Jurjans ont suscité une crainte raisonnable de partialité que l'ajournement n'a pas dissipée—La conduite du président envers Stein est inacceptable mais ne crée pas de crainte raisonnable de partialité et l'ajournement a réparé l'injustice commise.

MCKEON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-1028-95, juge Simpson, ordonnance en date du  
11-6-96, 13 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt à l'encontre d'une nouvelle cotisation visant les conséquences

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

fiscales de certaines acquisitions faites par la compagnie défenderesse—La question en litige est à savoir si les contrats sont de la nature d'une location-acquisition plutôt que d'un simple bail—Selon les termes du contrat, le locataire ne pouvait disposer de l'équipement sans le consentement du locateur; ne pouvant pas en disposer d'une manière absolue, le locataire ne peut donc en être propriétaire—Le fait d'avoir une option d'achat ne peut conférer un droit de propriété avant que l'option ne soit levée—Puisque la défenderesse n'est pas propriétaire, elle n'a pas droit à une allocation du coût en capital—La définition de «bien admissible» pour les fins du crédit d'impôt n'exige pas que le contribuable soit propriétaire des biens; il suffit qu'il les ait acquis—Le contribuable peut avoir acquis un bien lorsque la transaction est considérée comme une vente conditionnelle de nature suspensive—Pour qu'il puisse s'agir d'une condition au sens de l'art. 1079 du Code civil, l'événement doit être futur et incertain et il doit être extrinsèque au rapport de droit entre les parties au contrat—Le contrat de crédit-bail avec option d'achat ne peut être qualifié de vente à condition suspensive car l'option d'achat est une condition intrinsèque du contrat qui dépend de la volonté d'une des parties—En absence d'une promesse irrévocable de vente et d'achat, impossible d'avoir acquisition avant la levée de l'option—Si le locateur n'a pas acquis les biens, la défenderesse n'a pas le droit au crédit d'impôt à l'investissement—Par ailleurs, si la défenderesse n'a pas acquis les biens, elle ne pourra déduire les intérêts payés sur la balance de prix de vente des biens—Code civil du Bas-Canada, art. 1079.

CANADA V. CONSTRUCTION BÉROU INC. (T-1100-90,  
juge Tremblay-Lamer, décision en date 23-2-96, 20 p.)

*Revenu ou gain en capital*

Appel de la Couronne contre le jugement rendu par la Cour canadienne de l'impôt au sujet d'une nouvelle cotisation établie à l'égard de l'année d'imposition 1987 de l'intimée, et aux termes duquel le bénéfice réalisé sur la vente de parts dans une société est un gain en capital et non un revenu—Appel incident de l'intimée contre la conclusion tirée par la Cour de l'impôt que le bénéfice qu'elle réalisait à la vente de certains billets et débentures est imposable à titre de revenu—Pour décider si une opération est de nature commerciale, il faut en examiner le contenu eu égard au contexte général dans lequel cette opération a été effectuée—Il faut examiner l'intention des parties, la question de savoir si l'acte dont s'agit s'apparente à celui d'un commerçant, la nature et la quantité du bien en cause, la question de savoir si l'acte s'agit d'une transaction isolée, et le caractère singulier de l'opération par rapport aux activités ordinaires du contribuable—La vente des parts dans la société n'est pas une opération de spéculation visant à produire un bénéfice comptant comme revenu; c'est ce qui ressort du contexte

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

dans lequel la vente a été réalisée—Elle n'était qu'un élément d'une opération composite de liquidation de l'intimée—C'est donc un gain en capital—Appel rejeté—En ce qui concerne l'appel incident, l'opération ayant produit le bénéfice faisait partie de l'entreprise ordinaire de l'intimée—Le bien aliéné était certes compris dans une vente d'actif immobilisé, mais la manière dont il a été vendu en détermine le caractère—Appel incident rejeté.

CANADA C. BANQUE CONTINENTALE DU CANADA  
(A-540-94, juge Linden, J.C.A., jugement en date du  
4-6-96, 6 p.)

**CORPORATIONS**

Appel d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel interjeté par le contribuable et annulé les cotisations établies contre lui—Le contribuable est un des administrateurs de Bynamics Inc., une compagnie constituée en personne morale sous le régime des lois de l'Ontario—Bynamics a fait l'objet d'une requête de mise en faillite—Le ministre du Revenu national a établi une cotisation contre le contribuable relativement à des retenues sur la paye non remises de la Bynamics—Le juge de la Cour de l'impôt a statué qu'une fois que le syndic de faillite est nommé et qu'il assume le contrôle des biens d'une compagnie à l'exclusion des administrateurs, ceux-ci cessent d'être des administrateurs pour l'application de l'art. 227.1(4) de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'art. 71(2) de la Loi sur la faillite confère au syndic le pouvoir d'aliéner les biens de la compagnie—Il échet d'examiner si l'administrateur d'une compagnie cesse d'occuper son poste pour l'application de l'art. 227.1(4) de la Loi de l'impôt sur le revenu lorsqu'un syndic de faillite est nommé—L'art. 227.1(1) engage la responsabilité du fait d'autrui des administrateurs d'une compagnie relativement à toute omission de la compagnie de déduire, de retenir ou de remettre les retenues à la source—La responsabilité du fait d'autrui imposée par l'art. 227.1(1) n'est pas indéfinie—Le contribuable ne remplit pas les conditions prévues à l'art. 121(1) de la Loi sur les compagnies de l'Ontario pour cesser d'être un administrateur—Pour l'application de la Loi, le contribuable est demeuré un administrateur de Bynamics malgré sa nomination à titre de syndic de faillite—À l'époque en cause, le contribuable était un administrateur de Bynamics—Le délai de prescription prévu à l'art. 227.1(4) de la Loi de l'impôt sur le revenu ne peut être invoqué à l'encontre des nouvelles cotisations—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 227.1(1) (mod. par S.C. 1983-84, ch. 1, art. 100(1)), (4) (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 124(1))—Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 71(2)—Loi sur les sociétés par actions, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 121(1).

CANADA C. KALEF (A-11-95, juge McDonald, J.C.A.,  
jugement en date du 1-3-96, 6 p.)

**MARQUES DE COMMERCE**

Appel d'une décision par laquelle la Commission des oppositions des marques de commerce a rejeté la demande de l'appelante en vue de l'enregistrement de la marque de commerce «Club Design With Border»—Le registraire a repoussé la demande au motif que la marque n'avait pas été employée au Canada par Labatt depuis la date indiquée dans la demande au sens de l'art. 38(2)a) de la Loi sur les marques de commerce—Le registraire n'a pas tiré de conclusion quant au troisième motif d'opposition invoqué par Molson—La décision du registraire constituait une conclusion de fait et non l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire—Un tribunal d'appel n'a donc pas à faire preuve d'autant de retenue que s'il s'agissait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire—En ce qui concerne l'admissibilité de la preuve par affidavit, l'art. 332(1) des Règles de la Cour fédérale est assujéti aux exceptions à la règle du oui-dire prévues par la common law—Les affidavits qui renferment une preuve par oui-dire sont admissibles lorsque cette preuve satisfait aux critères de la nécessité et de la fiabilité—En ce qui concerne le fardeau de preuve, il incombe à la partie requérante de se conformer à l'art. 30 de la Loi sur les marques de commerce—La partie opposante a le fardeau de réfuter les faits allégués par la partie requérante lorsque l'opposition est fondée sur des allégations de fait—Lorsque la partie opposante soulève une discussion juridique quant aux conclusions à tirer des faits allégués par la partie requérante, ce fardeau n'existe pas—Le registraire n'a pas commis d'erreur en rendant une décision fondée sur un motif d'opposition à l'égard duquel la partie opposante n'a produit aucun élément de preuve—En ce qui concerne le rejet de la demande en raison de l'inobservation de l'art. 30b) de la Loi, le registraire n'a pas eu tort de conclure que, du point de vue de la première impression, la marque de commerce demandée, en tant qu'élément de l'étiquette apposée sur de la bière de marque Country Club, ne serait pas perçue comme une marque de commerce distincte—Le registraire a commis une erreur en ne concluant pas que l'emploi de la marque sur du ruban adhésif appliqué sur des colis en 1957 constituait un emploi au sens de l'art. 4(1) de la Loi et, partant, a eu tort de rejeter la demande de Labatt sur la base de l'inobservation de l'art. 30b) de la Loi—Le registraire n'a pas commis d'erreur en ne prenant pas en considération une preuve établissant la présentation de la marque de commerce demandée sur du matériel publicitaire puisque cette présentation ne constituait pas un emploi au sens de la Loi—L'appel est accueilli—L'affaire est renvoyée au registraire pour nouvelle audience et examen du troisième motif d'opposition—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 4(1), 30b), 38(2)a)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 332(1).

