



**Canada
Federal Court
Reports**

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

2003, Vol. 3, Part 2

2003, Vol. 3, 2^e fascicule

Cited as [2003] 3 F.C., 287-528

Renvoi [2003] 3 C.F., 287-528

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers

A. DAVID MORROW, Smart & Biggar

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie

LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

LEGAL STAFF

Senior Legal Editor

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

Legal Editor

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager

LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Publications Specialist

DIANE DESFORGES

Production Coordinator

LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant

PIERRE LANDRIAULT

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

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2003.

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

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Court Reports should be directed to: Editor, Federal Court Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone area code (613) 992-2899.

ARRÊTISTES

Arrêtiſtſte principal

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

Arrêtiſtſte

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications

DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production

LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition

PIERRE LANDRIAULT

Le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada* est publié conformément à la *Loi sur la Cour fédérale*. L'arrêtiſtſte en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le *Recueil* est préparé pour la publication par le Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, dont le Commissaire est DAVID GOURDEAU, LL.B.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2003.

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à: L'arrêtiſtſte en chef, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, téléphone (613) 992-2899.

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

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Court Reports should be referred to Communication Canada — Publishing, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone area code (613) 956-4800 or 1-800-635-7943.

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

All judgments and digests published in the Federal Court Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja.gc.ca>

CONTENTS

Digests	D-17
Appeals Noted	I
Al Yamani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.)	345

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — MCI seeking declaration applicant terrorist organization member, person described in Immigration Act, ss. 27(1)(a), 19(1)(f)(iii)(B) — Applicant, stateless Palestinian, said to have been Popular Front for the Liberation of Palestine (PFLP) member — Permanent resident, was subjected to CSIS screening when made citizenship application — Third attempt by Minister — First set aside by F.C.T.D. for breach of Charter right to freedom of association — Second quashed as meaning of "subversion" not properly analysed — Third inquiry initiated, latest relying on amended legislation — Judicial review of denial of stay motion — Correctness appropriate review standard — *Res judicata* defence essentially cause of action estoppel — Argument: MCI advancing ground known, not relied on, in prior proceedings — Whether new cause of action — Why cause of action estoppel inapplicable explained — Two of three issue estoppel requirements not met — F.C.T.D. decision in *Al Yamani (No. 2)* discussed — Even if case of *res judicata*, doctrine displaced by Act, s. 34 for s. 27 proceedings — Test for abuse of process — MCI not having made binding litigation choice when, in 1997, proceeding on pre-amendment grounds, not now barred from relying on amended

Continued on next page

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

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Communication Canada — Édition, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone (613) 956-4800 ou 1-800-635-7943.

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

Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant: <http://www.cmf.gc.ca>

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-21
Appels notés	I
Al Yamani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.)	345

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration cherchait à faire déclarer que le demandeur était membre d'une organisation terroriste, à savoir une personne visée aux art. 27(1)a) et 19(1)f)(iii)(B) de la Loi sur l'immigration — Le demandeur, un Palestinien apatride, aurait été membre du Front populaire pour la libération de la Palestine (FPLP) — Il est un résident permanent qui a fait l'objet d'une enquête de sécurité par le SCRS lorsqu'il a présenté sa demande de citoyenneté — Il s'agissait de la troisième tentative du ministre — La première a été repoussée par la C.F. 1^{re} inst. parce qu'il s'agissait d'une atteinte au droit à la liberté d'association garanti par la Charte — La seconde a été annulée parce que le sens du mot «subversion» n'avait pas bien été analysé — Une troisième enquête a été entreprise au regard des dispositions législatives modifiées — Contrôle judiciaire du rejet de la requête pour suspension — La norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte — La défense de *res judicata* repose essentiellement sur l'irrecevabilité pour identité des causes d'action — Selon le demandeur, le ministre a invoqué un moyen connu mais non soulevé au moment des instances antérieures — S'agissait-il d'une nouvelle cause d'action? — Explication de l'inapplica-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

legislation — Effect of s. 110 transitional provision — Act permits “gating” by MCI — Court disturbed by length of time, number of proceedings but same due to applicant’s pursuit of available remedies — Necessity for upholding Canada’s international reputation of highest importance in deciding stay applications in terrorism cases — No abuse of process, inquiry should proceed — Presumption against retrospective application of statutes inapplicable if public protection, not punishment of offender, purpose of law — Parliament’s intention herein: person member of inadmissible class if belonged to terrorist organization any time in life — Irrelevant applicant severed PFLP ties before statute amended — Permanent residents lack unqualified right to remain, Parliament has prerogative to adopt policy prescribing conditions for them remaining.

Estoppel — Applicant seeking judicial review of stay denial regarding Minister’s third attempt at having him declared terrorist organization member — First attempt aborted by F.C.T.D. decision Charter right to freedom of association contravened, second for not properly analysing meaning of “subversion” — Third inquiry based on amended legislation — Issue estoppel one form of *res judicata*, other being cause of action estoppel — Cause of action estoppel precludes action if cause of action subject of final decision by court of competent jurisdiction — Applicant arguing Minister advancing ground known, not relied on, in previous proceedings — Cause of action estoppel inapplicable as applicant not subject of final decision on inadmissibility — Two of three requirements for issue estoppel not met — Current inquiry not dealing with question raised in prior proceedings — Prior decisions not final inadmissibility decisions.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

bilité de l’irrecevabilité pour identité des causes d’action — Deux des trois conditions du critère n’étaient pas remplies — Examende la décision de la C.F. 1^{re} inst. dans *Al Yamani (n° 2)* — Même s’il s’agissait d’un cas de chose jugée, l’art. 34 de la Loi écarte le principe à l’égard des mesures prises en vertu de l’art. 27 — Critère de l’abus de procédure — Le ministre n’a pas fait un choix qui liait contestation lorsque, en 1997, il s’est fondé sur des moyens existant avant la modification des dispositions législatives et qui ne l’empêchent pas maintenant d’invoquer les dispositions législatives modifiées — Effet de l’art. 110 comme disposition transitoire — La Loi autorise le ministre à se livrer à du «blocage» — La Cour s’est dite préoccupée par la durée et le nombre des procédures, mais cette situation était attribuable au fait que le demandeur a su utiliser les recours judiciaires dont il disposait — La nécessité de maintenir la réputation internationale du Canada est de la plus haute importance lorsqu’il s’agit de trancher les demandes de suspension présentées dans des affaires de terrorisme — Il n’y a pas eu d’abus de procédure et l’enquête devrait se poursuivre — La présomption de non-rétroactivité ne s’applique pas si le but de la loi n’est pas de punir le contrevenant mais de protéger le public — Aux yeux du législateur, une personne appartient à une catégorie de personnes non admissibles si elle a été membre d’une organisation terroriste à un moment ou un autre de sa vie — Le fait que le demandeur ait rompu les liens avec le FPLP avant l’entrée en vigueur des dispositions législatives modifiées n’est pas pertinent — Les résidents permanents ne jouissent pas d’un droit absolu de demeurer au Canada et le législateur fédéral a la prerogative d’adopter une politique prescrivant les conditions auxquelles ceux-ci doivent satisfaire pour y demeurer.

Fin de non-recevoir — Demande de contrôle judiciaire d’une décision rejetant la requête du demandeur visant à faire suspendre une enquête du ministre qui tentait pour la troisième fois de le faire déclarer membre d’une organisation terroriste — La première tentative a été repoussée par la C.F. 1^{re} inst. en raison d’une atteinte au droit à la liberté d’association et la seconde l’a été parce que le sens du mot «subversion» n’avait pas été bien analysé — La troisième enquête était fondée sur les dispositions législatives modifiées — L’irrecevabilité pour identité des questions en litige est l’une des deux formes de la *res judicata*, l’autre étant l’irrecevabilité pour identité des causes d’action — Celle-ci empêche une action si la cause d’action a fait l’objet d’une décision finale par un tribunal compétent — Selon le demandeur, le ministre a avancé un moyen qui était connu mais qui n’a pas été soulevé dans les instances antérieures — L’irrecevabilité pour identité des causes d’action ne s’appliquait pas car le demandeur n’a pas fait l’objet d’une décision finale à l’égard de sa non-admissibilité — Deux des trois conditions de l’irrecevabilité

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Practice — *Res Judicata* — Applicant seeking stay of third attempt by MCI to have him declared terrorist organization member — *Res judicata* one of arguments — *Res judicata*, issue estoppel arguments dealt with together as latter one form of *res judicata* — Applicant's *res judicata* defence essentially cause of action estoppel — Based on requirement plaintiff advance entire case at one time — Applicant's submission: MCI bringing forward ground known, not relied on in earlier proceedings — Cause of action estoppel inapplicable as applicant never subject of final decision on inadmissibility — Adjudication Division never decided as previous inquiries aborted by judicial review applications.

Practice — Stay of proceedings — Judicial review of denial of stay motion regarding Minister's third attempt to have applicant declared terrorist organization member — While Court disturbed by length of time (decade), number of proceedings herein, delay due to applicant's pursuit of legal remedies — Compelling societal interest in having case heard may tip scales where unclear whether abuse sufficient to justify stay — Upholding Canada's international reputation consideration of highest importance in terrorism cases — No abuse of process and inquiry should proceed.

Construction of Statutes — Presumption against retrospective application — Inapplicable if purpose of statute public protection, not to punish offender — Provision to protect public from terrorists if clear, unambiguous operates even if abrogating vested right such as permanent resident status — Irrelevant that ties with terrorist organization severed before statutory provision in force.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pour identité des questions en litige n'ont pas été remplies — L'enquête actuelle ne portait pas sur la même question que celle soulevée dans les instances antérieures — Les décisions antérieures n'étaient pas des décisions finales sur la non-admissibilité.

Pratique — *Res judicata* — Demande de suspension de la troisième tentative d'enquête du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration visant à faire déclarer le demandeur membre d'une organisation terroriste — La *res judicata* a été l'un des moyens invoqués — Les arguments fondés sur la *res judicata* et l'irrecevabilité pour identité des questions en litige ont été traités ensemble car cette dernière est l'une des formes de la *res judicata* — La défense de *res judicata* du demandeur reposait essentiellement sur l'irrecevabilité pour identité des causes d'action — Celle-ci exige que le demandeur soulève toute l'affaire en une seule fois — Selon le demandeur, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a invoqué un moyen qui était connu mais qui n'a pas été soulevé dans les instances antérieures — L'irrecevabilité pour identité des causes d'action ne s'appliquait pas car le demandeur n'a jamais fait l'objet d'une décision finale à l'égard de sa non-admissibilité — La section d'arbitrage n'a jamais eu à se prononcer puisque les enquêtes précédentes ont été interrompues par des demandes de contrôle judiciaire.

Pratique — Suspension d'instance — Contrôle judiciaire d'une décision rejetant une requête visant à faire suspendre une enquête du ministre qui tentait pour la troisième fois de faire déclarer le demandeur membre d'une organisation terroriste — Même si la Cour est préoccupée par la durée (10 ans) et le nombre des procédures dans la présente affaire, cela est dû au fait que le demandeur a su utiliser les recours judiciaires dont il disposait — L'intérêt irrésistible de la société à ce qu'il y ait un débat sur le fond pourrait faire pencher la balance lorsqu'il n'est pas sûr que l'abus justifie la suspension des procédures — Le maintien de la réputation internationale du Canada est une préoccupation de la plus haute importance dans les affaires concernant le terrorisme — Il n'y a pas eu d'abus de procédure et l'enquête devrait se poursuivre.

Interprétation des lois — Application de la présomption de non-rétroactivité — Cette présomption ne s'applique pas si le but de la loi n'est pas de punir le contrevenant mais de protéger le public — Une loi visant à protéger le public des terroristes, si elle est claire et non ambiguë, s'appliquera même si cela signifie qu'un droit acquis, tel que le statut de résident permanent, est aboli — Le fait que le demandeur ait rompu les liens avec le FPLP avant l'entrée en vigueur des dispositions législatives modifiées n'était pas pertinent.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Bear v. Canada (Attorney General) (C.A.) 456

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Crown appealing F.C.T.D. decision granting declaration certain Canada Pension Plan (CPP) provisions violating Charter, s. 15 — Respondent, Indian, having tax-exempt income as employed on reserve — Minister denying request to make retroactive CPP contributions — Issue: whether exclusion from CPP participation during years 1966-1988 discrimination, contrary to Charter, s. 15(1) — Nature, history of CPP legislation, why certain Indians excluded from participation, explained — Once Charter, s. 15 in force, Indians having tax-exempt income allowed to join CPP — F.C.T.D. holding discrimination based on race, impugned legislation not saved by Charter, s. 1 — Appeal allowed — *Law v. Canada* leading case on required steps in Charter, s. 15 analysis — CPP, s. 12(1) read with Income Tax Act, Indian Act, does draw distinction between respondent, other workers — Distinction based on race, contrary to s. 15(1) — Most difficult question: whether differential treatment discrimination in substantive sense — Purpose of s. 15(1): protection of human dignity — Test both subjective, objective — In absence of evidence, analysis can be carried out on judge's intuition, S.C.C. suggests — Word "dignity" absent from Charter — Untrue that all attenuation of personal dignity is prohibited discrimination — S. 15(1) not intended to eradicate all slights to human dignity, all differential treatment of categories of people under distributive justice social programmes — "Mischief" aimed at by Charter: blatant, profound attacks on equality often enacted for purpose involving such consequences — Essential human dignity to be safeguarded — Respondent arguing feelings of dignity undermined as will have to accept social assistance (Old Age Security) — Stereotype of Indians said to be reinforced — Appropriate comparator group discussed — Tax exemption not "historical disadvantage" — Respondent free to join comparator group by working off reserve — Irrelevant that ability to choose may be illusory in particular case — No evidence purpose of legislation to demean Indians' dignity — Parliament not assaulting dignity of some status Indians in selecting income tax law, administration as method for introducing CPP — Political climate of 1965 taken into account — CPP then lacking universal public support — Not demeaning to receive OAS benefits for which even Prime Minister, judges eligible.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Bear c. Canada (Procureur général) (C.A.) 456

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La Couronne interjette appel d'un jugement rendu par la Section de première instance déclarant que certaines dispositions du Régime de pensions du Canada (RPC) contrevenaient à l'art. 15 de la Charte — L'intimée est une Indienne dont les revenus étaient exonérés d'impôt parce qu'elle travaillait dans une réserve — Le ministre avait refusé de permettre à l'intimée de verser rétroactivement des cotisations au RPC — Question en litige: l'interdiction de cotiser au RPC entre 1966 et 1988 constituait-elle de la discrimination en violation de l'art. 15(1) de la Charte? — Nature, historique de la Loi sur le RPC, raison pour laquelle certains Indiens étaient exonérés de cotisation — À la suite de l'entrée en vigueur de l'art. 15 de la Charte, les Indiens ayant des revenus exonérés d'impôts ont reçu la permission d'adhérer au RPC — La Section de première instance a conclu qu'il y avait discrimination fondée sur la race, que la législation contestée n'est pas justifiée en vertu de l'art. premier de la Charte — Appel accueilli — L'arrêt *Law c. Canada* est l'arrêt de principe dans lequel on trouve des lignes directrices sur l'interprétation de l'art. 15(1) de la Charte — L'art. 12(1) du RPC lu en corrélation avec la Loi de l'impôt sur le revenu et la Loi sur les Indiens établit une distinction entre l'intimée et les autres travailleurs — Distinction fondée sur la race en contravention de l'art. 15(1) — Question la plus difficile: la différence de traitement était-elle réellement de la discriminatoire? — L'objet de l'art. 15(1): la préservation de la dignité humaine — Le critère est à la fois objectif et subjectif — Selon la Cour suprême, faute de preuve, le juge peut procéder à l'analyse en se fiant à son intuition — Le mot «dignité» ne figure nulle part dans la Charte — Il n'est pas vrai que toute atteinte à la dignité de la personne constitue une forme de discrimination interdite — L'art. 15(1) ne visait pas à éradiquer toutes les atteintes à la dignité humaine, à faire disparaître toute différence de traitement des diverses catégories de personnes visées par des programmes sociaux de justice distributive — Le «problème» que visait à corriger l'adoption de la Charte: les atteintes les plus flagrantes et les plus graves portées aux droits à l'égalité par des dispositions législatives habituellement édictées dans un but qui comportait de telles conséquences — La dignité humaine essentielle doit être protégée — L'intimée prétend que le fait qu'elle reçoit des prestations d'assistance sociale (Sécurité de la vieillesse) mine sérieusement ses sentiments de dignité personnelle — Son avocat a soutenu que le stéréotype des Indiens est renforcé — Discussion sur le choix du groupe de comparaison approprié — L'exemption d'impôt ne constitue pas un «déavantage historique» — Il était loisible à l'intimée de travailler à l'extérieur de la réserve et de joindre les rangs du groupe de comparaison — Il importe peu que dans certains cas la capacité d'exercer un choix puisse être illusoire — Il

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Bill of Rights—F.C.A. reversing F.C.T.D. decision exclusion of Indians employed on reserve from CPP participation during years 1966-1988 as having tax-exempt income, contravening Canadian Bill of Rights, s. 1(b) — S.C.C. decisions post-*Drybones* holding s. 1(b), unlike 14th Amendment to U.S. Constitution, not guaranteeing equal benefit of law — Only guaranteeing equality in law administration by police, courts — No relief for respondent under Bill of Rights as law not differently administered, enforced in her case — Political will to guarantee equality under law, equal benefit of law only given constitutional effect with Charter.

Pensions — Canada Pension Plan — Crown appealing F.C.T.D. decision declaring invalid, as violating Charter, Bill of Rights, certain provisions of CPP — Issue: whether exclusion from CPP participation during 1966-1988 of those with tax-exempt income (Indians working on reserves) invalid — Nature of CPP explained — Relation to Income Tax Act, Indian Act — CPP legislation based on administrative, policy considerations — In 1965 Indians not having consensus on whether CPP should be imposed on them — How situation changed by Charter, s. 15 — Indians with tax-exempt income since allowed to join CPP — Minister denying respondent's request to make retroactive contributions — F.C.T.D. Judge correct in concluding legislation created distinction based on race, contrary to Charter — But distinction not based on stereotypical application of presumed group or personal characteristics — Purpose of Charter, s. 15 not to eradicate differential treatment of various categories of people under distributive justice social programmes — That, having less CPP benefits, respondent will need to accept social assistance benefits (Old Age Security) should not undermine her dignity: even Prime Minister, judges eligible therefor — Purpose of CPP not to demean Indians' dignity — Good faith reasons for basing definition of eligible income, on which CPP contributions paid, on Income Tax Act definitions — Contextual factors of 1965 taken into account: CPP did not

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

n'y a pas d'éléments de preuve qui appuient la thèse que la loi avait pour objet de saper la dignité des Indiens — Le législateur fédéral ne porte pas atteinte à la dignité de certains Indiens inscrits en optant pour une loi et un mécanisme administratif d'impôt sur le revenu pour mettre sur pied un RPC — Le climat politique qui régnait en 1965 doit être pris en compte — Le RPC ne recueillait pas alors l'assentiment universel de la population — La réception de prestations de SV n'est pas dégradante car même le Premier ministre et certains juges sont admissibles.