LABATT BREWING CO. C. MOLSON BREWERIES, SOCIÉTÉ  
EN NOM COLLECTIF (T-646-95, le juge suppléant Heald,  
jugement en date du 28-5-96, 26 p.)

Appel de la décision par laquelle la Commission des oppositions des marques de commerce a repoussé la de-

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

mande produite par l'appelante en vue de l'enregistrement de la marque de commerce «Molson Club Ale et dessin»—La demande a été présentée pour la première fois en 1975—La demande présentée par Labatt en vue de l'enregistrement de la marque de commerce «Manitoba's Club et dessin» était en suspens au moment du dépôt de la demande de Molson et n'a pas été abandonnée avant 1987—Le registraire a refusé l'enregistrement au motif que la marque créait de la confusion avec la marque «Manitoba's Club et dessin» demandée par Labatt—Le registraire n'a pas tiré de conclusion sur le deuxième motif d'opposition—Pour ce qui est du troisième motif, le registraire a conclu que la marque n'était pas distinctive—Lorsque des éléments de preuve supplémentaires sont présentés en appel conformément à l'art. 56(5) de la Loi sur les marques de commerce, les tribunaux ne manifestent pas autant de retenue envers la décision du registraire—L'appel se déroule comme un procès *de novo*—L'appel est accueilli—La marque de commerce demandée par Molson est tout simplement une version modifiée de la marque de commerce antérieurement enregistrée «Club Ale et dessin»—La demande antérieure de Labatt en vue de l'enregistrement de la marque de commerce «Manitoba's Club et dessin» a été abandonnée—Le registraire s'est senti gêné par le libellé de l'art. 16(3)b) de la Loi qui dispose qu'une marque de commerce ne peut pas être enregistrée si, à la date de production de la demande, la marque créait de la confusion avec une «marque de commerce à l'égard de laquelle une demande d'enregistrement a été antérieurement produite au Canada par une autre personne»—Bien que le registraire ait rendu sa décision en janvier 1995, la demande de Molson a été produite en 1975 alors que la demande de Labatt était en suspens et n'avait pas encore été abandonnée—L'application stricte de l'art. 16(3) de la Loi pourrait donner un résultat absurde—Conformément à l'art. 6 de la Loi, pour déterminer si une marque de commerce crée de la confusion, il convient de tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce—Parmi ces circonstances, il y a l'abandon par Labatt de la demande d'enregistrement de la marque «Manitoba's Club et dessin»—Par conséquent, l'art. 16(3)b) de la Loi n'empêche pas l'enregistrement de la marque de Molson—Le troisième motif d'opposition de Labatt, à savoir que la marque de Molson n'est pas distinctive, est également mal fondé—D'après la décision rendue dans *Labatt Brewing Co. c. Molson Breweries, A Partnership* (1992), 42 C.P.R. (3d) 481 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la marque de commerce respecte les trois critères de la notion de caractère distinctif—La décision du registraire est annulée et l'affaire est renvoyée pour nouvelle audience et examen du deuxième motif d'opposition—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6, 16(3)b), 56(5).

MOLSON BREWERIES C. LABATT BREWING CO.  
(T-660-95, juge suppléant Heald, jugement en date du 6-6-96, 16 p.)

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

## CONTREFAÇON

Requête en vue d'amender la défense en vertu de la Règle 420—La demanderesse cherche à empêcher les défenderesses de commercialiser du chlorhydrate de fluoxétine sous forme de capsules semblables à leurs capsules de Prozac—La demanderesse a octroyé une licence à une société tierce lui permettant de commercialiser une version générique du Prozac d'apparence quasi identique—Selon les défenderesses, le contrat de licence est illégal et constitue un emploi concomitant non autorisé qui est fatal à l'action de la demanderesse en *passing-off*—Les amendements proposés par les défenderesses contestent le contrat de licence aux motifs (1) qu'il contrevient à la Loi sur la concurrence; (2) qu'il constitue une fraude à l'endroit des ministères de la Santé provinciaux; et (3) qu'il constitue un délit civil de complot suivant la *common law*—L'argument selon lequel seule la tierce partie et non les défenderesses peut utiliser la marque de commerce de la demanderesse relativement au chlorhydrate de fluoxétine est une question de marque de commerce, et non une question de concurrence: si les défenderesses ne peuvent donner à leurs capsules l'apparence du Prozac, ce n'est pas en raison du contrat de licence mais en raison de l'existence d'une marque de commerce valide—L'art. 78d) de la Loi sur la concurrence relatif aux marques de combat ne confère pas un droit privé d'action ou un moyen de défense et ne peut servir à attaquer le contrat—La preuve ne révèle aucune déclaration de fait mensongère ou trompeuse et rien ne peut donc justifier une allégation de fraude—La violation d'une exigence réglementaire édictée par un ministère de la Santé provincial ne fait pas en sorte que le contrat soit nul *ab initio* et ne constitue donc pas une défense à l'action de la demanderesse en *passing-off*—L'allégation de complot est sans fondement; l'objet prédominant du contrat de licence n'est pas de causer un préjudice aux défenderesses—De plus, le délit civil de complot ne rend pas le contrat nul *ab initio* et ne constitue donc pas une défense contre une action en *passing-off*—Requête en modification rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 420—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 78d) (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 45).

ELI LILLY AND CO. C. NOVOPHARM LTD. (T-2432-95, juge Rothstein, ordonnance en date du 16-5-96, 10 p.)

## ENREGISTREMENT

Appel du jugement du juge McKeown accueillant l'appel incident interjeté contre une décision du registraire—L'intimée a déposé une demande d'enregistrement de la marque de commerce «McBeans» relativement à des cafetières et des accessoires à café, des grains de café et du thé—Le registraire a rejeté l'opposition sauf pour ce qui est du «café» et du «thé» et des services connexes—En appel devant le juge McKeown, l'opposition des appelantes a été rejetée à tous égards—Les appelantes allèguent que le juge

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

de première instance a commis une erreur en examinant les activités réelles de l'intimée plutôt que la demande de marque de commerce projetée, et en ne tenant pas compte de la preuve d'emploi par l'appelante des marques «Mc(aliment)» et de l'existence et de l'acceptation du «McLangage»—Appel rejeté—Même en se limitant à une lecture de la demande, le juge n'aurait pu conclure que la requérante envisageait quoi que ce soit de la nature d'un restaurant ou d'une entreprise de restauration-minute—Qui plus est, la preuve d'emploi réel est aussi pertinente—Suivant la décision *McDonald's Corp. c. Silcorp Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 207 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la création d'une «famille» de noms, par un processus de bâtardeur de la langue où le mot gaélique «Mac» ou «Mc» est accolé à des spécimens de la restauration rapide ou à d'autres noms, verbes ou adjectifs ne peut empêcher l'emploi de ces préfixes individuellement ou en compagnie d'autres mots.

MCDONALD'S CORP. C. COFFEE HUT STORES LTD.  
(A-278-94, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 5-6-96, 4 p.)

**PRATIQUE**

Demandes de directives conformément à la Règle 324—Ordonnance renouvelable de type Anton Piller rendue le 5 juin 1995 et annulée par le juge Reed pour défaut de suivre certaines procédures—Appel interjeté contre l'ordonnance—Les appelantes cherchent à modifier l'avis d'appel en ajoutant une liste de personnes désignées nommément en qualité d'intimés—L'avis d'appel n'ayant pas encore été signifié, autoriser la modification ne causerait aucun préjudice—La modification est accueillie—En ce qui concerne la signification de l'avis d'appel elle doit être faite à la plupart des intimés conformément à la Règle 311—Les intimés sans dernière adresse connue ou sans avocat recevront signification par ordonnance selon la Règle 310(1)—La Cour a ordonné la signification par voie de publication dans les journaux dans les régions dans lesquelles les parties ont reçu signification des ordonnances Anton Piller—Les appelantes demandent aussi que l'avis d'appel soit scellé pour empêcher les intimés de communiquer entre eux et, de la sorte, faciliter la distribution des marchandises contrefaites—La Cour a conclu que les prémisses sur lesquelles se fonde la demande sont fausses—La liste des défendeurs fait déjà partie des dossiers publics de la Cour—Il n'y a plus de secret depuis longtemps—Plus fondamental encore, les appelantes ont choisi de joindre ensemble les intimés dans une seule action—S'ils décidaient tous de comparaître en personne à l'audition de l'appel, on ne pourrait les empêcher de communiquer entre eux—Les appelantes demandent aussi la radiation des motifs du juge Reed, car leur inclusion dans le dossier d'appel équivaldrait à l'exécution d'une partie de l'ordonnance dont il est interjeté appel qui exige, notamment, la signification des motifs aux intimés—Rejet de la demande—La signification du dossier d'appel ne rendra pas

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

l'appel futile, comme on le prétend—Il est absurde de laisser entendre que les intimés, qui ont le droit absolu de comparaître et d'appuyer l'ordonnance et les motifs, ne devraient pas avoir droit d'en recevoir communication—Pour ce qui est du calendrier de l'appel, les appelantes devraient avoir tout l'été pour mettre l'appel en état, et si les dossiers d'appel et l'exposé des faits et du droit n'ont pas encore été déposés le premier septembre 1996, les appelantes devront justifier les raisons pour lesquelles l'appel ne devrait pas être rejeté—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 310(1) (mod. par DORS/79-57, art. 5), 311 (mod. par DORS/90-846, art. 5), 324.

INDIAN MANUFACTURING LTD. C. LO (A-288-96, juge Hugessen, J.C.A., ordonnance en date du 6-6-96, 8 p.)

**RADIATION**

Appel interjeté en vertu de l'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce de la décision par laquelle le registraire a maintenu en partie l'enregistrement portant le numéro UCA 48982 pour la marque de commerce «Salvator»—La marque de commerce a été enregistrée en vue de son emploi en liaison avec des boissons alcoolisées et non alcoolisées, notamment de la bière—Le registraire a statué que deux ventes spéciales des marchandises au Canada constituaient une opération faite dans la «pratique normale du commerce»—La Cour devrait hésiter à infirmer la décision du registraire à moins qu'elle ne soit clairement convaincue qu'il a tiré une conclusion erronée sur les faits ou à moins qu'on ne produise devant la Cour des éléments de preuve nouveaux et importants dont le registraire n'a pas été saisi—Aucun élément de preuve nouveau n'a été produit en l'espèce—La preuve d'une seule vente en gros ou au détail dans la pratique normale du commerce est suffisante pourvu que l'opération soit véritable et n'ait pas été faite dans le seul but de maintenir la marque de commerce—Ce n'est pas la quantité d'éléments de preuve qui importe, mais la qualité de la preuve—La bière a également été vendue dans la période de deux ans visée par l'avis prévu à l'art. 45—L'appel est rejeté avec dépens—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 200), 56.

88766 CANADA INC. C. PAULANER-SALVATOR-THOMASBRÄU A.G. (T-1130-95, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 5-6-96, 10 p.)

**ORGANISMES DE CHARITÉ**

Appel fondé sur l'art. 172(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu par suite de la signification, par le ministre du Revenu national, d'un avis d'intention de révoquer l'enregistrement de l'appelante en tant qu'œuvre de bienfaisance—La question est de savoir si la publication de la revue de

**ORGANISMES DE CHARITÉ—Fin**

l'appelante «Briarpatch» est réputée être une activité de bienfaisance—Cette publication n'entre pas dans les catégories bien établies d'activités de bienfaisance—Le raisonnement et les faits énoncés dans *Native Communications Society of B.C. c. Canada (M.R.N.)*, [1986] 3 C.F. 471 (C.A.), n'appuient pas la cause de l'appelante—L'appelante s'est constituée en personne morale en 1974 en tant qu'organisme sans but lucratif—Elle a obtenu le statut d'œuvre de bienfaisance enregistrée en 1975—Son activité principale était alors la publication et la distribution de la revue «Briarpatch» dix fois par année—L'appelante soutenait qu'elle publiait des articles intéressant particulièrement la population pauvre du Canada, tout en poursuivant des objectifs précis d'éducation et de soulagement de la pauvreté au moyen de l'éducation—La question doit être déterminée en fonction des principes de common law—L'activité en question ne peut être considérée comme ayant un caractère charitable, au sens juridique, si elle ne respecte pas «l'esprit» des buts énoncés dans le préambule de la Charitable Uses Act—Le droit en matière de charité est un domaine qui évolue—La publication de «Briarpatch» n'entre pas dans la catégorie des œuvres ayant pour objet la promotion de l'éducation—Elle n'est pas axée sur la formation de l'esprit au moyen d'une analyse ou d'une présentation structurée du savoir—Elle n'a pas la continuité, la structure et l'analyse nécessaires pour satisfaire à ces critères—Les sujets traités dans «Briarpatch» ne sont pas limités aux questions qui ont directement rapport à la population pauvre du Canada—La publication de l'appelante n'a pas un but suffisamment précis—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 172(3)—Charitable Uses Act 1601, (R.-U.) 43 Eliz. I, ch. 4.

BRIARPATCH INC. C. CANADA (A-372-89, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 1-4-96, 7 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES**

Recours tendant à jugement déclarant qu'un règlement adopté par la bande indienne des Mississaugas de la première nation New Credit est illégal, nul et non avenu—Ce règlement interdit la fourniture de boissons alcooliques à l'intérieur de la réserve—Il prévoit aussi une restriction ou limitation qui permet la fourniture de boissons alcooliques pour l'usage personnel à l'intérieur de demeures privées—Recours rejeté—L'art. 85.1(1)a) de la Loi sur les Indiens habilite tout conseil de bande à interdire par règlement «la vente, le troc, la fourniture ou la fabrication» de boissons alcoolisées dans la réserve—C'est en toute légalité que le règlement restreint la définition de «fournir» de façon à en exclure l'usage personnel—Selon son sens ordinaire, l'art. 85.1(1)a) n'interdit pas la fourniture de boissons alcooliques dans une réserve pour l'usage personnel chez soi—La définition de «fournir» est un outil d'interprétation du règlement et non une tentative illégale de réglementation des

**PEUPLES AUTOCHTONES—Suite**

boissons alcooliques dans la réserve—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 85.1(1)a) (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 16).

LAFORME C. CONSEIL DE LA BANDE DES MISSISSAUGAS DE LA PREMIÈRE NATION NEW CREDIT (T-2426-95, juge Wetston, ordonnance en date du 16-5-96, 4 p.)

**TERRES**

Demande de jugement déclaratoire relativement au titre de possession d'un lot situé dans une réserve—La demanderesse, membre des Premières nations, a signé un document en vue de transférer son titre sur le lot au défendeur, celui-ci devant lui acheter du matériel agricole et lui aider dans ses activités agricoles—Le document de transfert n'a pas été transmis, par le bureau de la bande, au ministère des Affaires indiennes et du Nord (AINC) pour approbation par le ministre et enregistrement du transfert conformément à l'art. 24 de la Loi—Deux ans après la signature du document de transfert, le défendeur n'avait toujours pas acheté le matériel agricole; la demanderesse a pris contact avec l'AINC pour l'informer qu'elle ne voulait pas qu'on enregistre le transfert—Selon l'art. 24, le transfert est conditionnel à l'approbation du ministre; tant qu'il ne l'a pas approuvé, il n'existe pas d'obligation exécutoire en droit—Le ministre a toute discrétion pour donner son approbation en vertu de l'art. 24, et la Cour ne peut l'y contraindre par ordonnance—Conclusion portant que le transfert était conditionnel à l'achat du matériel agricole par le défendeur—Le transfert du lot n'était pas exécutoire en droit car le ministre ne l'a pas approuvé comme l'exige l'art. 24—Subsidiairement, il était entendu entre les parties que le transfert était conditionnel à l'achat du matériel par le défendeur—Question préliminaire sur la compétence de la Cour: les faits de l'affaire *Powless c. Sandy* (1995), 95 F.T.R. 57 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.), selon laquelle la Cour n'a pas compétence relativement à un litige portant sur la vente d'une terre située dans une réserve, doivent être distingués des faits en l'espèce qui établissent clairement que: (1) la demanderesse et le défendeur étaient des Indiens et membres de la même bande; (2) la terre était située dans une réserve de la bande; (3) la demanderesse était titulaire d'un certificat de possession à l'égard du lot; (4) Sa Majesté, qui est propriétaire de la terre, a reconnu la compétence de la Cour—Cette compétence lui est conférée par l'art. 17(4) de la Loi sur la Cour fédérale—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 24—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 3).