Déclaration des droits — La C.A.F. a renversé la décision rendue par la Section de première instance selon laquelle l'exclusion du RPC entre 1966 à 1988 des Indiens travaillant dans des réserves et ayant des revenus exonérés d'impôts contrevenait à l'art. 1b) de la Déclaration canadienne des droits — Les arrêts que la Cour suprême a rendus après l'arrêt *Drybones* démontrent que l'art. 1b), contrairement au 14^e amendement de la Constitution des États-Unis, ne garantit pas le droit à la protection égale de la loi — Il ne garantit que l'égalité dans l'administration de la loi par la police, les tribunaux — L'intimée ne bénéficie d'aucun recours en vertu de la Déclaration des droits car la loi n'est pas appliquée différemment dans son cas — La volonté politique de garantir l'égalité devant la loi et d'assurer la protection égale de la loi s'est matérialisée sur le plan constitutionnel avec l'adoption de la Charte.

Pensions — Régime de pensions du Canada — La Couronne interjette appel d'un jugement rendu par la Section de première instance déclarant que certaines dispositions du RPC contrevenaient à la Charte et à la Déclaration des droits — Question en litige: l'interdiction de cotiser au RPC entre 1966 et 1988 qui frappait les personnes ayant des revenus exonérés d'impôts (Indiens travaillant dans une réserve) était-elle invalide? — Explications sur la nature du RPC — Corrélation avec la Loi de l'impôt sur le revenu et la Loi sur les Indiens — La loi sur le RPC a été fondée sur des considérations administratives et politiques — En 1965, il n'y avait pas de consensus chez les Indiens à savoir s'ils devaient être assujettis au RPC — Effet de l'art. 15 de la Charte sur la situation — Les Indiens ayant des revenus exonérés d'impôts peuvent désormais cotiser au RPC — Le ministre n'a pas permis à l'intimée de cotiser rétroactivement — Le juge de première instance a eu raison de déclarer que la disposition contestée créait une distinction qui repose sur la race, et ce, en contravention de la Charte — Cette distinction n'est cependant pas fondée sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe — L'art. 15 de la Charte ne visait pas à éradiquer les différences de traitement des diverses catégories de personnes visées par des programmes sociaux de justice distributive — Le fait que l'intimée ait accumulé moins de prestations de retraite de sorte

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

then enjoy universal support among public, Indians — Arguable Indians' autonomy enhanced in not being forced to join CPP — Bill of Rights inapplicable as law not administered, enforced differently in respondent's case.

Native Peoples — Taxation — Indian employed on reserve enjoying tax-exempt status — Excluded from CPP participation during 1966-1988 — Whether Charter, s. 15(1), Canadian Bill of Rights, s. 1(b) contravened — Under Indian Act, s. 87 personal property of Indian situated on reserve exempt from taxation — At time CPP launched, no consensus on Indians' part whether should be forced to join CPP — After enactment of Charter, s. 15 tax-exempt Indians allowed to join CPP — Respondent's request to make retroactive contributions denied — F.C.T.D. Judge correctly held legislation made distinction based on race, but differential treatment not amounting to discrimination in substantive sense — Distinction not based on stereotypical application of presumed group or personal characteristics — Respondent's choice of comparator group not addressing full range of traits, history, circumstances of her group — Indians' tax exemption not "historical disadvantage" — Benefit reflecting obligation recognized by Crown since 1763 Royal Proclamation — Respondent could have joined comparator group by working off reserve — Up to Indian whether to remain in protected reserve system or integrate with commercial world — Purpose of CPP not to demean Indians' dignity — Impugned CPP provision not offending respondent's human dignity — No relief under Bill of Rights as law not differently administered, enforced in respondent's case.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

qu'elle devra s'en remettre à des prestations d'assistance sociale (Sécurité de la vieillesse) ne devrait pas miner sa dignité: même le Premier ministre et certains juges sont admissibles — L'objet du RPC n'était pas de saper la dignité des Indiens — Il existait des raisons valables de faire coïncider la définition de revenu admissible en fonction duquel les cotisations devaient être versées au RPC avec les définitions que l'on trouve dans la Loi de l'impôt sur le revenu — Les facteurs contextuels qui existaient en 1965 doivent être pris en compte: le RPC ne recueillait pas l'assentiment universel de la population et des Indiens — Il est discutable de prétendre que les Indiens jouissent d'une plus grande autonomie parce qu'ils ne sont pas obligés de cotiser au RPC — La Déclaration des droits est inapplicable, la loi n'ayant pas été appliquée différemment dans le cas de l'intimée.

Peuples autochtones — Taxation — Indienne travaillant dans une réserve dont les revenus étaient exonérés d'impôt — Il lui était interdit de cotiser au RPC entre 1966 et 1988 — Cela contrevenait-il à l'art. 15(1) de la Charte et à l'art. 1b) de la Déclaration canadienne des droits? — En vertu de l'art. 87 de la Loi sur les Indiens, les biens meubles d'un Indien situé sur une réserve sont exemptés de taxation — À l'époque où le RPC est entré en vigueur, il n'y avait pas de consensus parmi les Indiens au sujet de l'opportunité d'assujettir les travailleurs indiens au RPC — Après l'adoption de l'art. 15 de la Charte, les Indiens ayant des revenus exonérés d'impôts ont obtenu le droit de cotiser au RPC — L'intimée s'est vu refuser l'autorisation de cotiser rétroactivement au RPC — Le juge de première instance a eu raison de conclure que la loi établissait une distinction fondée sur la race mais que la différence de traitement ne constituait pas de la discrimination au sens fondamental — La distinction n'était pas fondée sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe — Le choix de groupe de comparaison qu'a fait l'intimée ne tient pas compte de la diversité des traits, de l'histoire et de la situation des membres du groupe de comparaison — L'exemption fiscale dont bénéficient les Indiens ne constitue pas un «désavantage historique» — Cet avantage fait état d'une obligation envers les peuples autochtones dont la Couronne a reconnu l'existence depuis la signature de la Proclamation royale de 1763 — L'intimée aurait pu joindre les rangs du groupe de comparaison en se trouvant un emploi à l'extérieur de la réserve — Il appartient à l'Indien de décider s'il désire bénéficier du système de protection que constitue la réserve ou s'il veut s'intégrer davantage dans l'ensemble du monde des affaires — Le RPC n'a pas pour objet de saper la dignité des Indiens — La disposition contestée du RPC ne porte pas atteinte à la dignité humaine de l'intimée — La Déclaration des droits est inapplicable, la loi n'ayant pas été appliquée différemment dans le cas de l'intimée.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Income Tax — Exemptions — Whether exclusion from CPP participation of Indians employed on reserve, having tax-exempt status, contravening Charter, s. 15 or Canadian Bill of Rights — Under Income Tax Act (ITA), s. 81(1)(a), amount exempt under another federal statute not included in computing income — Under Indian Act, s. 87, personal property of Indian on reserve tax-exempt — CPP contributions could not be based on, required from tax-exempt Indian income — Once Charter, s. 15 enacted, Indians with tax exempt income allowed to join CPP — Crown arguing respondent not prevented from contributing due to personal characteristic (race) but for lack of taxable income as defined by ITA — Indians' tax exemption a benefit, not "historical disadvantage" — Good faith reasons for basing definition of eligible income, on which CPP contributions paid, on ITA definitions of income — Parliament not assaulting dignity of some Indians by selecting income tax law, administration as methods for introducing CPP.

Chalk River Technicians and Technologists v. Atomic Energy of Canada Ltd. (C.A.) 313

Labour Relations — Judicial review of Canada Industrial Relations Board decision strike, lockout at Atomic Energy of Canada's Chalk River medical isotopes facility would pose immediate, serious danger to public health, safety within Canada Labour Code, s. 87.4(6) — Evidence that AECL only Canadian, world's largest producer of molybdenum-99 used to make radioisotopes for nuclear medicine — Nature of substance explained — Importance for diagnosis, treatment of serious medical conditions (cancer, heart disorders) explained — Board concluding public at risk if nuclear medicine could not be practised due to strike — Irrelevant that AECL not controlling all steps in supply of radioisotopes — Union's chain of causation argument rejected — Union arguing for historical perspective of immediacy issue; AECL looking to future now that nuclear medicine essential part of medical practice — Board adopting purposive view of legislation as advocated by unions — "Immediate" not meaning few hours — Wording of French version of relevant subsection considered — PIPSC unsuccessfully arguing breach of natural justice as not permitted to respond to AECL's submissions on

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Impôt sur le revenu — Exemptions — L'interdiction de cotiser au RPC qui frappait des Indiens travaillant dans une réserve et dont les revenus étaient exonérés d'impôts, contrevenait-elle à l'art. 15 de la Charte ou à la Déclaration canadienne des droits? — En vertu de l'art. 81(1)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu, une somme exonérée de l'impôt sur le revenu par toute autre loi fédérale n'est pas incluse dans le calcul du revenu d'un contribuable — En vertu de l'art. 87 de la Loi sur les Indiens, les biens meubles d'un Indien situés sur une réserve sont exemptés de taxation — Les cotisations au RPC ne pouvaient être calculées d'après les revenus exonérés d'impôts des Indiens et ces derniers ne pouvaient être forcés de cotiser au RPC — Ce n'est que lorsque que l'art. 15 de la Charte a été adopté que les Indiens ayant des revenus exonérés d'impôts ont été autorisés à cotiser au RPC — La Couronne prétend que la possibilité de cotiser au RPC a été refusée à l'intimée non pas en raison d'une caractéristique personnelle (race) mais plutôt parce qu'elle n'avait aucun revenu imposable au sens de la Loi de l'impôt sur le revenu — L'exemption fiscale dont bénéficient les Indiens est un avantage et non pas un «désavantage historique» — Il existait des raisons valables de faire coïncider la définition du revenu admissible en fonction duquel les cotisations devaient être versées au RPC avec les définitions du revenu que l'on trouve dans la Loi de l'impôt sur le revenu — Le choix qu'a fait le législateur en optant pour une loi et un mécanisme administratif d'impôt sur le revenu pour mettre sur pied le RPC ne constitue pas une atteinte à la dignité de certains Indiens.

Chalk River Technicians and Technologists c. Énergie atomique du Canada Ltée (C.A.) 313

Relations du travail — Contrôle judiciaire d'une décision du Conseil canadien des relations industrielles selon laquelle une grève ou un lock-out aux laboratoires d'Énergie atomique du Canada Ltée à Chalk River, où sont produits des isotopes médicaux, poserait des risques imminents et graves pour la sécurité ou la santé du public au sens de l'art. 87.4(6) du Code canadien du travail — Selon la preuve, EACL est le seul producteur canadien, et le plus gros producteur mondial, de molybdène 99 qui sert de matière première pour la production de radioisotopes utilisés en médecine nucléaire — La nature de l'isotope a été expliquée — L'importance de l'isotope pour le diagnostique et le traitement de maladies graves (cancer, maladies du cœur) a été expliquée — Le Conseil a conclu que le public courait un risque si les actes de médecine nucléaire ne pouvaient être exécutés en raison d'une grève — Le fait qu'EACL ne contrôle pas toutes les étapes de la production des radioisotopes n'était pas pertinent — Le raisonnement fondé sur la chaîne de causalité avancé par le syndicat a été rejeté — Le syndicat a fait valoir un point de vue historique quant à la question de l'imminence; EACL est tournée vers

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

point — Also arguing Board erred in not attributing temporal aspect to “immediate” — Application dismissed — Since words in s. 87.4(6) “could pose”, Board using “would pose”, less certainty on Board’s part required — “Would” meaning “probability”, “could” meaning “mere” possibility — Whether circumstances “could pose” serious danger question of fact within Board’s purview — Applicant’s argument, that no evidence of actual impact of supply interrupted, rejected as ample evidence of serious danger to public before Board — Board decision not unreasonable — What Board really meant in dealing with immediacy issue explained — Not suggesting danger could occur at any future time — Board should have allowed union to respond on “*imminent*” (French) definition but error insufficient to set decision aside.

Early Recovered Resources Inc. v. Gulf Log Salvage Co-Operative Assn. (C.A.) 447

Constitutional Law — Distribution of Powers — Provincial statutory scheme for log salvage — Whether outside scope of maritime law, federal jurisdiction — Declaration provincial legislation invalid sought — Canada indifferent — Motions Judge concluding once found subject-matter of Forest Act, Part IX within International Convention on Salvage, 1989 definition of salvage, no provincial jurisdiction — That subject-matter of legislation within salvage definition not conclusive of constitutional competence — Salvage under federal jurisdiction as within enumerated head “shipping” — Convention salvage definition not altering constitutional division of powers — Real question: whether provincial log recovery scheme sufficiently connected to shipping for salvage definition to apply — Pith and substance analysis — On record, Court unable to find whether sufficient connection between log recovery, shipping to justify federal jurisdiction — Courts not to rule on constitutional validity of legislation absent adequate factual record — Matter must go to trial.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l’avenir maintenant que la médecine nucléaire est devenue un élément fondamental de la pratique médicale — Le Conseil a adopté l’interprétation téléologique préconisée par les syndicats — Le mot «imminent» ne s’entend pas d’une période de quelques heures — Examen du libellé de la version française du paragraphe pertinent — L’IPFPC a allégué sans succès que le Conseil avait violé les règles de justice naturelle en lui refusant la possibilité de répondre aux prétentions d’EACL à cet égard — Il a aussi allégué que le Conseil avait commis une erreur en ne reconnaissant pas l’aspect temporel du mot «imminent» — Demande rejetée — L’expression «pourrait constituer» figurant à l’art. 87.4(6) exige du Conseil un degré de certitude moindre que l’expression «poserait» que celui-ci a utilisée — Le mot «*would*» s’entend de l’existence d’une «probabilité», alors que le mot «*could*» s’entend de l’existence d’une «simple» possibilité — La question de savoir si les circonstances «pourraient constituer» un risque grave est une question de fait qui relève de la compétence du Conseil — L’argument de la demanderesse selon lequel il n’existait aucun élément de preuve au sujet des véritables répercussions de l’interruption de la production a été rejeté, car les éléments de preuve dont le Conseil a été saisi fournissaient un appui solide à la conclusion d’un risque grave pour le public — La décision du Conseil n’était pas déraisonnable — Ce que le Conseil voulait vraiment dire au sujet de la question de l’imminence a été expliqué — Le Conseil n’a pas affirmé que le risque pourrait se manifester à tout moment dans l’avenir — Le Conseil aurait dû permettre au syndicat de répondre aux prétentions portant sur le sens du mot «imminent» et de sa version française, toutefois cette erreur ne suffisait pas à annuler la décision du Conseil.

Early Recovered Resources Inc. c. Gulf Log Salvage Co-Operative Assn. (C.A.) 447

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Régime législatif provincial concernant la récupération de billots — Ce régime relève-t-il de la compétence fédérale en matière de droit maritime? — Jugement déclaratoire recherché selon lequel la législation provinciale est invalide — Indifférence du Canada — Le juge des requêtes a conclu qu’une fois qu’il est décidé que l’objet de la partie IX de la Forest Act est visé par la définition d’assistance au sens de la Convention internationale de 1989 sur l’assistance, il n’y a pas de compétence provinciale — Le fait que l’objet de la législation soit visé par la définition de sauvetage n’est pas concluant quant à la compétence constitutionnelle — Le sauvetage est de compétence fédérale, parce qu’il entre sous la rubrique énumérée «bâtiments ou navires» — La définition d’assistance dans la Convention ne modifie pas la répartition des compétences dans le cadre de la Constitution — Véritable question: le régime provincial de récupération de billots est-il suffisamment lié aux bâtiments ou navires pour que la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Maritime Law — Salvage — Salvage of logs in Fraser River, B.C. — Province enacted licensing scheme — Respondent of view amount paid for recovery too low, preferring more generous scheme under International Convention on Salvage, 1989 as incorporated into Canada Shipping Act — “Salvage” not defined in Canada Shipping Act, so Convention definition applies — Salvage under federal jurisdiction as within enumerated head “shipping” — Convention definition of salvage not altering constitutional distribution of powers — Disputed facts raising genuine issues for trial — Court unable to resolve constitutional issues due to inadequate factual record.

Federation of Canadian Municipalities v. AT & T Canada Corp. (C.A.) 379

Telecommunications — Statutory appeals, under Telecommunications Act, s. 64, against CRTC decision regarding terms, conditions demanded by Vancouver for access to municipal property to install fibre optic lines — Issues upon appeal: scope of CRTC decision, impact on future cases, CRTC jurisdiction — Parties negotiated, failed to agree on terms of access — Carrier objecting to: excessive licence fees, revenue sharing, giving City information on customers, other onerous restrictions — Carrier applying to CRTC for access order; City seeking order fixing access terms, conditions — Access granted on terms unfavourable to City — Appellants concerned as to impact on future negotiations but CRTC decision expressly applying only to parties herein, not adoption of particular model for discussions between municipalities, carriers — Whether decision abrogating power of municipalities to enact by-laws protecting property rights — Litigation not concerning scope, merits of provincial, municipal legislation — At outset, City conceded jurisdiction but argued CRTC lacked or exceeded jurisdiction when dissatisfied with outcome — Under Act, s. 43(4), CRTC has wide discretion to fix access conditions to achieve statutory objective to facilitate development of telecommunications system safeguarding, enriching Canada’s social, economic fabric — Must strike delicate balance between competing

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

définition élargie de sauvetage s’applique? — Analyse du caractère véritable — Au vu du dossier, la Cour n’est pas en mesure de décider s’il existe un lien suffisant entre la récupération de billots et les bâtiments ou navires pour justifier une compétence fédérale — Les cours ne doivent pas se prononcer sur la validité constitutionnelle d’une législation en l’absence d’un dossier factuel adéquat — L’affaire doit faire l’objet d’un procès.

Droit maritime — Sauvetage — Récupération de billots dans la rivière Fraser (C.-B.) — La province a adopté un régime de délivrance de permis — L’intimée croit que les sommes payées pour la récupération sont trop faibles et préfère le régime plus généreux de la Convention internationale de 1989 sur l’assistance qui a été intégrée dans la Loi sur la marine marchande du Canada — La Loi sur la marine marchande du Canada ne définit pas la notion d’«assistance» de sorte que la définition de la Convention s’applique — Le sauvetage est de compétence fédérale, parce qu’il entre dans la rubrique énumérée «bâtiments ou navires» — La définition d’assistance dans la Convention ne modifie pas la répartition des compétences dans le cadre de la Constitution — Les faits contestés soulèvent des questions sérieuses à instruire — La Cour n’est pas en mesure de trancher les questions constitutionnelles en raison du dossier factuel inadéquat.