JONES C. CANADA (T-1687-93, juge MacKay, jugement en date du 23-2-96, 20 p.)

Requête présentée en vertu de l'art. 474 des Règles de la Cour fédérale en vue d'obtenir qu'il soit statué sur un point de droit, une ordonnance déterminant l'admissibilité d'une

## PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

preuve par expertise et des directives sur la manière dont la question doit être débattue—Les demandeurs ont pris à bail des terres qui font partie de la réserve indienne n° 10 de Nipissing—Bail uniforme renfermant une disposition relativement à la négociation du juste loyer économique annuel payable aux termes du bail—Le chef et le conseil ont obtenu une évaluation de la juste valeur marchande des lots [TRADUCTION] «en faisant abstraction de la valeur des améliorations construites ou apportées par le preneur sur le terrain loué mais en tenant dûment compte de la valeur des autres terrains cédés à bail de la région» au sens du bail—Une action semblable a été introduite en décembre 1993 relativement à des lots semblables du parc Beaucage, sur la même réserve—Les demandeurs soutiennent que la juste valeur économique qui a été calculée dans la première action devrait, avec les adaptations nécessaires, être utilisée pour calculer le juste loyer économique dans la présente action—Aux termes de l'art. 474 des Règles, la Cour doit être convaincue qu'aucun fait essentiel n'est contesté, que la question à trancher est une pure question de droit et que la décision sera péremptoire aux fins d'un point en litige de façon à éliminer la nécessité d'un procès, ou à l'abrégier et à le rendre plus rapide—En l'espèce, ces trois conditions sont réunies—Aux termes du bail uniforme, l'évaluateur doit tenir compte de la valeur des autres terrains cédés à bail dans la réserve indienne de Nipissing et plus particulièrement des terrains du parc Beaucage, sans toutefois être lié par les valeurs déjà fixées—L'art. 482 des Règles de la Cour fédérale répond adéquatement à la conclusion articulée par les demandeurs au sujet des rapports d'expertise—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, art. 474 (mod. par DORS/79-57, art. 14), 482 (mod. par DORS/90-846, art. 18).

MORIN C. CANADA (T-1538-95, juge Gibson, ordonnance en date du 23-5-96, 12 p.)

Demande d'annulation d'une résolution du conseil de la bande ordonnant l'expulsion de son territoire du conjoint de fait d'une Indienne inscrite qui n'était pas un Indien inscrit—La femme du requérant a conclu un bail d'une durée de 15 ans sous le régime de location ou d'achat—Elle cohabitait avec son conjoint de fait et ses quatre enfants—Par suite de plusieurs plaintes formulées par des membres de la collectivité au sujet du mari et, pour garantir la sécurité et le bien-être de la collectivité, le conseil de la bande sans aviser aucun des deux requérants, a adopté une résolution ordonnant à son service de police d'expulser le mari et a résolu que des accusations soient portées contre lui s'il revenait sur le territoire de la première nation—L'intimé affirme que l'art. 28 de la Loi sur les Indiens prévoit la nullité du bail qui permet à une personne autre qu'un membre de la bande d'occuper ou d'utiliser un terrain situé sur une réserve—La bande invoque également le pouvoir de réglementation que lui confère l'art. 81(1)p) de la Loi sur les Indiens pour justifier les mesures qu'elle a prises—Rien ne démontre que la résolution soit devenue un règlement

## PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

administratif—Les requérants avaient le droit d'être avisés de la tenue de l'assemblée au cours de laquelle la résolution a été adoptée, ainsi que le droit d'être informés de la nature des plaintes formulées contre le mari—Indépendamment du statut du mari sur la réserve, la résolution est invalide—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 28(1).

SHEARD C. CONSEIL DE BANDE DE LA PREMIÈRE NATION DES CHIPPEWAS DE RAMA (T-2405-95, juge McKeown, ordonnance en date du 8-5-96, 7 p.)

Appel de la décision de la Section de première instance modifiant le jugement de façon à en exclure les dommages-intérêts, mais refusant par ailleurs d'annuler le jugement par défaut, de radier la déclaration ou de modifier les dépens adjugés par le protonotaire—Le demandeur a conclu une entente en 1942 avec le défendeur pour l'achat de terres situées dans une réserve—Le demandeur a payé au total 2 200 \$ au défendeur et à son fils—Ces derniers ont cédé les terres à la bande en 1982 et ces terres ont été réservées pour la construction d'une école—La Cour ne peut accorder de redressement à un demandeur qui n'y a légalement et manifestement pas droit uniquement sur la base des allégations contenues dans la déclaration qui sont considérées comme prouvées—Ces redressements ne peuvent être accordés simplement parce que le défendeur n'a pas comparu dans les délais impartis—Il est peut-être possible de se demander si les allégations peuvent, en elles-mêmes, donner naissance aux redressements demandés au titre de la compétence dans un sens large, mais cela demeure une question préliminaire totalement indépendante du comportement d'une partie défenderesse—La Cour qui est appelée à trancher une demande d'annulation d'un jugement par défaut doit s'assurer que la question est réglée de façon appropriée—En l'espèce, le demandeur ne peut réclamer le droit de possession légal à l'égard du bien-fonds en s'appuyant uniquement sur l'entente de 1942 et sur l'intérêt sur ce bien-fonds que lui ont reconnu les membres de la bande jusqu'en 1982—Le demandeur n'a jamais obtenu de certificat de possession conformément à l'art. 20 de la Loi sur les Indiens; par conséquent la déclaration attestant que le demandeur a droit à la possession du bien-fonds va à l'encontre de la loi et n'a aucun fondement en droit—Les allégations ne peuvent par conséquent justifier l'émission d'un bref de *certiorari* annulant la décision du ministre des Affaires indiennes qui a approuvé le transfert du bien-fonds à la bande en 1982—En outre, un bref de *certiorari* annulant l'approbation du ministre ne pouvait être demandé dans le cadre d'une action dans laquelle le ministre n'est pas désigné comme partie—Comme le jugement n'aurait pas dû être prononcé, il ne peut qu'être annulé—Appel accueilli, jugement par défaut annulé, déclaration radiée et action rejetée—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 20.

COOPER C. BANDE INDIENNE TSARTLIP (A-617-94, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 12-6-96, 10 p.)

## PRATIQUE

## COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Requête visant à obtenir une description suffisante des documents à l'égard desquels la défenderesse revendique un privilège et la production des documents en question—L'affidavit qualifie de «divers rapports de l'expert en sinistres» les documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué—Action en dommages-intérêts introduite en juillet 1995—Les demandeurs affirment que le dispositif de commande à distance du yacht fourni par la défenderesse Towns s'est déréglé, causant ainsi des dommages à d'autres navires et des lésions corporelles—L'expert en sinistres a rédigé quatre rapports—Les trois premiers, qui sont datés du 27 juin et des 18 et 25 juillet, étaient adressés à l'assureur; le quatrième, daté du 11 septembre, était adressé conjointement à l'assureur et au cabinet des avocats des demandeurs—Une défense modifiée a été déposée en septembre 1995—L'affidavit des demandeurs a été souscrit par l'expert en sinistres qui a fait enquête—L'art. 448(2) des Règles de la Cour fédérale prévoit que l'affidavit doit comprendre une description suffisamment détaillée de tous les documents, ainsi qu'une déclaration exposant le fondement de chaque revendication de privilège—Il est de jurisprudence constante que la partie qui revendique un privilège à l'égard d'un document doit identifier ce document avec suffisamment de précision pour que le tribunal puisse en exiger effectivement la production—La façon dont la Towns a décrit ses documents ne satisfait ni à l'art. 448 des Règles, ni à la jurisprudence—(1) Conséquences découlant d'une description insuffisante de documents privilégiés—Dans le jugement *Puddister Trading Co. et al. c. Canada et al.* (1995), 95 F.T.R. 92 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la Cour a statué que, comme les documents ne pouvaient pas être identifiés parce qu'ils étaient tellement mal décrits, l'attestation ne renfermait aucune revendication de privilège et que, par conséquent, les documents devaient être produits intégralement—Il convient d'établir une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Puddister Trading*, étant donné que, au moment où la requête a été débattue, la date des rapports et l'identité de la personne à qui ils étaient adressés étaient connus—(2) L'art. 448 des Règles est respecté si chaque document peut être identifié par son titre, sa date, son expéditeur, son destinataire ou par tout autre renseignement qui permet d'identifier clairement le document et si cette identification est suivie d'un exposé du fondement de la revendication de privilège invoquée à l'égard de chaque document—Une autre façon acceptable de procéder consiste à utiliser le libellé usuel que l'on trouve dans les formules de l'annexe des Règles, à décrire les documents et à attribuer à ceux-ci des lettres codées renvoyant aux huit catégories de privilèges clairement définis—(3) Pour déterminer si un document est privilégié, la Cour a adopté le principe de l'objectif principal qui a été posé dans l'arrêt *Waugh v. British Railways Board*, [1980] A.C. 521 (H.L.)—Il incombe à la partie qui invoque le privilège de prouver

## PRATIQUE—Suite

que l'objectif principal de la rédaction du rapport était de fournir celui-ci à l'avocat pour qu'il l'utilise dans le cadre d'un procès déjà en cours ou d'un procès qui était raisonnablement envisagé—La personne qui revendique le privilège doit également établir que l'objectif principal de la création du document était de le communiquer à l'avocat pour obtenir des conseils juridiques ou pour faciliter le déroulement du procès—Si le rapport est commandé par l'assureur, l'intention de celui-ci est pertinente—Le moment où il convient d'apprécier l'objectif principal est i) celui où le document est créé; (ii) celui où le rapport est commandé, uniquement si le rapport est créé peu de temps après ou (iii) le moment où l'objectif principal change—L'utilisation ou les intentions ultérieures de l'auteur ne sont pas pertinentes—L'affidavit de l'expert en sinistres établit l'éventualité raisonnable d'un procès, probablement avant la date du premier rapport, mais ne réussit pas à démontrer que l'objectif principal était de donner des instructions à l'avocat, du moins en ce qui concerne les trois premiers rapports—L'examen des rapports eux-mêmes n'établit pas qu'ils ont été rédigés avec l'objectif principal d'être fournis à l'avocat—La Cour ordonne la production des trois premiers rapports, étant donné qu'ils ne sont pas privilégiés—Le quatrième rapport est privilégié—En ce qui concerne les documents pertinents, il est nécessaire d'en produire des passages et la mention du montant de la garantie d'assurance peut en être supprimée—La Cour ordonne à la Towns de produire un affidavit modifié qui décrit mieux les documents privilégiés restants—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, art. 448 (mod. par DORS/90-846, art. 15).

JORDAN C. TOWNS MARINE ELECTRONICS LTD.  
(T-1577-95, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 22-3-96, 17 p.)

Appel portant sur l'ordonnance du protonotaire reconnaissant le privilège des communications entre avocat et client concernant la lettre datée du 22 août 1995—L'objection préliminaire, réclamant que la demande ne soit pas entendue parce qu'elle avait été déposée sans respecter les délais, a été rejetée—La requête a été signifiée le jour où elle devait l'être, mais après 17 h, c'est-à-dire après les heures normales d'ouverture du cabinet de l'intimé—La signification n'enfreint pas techniquement la Règle 320—La compagnie requérante a présenté des soumissions pour obtenir des contrats de service du ministère de la Défense nationale (MDN)—Sa soumission a été la mieux cotée parmi quatre soumissions, mais elle a été finalement écartée parce qu'elle ne respectait pas certaines exigences de la demande de propositions—La requérante allègue que l'examen de sa soumission a manqué d'impartialité et que la lettre énonce la position du ministère de la Défense sur la question—Appel rejeté—Les avis des avocats du ministère de la Justice fournis à d'autres ministères fédéraux peuvent être assujettis au privilège des rapports avocat-client—Les avis

**PRATIQUE—Suite**

que la direction du juge-avocat général du MDN peut donner en toute confidentialité sont assujettis au même titre au privilège des rapports avocat-client—La lettre en question concerne les responsabilités juridiques découlant de l'examen des soumissions présentées dans le cadre d'une demande de propositions qui peut ultimement entraîner l'adjudication d'un contrat—Le fait que la lettre ait été communiquée au ministère des Travaux publics ne constitue pas une renonciation au privilège—D'après l'arrêt *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762 (C.A.), le client est la branche exécutive du gouvernement du Canada, qui est indivisible—Les avis juridiques fournis à une branche de l'exécutif continuent d'être assujettis au privilège, même si le document contenant les avis peut être communiqué à une autre branche exécutive.

HALIFAX SHIPYARD LTD. C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (T-454-96, juge MacKay, ordonnance en date du 17-5-96, 7 p.)

**FRAIS ET DÉPENS**

Taxation d'un mémoire de frais en vertu des Règles 345 et 406—La demanderesse a déposé un avis de désistement avant le dépôt d'une défense par la défenderesse mais après que certaines mesures préliminaires aient été prises relativement à l'action—La question porte sur le droit de réclamer des dépens et consiste à savoir si l'officier taxateur peut attribuer une valeur unitaire différente de celle prévue par le tarif—Les Règles visent les mesures préliminaires prises avant une requête pour précisions—La demande présentée en vue d'obtenir des précisions et la préparation de la requête pour précisions au cas où il n'est pas donné suite à la demande sont des démarches logiques—Octroi de dépens justifiés pour la préparation de la requête même si elle n'a pas été présentée—Le pouvoir discrétionnaire d'attribuer des dépens s'exerce à l'intérieur de l'intervalle prévu par le tarif et non au-delà—Pas d'interrogatoire ni d'inspection de documents—Réunion entre les parties en vue de tenter de clarifier les questions et d'abrèger l'instance—Pas tenue en vue d'être considérée comme un examen de documents ou un interrogatoire au préalable—L'attribution de dépens n'est pas possible—Dépens afférents à la préparation et à la présence à l'audience sur la taxation des dépens accordés à l'intérieur de la fourchette prévu—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 345 (mod. par DORS/95-282, art. 2), 406.

NATIONAL STEEL CAR LTD. C. TRENTON WORKS INC. (T-2863-94, officier taxateur Reinhardt, taxation en date du 17-5-96, 9 p.)

Taxation du mémoire de frais entre parties amendé des défendeurs—Objection préliminaire de la demanderesse fondée sur la Règle 346.1—Mémoire de frais des défendeurs

**PRATIQUE—Suite**

préparés suivant le tarif modifié—La demanderesse a intenté une action pour contrefaçon de marque de commerce et *passing-off*—Elle a présenté une requête en injonction mais a sollicité un ajournement pour procéder à un contre-interrogatoire—Autres retards et omissions de la demanderesse au détriment des défendeurs—Par ordonnance en date du 28 juillet 1995, l'instance a été suspendue indéfiniment jusqu'à ce que la demanderesse paie aux défendeurs les frais entre parties et dépose ensuite le dossier de la requête—Les défendeurs ont, en juillet 1995, transmis à l'avocat de la demanderesse un projet de mémoire de frais préparé selon l'ancienne formule—Ils n'ont reçu aucune réponse—Ils ont écrit de nouveau en septembre pour exiger le paiement—Ils n'ont reçu aucune réponse—Les défendeurs ont obtenu une date de taxation en mars 1996 et ont déposé un projet de mémoire de frais suivant le nouveau tarif en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1995—La Règle 344(4) s'applique dans le cas de dépens liquidés—Dans son ordonnance, le juge n'a pas «fixé un montant liquidé» et, en conséquence, les circonstances ne correspondent pas à la première exception à la Règle 346.1(1)—Les retards de la demanderesse deviennent un facteur eu égard à la deuxième exception de la Règle 346.1(1) et non à la première—La demanderesse aurait pu payer les frais selon l'ancien tarif ou demander la taxation avant le 1<sup>er</sup> septembre 1995—L'ancien tarif se serait alors appliqué—En raison toutefois du caractère transitoire de la Règle 346.1(1), les défendeurs pouvaient se prévaloir du nouveau tarif—La gravité et la complexité du litige déterminent l'intervalle du tarif—Il ne s'agissait ni du plus complexe ni du plus simple des litiges—Il ne convient pas d'appliquer uniformément un pourcentage déterminé—Chaque article doit être évalué en regard des circonstances qui lui sont propres—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 633, Règles 344, 346.1 (mod. par DORS/95-282, art. 4).

YAO TSAI CO. C. DIC DAC HOLDINGS (CANADA) LTD. (T-996-95, officier taxateur Stinson, taxation en date du 6-6-96, 19 p.)