Fédération canadienne des municipalités c. AT & T Canada Corp. (C.A.) 379

Télécommunications — Appels prévus par la loi en vertu de l’art. 64 de la Loi sur les télécommunications contre la décision du CRTC concernant les conditions d’accès aux propriétés municipales exigées par Vancouver pour l’installation de lignes à fibres optiques — Questions soulevées en appel: portée de la décision du CRTC, impact sur de futures affaires, compétence du CRTC — Les parties ont négocié, mais ne sont pas arrivées à s’entendre sur les conditions d’accès — L’entreprise s’est opposée aux frais de permis excessifs, au partage des revenus, à la communication de renseignements sur ses clients à la ville et autres conditions onéreuses — L’entreprise a déposé une demande d’ordonnance d’accès devant le CRTC et la ville a demandé une ordonnance visant à établir les conditions d’accès — L’accès a été accordé à des conditions défavorables pour la ville — Les appelantes étaient préoccupées par l’impact de la décision sur les négociations ultérieures, mais la décision du CRTC ne s’appliquant expressément qu’aux parties au litige, il ne s’agissait pas d’un accord modèle de discussion entre les municipalités et les entreprises — Il s’agissait de décider si la décision privait les municipalités de leur pouvoir de prendre des règlements pour protéger leurs droits de propriété — Le litige ne concernait pas la portée ou le bien-fondé de la législation provinciale ou municipale — Au départ, la ville a

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

interests — CRTC had jurisdiction to conduct inquiry, did not exceed jurisdiction by decision — Issues squarely within CRTC's area of expertise so Court ought to defer — *Per* Pelletier J.A. (dissenting in part): case demonstrates common interest in reaching agreement not guaranteeing agreement will be concluded — CRTC must have power to decide any question, avert impasse — Carriers not to be held to ransom at each municipal boundary — CRTC having failed to determine question of City's entitlement to compensation, appeal should be allowed on that issue only.

Administrative Law — Statutory Appeals — Jurisdiction of CRTC regarding decision on terms, conditions for access to municipal property to install fibre optic lines — At outset, City conceding jurisdiction but challenging it as dissatisfied with CRTC's decision — Jurisdiction of administrative board not depending on litigant's satisfaction with decision — Under Telecommunications Act, s. 43(4), CRTC having broad discretion, based on expertise, to fix access conditions — Must strike delicate balance between competing interests — CRTC had jurisdiction to undertake inquiry, decision not exceeding jurisdiction — Finding of lack or excess of jurisdiction not lightly made as can be subjected to collateral attacks in subsequent proceedings undermining finality of decisions, jeopardizing actions taken pursuant to them — As issues squarely within CRTC's expertise, Court should defer — Standard of review — Discretion not exercised capriciously, arbitrarily.

Constitutional Law — Distribution of Powers — Statutory appeal against CRTC decision on access to municipal property for installation of fibre optic lines — Appellants gave notice of constitutional questions as to validity of certain sections of Telecommunications Act — Whether conceded at hearing that

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

estimé que le CRTC avait compétence, mais, insatisfaite de sa décision, elle a prétendu qu'il n'avait pas compétence ou qu'il l'a excédée — En vertu de l'art. 43(4) de la Loi, le CRTC bénéficie d'un large pouvoir discrétionnaire pour fixer des conditions d'accès de façon à mettre en œuvre les objectifs législatifs consistant à favoriser le développement des télécommunications en un système qui contribue à sauvegarder et enrichir la structure sociale et économique du Canada — Il doit trouver un équilibre délicat entre des intérêts opposés — Le CRTC avait compétence pour mener une enquête, il ne l'a pas excédée en rendant sa décision — Les questions relevaient clairement du domaine d'expertise du CRTC, de sorte que la Cour devait faire montre de réserve — Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident en partie): cette affaire a démontré qu'un intérêt commun à conclure une entente ne garantit pas que les parties arriveront à une entente — Le CRTC doit avoir compétence pour trancher toutes les questions de façon à prévenir les impasses — Les entreprises ne doivent pas se retrouver à la merci de chacune des municipalités avec lesquelles elles doivent faire affaire — Comme le CRTC n'a pas tranché la question du droit de la ville à une indemnité, l'appel devrait être accueilli sur cette question seulement.

Droit administratif — Appels prévus par la loi — Compétence du CRTC concernant les conditions d'accès aux propriétés municipales pour l'installation de lignes à fibres optiques — Au départ, la ville a estimé que le CRTC avait compétence, mais, insatisfaite de sa décision, elle a prétendu qu'il n'avait pas compétence — La compétence d'un organisme administratif n'est pas subordonnée à la satisfaction d'une partie à l'égard de sa décision — En vertu de l'art. 43(4) de la Loi sur les télécommunications, le CRTC a un large pouvoir discrétionnaire, fondé sur son expertise, pour fixer des conditions d'accès — Il doit trouver un équilibre délicat entre des intérêts opposés — Le CRTC avait compétence pour mener une enquête, il ne l'a pas excédée en rendant sa décision — Il ne faut pas conclure trop vite à l'absence ou à l'excès de compétence, parce que ces décisions peuvent faire l'objet d'attaques indirectes lors de poursuites subséquentes, portant ainsi atteinte au caractère définitif des décisions et compromettant les activités de ceux qui ont agi en conformité avec ces décisions — Comme les questions relevaient clairement du domaine d'expertise du CRTC, la Cour devait faire de réserve — Norme de contrôle — Le pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé de manière capricieuse ou arbitraire.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Appel prévu par la loi contre la décision du CRTC concernant les conditions d'accès aux propriétés municipales pour l'installation de lignes à fibres optiques — Les appelantes ont présenté des avis de questions constitutionnelles concernant

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

provisions valid — Argued that CRTC decision deprives municipalities of constitutional power to enact by-laws protecting property rights — Decision not questioning constitutional principles — Provinces may legislate on matters constitutionally assigned to them, subject to interjurisdictional immunity principle if legislation affects vital part of federal undertaking or paramountcy doctrine if conflicts with federal law — *Per Pelletier J.A.*: no doctrine of intergovernmental immunity resulting in reading down of federal legislation to protect provincial jurisdiction except where federal undertaking sterilized, affected in vital part of undertaking.

Practice — Costs — Statutory appeal from CRTC decision — Unsuccessful appellants arguing appeal raising issues of such novelty, importance as would justify departure from normal practice in awarding costs — So-called novelty was ingenuous, erroneous qualification of issues, strained interpretation, misconstruction of decision.

Murillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 287

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of Adjudicator's decision applicant inadmissible to Canada — Applicant served in executive squadron of Sandinista air force — Claimed refugee status in Canada but withdrew claim when married Canadian — Applied for sponsored permanent residence — Ineligibility report issued alleging committed war crime or crime against humanity — Inquiry directed — Deportation ordered by IRB Adjudicator — Immigration Act amended, after inquiry directed, when Crimes Against Humanity and War Crimes Act in force — Latter Act defines crime against humanity as including deportation of civilian population, identifiable group — Sandinista armed forces having relocated Miskitos (Indians) from lands on Atlantic coast of Nicaragua — No evidence applicant directly involved in relocation — Studying in U.S.S.R. at time — Association held sufficient by F.C.A. in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* — Correctness review standard for question of law: whether relocation of Miskitos within statutory definition of crime against humanity — Tribunal's fact findings not set aside unless patently

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

la validité de certaines dispositions de la Loi sur les télécommunications — Il s'agissait de décider si elles ont admis, lors de l'audience, la validité des dispositions — Elles ont fait valoir que la décision du CRTC prive les municipalités de leur pouvoir constitutionnel de prendre des règlements pour protéger leurs droits de propriété — La décision ne remettait pas en question les principes constitutionnels existants — Les provinces peuvent légiférer dans les champs qui leur sont constitutionnellement assignés, mais les lois ainsi adoptées sont assujetties au principe de l'exclusivité des compétences si elles touchent à une partie essentielle d'une entreprise fédérale ou à la théorie de la prépondérance si elles entrent en conflit avec une loi fédérale — Le juge Pelletier, J.C.A.: il n'existe pas une théorie de l'exclusivité des compétences donnant lieu à l'interprétation atténuée d'une loi fédérale de façon à protéger la compétence provinciale sauf dans les situations où une entreprise fédérale serait paralysée ou affectée dans une partie essentielle de ses opérations.

Pratique — Frais et dépens — Appel prévu par la loi contre une décision du CRTC — Les appelantes déboutées ont prétendu que l'appel soulevait des questions si inédites et importantes qu'il était justifié de déroger à la pratique courante en matière d'adjudication des dépens — La question décrite comme étant inédite était, en fait, une qualification ingénieuse mais erronée des questions en cause, de même qu'une interprétation forcée et erronée de la décision.

Murillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 287

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre selon laquelle le demandeur ne peut être admis au Canada — Le demandeur a servi dans l'Escadron exécutif des forces aériennes sandinistes — Il a revendiqué le statut de réfugié au Canada, mais il a retiré sa revendication lorsqu'il a épousé une Canadienne — Il a présenté une demande de résidence permanente parrainée — Il a été allégué dans un rapport de non-admissibilité qu'il a commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité — Une enquête a été ordonnée — L'arbitre de la CISR a pris une mesure d'expulsion — La Loi sur l'immigration a été modifiée, après que l'enquête eut été ordonnée, lors de l'entrée en vigueur de la Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre — Selon cette dernière loi, un crime contre l'humanité inclut la déportation d'une population civile ou d'un groupe identifiable de personnes — Les forces armées sandinistes ont déplacé les Miskitos (Indiens) qui résidaient sur les terres de la côte Atlantique du Nicaragua — Aucune preuve de la participation directe du demandeur au déplacement des Miskitos — Celui-ci était étudiant en U.R.S.S. à l'époque —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

unreasonable conclusion — Standard of proof for belief in guilt of crime against humanity — Personal, knowing participation required: *Ramirez* — Necessity for *mens rea* — Reprehensible acts committed in every war, all combatants not automatically condemned — Mere suspicion, conjecture not enough — Sandinista army neither existing for limited, brutal purpose, nor notorious for human rights abuses — Deportation set aside — Adjudicator misapplied case law — Conclusion applicant knew of events patently unreasonable — Adjudicator failed to clearly express reasons for doubting credibility — Why applicant thought relocation of Miskitos justified — *Stelco Inc. v. British Steel Canada Inc.*, considered, distinguished, not availing Minister — Adjudicator failed to analyse documentary evidence and Court will not, on judicial review, do panel's work.

Pelishko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 517

Practice — Parties — Joinder — Permanent residence application denied for lack of experience — F.C.T.D. Judge ordering application remitted to different visa officer — Application rejected again — Motion to add second visa officer as respondent under Federal Court Rules, 1998, r. 104(1)(b) — MCI proper party where agent's exercise of discretion impugned — Visa officer can participate as affiant for MCI be cross-examined by applicant — Need not be added as party for issues to be effectually, completely settled — Relief sought against Minister, inappropriate that officer be personally bound by Court decision.

Practice — Contempt of Court — Permanent residence application rejected for lack of experience — F.C.T.D. Judge ordering application remitted to different visa officer — Order

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Il suffit d'une association, selon la C.A.F. dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* — La norme de la décision correcte s'applique à la question de droit qui consiste à savoir si le déplacement des Miskitos est visé par la définition de crime contre l'humanité prévue par la loi — Les conclusions de fait du tribunal ne sont annulées que si elles sont manifestement déraisonnables — Norme de preuve applicable à la croyance qu'un crime contre l'humanité a été commis — Une participation personnelle et consciente est requise selon l'arrêt *Ramirez* — La *mens rea* est nécessaire — Toutes les guerres comportent des actes répréhensibles et les combattants ne sont pas tous condamnés automatiquement — Un simple doute ou conjecture ne suffit pas — L'armée sandiniste ne vise pas des fins limitées ou brutales et elle n'est pas non plus reconnue pour violer les droits de la personne — La mesure d'expulsion a été annulée — L'arbitre a mal appliqué la jurisprudence — La conclusion que le demandeur était au courant des événements était manifestement déraisonnable — L'arbitre n'a pas expliqué en termes clairs pourquoi il avait des doutes au sujet de la crédibilité — Pourquoi le demandeur croyait-il que le déplacement des Miskitos était justifié? — L'arrêt *Stelco Inc. c. British Steel Canada Inc.* a été examiné; il a fait l'objet d'une distinction d'avec la présente affaire et il n'a pas été utile au ministre — L'arbitre n'a pas analysé la preuve documentaire et la Cour ne fera pas, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, le travail du tribunal.

Pelishko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 517

Pratique — Parties — Jonction — Demande de résidence permanente refusée pour manque d'expérience — Renvoi à un autre agent des visas ordonné par le juge de la Section de première instance — Demande refusée de nouveau — Requête visant à faire en sorte que le second agent des visas soit constitué partie à l'instance en vertu de la règle 104(1)(b) des Règles de la Cour fédérale (1998) — Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration est une partie régulièrement constituée lorsque l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un agent est contesté — L'agent des visas peut participer à titre d'auteur d'un affidavit souscrit au nom du ministre et être contre-interrogé par le demandeur — Nul besoin de constituer l'agent partie à l'instance pour assurer une instruction complète et le règlement des questions en litige — La réparation réclamée visait le ministre; il ne convient pas de constituer l'agent partie à l'instance pour lui rendre le jugement de la Cour personnellement opposable.

Pratique — Outrage au tribunal — Demande de résidence permanente refusée pour manque d'expérience — Renvoi à un autre agent des visas ordonné par le juge de la Section de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

sought under Federal Court Rules, 1998, r. 467(1) compelling second officer to appear, show cause why should not be held in contempt — Order allegedly violated strictly construed, finding of guilt, innocence involved — Order not explicitly requiring Minister to consider work experience — Minister complied with Court order — Second officer did, in fact, assess work experience — Costs awarded in Minister's favour as contempt of Court serious allegation, motion improper, unnecessary.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Visa officer rejecting permanent residence application for insufficient experience — F.C.T.D. Judge ordering application referred to different officer — Application again refused — Orders sought adding second visa officer as party, requiring officer show cause why should not be held in contempt — MCI proper party where agent's decision impugned — Test for joinder not here met — Usual practice: officer participates as affiant for MCI, cross-examined on affidavit — Inappropriate officer personally bound by Court decision — Only Minister is bound — Order allegedly violated in contempt proceedings strictly construed as finding of guilt at issue — Court order did not explicitly require MCI to consider work experience — In fact, Computer-Assisted Immigration Processing System (CAIPS) notes revealing second officer did assess work experience.

Rezaei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 421

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Immigration consultant banned by Assistant Deputy Chairperson (ADC) from appearing before IRB — ADC delegated responsibility by IRB Chairperson to investigate consultant, take remedial action as necessary when concerns arose as to consultant's conduct — Consultant advised as to particulars of alleged misconduct but not complainants' names

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

première instance — Ordonnance réclamée en vertu de la règle 467(1) des Règles de la Cour fédérale (1998) afin qu'il soit enjoint au second agent de comparaître devant la Cour pour expliquer pourquoi il ne devrait pas être reconnu coupable d'outrage au tribunal — Il faut interpréter strictement l'ordonnance qui a présumément été enfreinte, une question de culpabilité ou d'innocence étant en jeu — L'ordonnance n'enjoignait pas explicitement au ministre de tenir compte de l'expérience de travail du demandeur — Le ministre s'est conformé à l'ordonnance de la Cour — Le second agent a effectivement évalué l'expérience de travail du demandeur — Les dépens sont accordés au ministre car l'allégation d'outrage au tribunal est considérée comme très sérieuse et la requête était inappropriée et inutile.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Rejet par l'agent des visas de la demande de résidence permanente pour manque d'expérience — Renvoi à un autre agent ordonné par le juge de la Section de première instance — Ordonnances réclamées pour constituer le second agent des visas partie à l'instance et pour qu'il soit enjoint à ce dernier d'expliquer pourquoi il ne devrait pas être reconnu coupable d'outrage au tribunal — Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration est une partie régulièrement constituée lorsque la décision d'un agent est contestée — Le critère de la nécessité de constituer une personne partie à l'instance ne s'applique pas — La pratique courante consiste à demander à l'agent de souscrire un affidavit au nom du ministre et de se rendre disponible pour être contre-interrogé au sujet de cet affidavit — Il ne convient pas de rendre le jugement de la Cour personnellement opposable à l'agent — Seul le ministre est lié — L'ordonnance qui a présumément été enfreinte doit être interprétée strictement dans le cadre de la procédure d'outrage au tribunal puisqu'une question de culpabilité est en jeu — L'ordonnance de la Cour n'enjoignait pas explicitement au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de tenir compte de l'expérience de travail du demandeur — Les notes du Système informatisé de traitement des cas d'immigration (STICI) révèlent que le second agent a effectivement évalué l'expérience de travail du demandeur.

Rezaei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 421

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Consultant en immigration interdit de comparaître devant la CISR par la vice-présidente adjointe (VPA) — Le président de la CISR a délégué à la VPA la responsabilité de mener une enquête au sujet du consultant, de prendre les mesures correctives nécessaires, à la suite des doutes qui avaient surgi quant à la conduite du consultant —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

— Consultant advised of findings of fact, proposed sanctions — Following correspondence, hearing, ADC refused to reopen factual findings, indicated discipline imposed — Judicial review application rejected — Argued that Board lacking jurisdiction to impose general ban, could only ban in particular case — Question of applicant's capacity to act before IRB is procedural matter — At hearing, only substantive rights those of parties: claimant, MCI — S.C.C. decision in *Prassad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* given broad judicial treatment, not distinguishable — Tribunals empowered to control own procedures — Impugned decision did not have to be made by Chairperson — Denying IRB jurisdiction to ensure integrity of process disservice to stakeholders: claimants, Canadian public — Delays, disruptions ensuing if applicant banned from specific hearings only — Applicant afforded adequate disclosure, not denied fair hearing — Names of complainants ascertainable from own files — Non-disclosure complaint untimely.

Administrative Law — Judicial Review — *Certiorari* — Assistant Deputy Chairperson (ADC) of Immigration and Refugee Board's Appeal Division refusing to reopen decision banning immigration consultant from practice before IRB — Whether Board having jurisdiction to impose blanket practice ban — Whether procedural fairness rules observed — Right to practice before Board is procedural matter, within Board's competence — Power not improperly delegated to ADC by Board Chairperson — S.C.C. decision in *Prassad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* given broad application in case law, administrative tribunals, in procedural matters, masters in own house — IRB may impose general ban if thought necessary to preserve integrity of tribunal process — No breach of procedural fairness herein — Unnecessary to disclose claimants' names as same revealed by search of consultant's own files — Not denied fair oral hearing.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Le consultant a été avisé des faits qui lui étaient reprochés mais non des noms des plaignants — Le consultant a été avisé des conclusions de fait et des sanctions prévues — À la suite d'un échange de lettres et d'une audience, la VPA a refusé de rouvrir les conclusions factuelles et a mentionné qu'elle prenait des mesures disciplinaires — La demande de contrôle judiciaire est rejetée — Il a été soutenu que la Commission n'avait pas la compétence pour imposer une interdiction générale et qu'elle ne pouvait imposer une interdiction que pour une cause en particulier — La question relative à la capacité du demandeur d'agir devant la Commission constitue une question procédurale — À l'audience, les seuls droits substantiels sont ceux des parties: le revendicateur et le MCI — L'arrêt de la C.S.C. dans l'affaire *Prassad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* a reçu une interprétation judiciaire large et il n'y a pas lieu de faire une distinction d'avec la présente affaire — Les tribunaux ont le pouvoir de fixer leur propre procédure — La décision attaquée n'avait pas à être prise par le président — Nier à la CISR la compétence de protéger l'intégrité de son processus desservirait les intéressés: les revendicateurs et la population canadienne — Des délais et des perturbations s'ensuivraient si le demandeur ne se voyait interdire de comparaître que dans certaines audiences données — Le demandeur a reçu une communication adéquate de la preuve et on ne lui a pas refusé une audience équitable — Le demandeur pouvait trouver les noms des plaignants à partir de ses propres dossiers — La plainte relative à l'omission de communiquer n'a pas été faite en temps opportun.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — La vice-présidente adjointe (VPA) de la Section d'appel de la Commission de l'Immigration et du statut de réfugié a refusé de rouvrir la décision interdisant au consultant en immigration de pratiquer devant la CISR — La Commission avait-elle compétence pour imposer une interdiction générale de pratique? — Les règles d'équité procédurale ont-elles été observées? — Le droit de pratiquer devant la Commission est une question procédurale relevant de sa compétence — Pouvoir non irrégulièrement délégué à la VPA par le président de la Commission — L'arrêt de la C.S.C. dans l'affaire *Prassad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* a reçu une application large dans la jurisprudence quant au fait que les tribunaux administratifs, sur des questions procédurales, sont maîtres chez eux — La CISR peut imposer une interdiction générale si elle l'estime nécessaire pour préserver l'intégrité du processus du tribunal — Aucune violation de l'équité procédurale en l'espèce — Non nécessaire de communiquer les noms des plaignants, parce qu'une recherche dans les propres dossiers du consultant permet de les trouver — Une audience équitable n'a pas été refusée.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Rezaei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 444

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Supplementary reasons for order — In dismissing application for judicial review of Immigration and Refugee Board (IRB) decision banning immigration consultant from practice before Board, reported at [2003] 3 F.C. 421 (T.D.), Judge allowed time to submit questions proposed for consideration by F.C.A. — Applicant submitting four questions — Judge agreeing to certify one question: can IRB through Chairperson initiate and delegate to subordinate inquiry into conduct and possible discipline of lawyer or consultant who appears before one of divisions of IRB?

Rich v. Canada (C.A.) 493

Income Tax — Income Calculation — Capital Gains and Losses — Allowable business investment loss (ABIL) — Special type of capital loss given preferential treatment — 75% of loss deductible against income from any source — Unpaid debt owed by corporation operated by taxpayer's son — Appeal from decision of T.C.J. debt not proven bad in 1995, tax year for which deduction claimed — ABIL rules explained — Whether loan made to gain, produce income — Need not be primary purpose of loan — Predominant purpose was to help out son — Taxpayer was 25% owner of debtor company — Interest-bearing loan — Court not to second-guess taxpayer's business acumen — As to whether debt bad in 1995, T.C.J. held taxpayer took early opportunity to write off — 7 factors considered in determining whether debt bad — Creditor need not exhaust all possible collection recourses — Non-arm's length situation justifying closer scrutiny, not in itself supporting finding creditor dishonest in concluding debt bad — All evidence as to debtor's financial condition negative — Loss of account of major customer — Negative cash flow — In debt to major supplier — No evidence workout, refinancing possible — No reasonable collection possibility had taxpayer taken proactive steps — Overriding error by T.C.J. by inferring collection resulting from proactive steps.

SOMMAIRE (Fin)

Rezaei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 444

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Motifs supplémentaires de l'ordonnance — En rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) interdisant au consultant en immigration de se présenter devant la Commission, (publié: [2003] 3 C.F. 421 (1^{re} inst.)), le juge a accordé du temps pour le dépôt de questions à présenter pour fins d'examen par la C.A.F. — Le demandeur soumet quatre questions — Le juge accepte de certifier une question: la CISR, par l'entremise de son président, peut-elle instituer une enquête sur la conduite d'un avocat ou d'un consultant qui comparait devant l'une des sections de la CISR, lui imposer des mesures disciplinaires et déléguer cette responsabilité à un subordonné?

Rich c. Canada (C.A.) 493

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains et pertes en capital — Perte déductible au titre d'un placement d'entreprise (PDPE) — Genre spécial de perte en capital qui bénéficie d'un traitement préférentiel — 75 p. 100 de la perte est déductible du revenu tiré de toutes sources — La somme impayée était due par la société exploitée par le fils du contribuable — Appel à l'encontre d'une décision d'un juge de la Cour de l'impôt selon laquelle la créance n'était pas devenue irrécouvrable en 1995, année d'imposition pour laquelle la déduction était réclamée — Explication des règles de la PDPE — Le prêt avait-il été consenti pour produire un revenu? — Il n'est pas nécessaire que l'objet premier du prêt soit de tirer un revenu — L'objet prédominant du prêt du contribuable était d'aider son fils — Le contribuable était propriétaire de 25 p. 100 du capital de la société débitrice — Le prêt portait intérêt — La Cour n'a pas à comprendre après coup le sens des affaires que peut avoir un contribuable — S'agissant de savoir si la créance était devenue irrécouvrable en 1995, le juge de la Cour de l'impôt avait estimé que le contribuable avait été prompt à radier la créance — Sept facteurs servent à déterminer si une créance est devenue irrécouvrable — Il n'est pas nécessaire que le créancier épuise tous les moyens possibles de recouvrement — Une relation de dépendance peut justifier un examen plus attentif, bien qu'une telle relation ne permette pas à elle seule d'affirmer que le créancier n'a pas décidé honnêtement que la créance était irrécouvrable — Toute la preuve relative à la situation financière de la société débitrice était négative — Perte d'un client important — Trésorerie négative — Endettement à l'égard d'un important fournisseur — Absence de preuve qu'un sauvetage financier ou un refinancement était possible — Aucune possibilité raisonnable de recouvrement, le contribuable eût-il pris des mesures proactives — Le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur décisive lorsqu'il a supposé que des mesures proactives auraient permis un recouvrement.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for Leave to Appeal

Federation of Canadian Municipalities v. AT & T Canada Corp., [2003] 3 F.C. 379 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 4/9/03.

Jacques v. Canada, A-411-02; 2003 FCA 148, Sexton J.A., judgment dated 19/3/03 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 25/9/03.

Nelson v. Canada (Customs and Revenue Agency), A-88-02; 2003 FCA 127, Sharlow J.A., judgment dated 11/3/03 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 25/9/03.

Shaw Communications Inc. v. M.N.R., A-430-02; 2003 FCA 171, Rothstein J.A., judgment dated 1/4/03 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 25/9/03.

Taylor v. Canada (Attorney General), [2003] 3 F.C. 3 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 25/9/03.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Fédération canadienne des municipalités c. AT & T Canada Corp., [2003] 3 C.F. 379 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 4-9-03.

Jacques c. Canada, A-411-02; 2003 FCA 148, le juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 19-3-03 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 25-9-03.

Nelson c. Canada (Agence des douanes et du revenu), A-88-02; 2003 CAF 127, le juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 11-3-03 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 25-9-03.

Shaw Communications Inc. c. M.R.N., A-430-02; 2003 CAF 171, le juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 1-4-03 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 25-9-03.

Taylor c. Canada (Procureur général), [2003] 3 C.F. 3 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 25-9-03.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

2003, Vol. 3, Part 2

2003, Vol. 3, 2^e fascicule

IMM-3219-01
2002 FCT 1240

IMM-3219-01
2002 CFPI 1240

Roberto Jose Morales Murillo (*Applicant*)

v.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

Trial Division, Lemieux J.—Montréal, March 19;
Ottawa, November 29, 2002.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of Adjudicator's decision applicant inadmissible to Canada — Applicant served in executive squadron of Sandinista air force — Claimed refugee status in Canada but withdrew claim when married Canadian — Applied for sponsored permanent residence — Ineligibility report issued alleging committed war crime or crime against humanity — Inquiry directed — Deportation ordered by IRB Adjudicator — Immigration Act amended, after inquiry directed, when Crimes Against Humanity and War Crimes Act in force — Latter Act defines crime against humanity as including deportation of civilian population, identifiable group — Sandinista armed forces having relocated Miskitos (Indians) from lands on Atlantic coast of Nicaragua — No evidence applicant directly involved in relocation — Studying in U.S.S.R. at time — Association held sufficient by F.C.A. in Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) — Correctness review standard for question of law: whether relocation of Miskitos within statutory definition of crime against humanity — Tribunal's fact findings not set aside unless patently unreasonable conclusion — Standard of proof for belief in guilt of crime against humanity — Personal, knowing participation required: Ramirez — Necessity for mens rea — Reprehensible acts committed in every war, all combatants not automatically condemned — Mere suspicion, conjecture not enough — Sandinista army neither existing for limited, brutal purpose, nor notorious for human rights abuses — Deportation set aside — Adjudicator misapplied case law — Conclusion applicant knew of events patently unreasonable — Adjudicator failed to clearly express reasons for doubting credibility — Why applicant thought relocation of Miskitos justified — Stelco Inc. v. British Steel Canada Inc., considered, distinguished, not availing Minister — Adjudicator failed to analyse documentary evidence and Court will not, on judicial review, do panel's work.

Roberto Jose Morales Murillo (*demandeur*)

c.

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

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

Section de première instance, juge Lemieux—Montréal,
19 mars; Ottawa, 29 novembre 2002.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre selon laquelle le demandeur ne peut être admis au Canada — Le demandeur a servi dans l'Escadron exécutif des forces aériennes sandinistes — Il a revendiqué le statut de réfugié au Canada, mais il a retiré sa revendication lorsqu'il a épousé une Canadienne — Il a présenté une demande de résidence permanente parrainée — Il a été allégué dans un rapport de non-admissibilité qu'il a commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité — Une enquête a été ordonnée — L'arbitre de la CISR a pris une mesure d'expulsion — La Loi sur l'immigration a été modifiée, après que l'enquête eut été ordonnée, lors de l'entrée en vigueur de la Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre — Selon cette dernière loi, un crime contre l'humanité inclut la déportation d'une population civile ou d'un groupe identifiable de personnes — Les forces armées sandinistes ont déplacé les Miskitos (Indiens) qui résidaient sur les terres de la côte Atlantique du Nicaragua — Aucune preuve de la participation directe du demandeur au déplacement des Miskitos — Celui-ci était étudiant en U.R.S.S. à l'époque — Il suffit d'une association, selon la C.A.F. dans l'arrêt Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) — La norme de la décision correcte s'applique à la question de droit qui consiste à savoir si le déplacement des Miskitos est visé par la définition de crime contre l'humanité prévue par la loi — Les conclusions de fait du tribunal ne sont annulées que si elles sont manifestement déraisonnables — Norme de preuve applicable à la croyance qu'un crime contre l'humanité a été commis — Une participation personnelle et consciente est requise selon l'arrêt Ramirez — La mens rea est nécessaire — Toutes les guerres comportent des actes répréhensibles et les combattants ne sont pas tous condamnés automatiquement — Un simple doute ou conjecture ne suffit pas — L'armée sandiniste ne vise pas des fins limitées ou brutales et elle n'est pas non plus reconnue pour violer les droits de la personne — La mesure d'expulsion a été annulée — L'arbitre a mal appliqué la

In 1979 the Sandinistas came to power in Nicaragua having overthrown dictator Samosa's government. A civil war between the Sandinistas and the Contras ensued. A Sandinista activist, the applicant, Murillo, joined the air force in 1980 as an aircraft mechanics student and in 1982 joined the executive squadron (which transported ministers and military commanders). In 1987, he was promoted to sub-lieutenant but left the armed forces in 1989, the year before the Sandinista government was defeated in the general elections. Murillo came to Canada in 1996 where he claimed refugee status but withdrew that claim after marrying a Canadian and applying for sponsored permanent residence. A report, under *Immigration Act*, paragraph 27(2)(a) was, however, issued alleging that Murillo was ineligible, there being reasonable grounds to believe he had committed a war crime or crime against humanity within the meaning of *Criminal Code*, subsection 7(3.76). An inquiry was directed by the Deputy Minister and a deportation order was later issued by an IRB Adjudicator. It was alleged against Murillo that he had been in a position to be aware of serious human rights violations and a witness to the clandestine transportation of weapons on night flights.

The *Immigration Act* was amended, after the inquiry was directed, when the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* came into force. Paragraph 19(1)(j) of the *Immigration Act* formerly referred to an act that constituted a war crime or a crime against humanity under *Criminal Code*, subsection 7(3.76) but now refers to "persons who there are reasonable grounds to believe have committed an offence referred to in any of sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*". That Act defines a crime against humanity as including deportation "committed against any civilian population or any identifiable group". The Adjudicator based his decision on the compulsory relocation of the Miskito population, Indians residing on the Atlantic Coast, by the armed forces of the Sandinista government. The Adjudicator found Murillo's testimony to be very credible except as to his knowledge of events with respect to which his evidence was either false or exhibited wilful blindness. While there was no evidence that Murillo was directly involved in the deportation,

jurisprudence — La conclusion que le demandeur était au courant des événements était manifestement déraisonnable — L'arbitre n'a pas expliqué en termes clairs pourquoi il avait des doutes au sujet de la crédibilité — Pourquoi le demandeur croyait-il que le déplacement des Miskitos était justifié? — L'arrêt *Stelco Inc. c. British Steel Canada Inc.* a été examiné; il a fait l'objet d'une distinction d'avec la présente affaire et il n'a pas été utile au ministre — L'arbitre n'a pas analysé la preuve documentaire et la Cour ne fera pas, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, le travail du tribunal.

En 1979, le gouvernement sandiniste a pris le pouvoir au Nicaragua, ayant renversé celui du dictateur Samoza. Il s'en est suivi une guerre civile entre le gouvernement sandiniste et les contras. Un activiste sandiniste, le demandeur Murillo, s'est joint aux forces aériennes en 1980 à titre d'étudiant en mécanique aérienne, et, en 1982, il est entré dans l'Escadron exécutif (qui transportait des ministres et des chefs militaires). En 1987, il a été promu au grade de sous-lieutenant, mais il a quitté l'armée en 1989, l'année précédant la défaite du gouvernement sandiniste aux élections générales. Murillo est entré au Canada en 1996 et il a revendiqué le statut de réfugié. Il a toutefois retiré sa revendication après avoir épousé une Canadienne et avoir présenté une demande de résidence permanente parrainée. Un rapport fondé sur l'alinéa 27(2)a) de la *Loi sur l'immigration* a toutefois été établi, dans lequel on alléguait que Murillo était une personne non admissible parce qu'il y avait des motifs raisonnables de croire qu'il a commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel*. Le sous-ministre a ordonné une enquête et, ultérieurement, un arbitre de la CISR a pris une mesure d'expulsion contre le demandeur. On a allégué que Murillo avait pu se rendre compte de graves violations des droits de la personne et qu'il avait été un témoin du transport clandestin d'armes dans des vols nocturnes.

La *Loi sur l'immigration* a été modifiée, après que l'enquête eut été ordonnée, lors de l'entrée en vigueur de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*. L'alinéa 19(1)j) de la *Loi sur l'immigration*, qui renvoyait à un fait constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel*, renvoie maintenant «[aux personnes] dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles ont commis une infraction visée à l'un des articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*». Selon cette loi, un crime contre l'humanité vise notamment la déportation «[d']une population civile ou [d']un groupe identifiable de personnes». L'arbitre a fondé sa décision sur le déplacement forcé par les forces armées du gouvernement sandiniste de la population des Miskitos (Indiens) qui résidaient sur la côte Atlantique. L'arbitre a conclu que le témoignage de Murillo était très crédible, sauf pour ce qui est de sa connaissance des événements, et que, sur ce point, il avait produit un faux

association had been held sufficient by the Federal Court of Appeal in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Citizenship)*. He also referred to section 6 of the Crimes Against Humanity Act “which provides that complicity is also an indictable offence”. Although Murillo was only a flight engineer, he had been selected for training in the U.S.S.R. and had been assigned to “a very politically sensitive position” with the executive squadron. He was not a mere army foot-soldier. Even if afraid of the repercussions on his family and children of his resignation, once aware of events Murillo should have taken the necessary steps to resign.

Held, the application should be allowed.

The question as to whether the compulsory relocation of the Miskitos falls within the statutory definition of a crime against humanity is a question of law and the standard of review is that of correctness. As to findings of fact, the Court ought not intervene unless the tribunal’s decision was made in a perverse or capricious manner resulting in a patently unreasonable conclusion. As to the finding that Murillo was guilty of a crime against humanity, the officer’s belief in “reasonable grounds” required a standard of proof that, while falling short of balance of probabilities, nevertheless connotes a *bona fide* belief in a serious possibility based on credible evidence.

In *Ramirez*, MacGuigan J.A. wrote that for complicity in an international crime there had to be “personal and knowing participation”, a test that requires a mental aspect or knowledge indicating a *mens rea*. That Judge warned that all those involved in a war were not to be automatically condemned. Most combatants in the many wars fought throughout history have observed acts committed by their own side which they may have thought reprehensible but which they felt powerless to prevent without incurring serious personal risk. There is, however, case law to the effect that where one is an active member of an organization which has committed atrocities, if he was very late in showing remorse, that counts against him in determining the personal and knowing participation issue. Even so, mere suspicion or conjecture fails to satisfy the standard of proof.

Applicant’s natural justice argument—that from the immigration officer’s report he could not ascertain the facts alleged against him—could not be accepted. The Minister had discharged the obligation of providing notice of the evidence

témoignage, ou il avait fait preuve d’aveuglement volontaire. Rien ne prouvait que Murillo avait participé directement à la déportation, mais, suivant l’arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* de la Cour d’appel fédérale, il suffisait d’une association. L’arbitre a mentionné aussi l’article 6 de la Loi sur les crimes contre l’humanité «où il est prévu que la complicité est aussi un acte criminel». Bien qu’il n’ait été qu’un ingénieur de vol, Murillo avait été choisi pour recevoir une formation en U.R.S.S. et il avait été affecté à un poste «très politiquement sensible» dans l’Escadron exécutif. Il n’occupait pas un simple poste de fantassin. Malgré les craintes qu’il entretenait quant aux répercussions possibles de sa démission sur sa famille et ses enfants, à partir du moment où il a été au courant des événements, Murillo aurait dû prendre les moyens voulus pour démissionner.

Jugement: la demande est accueillie.

La question de savoir si le déplacement forcé des Miskitos est visé par la définition de crime contre l’humanité est une question de droit et la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Pour ce qui est des conclusions de fait, la Cour ne devrait pas intervenir à moins que la décision du tribunal n’ait été rendue de façon abusive ou arbitraire, ce qui équivaut à une conclusion manifestement déraisonnable. Quant à la conclusion suivant laquelle Murillo était coupable d’un crime contre l’humanité, la question de savoir si la croyance de l’agent était fondée sur des «motifs raisonnables» exigeait une norme de preuve qui, sans être la probabilité la plus forte, suggère néanmoins la croyance légitime à une possibilité sérieuse en raison de preuves dignes de foi.

Selon le juge d’appel MacGuigan dans l’arrêt *Ramirez*, l’élément nécessaire de la complicité dans un crime international est la «participation personnelle et consciente», critère qui comporte un élément moral ou une connaissance, indication de la *mens rea*. Le juge a lancé un avertissement selon lequel il ne faut pas condamner automatiquement quiconque est mêlé à une guerre. Dans les nombreuses guerres de l’histoire, la plupart des combattants ont vu leur propre armée se livrer à des actes qu’ils ont pu trouver répréhensibles, mais qu’ils se sont sentis absolument incapables d’arrêter sans courir de risques graves. Il existe, toutefois, une jurisprudence selon laquelle le fait qu’un individu est membre actif d’un groupe qui a commis des atrocités et qu’il a bien tardivement des remords sont des éléments qui jouent contre lui lorsqu’il s’agit de décider s’il a eu une participation personnelle et consciente. Malgré cela, un simple doute ou une simple conjecture ne permet pas de satisfaire à la norme de preuve applicable.

L’argument du demandeur fondé sur la justice naturelle — selon lequel le rapport de l’agent d’immigration ne lui permettait pas de connaître les faits qui lui étaient reprochés — ne pouvait être retenu. Le ministre s’est acquitté de son

against applicant.