Requête en annulation d'une demande de contrôle judiciaire pour cause de retard injustifié et requête visant à faire condamner personnellement les procureurs des requérants aux dépens sur la base procureur-client—Les requérants ont déposé une demande de contrôle judiciaire le 17 août 1995 en vue d'obtenir différentes ordonnances, dont des ordonnances portant que les fonds détenus par certains fiduciaires spécifiés continuent à être détenus par ces fiduciaires—Le 21 août, la Cour a rendu une ordonnance provisoire selon laquelle les fonds devaient continuer à être détenus en fiducie par les fiduciaires et la demande de contrôle judiciaire devait être entendue d'urgence—Les requérants n'ont jamais déposé de dossier de requête, de demande de prorogation du délai de dépôt de dossier ni d'avis de désistement—Le 7 décembre 1995, les intimés ont demandé par voie de requête l'annulation de la demande pour cause de retard injustifié et les dépens sur une base procureur-

**PRATIQUE—Suite**

client—L'audition avait été ajournée au 8 janvier 1995 à la demande de l'avocat des requérants parce qu'il n'avait pas pu obtenir d'instructions de ses clients—Le 8 janvier, un nouvel ajournement demandé par la représentante de l'avocat des requérants a été refusé—Requête en annulation de la demande de contrôle judiciaire accueillie—Un retard injustifié, sans excuse raisonnable, justifie l'annulation de la demande—Quant aux dépens, l'art. 1618 des Règles de la Cour fédérale prévoit que les dépens ne peuvent pas être accordés à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire, à moins de raisons spéciales—Les conseillers intimés ont eu droit à un remboursement de leurs dépens par les requérants, sur une base de frais entre parties, pour la demande de dépens et pour la demande de rejet de la demande de contrôle judiciaire et pour toutes les questions soulevées relativement à la demande de contrôle judiciaire depuis le 21 août 1995—Il convenait d'accorder les dépens aux intimés parce qu'ils ont été obligés d'engager des dépenses pour présenter leurs requêtes à la Cour alors que les requérants n'ont pris aucune action depuis août—Les requérants sont responsables de faire avancer la procédure—Leur incapacité financière de continuer l'affaire était évidente depuis quelque temps et ils auraient dû en faire part à l'autre partie—Ils auraient dû demander un arrêt de cette procédure—Un défaut de poursuivre une demande de contrôle judiciaire, qui occasionne une demande de rejet des procédures par l'intimé, acceptée pour retard injustifié, peut constituer une raison spéciale conformément à l'art. 1618—L'adjudication des dépens sur une base procureur-client n'est pas indiquée—Un retard injustifié ne constitue pas une faute au sens de l'arrêt *Amway Corp. c. La Reine*, [1986] 2 C.T.C. 339 (C.A.F.) de la Cour d'appel—La demande n'était pas futile ni vexatoire—Il ne convient pas non plus d'ordonner à l'avocat des requérants de payer personnellement les dépens pour le motif qu'il n'a pas bien rempli ses fonctions d'auxiliaire de la justice en donnant de mauvais conseils aux requérants car il n'était pas manifeste que la demande n'avait aucun fondement—Le retard injustifié n'était pas imputable à l'avocat et aucune faute de sa part n'a été établie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (éditée par DORS/92-43, art. 19).

POILE C. ESQUEGA (T-1766-95, juge MacKay, ordonnance en date du 10-6-96, 17 p.)

Requête présentée sous le régime des Règles 1733 et 302a) et c) en vue de faire procéder à un nouvel examen de l'ordonnance radiant la déclaration parce qu'elle ne révélait aucun motif raisonnable d'action et qu'elle était futile, vexatoire et constituait de façon générale un emploi abusif des procédures de la Cour—Requête du demandeur mal conçue—Il était inopportun de présenter une requête soit en vertu de la Règle 1733, fondée sur des faits survenus postérieurement au jugement ou découverts par la suite, soit en vertu de la Règle 337(5), pour raison de négligence ou d'omission accidentelle—La Couronne a soutenu qu'il y a

**PRATIQUE—Suite**

eu plus d'une requête semblable, introduite sans considération ou compréhension des règles et qu'elle doit obtenir une protection contre davantage de requêtes du même genre—On peut utiliser les dépens comme mesure de dissuasion dans les cas de procédures futiles—La conduite du demandeur n'était pas répréhensible, scandaleuse ni outrageante et ne justifiait donc pas une ordonnance spéciale pour les dépens—Il faut maintenir un équilibre en décourageant les procédures futiles, vexatoires ou abusives, mais pas les demandes incertaines mais méritoires—L'effet préventif doit être raisonnable et non excessif—Dépens de 350 \$ adjugés en faveur du défendeur—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 302a), c), 337(5), 1733.

SIM C. CANADA (T-585-96, notaire Hargrave, ordonnance en date du 4-6-96, 15 p.)

Taxation des frais de l'intimée relatifs à une action pour congédiement injustifié—L'arbitre a adjugé à l'intimée une indemnisation pour le salaire et les avantages perdus, ainsi que pour les frais engagés—La demande de Byers en vue de faire infirmer la décision a été rejetée—Les frais ont été adjugés à l'encontre de Byers sur la base procureur-client—L'appel de Byers a été accueilli mais les frais engagés devant la Section de première instance et la Section d'appel ont été accordés à l'intimée sur la base procureur-client—Les frais entre le procureur et sa cliente n'ont pas été adjugés—Si l'officier taxateur accepte l'état de compte à première vue, tel qu'il apparaît dans les registres informatisés en preuve, les mémoires peuvent être taxés dans la forme où ils sont présentés—Les montants présentés n'étaient pas extraordinaires—Le concept de l'indemnisation englobe l'étendue de l'obligation dans laquelle se trouve une partie déboutée de payer les dépenses du litige que son adversaire a dû engager—Une partie n'a pas à tirer profit des frais—Les frais sont égaux au total des honoraires et des débours—Le principe de l'indemnisation partielle a pour effet de faire disparaître l'appréhension que suscite, en raison des frais prohibitifs en cause, le fait d'intenter un procès et d'assurer sa défense—Le principe limite les frais éventuels qui sont engagés entre les parties adverses—Les règles et les tarifs imposent en général, pour les débours, des paramètres liés à ce qui est «raisonnable» et «nécessaire»—Les frais entre parties désignent un niveau restreint de frais, appelé «indemnisation partielle»—Les frais procureur-client incluent les débours, mais mettent l'accent sur les honoraires destinés au procureur—Une indemnisation plus généreuse des frais entre parties supprime la restriction qu'impose le Tarif à l'égard des honoraires—Les débours se limitent toujours à ce qui est «raisonnable» et «nécessaire»—Les frais entre un procureur et son propre client comprennent de plus les frais non liés au litige—Ils représentent l'état de compte que le procureur remet à son client—L'état de compte entre le procureur et son propre client existe indépendamment de la présence, ou non, d'un litige—S'il survient un litige et que ce dernier débouche sur

**PRATIQUE—Suite**

un jugement favorable, une partie ou la totalité des frais peut être changée en une indemnisation entre parties adverses—Il est irréaliste pour des parties de supposer que les procureurs peuvent clore tous les dossiers de client avant de faire une pause—Les frais associés à ces pauses doivent être raisonnables dans les circonstances—Il est irréaliste qu'une partie s'attende à ce que son procureur consacre gratuitement du temps facturable à établir et revoir un état de compte—Les pourparlers relatifs à un règlement ne font pas forcément progresser un litige, mais il s'agit de variantes importantes sur le plan du règlement des différends, et ils devraient être accueillis—Il n'incombe pas aux parties de tenter de fixer des tarifs horaires moins élevés—En ce qui concerne les photocopies, les officiers taxateurs doivent s'assurer que les parties déboutées n'ont pas à supporter de frais inutiles ou déraisonnables et ne pas pénaliser la partie ayant obtenu gain de cause en refusant d'accorder des frais réellement engagés—C'est le juge qui rend la décision, et l'officier taxateur se borne à quantifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge—La fonction de l'officier taxateur ne consiste pas à accorder des intérêts.

BYERS TRANSPORT LTD. C. KOSANOVICH (A-333-94, officier taxateur Stinson, taxation en date du 3-6-96, 51 p.)