Turning to the merits, the Adjudicator found neither that the Sandinista army existed primarily for a limited and brutal purpose nor that it was notorious for human rights infringements. In 1982, when the greater part of the Miskitos' relocation took place, Murillo had just joined the executive squadron as a mechanic. From 1983 to 1986, he was pursuing further studies in the Soviet Union and it was in the last-mentioned year that the Miskitos were allowed to return to their ancestral lands on the Atlantic coast.

The Adjudicator's decision had to be set aside for two reasons, the first of these being a misapplication of the case law. *Ramirez* stands for the proposition that "mere membership in an organization which from time to time commits international offences is not normally sufficient for exclusion from refugee status". The exception to this rule is where the organization — found not to be the case here — is directed principally to a limited, brutal purpose, such as a secret police force. And applicant was not directly implicated in the army's deportation of the Miskitos.

Secondly, the Adjudicator's conclusion, that Murillo had knowledge of the events in that period, was patently unreasonable. The Adjudicator's "perhapses" and possibilities failed to meet the requirement established by the Federal Court of Appeal in *Hilo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* that reasons for casting doubt upon credibility had to be given in clear and unmistakable terms. The evidence was that Murillo had considered the relocation of the Miskitos justified since the Contras had, in late 1981, launched an offensive in which the Miskito villages were targeted.

The Minister's submission, that the Court ought to apply the rule in *Stelco Inc. v. British Steel Canada Inc.*, that even if a tribunal has committed reviewable error in some of its findings of fact, its decision will be sustained if there were other facts on which it could reasonably have based its ultimate conclusion, could, in the circumstances, not be accepted. The Adjudicator had failed to analyse the documentary evidence referred to by the Minister and it was not for the Court to do the panel's work. This was judicial review, not an appeal *de novo*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24, ss. 6(1),(1.1),(3), 55.

obligation de donner un avis de la preuve réunie contre le demandeur.

Pour ce qui est du fond, l'arbitre n'a pas conclu que l'armée sandiniste était une organisation qui vise des fins limitées et brutales, ni que cette armée était reconnue pour violer les droits de la personne. En 1982, lorsque le gros des déplacements des Miskitos a eu lieu, Murillo venait tout juste de se joindre à l'Escadron exécutif comme mécanicien. De 1983 à 1986, il a poursuivi ses études en U.R.S.S. et c'est au cours de cette dernière année qu'on a permis aux Miskitos de réintégrer leurs terres ancestrales sur la côte Atlantique.

La décision de l'arbitre devrait être annulée pour deux motifs. Premièrement, l'arbitre a mal appliqué la jurisprudence. L'arrêt *Ramirez* appuie la proposition selon laquelle «la simple appartenance à une organisation qui commet sporadiquement des infractions internationales ne suffit pas, en temps normal, pour exclure quelqu'un de l'application des dispositions relatives au statut de réfugié». Il y a une exception à cette règle, lorsque l'organisation — ce qui n'a pas été le cas en l'espèce — vise principalement des fins limitées et brutales comme celles d'une police secrète. En outre, le demandeur n'a pas participé directement à la déportation des Miskitos par l'armée.

Deuxièmement, la conclusion de l'arbitre selon laquelle Murillo était au courant des événements de cette période était manifestement déraisonnable. Les «peut-être» et les possibilités de l'arbitre ne satisfont pas à l'exigence établie par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Hilo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, selon laquelle la Cour est tenue d'expliquer en termes clairs et explicites pourquoi elle doute de la crédibilité du demandeur. La preuve indiquait que Murillo avait considéré le déplacement des Miskitos justifié étant donné que les contras, à la fin de 1981, avaient lancé une offensive où les villages Miskitos étaient visés.

L'argument du ministre portant que la Cour devait appliquer la règle énoncée dans *Stelco Inc. c. British Steel Canada Inc.* — selon laquelle même si le tribunal a commis une erreur susceptible de révision à l'égard de certaines conclusions de fait, la décision qu'il a rendue serait confirmée s'il y avait d'autres faits sur lesquels il était raisonnablement possible de fonder sa conclusion finale — ne pouvait être retenu dans les circonstances. L'arbitre n'a pas analysé la preuve documentaire citée par le ministre et ce n'était pas à la Cour de faire le travail du tribunal. Il s'agissait en l'espèce d'un contrôle judiciaire et non d'un appel *de novo*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 7(3.76) (édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 1; L.C. 2000,

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 7(3.76) (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.) c. 30, s. 1; S.C. 2000, c. 24, s. 42).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(j) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3; S.C. 2000, c. 24, s. 55), 27(2)(a) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16), 32(6) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11).

ch. 24, art. 42).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4)d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, ch. 24, art. 6(1),(1.1),(3), 55.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(j) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl., ch. 30, art. 3; L.C. 2000, ch. 24, art. 55), 27(2)a) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16), 32(6) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 11).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297; (2000), 195 D.L.R. (4th) 422; 265 N.R. 121 (C.A.); *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.); *Bazargan v. Minister of Employment and Immigration* (1996), 205 N.R. 282 (F.C.A.); *Sumaida v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 66; (2000), 183 D.L.R. (4th) 713; 3 Imm. L.R. (3d) 169; 252 N.R. 380 (C.A.); *Thirunavukkarasu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 589; (1993), 109 D.L.R. (4th) 682; 22 Imm. L.R. (2d) 241; 163 N.R. 232 (C.A.); *Hilo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199; 130 N.R. 236 (F.C.A.); *Aquebor v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.).

APPLIED:

Mohammad v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1995), 115 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Hajialikhani*, [1999] 1 F.C. 181 (T.D.).

DISTINGUISHED:

Stelco Inc. v. British Steel Canada Inc., [2000] 3 F.C. 282; (2000), 20 Admin. L.R. (3d) 159; 252 N.R. 364 (C.A.).

CONSIDERED:

Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City), [1997] 1 S.C.R. 793; (1997), 144 D.L.R. (4th) 577; 8 Admin. L.R. (3d) 89; 210 N.R. 101.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 2 C.F. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297; (2000), 195 D.L.R. (4th) 422; 265 N.R. 121 (C.A.); *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.); *Bazargan c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1996), 205 N.R. 282 (C.A.F.); *Sumaida c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 66; (2000), 183 D.L.R. (4th) 713; 3 Imm. L.R. (3d) 169; 252 N.R. 380 (C.A.); *Thirunavukkarasu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 589; (1993), 109 D.L.R. (4th) 682; 22 Imm. L.R. (2d) 241; 163 N.R. 232 (C.A.); *Hilo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199; 130 N.R. 236 (C.A.F.); *Aquebor c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 160 N.R. 315 (C.A.F.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Mohammad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1995), 115 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Hajialikhani*, [1999] 1 C.F. 181 (1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Stelco Inc. c. British Steel Canada Inc., [2000] 3 C.F. 282; (2000), 20 Admin. L.R. (3d) 159; 252 N.R. 364 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville), [1997] 1 R.C.S. 793; (1997), 144 D.L.R. (4th) 577; 8 Admin. L.R. (3d) 89; 210 N.R. 101.

REFERRED TO:

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 646; (1994), 115 D.L.R. (4th) 403; 24 Imm. L.R. (2d) 229; 170 N.R. 302 (C.A.); *Mendez-Leyva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 205 F.T.R. 150 (F.C.T.D.); *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433; (1993), 163 N.R. 197 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of the decision of an Adjudicator to issue a deportation order as having reasonable grounds for believing applicant had committed crimes against humanity and was therefore ineligible for permanent residence. Application allowed.

APPEARANCES:

William Sloan for applicant.
Normand Lemyre and *Mario Blanchard* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

William Sloan, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

LEMIEUX J.:

A. INTRODUCTION

[1] The applicant, Roberto José Morales Murillo, is a citizen of Nicaragua who is 46 years old. He claimed refugee status on arrival in Canada in March 1996 after leaving the country of his birth in December 1995. One year later, on March 8, 1997, he married a Canadian, Marina Lucie Loye. On March 4, 1998, he filed an application for sponsored permanent residence, and subsequently withdrew his application for refugee status.

DÉCISIONS CITÉES :

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 646; (1994), 115 D.L.R. (4th) 403; 24 Imm. L.R. (2d) 229; 170 N.R. 302 (C.A.); *Mendez-Leyva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 205 F.T.R. 150 (C.F. 1^{re} inst.); *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433; (1993), 163 N.R. 197 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre de prendre une mesure d'expulsion parce qu'il avait des motifs raisonnables de croire que le demandeur avait commis des crimes contre l'humanité et qu'il ne pouvait donc pas prétendre au statut de résident permanent. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

William Sloan pour le demandeur.
Normand Lemyre et *Mario Blanchard* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

William Sloan, Montréal, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par

LE JUGE LEMIEUX:

A. INTRODUCTION

[1] Le demandeur, Roberto Jose Morales Murillo, est un citoyen du Nicaragua âgé de 46 ans. Il a revendiqué le statut de réfugié à son arrivée au Canada en mars 1996 ayant quitté son pays natal en décembre 1995. Une année plus tard, soit le 8 mars 1997, il a épousé une Canadienne, Marina Lucie Loye. Le 4 mars 1998 il dépose une demande de résidence permanente parrainée et, par la suite, retire sa demande d'être reconnu comme réfugié.

[2] On October 5, 2000, an immigration officer signed a report pursuant to paragraph 27(2)(a) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (hereinafter the Act), alleging that the applicant was not an eligible person since there were reasonable grounds to believe that he had committed a war crime or crime against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 1] of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] abroad, which constituted an offence against the laws of Canada at the time of the act. On the same day the Deputy Minister of Citizenship and Immigration issued a direction for an inquiry. On June 20, 2001, the Adjudicator of the Immigration and Refugee Board (the panel), Michel Beauchamp, issued a deportation order against the applicant pursuant to subsection 32(6) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11] of the Act for reasonable grounds to believe that Mr. Murillo committed crimes against humanity covered in paragraphs 19(1)(j) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3; S.C. 2000, c. 24, s. 55] and 27(2)(a) of the Act, which made him ineligible for permanent residence.

[3] Between 1980 and 1989 the applicant held various positions in the Nicaraguan army. During that period the Sandinista government was in power after overthrowing the government of the dictator Somoza in 1979. Shortly after, the miseries of a civil war between the Sandinista government and the Contras engulfed Nicaragua.

[4] After having been active for the Sandinistas in 1979, Mr. Murillo joined the air force of the Nicaraguan army in 1980 as a student in aircraft mechanics: he received his diploma in the fall 1981.

[5] In 1982, the applicant joined the executive squadron of the Sandinista air force leadership (hereinafter the executive squadron) as a mechanic and, apparently, a flight engineer.

[6] After completing advanced studies on engines and turbines in the U.S.S.R. from 1983 to 1986, he went back to the executive squadron with responsibility for maintenance of the aircraft in that unit, and subsequently was flight engineer. The executive squadron was

[2] Le 5 octobre 2000, un agent d'immigration signa un rapport en vertu de l'alinéa 27(2)a) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (ci-après la Loi) alléguant que le demandeur est une personne non admissible puisqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'il a commis à l'étranger un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens du paragraphe 7(3.76) [édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 1] du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] et qui constitue au Canada une infraction au droit canadien à l'époque de la perpétration. Le même jour le sous-ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration émet une directive pour enquête. Le 20 juin 2001, l'arbitre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (le tribunal), Michel Beauchamp, prend une mesure d'expulsion contre le demandeur en vertu du paragraphe 32(6) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 11] de la Loi pour motifs raisonnables de croire que M. Murillo aurait commis des crimes contre l'humanité visés par les alinéas 19(1)(j) [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. 2000, ch. 24, art. 55] et 27(2)a) de la Loi le rendant donc inadmissible à la résidence permanente.

[3] Entre 1980 et 1989, le demandeur a occupé différents postes au sein de l'armée du Nicaragua. Durant cette période, le gouvernement sandiniste est au pouvoir ayant renversé celui du dictateur Somoza en 1979. Peu après, une guerre civile entre le gouvernement sandiniste et les contras inflige ses malheurs sur le Nicaragua.

[4] Après avoir milité pour le Front sandiniste en 1979, M. Murillo, en 1980, se joint aux forces aériennes de l'armée du Nicaragua à titre d'étudiant en mécanique aérienne; il reçoit son diplôme à l'automne 1981.

[5] En 1982, le demandeur entre dans l'Escadron exécutif de la direction des forces aériennes sandinistes (ci-après Escadron exécutif) comme mécanicien et semble-t-il, ingénieur de vol.

[6] Après avoir complété des études avancées de moteurs et de turbines en U.R.S.S. de 1983 à 1986, il rejoint l'Escadron exécutif comme responsable de l'entretien des avions de cette unité et, par la suite, est ingénieur de vol (mécanicien de bord). L'Escadron

responsible for transportation of the ministers in the Government of Nicaragua and of the military commanders.

[7] In 1987, he was promoted to the rank of sub-lieutenant. He testified that he left the army in June 1989. The following year, the Sandinista government of Daniel Ortega was defeated in the general elections by Violetta Chamorro.

[8] The immigration officer's report reads:

[TRANSLATION] that: in October 1979, Roberto Jose Morales Murillo voluntarily and knowingly joined the movement of armed opposition to the existing government (Sandinista front). The existing government was subsequently overthrown by the sandinista forces and the subject joined the executive squadron of the air force. In September 1986, the subject became a Flight Engineer and in 1987 received the rank of Army Sub-Lieutenant. The subject stated that he was in a position to know about the serious violations of human rights. He was also a witness to the clandestine transportation of weapons on night flights. Not only for peasants, but also for drug traffickers. He stayed in the army until 1995, the date on which he decided to desert.

He apparently had full knowledge of the harsh actions committed by the military, constituting a crime against humanity within the meaning of s. 7(3.76) of the *Criminal Code*.

B. LEGISLATIVE BACKGROUND

[9] As mentioned, the applicant was the subject of a report pursuant to paragraphs 19(1)(j) and 27(2)(a) of the Act. Paragraph 27(2)(a) provides:

27. . . .

(2) An immigration officer or a peace officer shall, unless the person has been arrested pursuant to subsection 103(2), forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of any information in the possession of the immigration officer or peace officer indicating that a person in Canada, other than a Canadian citizen or permanent resident, is a person who

(a) is a member of an inadmissible class, other than an inadmissible class described in paragraph 19(1)(h) or 19(2)(c);

[10] On October 23, 2000, (and so after the report by the immigration officer and the direction for an inquiry),

exécutif était responsable du transport des ministres du gouvernement du Nicaragua ainsi que les chefs militaires.

[7] En 1987, il fut promu au grade de sous-lieutenant. Il témoigne avoir quitté l'armée en juin 1989. L'année suivante, le gouvernement sandiniste de Daniel Ortega est défait aux élections générales par Violetta Chamorro.

[8] Le rapport de l'agent de l'immigration se lit:

Que: Morales Murillo, Roberto Jose en octobre 1979, s'est joint volontairement et consciemment au mouvement de lutte armée contre le gouvernement en place (Front Sandiniste). Par la suite le gouvernement en place a été renversé par les forces sandinistes et le sujet a intégré l'escadron exécutif des forces aériennes. En septembre 1986 le sujet est devenu ingénieur de vol et en 1987 a reçu le grade de sous-lieutenant de l'armée. Le sujet déclare avoir pu se rendre compte des grandes violations des droits humains. Il a été aussi témoin du transport clandestin d'armes dans des vols nocturnes. Pas seulement pour les paysans mais aussi pour les narcotrafiquants. Il est demeuré dans l'armée jusqu'en 1995, date à laquelle il a décidé de désert.

Il aurait eu une entière connaissance des exactions commises par les militaires, constituant un crime contre l'humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du code criminel.

B. CADRE LÉGISLATIF

[9] Tel que mentionné, le demandeur fait l'objet d'un rapport en vertu des alinéas 19(1)(j) et 27(2)(a) de la Loi. L'alinéa 27(2)(a) stipule:

27. [. . .]

(2) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit, sauf si la personne en cause a été arrêtée en vertu du paragraphe 103(2), faire un rapport écrit et circonstancié au sous-ministre de renseignements concernant une personne se trouvant au Canada autrement qu'à titre de citoyen canadien ou de résident permanent et indiquant que celle-ci, selon le cas:

a) appartient à une catégorie non admissible, autre que celles visées aux alinéas 19(1)(h) ou 19(2)(c);

[10] Le 23 octobre 2000, (donc suite au rapport de l'agent de l'immigration et la directive d'enquête), une

there was an amendment to paragraph 19(1)(j) of the Act when the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* [S.C. 2000, c. 24] came into effect (hereinafter the Crimes Against Humanity Act).

[11] The wording of the old provision was:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(j) persons who there are reasonable grounds to believe have committed an act or omission outside Canada that constituted a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the *Criminal Code* and that, if it had been committed in Canada, would have constituted an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission.

[12] After October 23, 2000 [S.C. 2000, c. 24, s. 55], the new provision in paragraph 19(1)(j) of the Act read:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(j) persons who there are reasonable grounds to believe have committed an offence referred to in any of sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*. [Emphasis added.]

[13] Subsections 6(1) and 6(1.1) of the Crimes Against Humanity Act applies in the case at bar, and reads:

6. (1) Every person who, either before or after the coming into force of this section, commits outside Canada

(a) genocide,

(b) a crime against humanity, or

(c) a war crime,

is guilty of an indictable offence and may be prosecuted for that offence in accordance with section 8.

(1.1) Every person who conspires or attempts to commit, is an accessory after the fact in relation to, or counsels in relation

modification de l'alinéa 19(1)(j) de la Loi se produit avec l'entrée en vigueur de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* [L.C. 2000, ch. 24] (ci-après la Loi sur les crimes contre l'humanité).

[11] La rédaction de l'ancienne disposition était:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[. . .]

j) celle dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles ont commis, à l'étranger, un fait constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel* et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration.

[12] Après le 23 octobre 2000 [L.C. 2000, ch. 24, art. 55], la nouvelle disposition de l'alinéa 19(1)(j) de la Loi se lit:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[. . .]

j) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles ont commis une infraction visée à l'un des articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*. [Je souligne.]

[13] Les paragraphes 6(1) et 6(1.1) de la Loi sur les crimes contre l'humanité s'appliquent en l'espèce et se lisent:

6. (1) Quiconque commet à l'étranger une des infractions ci-après, avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, est coupable d'un acte criminel et peut être poursuivi pour cette infraction aux termes de l'article 8:

a) génocide;

b) crime contre l'humanité;

c) crime de guerre.

(1.1) Est coupable d'un acte criminel quiconque complète ou tente de commettre une des infractions visées au paragraphe

to, an offence referred to in subsection (1) is guilty of an indictable offence. [Emphasis added.]

[14] Crimes against humanity are defined in subsection 6(3) of the Crimes Against Humanity Act:

6. . . .

(3) . . .

“crime against humanity” means murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, sexual violence, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group and that, at the time and in the place of its commission, constitutes a crime against humanity according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission. [Emphasis added.]

C. ADJUDICATOR’S DECISION

[15] The Adjudicator had to determine whether, based on the report dated October 5, 2000, the applicant was a person who is covered by paragraph 19(1)(j) of the Act. For this, the Adjudicator applied the new provisions of the amended paragraph 19(1)(j).

[16] He recognized that there had been a dirty war between the Sandinista government and its opponents and that [TRANSLATION] “on either side of the fence, there were regrettable acts committed by either side”. He based his decision on the compulsory relocation of the Miskito population and determined that this relocation was a crime against humanity pursuant to section 6 of the Crimes Against Humanity Act.

[17] He explained his approach in the following passage from his decision of June 20, 2001, at page 3:

[TRANSLATION] For the purposes of the case now before me, I have to look at the actions taken by the armed forces of the Sandinista government and it is clear, from this documentary evidence and the documentary evidence submitted by either of the two parties, including what I have received from you . . . it

(1), est complice après le fait à son égard ou conseille de la commettre. [Je souligne.]

[14] Les crimes contre l’humanité sont définis au paragraphe 6(3) de la Loi sur les crimes contre l’humanité:

6. [. . .]

(3) [. . .]

«Crime contre l’humanité» Meurtre, extermination, réduction en esclavage, déportation, emprisonnement, torture, violence sexuelle, persécution ou autre fait—acte ou omission— inhumain, d’une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes et, d’autre part, qui constitue, au moment et au lieu de la perpétration, un crime contre l’humanité selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel ou en raison de son caractère criminel d’après les principes généraux de droit reconnus par l’ensemble des nations, qu’il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu. [Je souligne.]

C. DÉCISION DE L’ARBITRE

[15] L’arbitre devait déterminer si le demandeur était une personne visée ou non par l’alinéa 19(1)j) de la Loi sur la base du rapport en date du 5 octobre 2000. Pour ceci, l’arbitre applique les nouvelles dispositions de l’alinéa 19(1)j) modifié.

[16] Il reconnaît qu’il y a eu une guerre sale entre le gouvernement sandiniste et ses opposants et que «de l’un ou de l’autre côté de la clôture, il y a eu des gestes regrettables de posés de part et d’autres». Il fonde sa décision sur le déplacement forcé de la population des Miskitos et détermine que ce déplacement constitue un crime contre l’humanité selon l’article 6 de la Loi sur les crimes contre l’humanité.

[17] Il précise sa pensée dans l’extrait suivant de sa décision du 20 juin 2001, à la page 3:

Pour les fins de la cause qui m’occupe aujourd’hui, je dois regarder les gestes posés par les forces armées du gouvernement sandiniste et il est clair, selon cette preuve documentaire et la preuve documentaire versée par l’une et l’autre des deux parties, y compris celle que j’ai reçue de votre

is clear that there was in fact a compulsory relocation of an identifiable part of the population, namely a part of the population residing on the Atlantic coast. As a general rule, Indians, and especially as to numbers the ones called Mosquitos [*sic*].

...

To return to what I was saying, these differences, which are explained by the context, were used by rebel groups in an effort to help their cause in the conflict between themselves and the government, and it was because of this that the government carried out the relocations of population. However, in my opinion these justifications—and this is my conclusion—do not suffice to blot out the actions committed or justify them, and in my opinion these compulsory relocations constitute a crime against humanity as defined in s. 6 of the Crimes Against Humanity and War Crimes Act. [Emphasis added.]

[18] Before the Adjudicator, the Minister's representative and the applicant submitted documentary evidence. The Adjudicator rejected the document submitted by the Minister's representative as No. C-5, as reflecting [TRANSLATION] "such an obvious preconception that . . . the weight that can be attached to them is very small, or non-existent". He went on, [TRANSLATION] "On the other hand, some have considerable weight, including the exhibit identified as No. C-2, which seemed very factual and objective to me". C-2 is a document prepared by the Documentation Centre of the Immigration and Refugee Board (the Centre).

[19] The Adjudicator found Mr. Murillo's testimony in general [TRANSLATION] "very credible, very frank" except on one point—his knowledge of events—concluding [TRANSLATION] "in my opinion, this is perhaps the only part of your testimony which may be described as not credible". The Adjudicator ended as follows:

[TRANSLATION] Your testimony at the inquiry seemed to me to be in general very credible, very frank. However, on this point there were two possibilities, either that your testimony was false, that is, it was not credible testimony, or to adopt an expression used by Mr. Dubé from the Ramirez judgment, I think there was wilful blindness. [Emphasis added.]

[20] The Adjudicator noted that there was no evidence to involve the applicant directly in the deportation of the

part, il est clair qu'il y a eu effectivement déplacement forcé d'une partie identifiable de la population, à savoir une partie de celle qui résidait sur la côte Atlantique. En règle générale, les Indiens et de façon plus particulière quant au nombre, ceux qu'on appelle les Mosquitos [*sic*].

[. . .]

Et je reviens sur ce que je disais, ces différences qui sont expliquées par le contexte ont été utilisées par des groupes d'opposants pour tenter d'aider leur cause dans ce conflit-là qui les opposait au gouvernement et c'est à cause de cela que le gouvernement a procédé à ces déplacements de populations. Ces justifications toutefois, à mon avis et c'est ma conclusion, ne suffisent pas à effacer les gestes commis ou à les justifier et ces déplacements forcés constituent, à mon avis, un crime contre l'humanité, tel qu'on le définit à l'article 6 de la Loi sur les crimes contre l'humanité et crimes de guerres [*sic*]. [Je souligne.]

[18] Devant l'arbitre, le représentant du ministre et le demandeur ont déposé une preuve documentaire. L'arbitre rejette les documents remis par le représentant du ministre sous la cote C-5 reflétant «un parti pris tellement évident là que [. . .] le poids qu'on peut lui accorder est très faible sinon inexistant». Il ajoute «par contre, d'autres ont un poids considérable, entre autre, la pièce identifiée sous la cote C-2 qui m'est apparue très factuelle et très objective». C-2 est un document préparé par le Centre de documentation de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (le Centre).

[19] L'arbitre juge le témoignage de M. Murillo de façon générale «très crédible, très spontané» sauf sur un point—sa connaissance des événements—concluant «c'est peut-être là, à mon avis, la seule partie de votre témoignage qui peut être qualifiée de non crédible». L'arbitre termine en écrivant:

Votre témoignage en cours d'enquête m'est apparu, de façon générale, très crédible, très spontané. Sur ce point toutefois, il y a deux possibilités, soit que votre témoignage est faux, que c'est un témoignage non crédible, ou pour reprendre une expression utilisée par monsieur Dubé à partir du jugement Ramirez je crois, il y avait un aveuglement volontaire. [Je souligne.]

[20] L'arbitre constate qu'il n'y a aucun élément de preuve qui implique le demandeur directement dans la

Miskitos, but added that association could make someone a person covered by paragraph 19(1)(j), citing the Federal Court of Appeal's judgment in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Citizenship)*, [1992] 2 F.C. 306. He also mentioned section 6 of the Crimes Against Humanity Act [TRANSLATION] "which provides that complicity is also an indictable offence".

[21] He concluded:

[TRANSLATION] And unfortunately for you, I have to agree with Mr. Dubé's opinion regarding the effect of *Ramirez* where you are concerned. You belonged to the Nicaraguan armed forces and were at a relatively high level, relatively being used here advisedly. It is clear that from your duties you had no impact or influence on the decisions taken by the government.

I note here that you were a flight engineer, a mechanical engineer onboard aircraft. What is more important is that you were selected to receive specific training in this area in the U.S.S.R., as it was then known. Further, your assignment was to what I might describe as a very politically sensitive position, namely that you were assigned to what you called, and what was several times translated as, the executive squadron, with duties which included being responsible for the travel of members of the government or headquarters personnel.

Accordingly, we are not talking here about compulsory participation as a person who was forcibly enrolled and who simply had the position of a messenger, or even a foot-soldier in the army. You were even promoted—two years, I think, before you resigned—to the rank of sub-lieutenant, a relatively high rank in the military hierarchy, and also as I have said by the nature of your duties you certainly had to be someone who was trusted.

No one appoints as a flight engineer or mechanic on an aircraft carrying members of the government or military a person who is not trusted. Your knowledge of the events in that period—your testimony sought to establish that you had no knowledge of those events that took place, and in my opinion this is perhaps the only part of your testimony which may be described as not credible.

...

The reasons you gave for not resigning from the armed forces more quickly do not justify the fact that you did not do so. Clearly they are quite understandable—I am not saying they are not understandable. The fears you had about the repercussions which such a resignation might have on your

déportation des Miskitos mais ajoute que l'association pouvait faire d'une personne une visée par l'alinéa 19(1)(j) invoquant l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de la Citoyenneté)*, [1992] 2 C.F. 306. Il mentionne aussi l'article 6 de la Loi sur les crimes contre l'humanité «où il est prévu que la complicité est aussi un acte criminel».

[21] Il conclut:

Et malheureusement pour vous, je dois partager l'opinion de monsieur Dubé quant à l'effet du jugement *Ramirez* en ce qui vous concerne. Vous faisiez partie des forces armées du Nicaragua, et ce, à un niveau relativement important, relativement étant utilisé à bon escient ici. Il est évident que de par vos fonctions, vous n'aviez aucun impact, aucune influence sur les décisions prises par le gouvernement.

Je rappelle ici que vous étiez ingénieur de vol, ingénieur mécanicien à bord d'avions. Ce qui est plus important, c'est que vous aviez été choisi pour recevoir une formation spécifique en ce sens en URSS, tel qu'elle était connue alors. De plus, votre affectation était dans un poste très politiquement sensible, j'utiliserais l'expression, à savoir que vous étiez affecté à ce que vous avez appelé et ce qui a été traduit à quelques reprises comme l'escadron exécutif, donc entre autres chargé d'assurer le déplacement de membres du gouvernement ou de membres de l'État-major.

Donc, on ne parle pas ici d'une participation forcée en tant que personne qui a été enrôlée de force et qui occupe un simple poste de messenger ou même de fantassin au sein de l'armée. Vous avez même été promu, deux années je pense avant votre démission, au grade de sous-lieutenant, donc un grade relativement élevé dans la hiérarchie militaire et de plus, comme je l'ai dit, de par la nature de vos fonctions, vous deviez sûrement être quelqu'un de confiance.

On ne nomme pas ingénieur de vol ou mécanicien d'un avion qui transporte des membres du gouvernement d'État-major une personne en laquelle on n'a pas confiance. Votre connaissance des événements de cette période, votre témoignage a tenté de démontrer que vous n'aviez pas de connaissance de ces événements qui s'étaient passés et c'est peut-être là, à mon avis, la seule partie de votre témoignage qui peut être qualifiée de non crédible.

[...]

Les motifs que vous avez invoqués pour ne pas avoir démissionné plus rapidement des forces armées ne justifient pas le fait que vous ne l'avez pas fait. Il est évident qu'ils sont très compréhensibles, je ne dis pas qu'ils ne sont pas compréhensibles. Les craintes que vous entreteniez quant aux

family and children . . . but from the moment when I conclude that you were aware of the events, I have to conclude that you should have taken the necessary steps to resign, and to avoid possible problems for your family. [Emphasis added.]

D. ANALYSIS

(1) Standards of review

[22] The standard of review of a tribunal's decision varies in terms of certain factors: (1) the nature of the question raised (issues) and the focus of the case before the Court; (2) the existence of a privative clause; (3) the tribunal's expertise; and (4) the purpose of the Act or legislative provision (see *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982).

[23] The question of whether an act like that of the compulsory relocation of the Miskitos is covered by the definition of a crime against humanity in the Crimes Against Humanity Act is a question of law, and so the standard of review is that of correctness (*Mendez-Leyva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 205 F.T.R. 150 (F.C.T.D.); *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 646 (C.A.)).

[24] Further, when a decision is based on findings of fact (for example, the occurrence of compulsory relocation) and the argument put forward for setting aside the decision relies on errors of fact, paragraph 18.1(4)(d) [enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act* provides that this Court should not intervene unless the decision is based on an erroneous finding of fact made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before the tribunal, which amounts to a patently unreasonable conclusion. In the Supreme Court of Canada judgment in *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793, L'Heureux-Dubé J. writes at paragraph 85:

We must remember that the standard of review on the factual findings of an administrative tribunal is an extremely deferent one. . . . Courts must not revisit the facts or weigh the

répercussions que pourrait avoir une démission sur votre famille et vos enfants, mais à partir du moment où je conclus que vous étiez au courant des événements, je dois conclure que vous auriez dû prendre les moyens voulus pour démissionner en évitant ces problèmes possibles pour votre famille. [Je souligne.]

D. ANALYSE

1) Les normes de révision

[22] La norme de contrôle d'une décision d'un tribunal varie prenant en considération certains facteurs: 1) la nature de la question soulevée (points en litige) et déterminante du litige devant la Cour; 2) l'existence d'une clause privative; 3) l'expertise du tribunal; et 4) le but de la Loi ou de la disposition législative (voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982).

[23] La question à savoir si un acte comme celui des déplacements forcés des Miskitos est visé par la définition de crime contre l'humanité dans la Loi sur les crimes contre l'humanité est une question de droit et donc la norme de contrôle est celle de la décision correcte. (*Mendez-Leyva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 205 F.T.R. 150 (C.F. 1^{re} inst.); *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 646 (C.A.)).

[24] D'autre part, lorsqu'une décision est fondée sur des conclusions de fait (par exemple, l'existence des déplacements forcés) et le moyen avancé pour casser la décision se fonde sur des erreurs de faits, l'alinéa 18.1(4)d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], prévoit que cette Cour ne devrait pas intervenir à moins que la décision basée sur cette conclusion de fait est erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments de preuve dont le tribunal dispose, ce qui équivaut à une conclusion manifestement déraisonnable. Dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada, *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793, le juge L'Heureux-Dubé écrit au paragraphe 85:

Nous devons nous souvenir que la norme quant à la révision des conclusions de fait d'un tribunal administratif exige une extrême retenue [. . .] Les cours de justice ne doivent

evidence. Only where the evidence viewed reasonably is incapable of supporting the tribunal's findings will a fact finding be patently unreasonable. An example is the allegation in this case, viz. that there is no evidence at all for a significant element of the tribunal's decision . . .

[25] In general, the decision of a tribunal based on a mixed question of fact and law is reviewable on the basis of reasonableness *simpliciter*.

(2) Standard of evidence

[26] Mr. Murillo is inadmissible if the Adjudicator had "reasonable grounds" to believe that he had committed an act constituting a crime against humanity in Nicaragua.

[27] In *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297, the Federal Court of Appeal concluded that this legislative provision imposed the following standard of evidence [at paragraph 60]:

As for whether there were "reasonable grounds" for the officer's belief, I agree with the Trial Judge's definition of "reasonable grounds" (*supra*, at paragraph 27, page 658) as a standard of proof that, while falling short of a balance of probabilities, nonetheless connotes "a bona fide belief in a serious possibility based on credible evidence." See *Attorney General of Canada v. Jolly*, [1975] F.C. 216 (C.A.). [Emphasis added.]

(3) Principles

[28] The concept of complicity by association is very well known in the decisions of this Court, since the landmark judgments of the Federal Court of Appeal in *Ramirez, supra*; *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.); and *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), to which we must add that of *Bazargan v. Minister of Employment and Immigration* (1996), 205 N.R. 282 (F.C.A.) and *Sumaida v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 66 (C.A.) and several judgments of Trial Division judges.

[29] In *Mohammad v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 115 F.T.R. 161 (F.C.T.D.),

pas revoir les faits ou apprécier la preuve. Ce n'est que lorsque la preuve, examinée raisonnablement, ne peut servir de fondement aux conclusions du tribunal qu'une conclusion de fait sera manifestement déraisonnable, par exemple, en l'espèce, l'allégation suivant laquelle un élément important de la décision du tribunal ne se fondait sur aucune preuve [. . .]

[25] Aussi, généralement, une décision d'un tribunal fondée sur une question mixte de droit et de faits est révisable sur la base de raisonabilité *simpliciter*.

2) Norme de la preuve

[26] M. Murillo est inadmissible si l'arbitre avait «des motifs raisonnables» de croire qu'il avait commis au Nicaragua un fait constituant un crime contre l'humanité.

[27] La Cour d'appel fédérale dans *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297, conclut que cette disposition législative établit la norme de preuve suivante [au paragraphe 60]:

Quant à savoir s'il existait des «motifs raisonnables» étayant la croyance de l'agent, je souscris à la définition que le juge de première instance donne à l'expression «motifs raisonnables» (affaire précitée, paragraphe 27, page 658). Il s'agit d'une norme de preuve qui, sans être une prépondérance des probabilités, suggère néanmoins «la croyance légitime à une possibilité sérieuse en raison de preuves dignes de foi». Voir *Le procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] C.F. 216 (C.A.). [Je souligne.]

3) Les principes

[28] La notion de complicité par association est très bien reconnue dans la jurisprudence de cette Cour et ceci depuis les arrêts clés de la Cour fédérale d'appel dans *Ramirez*, précité; *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.); et *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.F.), auquel il faut ajouter celle de *Bazargan c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1996), 205 N.R. 282 (C.A.F.) et *Sumaida c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 66 (C.A.) et plusieurs décisions des juges de la Division de première instance.

[29] Le juge Nadon, alors juge de la Division de première instance, dans l'affaire *Mohammad c. Canada*

Nadon J., as he then was, drew from the aforesaid precedents the circumstances in which a person may be held responsible for crimes against humanity, for committing them as an accomplice without having personally committed the act constituting the crime. Nadon J. listed the following principles at page 178 of his judgment:

1. A person who commits a crime must be held responsible therefor.
2. A person may be responsible for a crime he or she did not personally commit, that is, as an accomplice.
3. The starting point for the existence of complicity is "personal and knowing participation" by the person in question.
4. Mere bystanders are not accomplices.
5. A person who aids in or encourages the commission of a crime may be responsible therefor.
6. A superior may be responsible for crimes committed by those under his or her command if the superior knew about them.
7. A person may be held responsible for crimes committed by others because of his or her close association with those who committed them.
8. The more important the position held by a person in an organization that has committed one or more crimes, the more likely his or her complicity.
9. A person who continues to hold a leadership position in such an organization with full knowledge that the organization is responsible for crimes may be considered an accomplice.
10. Evidence that the individual protested against the crime, tried to stop its commission or attempted to withdraw from the organization must be taken into consideration in determining he or she is responsible.

[30] According to MacGuigan J.A. in *Ramirez, supra*, the requirement for the existence of complicity in an international crime is "personal and knowing participation", a test that includes a mental aspect or knowledge, an indication of the *mens rea* necessary in these circumstances.

[31] MacGuigan J.A. went on to discuss the required degree of complicity and concluded [at pages 317-318]:

(*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*) (1995), 115 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.), dégage de la jurisprudence précitée les circonstances où une personne peut être tenue responsable des crimes contre l'humanité, de les commettre à titre de complice sans avoir personnellement commis l'acte constituant le crime. Le juge Nadon énumère les principes suivants à la page 178 de son jugement:

1. La personne qui commet le crime doit être tenue responsable de ce crime.
2. Une personne peut-être tenue responsable d'un crime sans l'avoir commis personnellement, à savoir à titre de complice.
3. L'élément requis pour qu'il y ait complicité est la «participation personnelle et consciente» de la personne en question.
4. Le seul fait d'être présent sur les lieux d'un crime n'équivaut pas à complicité.
5. Celui qui aide ou encourage la perpétration d'un crime pourra être tenu responsable de ce crime.
6. Un supérieur pourra être tenu responsable de crimes commis par ses subordonnés dans la mesure où le supérieur en avait connaissance.
7. Une personne pourra être tenue responsable de crime commis par d'autres personnes en raison de son association étroite avec les auteurs de ce crime.
8. Plus la personne occupe une fonction importante au sein d'une organisation qui a commis un ou des crimes, plus sa complicité sera probable.
9. Pourra être tenue complice une personne qui continue à occuper un poste de direction dans une telle organisation alors qu'elle a pleine connaissance que l'organisation est responsable de crimes.
10. Pour déterminer la responsabilité d'une personne, doit être pris en considération le fait que la personne s'est opposée au crime ou a tenté d'empêcher la perpétration du ou des crimes ou de se retirer de l'organisation.