**OUTRAGE AU TRIBUNAL**

Action ayant pour but de déterminer la sanction qu'il convient d'imposer en cas d'outrage au tribunal—Le chef et le conseil élus en 1980 étaient depuis longtemps reconnus comme les représentants légitimes de la bande—Les mesures appropriées ont été prises pour les remplacer et le conseil de bande intérimaire de 1996 a été reconnu par le Ministère—Pendant les poursuites judiciaires, plusieurs membres de la bande des Algonquins du lac Barrière ont enfreint l'injonction leur interdisant de bloquer ou d'empêcher l'accès à la route menant à la réserve de Rapid Lake ou à toute autre route à l'intérieur de la communauté de Rapid Lake—Les personnes présumées coupables d'outrage au tribunal ont signé une lettre d'excuses détaillée adressée à la Cour énonçant la procédure d'enquête et de médiation proposée pour régler les différends—La Cour accepte ces excuses et n'impose aucune autre sanction—L'infraction est un fait isolé—Les contrevenants ont exprimé leurs regrets et ont entrepris de leur propre chef de rechercher une solution à leurs problèmes au moyen de la médiation, processus qui est au mieux des intérêts de la communauté—L'imposition d'une période d'incarcération ne servirait qu'à aggraver la situation.

CONSEIL DE BANDE INTÉRIMAIRE DES ALGONQUINS DU LAC BARRIÈRE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2590-95, juge McGillis, ordonnance en date du 17-5-96, 6 p.)

**PRATIQUE—Suite**

Procédure en vue de déterminer la pénalité pour outrage—Les défendeurs ont désobéi à une ordonnance leur enjoignant de cesser d'employer le nom «Asian Food and Video»—Lors de l'étude du dossier, dans le cadre de l'instance en outrage, des lacunes ont été relevées dans l'ordonnance originale—La demanderesse revendique une marque formée d'un dessin, et non une marque formée de mots et elle s'est expressément désistée de l'emploi du mot «Asian»—Aucune preuve au dossier que la typographie du mot «Asian» employé par les défendeurs sur leurs enseignes ressemble à la marque de commerce de la demanderesse formée d'un dessin—La Cour ne peut refuser de conclure à l'outrage simplement parce que l'injonction interlocutoire qui y a conclu n'aurait pas dû être rendue—La Cour peut tenir compte de la qualité de la preuve relative à la nature et à l'étendue de la pénalité à imposer—Pénalité fixée à 1 \$.

ASIAN VIDEO MOVIES WHOLESALER INC. C. 1126392 ONTARIO INC. (T-2591-95, juge Reed, ordonnance en date du 16-5-96, 7 p.)

**PARTIES***Qualité pour agir*

Le procureur général demande, en cours d'instance de contrôle judiciaire, à se substituer en qualité d'intimé à l'agent régional de sécurité (ARS)—Celui-ci avait conclu que la requérante, qui exploitait un terminal maritime, contrevenait au Règlement canadien sur la sécurité et la santé au travail—La requérante a cité l'ARS comme intimé dans son recours en contrôle judiciaire contre les instructions de celui-ci—Il s'agit de savoir s'il était correct de citer l'ARS, et non le procureur général, comme intimé—Recension de la jurisprudence relative au statut des offices fédéraux dans les procédures de contrôle judiciaire—La jurisprudence, la Loi sur la Cour fédérale et les Règles ont évolué et, délaissant le principe voulant que l'office fédéral fût l'intimé, posent à l'heure actuelle, par application des Règles 1600 et 1602 et de l'art. 18.1 de la Loi: que (1) l'intimé doit être une «personne intéressée» ou le procureur général; et que (2) les offices fédéraux participent en qualité d'intervenants, sauf dans les cas exceptionnels—«Personne intéressée» s'entend de la personne dont les intérêts sont opposés à ceux de la partie requérante et qui a été entendue devant l'office fédéral—Dans les cas où la décision administrative ne concerne pas des parties adverses, il y a lieu, en application de l'art. 18.1 de la Loi, de joindre le procureur général à l'instance pour représenter l'intérêt général, d'un point de vue différent de celui de la partie requérante—L'autorité juridictionnelle dont la décision est portée en appel est réduite à l'état d'intervenant, qui peut participer avec des droits limités sauf dans certains cas—Possibilité qu'un office fédéral puisse être partie à la procédure de contrôle judiciaire s'il a porté plainte lui-même en applica-

**PRATIQUE—Suite**

tion de sa loi organique (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Procureur général*, [1994] 2 C.F. 447 (C.A.)); rôle limité aussi pour l'office fédéral qui défend sa compétence (*Adams c. Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada et al.* (1995), 182 N.R. 354 (C.A.F.))—Ces conditions ne sont pas présentes en l'espèce; l'ARS ne peut être cité comme intimé—Cependant, puisqu'il est nécessaire d'avoir un intimé pour présenter, comme il se doit, des conclusions sur les points litigieux et que la sécurité au lieu de travail est de toute évidence une question d'intérêt général, le procureur général est à juste titre l'intimé en l'espèce—La restriction imposée par la décision *Joe (M.) et al. c. John (M.) et al.* (1990), 34 F.T.R. 280 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) qui refuse au procureur général le droit de déposer des affidavits lorsqu'ils comparait dans le rôle neutre d'*amicus curiae*, n'a pas application en l'espèce—La participation du procureur général n'est pas limitée par les retards, (1) puisqu'il n'en était pas responsable, et (2) qu'il n'y a pas d'autres intimés pour représenter le point de vue opposé—Requête accueillie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Règlement canadien sur la sécurité et la santé au travail, DORS/86-304—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1600 (édicte par DORS/92-43, art. 19), 1620 (édicte, *idem*; DORS/94-41, art. 14).

VANCOUVER WHARVES LTD. C. CANADA (AGENT RÉGIONAL DE SÉCURITÉ) (T-1391-95, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 7-2-96, 18 p.)

**PLAIDOIRES***Requête en radiation*

Demandes d'autorisation de déposer un acte de comparution conditionnelle en vue de contester la compétence de la Cour et de faire radier Sa Majesté la Reine du chef du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre des Pêches et de l'Aquaculture, en qualité de défenderesse, ainsi que certaines parties de la déclaration relative à une demande de redressement contre le ministre, Sa Majesté et ses préposés, employés ou représentants en leur qualité personnelle—La Cour n'a pas compétence pour accorder une réparation contre Sa Majesté du chef d'une province—En limitant la définition de «Couronne» à l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale, le législateur voulait limiter les actions aux actions contre Sa Majesté du chef du Canada—La compétence de la Cour fédérale découle uniquement de la législation et la Loi ne prévoit pas une poursuite contre une province—Le ministre ne s'est pas assujéti à la compétence de la Cour fédérale en déposant une défense et une demande reconventionnelle—Il n'a présenté une défense et une demande reconventionnelle qu'en sa qualité de propriétaire du navire *Tami Joan* ou d'une autre personne ayant un droit sur celui-ci—Même s'il s'était assujéti à la compétence de la Cour,

**PRATIQUE—Suite**

celle-ci ne peut être étendue puisqu'elle est définie par la Loi—La Cour n'a pas non plus compétence pour connaître d'une procédure relative à une demande de réparation personnelle contre un ministre ou un représentant d'une province, en vertu de sa compétence en droit maritime—La compétence à l'égard d'un objet est distincte de la compétence à l'égard d'une partie—Le défendeur MacFarlane était un représentant de la Couronne du chef du Nouveau-Brunswick—Pour autant qu'il agissait dans le cadre de ses fonctions, sa responsabilité est régie par le droit provincial du Nouveau-Brunswick et, pour autant qu'il a pu outrepasser le cadre de ses fonctions, le demandeur peut avoir une cause d'action en responsabilité civile délictuelle—Les demandes en ces deux matières ressortissent aux tribunaux provinciaux—La Cour a accordé au ministre la permission de déposer un acte de comparution conditionnelle, retiré Sa Majesté du chef du Nouveau-Brunswick en qualité de défenderesse et modifié l'intitulé de la cause—Certaines dispositions de la déclaration ont été radiées et la demande du demandeur visant à ajouter MacFarlane comme défendeur a été rejetée.

GREELY C. TAMI JOAN (LE) (T-2778-92, juge MacKay, ordonnance en date du 30-5-96, 12 p.)