[30] Selon le juge d'appel MacGuigan dans l'arrêt *Ramirez*, précité, l'élément nécessaire de la complicité dans un crime international est la «participation personnelle et consciente», un critère qui comporte un élément moral ou une connaissance, une indication de la *mens rea* nécessaire dans ce contexte.

[31] Par la suite, le juge MacGuigan discute du degré de complicité requis et conclut [aux pages 317 et 318]:

(1) mere membership in an organization which from time to time commits international offences is not normally sufficient for exclusion from refugee status;

(2) however, where an organization is principally directed to a limited, brutal purpose, such as a secret police activity, "mere membership may by necessity involve personal and knowing participation in persecutorial acts";

(3) "mere presence at the scene of an offence is not enough to qualify as personal and knowing participation . . . though, again, presence coupled with additional facts may well lead to a conclusion of such involvement";

(4) "mere on-looking, such as occurs at public executions, where the on-lookers are simply bystanders with no intrinsic connection with the persecuting group, can never amount to personal involvement, however humanly repugnant it might be";

(5) however, in the opinion of MacGuigan J.A. someone who is an associate of the principal offenders can never be said to be a mere on-looker: "[m]embers of a participating group may be rightly considered to be personal and knowing participants, depending on the facts" [underlining in original]. In such cases, MacGuigan J.A. considered, at bottom, "complicity rests . . . on the existence of a shared common purpose and the knowledge that all of the parties in question may have of it" [underlining added].

[32] At page 319, MacGuigan J.A. issued a warning, as follows:

One must be particularly careful not to condemn automatically everyone engaged in conflict under conditions of war. Probably most combatants in most wars in human history have seen acts performed by their own side which they would normally find reprehensible but which they felt utterly powerless to stop, at least without serious risk to themselves.

[33] At page 320, MacGuigan J.A. concluded:

1) la simple appartenance à une organisation qui commet sporadiquement des infractions internationales ne suffit pas, en temps normal, pour exclure quelqu'un de l'application des dispositions relatives au statut de réfugié;

2) toutefois, lorsqu'une organisation vise principalement des fins limitées et brutales, comme celles d'une police secrète, «il paraît évident que la simple appartenance à une telle organisation puisse impliquer nécessairement la participation personnelle et consciente à des actes de persécution»;

3) «la simple présence d'une personne sur les lieux d'une infraction ne permet pas d'établir sa participation personnelle et consciente [. . .] bien que, encore une fois, la présence jointe à d'autres faits puisse faire conclure à une telle participation»;

4) «le simple fait de regarder, comme c'est le cas, par exemple, lors d'exécutions publiques, sans entretenir de rapports intrinsèques avec le groupe se livrant aux actes de persécution, ne peut jamais, quelque humainement répugnant qu'il nous paraisse, constituer une forme de participation personnelle»;

5) cependant, un associé des auteurs principaux ne pourrait jamais, à l'avis du juge MacGuigan, être qualifié de simple spectateur. «Les membres d'un groupe peuvent à bon droit être considérés comme des participants personnels et conscients, suivant les faits» [souligné dans l'original]. Dans de tels cas, selon le juge MacGuigan, «la complicité dépend essentiellement de l'existence d'une intention commune et de la connaissance que toutes les parties en cause en ont» [soulignement ajouté].

[32] Le juge MacGuigan lance un avertissement en ces termes à la page 319:

Il faut prendre particulièrement soin de ne pas condamner automatiquement quiconque est mêlé à un conflit en situation de guerre. Dans la plupart des guerres de l'histoire de l'humanité, la plupart des combattants ont probablement vu leur propre armée se livrer à des actes qu'ils auraient normalement trouvés répréhensibles mais qu'ils se sont sentis absolument incapables d'arrêter, du moins sans courir de risques graves.

[33] Le juge MacGuigan conclut à la page 320:

In my view, it is undesirable to go beyond the criterion of personal and knowing participation in persecutorial acts in establishing a general principle. The rest should be decided in relation to the particular facts.

[34] In *Bazargan, supra*, Décary J.A. further clarified the “personal and knowing participation” test. At paragraph 11, he wrote this:

In our view, it goes without saying that “personal and knowing participation” can be direct or indirect and does not require formal membership in the organization that is ultimately engaged in the condemned activities. It is not working within an organization that makes someone an accomplice to the organization’s activities, but knowingly contributing to those activities in any way or making them possible, whether from within or from outside the organization. . . . Those who become involved in an operation that is not theirs, but that they know will probably lead to the commission of an international offence, lay themselves open to the application of the exclusion clause in the same way as those who play a direct part in the operation. [Emphasis added.]

[35] Like MacGuigan J.A. in *Ramirez, supra*, Décary J.A. considered that the question of whether a person is an accomplice in an international crime, that is, meets the test of personal and knowing participation, is a question of fact and he noted that the Minister did not have to prove the respondent’s guilt but only to show, by a standard of proof which is less than the balance of probabilities, that he had serious reasons for considering that the respondent was guilty.

[36] Décary J.A. noted that the fact that a person was actually an active member of the organization that committed the atrocities, and the fact that he was very late in showing remorse, are [at paragraph 10] “facts that helped determine whether the condition of personal and knowing participation had been met; they were not additional conditions. Membership in the organization will, of course, lessen the burden of proof resting on the Minister because it will make it easier to find that there was ‘personal and knowing participation’. However, it is important not to turn what is actually a mere factual presumption into a legal condition.”

À mon avis, il n’est pas souhaitable, dans l’établissement d’un principe général, de dépasser le critère de la participation personnelle et consciente aux actes de persécution. Le reste devrait être tranché en fonction des faits particuliers de l’affaire.

[34] Le juge d’appel Décary dans *Bazargan*, précité, approfondit le critère de «participation personnelle et consciente». Il écrit au paragraphe 11 ceci:

Il va de soi, nous semble-t-il, qu’une «participation personnelle et consciente», puisse être directe ou indirecte et qu’elle ne requière pas l’appartenance formelle au groupe qui, en dernier ressort, s’adonne aux activités condamnées. Ce n’est pas tant le fait d’œuvrer au sein d’un groupe qui rend quelqu’un complice des activités du groupe, que le fait de contribuer, de près ou de loin, de l’intérieur ou de l’extérieur, en toute connaissance de cause, aux dites activités ou de les rendre possibles. Il n’est nul besoin d’être un membre pour être un collaborateur. [. . .] Celui qui met sa propre roue dans l’engrenage d’une opération qui n’est pas la sienne mais dont il sait qu’elle mènera vraisemblablement à la commission d’un crime international, s’expose à l’application de la clause d’exclusion au même titre que celui qui participe directement à l’opération. [Je souligne.]

[35] Pour le juge Décary, comme ce l’était pour le juge MacGuigan dans *Ramirez*, précité, la question à savoir si une personne est complice d’un crime international, c’est-à-dire rencontre le critère de participation personnelle et consciente, est une question de fait rappelant que le ministre n’a pas approuvé la culpabilité de l’intimé mais n’a qu’à démontrer sur une norme de preuve qui est moindre que la prépondérance des probabilités, qu’il a des raisons sérieuses de penser que l’intimé est coupable.

[36] Le juge Décary précise que le fait d’être effectivement un membre actif du groupe qui commettait les atrocités et le fait qu’un individu fait preuve bien tardivement de remords sont des [au paragraphe 10] «faits qui aident à décider si la condition de participation personnelle et consciente est remplie, et non pas des conditions qui s’ajoutent à celles-ci. L’appartenance au groupe allégera, bien sûr, le fardeau de preuve incombant au Ministre en ce qu’elle permettra plus facilement de conclure à une “participation personnelle et consciente”. Mais il s’impose de ne pas transformer en condition de droit ce qui n’est en réalité qu’une présomption de fait».

[37] Décary J.A. analysed the Board's decision and noted that it had taken into account the responsible positions held by Mr. Bazargan, and from his duties, he [at paragraph 12] "could not have failed to be very well informed about the kind of repressive measures used by SAVAK to punish any social or political dissidence in the country". He collaborated with that organization for many years as a senior police officer in the Iranian security forces. The Board noted the notoriousness of SAVAK's human rights violations.

[38] In *Bazargan, supra*, the panel concluded [at paragraph 12]:

. . . given the notoriousness of SAVAK's human rights violations, the positions of authority the claimant held until 1980 and the knowledge he necessarily had of the situation, we must conclude that in this case there are serious grounds for considering that the claimant tolerated, encouraged or even facilitated SAVAK's acts and therefore became guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations. [Emphasis added.]

[39] Décary J.A. considered that the panel's decision was correct. At paragraph 13 of his judgment, he wrote:

These inferences and this conclusion are based on the evidence and are reasonable. This Court has noted on many occasions that the Board is a specialized tribunal that has complete jurisdiction to draw the inferences that can reasonably be drawn . . . In the case at bar, the motions judge was all the more wrong to intervene given that the Board's inferences were accompanied by devastating observations on the credibility of that part of the respondent's testimony in which he argued that he had no knowledge of SAVAK's activities.

[40] In the recent case of *Sumaida, supra*, Létourneau J.A. was entirely of the same view on the question of complicity. At paragraphs 31 and 32, he wrote:

Our Court never required in that case that a claimant be linked to specific crimes as the actual perpetrator or that the crimes against humanity committed by an organization be necessarily and directly attributable to specific acts or omissions of a claimant.

[37] Le juge Décary analyse la décision de la Commission et note que celle-ci a pris en considération les fonctions de responsabilité que M. Bazargan avait occupées et de par ses fonctions [au paragraphe 12], «ne pouvait pas ne pas être très bien informé de la nature des mesures de répression utilisées par la SAVAK afin de réprimer toute dissidence sociale et politique dans le pays». Il a collaboré durant plusieurs années avec cet organisme à titre d'officier de police supérieur des forces de la sécurité iranienne. La Commission avait décelé le caractère notoire des violations des droits humains commis par la SAVAK.

[38] Le tribunal, dans *Bazargan, précité*, a conclu ceci [au paragraphe 12]:

[. . .] compte tenu du caractère notoire des violations des droits humains commis par la SAVAK, des postes d'autorité que le demandeur détenait jusqu'en 1980 et de la connaissance qu'il avait nécessairement de la situation, nous devons conclure qu'il existe en l'occurrence des motifs sérieux de penser que le demandeur ayant toléré, encouragé, voire faciliter les actes de la SAVAK, il s'est par conséquent rendu coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. [Je souligne.]

[39] Le juge Décary estime la décision du tribunal bien fondée. Il écrit au paragraphe 13 de son jugement:

Ces inférences et cette conclusion s'appuient sur la preuve et elles sont raisonnables. Cette cour, à maintes reprises, a rappelé que le tribunal spécialisé qu'est la Commission a pleine compétence pour tirer les inférences qui peuvent raisonnablement l'être. [. . .] En l'espèce, le juge des requêtes a eu d'autant plus tort d'intervenir que les inférences tirées par la Commission étaient accompagnées d'observations dévastatrices sur la crédibilité de cette partie du témoignage de l'intimé dans laquelle il plaidait son ignorance des activités de la SAVAK.

[40] Dans l'arrêt récent de *Sumaida, précité*, le juge d'appel Létourneau abonde dans le même sens concernant la notion de complicité. Il écrit ceci aux paragraphes 31 et 32:

Notre Cour n'a jamais exigé dans cette affaire [*Sivakumar*] qu'un demandeur soit lié à des crimes précis en temps que leur auteur réel ou que les crimes contre l'humanité commis par une organisation soit nécessairement et directement attribuables à des omissions ou à des actes précis du demandeur.

Indeed, short of that kind of direct involvement and of evidence supporting it, our Court accepted the notion of complicity defined as a personal and knowing participation in *Ramirez* . . . as well as complicity through association whereby individuals may be rendered responsible for the acts of others because of their close association with the principal actors

[41] In *Sumaida, supra*, Létourneau J.A. noted that the standard of proof required more than suspicion or conjecture.

[42] Finally, an observation by Robertson J.A. in *Moreno, supra*, seems to me appropriate in this case. At page 321 of his judgment, Robertson J.A. noted that it is well settled that mere membership in an organization involved in international offences is not a sufficient basis on which to invoke the exclusion clause, but an exception to this general rule arises where the organization is one whose very existence is premised on achieving political or social ends by any means deemed necessary. He added, with respect to a military organization involved in armed conflict with guerrilla forces:

Membership in a military organization involved in armed conflict with guerrilla forces comes within the ambit of the general rule and not the exception.

(4) Application

(a) Preliminary point—natural justice

[43] The applicant maintained that he was unaware from reading the immigration officer's report of the facts alleged against him, since in his submission there was no indication in the report that he would be held responsible for the crimes against humanity resulting from the relocation of the Miskitos in 1982. He said he learned the nature of the charges against him only when the Minister's representative filed his arguments. Nonetheless, the applicant received all the documents which the Minister produced in the inquiry before that inquiry began. That documentation mentions the compulsory relocation of the Miskitos by the Sandinista army.

[44] In my opinion, the Minister discharged his obligation to give notice of the evidence collected against the applicant. In *Thirunavukkarasu v. Canada*

En fait, en l'absence de cette participation directe et d'une preuve pour l'appuyer, notre Cour a accepté la notion de complicité définie comme une participation personnelle et consciente dans l'affaire *Ramirez* [. . .], de même qu'une complicité par association qui s'entend du fait qu'un individu peut être tenu responsable d'actes commis par d'autres personnes en raison de son association étroite avec les auteurs principaux.

[41] Dans *Sumaida*, précité, le juge Létourneau rappelle que la norme de preuve exige plus qu'un doute ou une conjecture.

[42] En dernier lieu, une remarque du juge d'appel Robertson dans *Moreno*, précité, m'apparaît apte en l'espèce. À la page 321 de son jugement, le juge Robertson rappelle qu'il est bien établi qu'une simple appartenance à une organisation impliquée dans la perpétration de crimes internationaux ne permet d'invoquer la disposition d'exclusion mais que cette règle générale connaît une exception lorsque l'existence même de l'organisation repose sur l'atteinte d'objectifs politiques ou sociaux par tout moyen jugé nécessaire. Il ajoute au sujet d'une organisation militaire combattant contre la guérilla:

L'appartenance à une organisation militaire impliquée dans un conflit armé contre les forces de la guérilla est visée par la règle générale et non par l'exception.

4) Application

a) Point préliminaire—justice naturelle

[43] Le demandeur soutient qu'il ignorait à la lecture du rapport de l'agent d'immigration, les faits allégués contre lui puisque, selon lui, il n'y avait aucun indice dans ce rapport qu'il serait tenu responsable des crimes contre l'humanité suite aux déplacements des Miskitos en 1982. Il affirme avoir appris la nature des accusations contre lui seulement au moment où le représentant du ministre a présenté ses arguments. Pourtant, le demandeur a reçu avant le début de l'enquête tous les documents que la ministre a produit lors de l'enquête. Cette documentation mentionne le déplacement forcé des Miskitos par l'armée sandiniste.

[44] À mon avis, la ministre s'est acquittée de son obligation de donner un avis de la preuve réunie contre le demandeur. Dans l'affaire *Thirunavukkarasu c.*

(*Minister of Employment and Immigration*), [1994] 1 F.C. 589, at page 596, Linden J.A. wrote, for the Federal Court of Appeal:

A basic and well-established component of the right to be heard includes notice of the case to be met (see, for example, *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at page 1114). The purpose of this notice is, in turn, to allow a person to prepare an adequate response to that case. This right to notice of the case against the claimant is acutely important where the claimant may be called upon to provide evidence to show that no valid IFA exists in response to an allegation by the Minister. Therefore, neither the Minister nor the Refugee Division may spring the allegation of an IFA upon a complainant without notice that an IFA will be in issue at the hearing.

[45] Having received the Minister's documentary evidence before the inquiry began, the applicant could prepare for it. The applicant did not request an adjournment at any time. Further, in the inquiry the applicant filed certain documents which contradicted those of the Minister. What is more, after the final session of the inquiry, and before the decision was rendered orally, the applicant's wife sent the Adjudicator certain documents on the relocation of the Miskitos. In his reasons the Adjudicator said he had examined those documents but that they did not in any way alter his decision.

[46] The applicant had no legal counsel at the inquiry. The Adjudicator asked Mr. Murillo several times whether this was what he wished and that he was entitled to have counsel beside him. The applicant always declined to be represented.

[47] In these circumstances, I conclude that no breach of natural justice or procedural fairness was established by the applicant and I therefore dismiss this argument put forward by him for quashing the decision.

(b) On the merits

[48] At the hearing of June 20, 2001, at page 3, the Adjudicator specified that:

[TRANSLATION] The credible and reliable documentary evidence establishes beyond any doubt that there was what

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1994] 1 C.F. 589, à la page 596 le juge Linden pour la Cour d'appel fédérale écrit:

L'un des éléments fondamentaux et bien établis du droit d'une partie d'être entendue est l'obligation de lui donner avis de la preuve réunie contre elle (voir, par exemple, *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la page 1114). Le but d'un tel avis est de lui permettre de préparer, à son tour, une réponse adéquate à cette preuve. Le droit d'un demandeur du statut de réfugié d'être avisé de la preuve réunie contre lui est extrêmement important lorsque ce demandeur peut être requis de réfuter l'allégation du ministre en prouvant qu'il n'existe pas vraiment de possibilité de refuge dans une autre partie du même pays. Par conséquent, il n'est pas permis au ministre ou à la Commission d'alléguer à l'improviste contre le demandeur la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays sans lui donner avis que cette question sera soulevée à l'audience.

[45] Ayant reçu la preuve documentaire de la ministre avant le début de l'enquête, le demandeur pouvait donc s'y préparer. En aucun temps, le demandeur a demandé un ajournement. De plus, lors de l'enquête, le demandeur a déposé certains documents qui allaient à l'encontre de ceux de la ministre. Qui plus est, après la dernière audience de l'enquête et avant celle où la décision a été rendue oralement, l'épouse du demandeur a fait parvenir à l'arbitre certains documents sur le déplacement des Miskitos. L'arbitre affirme dans ses motifs, avoir examiné ces documents mais que ceux-ci ne changeaient rien à sa décision.

[46] Le demandeur n'avait pas de conseiller légal lors de l'enquête. À de nombreuses reprises, l'arbitre demanda à M. Murillo si cela était bien son choix et qu'il avait droit à un conseiller à ses côtés. Le demandeur a toujours décliné d'être représenté.

[47] Je conclus, dans ces circonstances, qu'aucun bris de justice naturelle ou d'équité procédurale a été établi par le demandeur et je rejette donc ce moyen avancé par lui pour casser la décision.

b) Sur le fond

[48] L'arbitre a spécifié lors de l'audience du 20 juin 2001, à la page 3 que:

La preuve documentaire crédible et digne de foi révèle hors de tout doute qu'il y a eu une guerre qu'on pourrait qualifier de

might be described as a dirty war between the Sandinista government and the opponents of that government. On either side of the fence, there were regrettable acts committed by either side.