Requête en radiation de la déclaration en vertu de la Règle 419(1)*a*, *c*) et *f*) au motif que la déclaration ne révèle aucune cause raisonnable d'action, qu'elle est scandaleuse, futile ou vexatoire et qu'elle constitue un emploi abusif des procédures—La déclaration visait à faire déclarer que la Loi de l'impôt sur le revenu, de même que les dispositions relatives à la taxe sur les produits et services de la Loi sur la taxe d'accise sont *ultra vires* et inconstitutionnelles—Le demandeur soutenait que le gouvernement fédéral ne dispose que des pouvoirs que les provinces lui ont conférés en 1867 et que la taxation directe n'en fait pas partie—Requête accueillie—Le pouvoir d'imposition général du Parlement, énoncé à l'art. 91(3) de la Loi constitutionnelle de 1867, prévoit «le prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation»—Le Parlement et les provinces ont un pouvoir concurrent sur la taxation directe—Règle générale, une partie ne devrait pas se voir privée de son droit de se faire entendre en cour—Une cour ne radiera une plaidoirie que dans les cas simples et évidents où le résultat ne fait pas l'ombre d'aucun doute—Une action «vexatoire, futile ou abusive» est une action dans laquelle la partie demanderesse ne peut invoquer aucun argument logique reposant sur la preuve ou le droit—L'action était tellement futile qu'elle n'avait pas la moindre chance de réussir, quel que soit le juge devant lequel l'affaire serait plaidée—Compte tenu des nombreuses affaires jugées qui étaient directement pertinentes, aucun argument que le demandeur pouvait invoquer n'avait une chance quelconque de réussir—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419(1)*a*, *c*), *f*).

HOFFMAN C. CANADA (T-2516-95, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 23-5-96, 15 p.)

**PRATIQUE—Suite**

Requête du demandeur visant la radiation de la défense parce qu'une défense générale niant chaque allégation de la déclaration ne suffit pas—Requête rejetée—Jurisprudence abondante portant qu'une dénégation générale constitue une défense suffisante—Une dénégation générale constitue une défense valable: arrêt *Lancaster (John) Radiators, Ltd. v. General Motor Radiator Co., Ltd.*, [1946] 2 All E.R. 685 (C.A.), dans lequel le lord juge Tucker a souligné que la question de savoir si certaines allégations n'auraient pas dû être contestées ne devait pas être tranchée au stade d'une requête interlocutoire, mais que le juge qui préside l'instruction pouvait en tenir compte dans l'adjudication des dépens—Les règles de pratique de la Cour suprême de C.-B., selon lesquelles une dénégation générale est suffisante, sauf pour prouver des faits différents, ne s'appliquent pas car les Règles de la Cour fédérale ne comportent pas de vide, mais elles résument bien la règle de common law actuellement en vigueur.

SIM C. CANADA (T-585-96, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 29-4-96, 6 p.)

**SIGNIFICATION**

Demande de prorogation du délai de signification de la déclaration *in personam* contre Welsen Shipping Co. Ltd.—Déclaration déposée le 30 décembre 1994—Le correspondant commercial du P & I Club avait été informé du dépôt de la déclaration et il en avait obtenu une copie précédemment—Greer Shipping Ltd., dont on pensait initialement qu'elle était le mandataire à Vancouver du propriétaire du navire, avait reçu une signification en temps opportun, conformément à la Règle 310—Environ quatre mois après l'expiration de la déclaration, Greer Shipping a informé les demandeurs qu'elle avait agi non pas à titre de mandataire des propriétaires, mais seulement à titre de mandataire des affréteurs—L'inadvertance ne constitue pas un motif pour prolonger le délai de signification d'une déclaration—Selon la Règle 306, il ne faut trouver qu'une seule raison suffisante pour accorder une prolongation, mais le fait d'accorder une prolongation du délai de signification d'une déclaration devrait constituer l'exception et cette prolongation ne devrait pas être facilement accordée: *Duval Sales Corporation and Atlantic Mutual Insurance Co. v. Ocean Cape Compania Naviera S.A. et al.* (1986), 4 F.T.R. 231 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—En l'espèce, il ne s'agit pas d'un défaut de signification car celle-ci a été clairement faite comme le client l'a demandée, mais le fait de présumer que Greer Shipping était le mandataire de l'affréteur et non pas celui du propriétaire constitue plutôt, à la fois, un défaut de signification au bon mandataire et un défaut de reconnaître le problème en temps opportun—La Règle 310(2) qui prévoit la signification substitutive à une personne à l'extérieur du ressort, sans ordonnance judiciaire, constitue une disposition exceptionnelle qui doit être respectée de façon

**PRATIQUE—Fin**

stricte—Le fait que, d'après les instructions du client, une entité a été l'objet à tort d'une signification du fait que l'on croyait qu'il s'agissait d'un mandataire des propriétaires du navire pourrait constituer une simple erreur—A l'époque, aucun dommage n'a été causé car la déclaration était encore valable pendant trois mois et demi—Le fait de ne pas avoir exercé de suivi avant environ quatre mois après la signification révèle beaucoup plus qu'une simple erreur—Le fait que les demandereses aient estimé avoir signifié le document à Welsen Shipping et ne pas devoir en faire plus ne constitue pas une raison suffisante—Shipowners Assurance Management, en demandant une copie des plaidoiries écrites et en confirmant que le navire était inscrit avec leur client, le Newcastle P & I Club, et vraisemblablement aussi les propriétaires du navire, étaient au courant de l'instance et n'étaient donc pas pris par surprise—Il ne saurait avoir été causé d'attente chez les demandereses—Les délais sont conçus pour imposer une limite au temps qui peut s'écouler avant qu'une personne ne soit poursuivie—D'après les documents qui ont été déposés, on ne peut trouver une seule raison suffisante ou des circonstances particulières qui justifieraient l'exercice du pouvoir discrétionnaire de priver les défendeurs du bénéfice d'un délai prévu par la loi—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 306, 310.

COMPANHIA SIDERURGICA NACIONAL C. WELSEN SHIPPING Co. (T-3083-94, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 23-4-96, 6 p.)

**RADIODIFFUSION**

Demande de contrôle judiciaire de quatre décisions par lesquelles le CRTC a accordé des licences pour l'exploitation d'une entreprise de programmation de «télévision à la carte distribuée par satellite de radiodiffusion directe» aux intimés—Les requérantes contestent deux des conditions dont sont assorties les licences relativement au partage des recettes et à l'acquisition de droits auprès des distributeurs canadiens—Les requérantes soutiennent qu'elles ont la qualité requise pour demander un contrôle judiciaire sous le régime de l'art. 18.1(1) de la Loi sur la Cour fédérale parce qu'elles sont «directement touchées» par la question—Aucun élément de preuve n'a été produit par les requérantes pour établir l'existence d'un lien contractuel visant la distribution de films—Elles avaient un intérêt dans les procédures de demande de licence portées devant le CRTC et cet intérêt aurait suffi pour justifier leur intervention et, probablement, la formation d'un appel—Un tel intérêt n'est pas suffisant pour leur conférer la qualité nécessaire pour demander le contrôle judiciaire d'une décision à l'égard de laquelle elles ont choisi de ne pas intervenir—Il n'y a pas eu manquement aux règles de la justice naturelle—Les requérantes ont reçu notification effective des audiences publiques du CRTC—Elles savaient que des questions ayant trait aux

**RADIODIFFUSION—Suite**

recettes tirées de l'application d'une nouvelle technologie étaient susceptibles d'être soulevées—Les requérantes sont des acteurs sophistiqués en la matière qui ne peuvent pas maintenant se plaindre de l'insuffisance des avis—En outre, le Conseil n'a pas outrepassé la mission que lui a confiée le législateur et nul n'a laissé entendre que les conclusions de fait tirées par le Conseil étaient manifestement déraisonnables—Aucune absence de lien rationnel entre les conditions imposées et les objectifs de la politique de radiodiffusion canadienne énoncés dans la législation—Enfin, la Cour ne voit rien qui puisse être qualifié d'inconstitutionnel dans la

**RADIODIFFUSION—Fin**

conduite du Conseil—Aucune tentative voilée de réglementer la production ou la distribution des films qui relèvent de la compétence des provinces—Demandes rejetées—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

CANADIAN MOTION PICTURE DISTRIBUTORS ASSN. C. PARTNERS OF VIEWER'S CHOICE CANADA (A-90-96, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 26-6-96, 8 p.)

**MAIL  POSTE**

Canada Post Corporation/Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

**Lettermail**

**Poste-lettre**

**8801320**

**Ottawa**

*If undelivered, return COVER ONLY to:*

**Canada Communication Group — Publishing**

**45 Sacré-Coeur Boulevard,**

**Hull, Québec, Canada, K1A 0S9**

*En cas de non-livraison,*

*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*

**Groupe Communication Canada — Édition**

**45 boulevard Sacré-Coeur,**

**Hull, Québec, Canada, K1A 0S9**