[49] The Adjudicator relied on the compulsory relocation of the Miskitos in concluding that the Sandinista army had committed crimes against humanity. In his decision he made no reference to other acts committed by the Sandinista army which might be regarded as crimes against humanity. He also did not find that the Sandinista army was an organization existing primarily for limited and brutal purposes, nor did he conclude that the infringements of human rights by the Sandinista army were notorious.

[50] In considering the documentary evidence, I note that the compulsory relocation of the Miskitos began in late 1981 but the greater part of that relocation took place in 1982. The Miskitos were resettled within the national territory. In 1986 the Sandinista government allowed the Miskitos to return to their ancestral lands on the Atlantic coast.

[51] When we look at what the applicant was doing at that time, we note that in 1982 he had just completed his studies and joined the executive squadron as an ordinary mechanic. Further, from 1983 to 1986 the applicant was not in Nicaragua as he had returned to his studies in the U.S.S.R.

[52] In his decision the Adjudicator emphasized the fact that the applicant was not a simple messenger or foot-soldier, but held a politically sensitive position with a relatively high rank in the military hierarchy, and that on account of his position as a flight engineer he had to be a person who was trusted.

[53] In my opinion, the Adjudicator's decision should be set aside essentially for two reasons: (1) the Adjudicator misinterpreted the case law, and in particular *Ramirez*, which although the point was not argued in this Court I think is valid also for the application of section 6 of the Crimes Against Humanity Act; (2) the conclusion that [TRANSLATION] "your knowledge of the events in that period" is not based on any evidence and so is patently unreasonable.

sale entre le gouvernement sandiniste et des opposants à ce gouvernement. De l'un et de l'autre côté de la clôture, il y a eu des gestes regrettables de posés de part et d'autre.

[49] L'arbitre s'est fondé sur le déplacement forcé des Miskitos pour déterminer qu'il y a eu commission par l'armée sandiniste de crimes contre l'humanité. Dans sa décision, il ne fait aucunement référence à d'autres actes commis par l'armée sandiniste qui pourraient être considérés comme étant des crimes contre l'humanité. Non plus a-t-il trouvé que l'armée sandiniste était une organisation qui vise des fins limitées et brutales ni a-t-il déterminé que les violations des droits humains par l'armée sandiniste étaient de caractère notoire.

[50] En examinant la preuve documentaire, je constate que les déplacements forcés des Miskitos ont débuté à la fin de 1981 mais que le gros de ces déplacements ont eu lieu en 1982. Les Miskitos sont relogés à l'intérieur du territoire. Dès 1986, le gouvernement sandiniste a permis aux Miskitos de réintégrer leurs terres ancestrales sur la côte Atlantique.

[51] Lorsque nous regardons ce que faisait le demandeur à cette époque, nous remarquons qu'en 1982, il venait de terminer ses études et s'était joint à l'Escadron exécutif comme simple mécanicien. De plus, de 1983 à 1986, le demandeur n'était pas au Nicaragua étant retourné aux études en U.R.S.S.

[52] Dans sa décision l'arbitre accentue le fait que le demandeur n'était pas qu'un simple messenger ou fantassin mais occupait un poste politiquement sensible avec un grade relativement élevé dans la hiérarchie militaire, et de par sa fonction d'ingénieur de vol, il devait être une personne de confiance.

[53] À mon avis, la décision de l'arbitre doit être cassée essentiellement pour deux motifs: 1) l'arbitre a mal interprété la jurisprudence et notamment l'arrêt *Ramirez*, précité, qui, quoi que cette question n'ait pas été débattue devant moi, je pense est valable aussi pour l'application de l'article 6 de la Loi sur les crimes contre l'humanité; 2) la conclusion de «votre connaissance des événements de cette période» ne repose sur aucune preuve et est donc manifestement déraisonnable.

(1) First ground—case law misapplied

[54] The general rule is that a person cannot have “committed” a crime against humanity unless there was a certain degree of personal and knowing participation. I repeat the words of MacGuigan J.A. in *Ramirez, supra*, at page 317:

What degree of complicity, then, is required to be an accomplice or abettor? A first conclusion I come to is that mere membership in an organization which from time to time commits international offences is not normally sufficient for exclusion from refugee status. Indeed, this is in accord with the intention of the signatory states, as is apparent from the post-war International Military Tribunal already referred to. [Emphasis added.]

[55] An exception to this general rule is recognized: that of membership in an organization directed principally to a limited, brutal purpose, such as a secret police activity, since “mere membership may by necessity involve personal and knowing participation in persecutorial acts” (see *Ramirez, supra*, at page 317).

[56] In *Moreno, supra*, Robertson J.A. considered that membership in a military organization involved in an armed conflict against guerrilla forces (the Contras) was covered by the general rule and not the exception.

[57] In the case at bar, the panel did not conclude that the Sandinista army was an organization directed principally to a limited, brutal purpose. On the other hand, the panel concluded that there was no evidence involving the applicant directly in the only acts alleged against the Sandinista army, namely the compulsory deportation of the Miskitos.

(2) Second ground—patently unreasonable conclusion

[58] I find that the Adjudicator’s conclusion on the [TRANSLATION] “knowledge of the events in that period” is a patently unreasonable conclusion. It is true that the Adjudicator noted [TRANSLATION] “your testimony sought to establish that you had no knowledge of those events that took place, and in my opinion this is perhaps

1) Premier motif—jurisprudence mal appliquée

[54] Le principe général veut qu’une personne ne puisse avoir «commis» un crime contre l’humanité sans qu’il y ait eu un certain degré de participation personnelle et consciente. Je répète les mots du juge MacGuigan dans *Ramirez*, précité, à la page 317:

Quel est, alors, le degré de complicité requis? La première conclusion à laquelle je parviens est que la simple appartenance à une organisation qui commet sporadiquement des infractions internationales ne suffit pas, en temps normal, pour exclure quelqu’un de l’application des dispositions relatives au statut de réfugié. De fait, cette conclusion concorde avec l’intention des États signataires, ainsi qu’il appert du Tribunal militaire international de l’après-guerre, mentionné plus haut. [Je souligne.]

[55] Une exception à cette règle générale est reconnue —celle de l’appartenance à une organisation qui vise principalement des fins limitées et brutales comme celles d’une police secrète puisqu’il «paraît évident que la simple appartenance à une telle organisation puisse impliquer nécessairement la participation personnelle et consciente à des actes de persécution» (voir *Ramirez*, précité, à la page 317).

[56] Le juge d’appel Robertson dans *Moreno*, précité, est d’avis que l’appartenance à une organisation militaire impliquée dans un conflit armé contre les forces de la guérilla (les contras) est visée par la règle générale et non par l’exception.

[57] En l’espèce, le tribunal n’a pas conclu que l’armée sandiniste était une telle organisation qui vise principalement des fins limitées et brutales. D’autre part, le tribunal a conclu qu’il n’y avait aucune preuve impliquant le demandeur directement dans les seuls gestes reprochés à l’armée sandiniste, c’est-à-dire la déportation forcée des Miskitos.

2) Deuxième motif—conclusion manifestement déraisonnable

[58] Je trouve que la conclusion de l’arbitre sur la «connaissance des événements de cette période» est une conclusion manifestement déraisonnable. Il est vrai que l’arbitre a remarqué «votre témoignage a tenté de démontrer que vous n’aviez pas de connaissance de ces événements qui s’étaient passés et c’est peut-être là, à

the only part of your testimony which may be described as not credible”. The Adjudicator went on to indicate that on this point there were two possibilities: testimony that was not credible or deliberate blindness.

[59] In my view, the Adjudicator did not conclude that Mr. Murillo was not credible on this point. In *Hilo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199 (F.C.A.), Heald J.A. wrote at page 201:

In my view, the board was under a duty to give its reasons for casting doubt upon the appellant’s credibility in clear and unmistakable terms.

[60] The Adjudicator’s “perhapses” and possibilities do not meet this requirement.

[61] Mr. Murillo denied in his testimony having any knowledge of attacks on civilian populations: he had knowledge of the struggle against the Contras and the relocation of civilians from combat zones (transcript, at pages 340, 341 and 351).

[62] The courts have held that knowledge of crimes against humanity may be inferred, depending on the circumstances, and according to *Aguebor v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.), the Court should not intervene if an inference is based on evidence and is drawn reasonably. I see no evidence from which the Adjudicator could infer knowledge by Mr. Murillo of crimes against humanity, since the Adjudicator only noted one—that of the relocation of the Miskitos, which Mr. Murillo felt was justified in the circumstances, justification which under the Crimes Against Humanity Act is recognized, but the Adjudicator did not comment. (The documentary evidence indicated an offensive launched by the Contras in late 1981, in which the Miskito villages were targeted.)

[63] In 1982 Mr. Murillo was an ordinary soldier and it was not until 1987 that he became an army sub-lieutenant when he joined the executive squadron as a flight engineer. However, the Adjudicator did not give any specific comment on the extent of Mr. Murillo’s knowledge, of what the Adjudicator simply described as [TRANSLATION] “the events”, and not crimes against humanity.

mon avis, la seule partie de votre témoignage qui peut être qualifiée de non-crédible». L’arbitre continue indiquant que sur ce point il y avait deux possibilités: un témoignage non-crédible ou un aveuement volontaire.

[59] Selon moi, l’arbitre n’a pas conclu à la non-crédibilité de M. Murillo sur ce point. Dans *Hilo c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199 (C.A.F.) le juge Heald écrit à la page 201:

Selon moi, le Commission se trouvait dans l’obligation de justifier, en termes clairs et explicites, pourquoi elle doutait de la crédibilité de l’appelant.

[60] Les «peut-être» et les possibilités de l’arbitre ne rencontrent pas cette exigence.

[61] M. Murillo a nié dans son témoignage une connaissance d’attaques contre les populations civiles; il avait la connaissance de la lutte contre les contras et le déplacements des civils des zones de combat (notes sténographiques, pages 340, 341 et 351).

[62] La jurisprudence reconnaît que la connaissance de crimes contre l’humanité peut s’inférer dépendant des circonstances et d’après *Aguebor c. Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration* (1993), 160 N.R. 315 (C.A.F.), la Cour ne doit pas intervenir si une inférence est basée sur la preuve et est tirée raisonnablement. Je ne vois aucune preuve sur laquelle l’arbitre pouvait inférer une connaissance de la part de M. Murillo de crimes contre l’humanité puisque l’arbitre n’en a retenu qu’un—celui du déplacement des Miskitos que M. Murillo croyait justifié dans les circonstances, une justification qui selon la Loi sur les crimes contre l’humanité est reconnue mais que l’arbitre n’a pas commenté. (La preuve documentaire fait état d’une offensive lancée par les contras à la fin de 1981—où les villages Miskitos étaient visés.)

[63] En 1982, M. Murillo était simple soldat et ce n’est qu’en 1987 qu’il est devenu sous-lieutenant de l’armée lors de sa réintégration dans l’Escadron exécutif comme ingénieur de vol. Cependant, l’arbitre n’a aucunement précisé l’étendue de la connaissance de M. Murillo vis-à-vis ce que l’arbitre constate comme simplement «des événements» et non des crimes contre l’humanité.

[64] In my view, for the reasons set out above, the Adjudicator erred in concluding that there was complicity by association. Certainly, Mr. Murillo had an association with the Sandinista army, but what the Adjudicator did not rule on was the Sandinista army's involvement in the crimes against humanity (except for one on which I reject the analysis) and therefore on Mr. Murillo's responsibility as a member of that organization.

[65] The documentary evidence accepted by the Adjudicator (Exhibit C-2) was very limited on this point. At page 150 of the certified record, the Centre's document noted:

[TRANSLATION] In every case the picture is the same: the Nicaraguan government from time to time commits violent abuses, systematically denies the right to due process in cases involving persons charged with helping the Contras and carries out compulsory relocations. These relocations may have some military justification but have involved breaches of the rights of persons required to leave their homes. At the same time, the Contras systematically engage in violent abuses. Indeed, the violence-scarred breaches of the laws of war by the Contras — as in the case of their attacks on peasant cooperatives — are so numerous they may be regarded as the Contras' chief means of waging war. [My underlining.]

[66] At page 154 of the certified record, the Centre's report noted [TRANSLATION] "certain cases of human rights abuses committed by government forces, including murder and torture, though they are less frequent because the principal instigators have been successfully prosecuted".

[67] The respondent was concerned that this Court should arrive at the conclusion that the panel had made an error on this point. This is why the respondent argued that, according to the documentary evidence submitted on the time at which the applicant was part of the Sandinista army, it committed the following crimes against humanity: (1) compulsory and cruel relocation of peasants and Indians (1981 to 1987); (2) torture of civilian and military prisoners to obtain information (1979 to 1990); (3) military attacks on civilians, causing them to flee to Costa Rica (1987 and in preceding years); (4) detention without charge for periods of up to more

[64] À mon avis, et pour les raisons énoncées ci-haut, l'arbitre a erré en concluant à la complicité par association. Certainement, M. Murillo avait une association avec l'armée sandiniste mais ce qui n'a pas été déterminé par l'arbitre était l'implication de l'armée sandiniste dans des crimes contre l'humanité, sauf une dont je rejette l'analyse, et donc la responsabilité de M. Murillo comme membre de cette organisation.

[65] La preuve documentaire retenue par l'arbitre (la pièce C-2) est très mitigée sur le point. À la page 150 du dossier certifié, le document du Centre note:

Dans tous les cas, le tableau est le même: le gouvernement nicaraguayen commet sporadiquement des abus violents, nie systématiquement le droit aux procédures en bonne et due forme lors de procès impliquant des personnes accusées d'avoir aidé la *contra* et procède à des déplacements forcés. Ces déplacements peuvent se justifier du point de vue militaire mais ont été effectués en violation des droits de ceux à qui on demande de quitter leur foyer. Par ailleurs, la *contra* procède systématiquement à des abus violents. En fait, les violations empreintes de violence des lois de la guerre par la *contra*—comme dans le cas de ses attaques contre les coopératives paysannes—sont si nombreuses qu'on pourrait dire qu'il s'agit pour la *contra* du principal moyen de faire la guerre. [Je souligne.]

[66] À la page 154 du dossier certifié le rapport du Centre constate «certains cas d'abus des droits de la personne commis par les forces du gouvernement, y compris le meurtre et la torture, bien qu'ils soient moins fréquents parce que les principaux instigateurs ont été poursuivis avec succès».

[67] Le défendeur s'inquiétait que cette Cour en arrive à la conclusion que le tribunal avait commis une erreur sur ce point. C'est pour cette raison que le défendeur cite que selon la preuve documentaire soumise du temps où le demandeur faisait partie de l'armée sandiniste il aurait commis les crimes contre l'humanité suivants: 1) déplacements forcés et cruels de paysans et d'Indiens (1981 à 1987); 2) torture de prisonniers civils et militaires pour obtenir des informations (1979 à 1990); 3) attaques militaires contre des civils provoquant leur fuite vers la Costa Rica (1987 et durant les années précédentes); 4) détentions sans accusations pendant des

than a year (1987 and prior years); (5) murders, summary executions and bombings of certain Indian tribes and presumed Contra sympathizers (1979 to 1990); (6) forced disappearances (1979 to 1990); and (7) persecution for political reasons (1988 and prior years).

[68] The respondent cited *Stelco Inc. v. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 F.C. 282 (C.A.), for the rule that in order to establish the validity of a decision maker's reasons the Court may legitimately look at evidence available to the latter but which he did not refer to.

[69] At paragraph 22 of his decision, Evans J.A. wrote:

Accordingly, in order to establish that the Tribunal committed a reviewable error the applicant and the interveners must demonstrate on the balance of probabilities that the Tribunal's finding that dumping was likely to resume if the original finding were rescinded was not rationally supported by any material before it. Thus, even if the Tribunal committed a reviewable error on some of its findings of fact, its decision to rescind will still be upheld if there were other facts on which it could reasonably base its ultimate conclusion. [Emphasis added.]

[70] The respondent would like me to apply this rule. On the other hand, in the case at bar the Adjudicator did not analyse the documentary evidence cited by the Minister and did not weigh it against the totality of the documentary and oral evidence, and it is impossible for me to conclude on certain facts and to make an analysis of law which the Adjudicator did not make, so as to determine whether the Sandinista army committed certain acts and whether those acts were crimes against humanity. It is not this Court's function to do the panel's work. The case at bar is one of judicial review, not an appeal *de novo*. In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Hajialikhani*, [1999] 1 F.C. 181 (T.D.), Madam Justice Reed mentioned at paragraph 45:

I have considered whether in the light of the above, this is a case in which the Court could conclude that the decision was right even though the reasons do not reflect that the appropriate analysis was undertaken. I have decided, after

périodes allant jusqu'à plus d'un an (1987 et années antérieures); 5) meurtres, exécutions sommaires et bombardements de certaines tribus indiennes et de présumés sympathisants des contras (1979 à 1990); 6) disparitions forcées (1979 à 1990); et 7) persécutions pour motifs politiques (1988 et années antérieures).

[68] Le défendeur invoque l'arrêt *Stelco Inc. c. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 C.F. 282 (C.A.), pour le principe que la Cour peut légitimement, pour démontrer le bien-fondé des motifs d'un décideur, invoquer des éléments de preuve dont il disposait et auxquels il n'a pas fait référence.

[69] Au paragraphe 22 de sa décision, le juge d'appel Evans écrit:

Par conséquent, afin d'établir que le Tribunal a commis une erreur susceptible de révision, la demanderesse et les intervenantes doivent démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la conclusion du Tribunal selon laquelle le dumping allait probablement reprendre si la conclusion initiale était annulée n'était pas rationnellement étayée par les éléments dont le Tribunal disposait. Par conséquent, même si le Tribunal a commis une erreur susceptible de révision à l'égard de certaines conclusions de fait, la décision qu'il a rendue au sujet de l'annulation serait néanmoins confirmée s'il y avait d'autres faits sur lesquels il était raisonnablement possible de fonder sa conclusion finale. [C'est moi qui souligne.]

[70] La partie défenderesse veut que j'applique ce principe. Par contre, en l'espèce, l'arbitre n'a pas analysé la preuve documentaire citée par le ministre et ne l'a pas soupesée avec la totalité de la preuve documentaire et testimoniale et il m'est donc impossible de conclure certains faits et de faire une analyse de droit que l'arbitre n'a pas fait afin de déterminer si l'armée sandiniste a commis certains actes et si ces actes constituent des crimes contre l'humanité. Il n'est pas du rôle de cette Cour de faire le travail du tribunal. Il s'agit en l'espèce d'un contrôle judiciaire et non d'un appel *de novo*. M^{me} le juge Reed dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Hajialikhani*, [1999] 1 C.F. 181 (1^{re} inst.), au paragraphe 45 mentionne:

La Cour s'est demandée si, à la lumière des considérations exposées ci-dessus, elle devait conclure en l'espèce que la décision en cause était fondée, même si les motifs exposés à son appui ne reflètent pas l'analyse à laquelle il convenait de

considerable reflection, however, that the appropriate disposition of the application is to quash the decision under review and refer the matter back for rehearing by a differently constituted Board. It is not within the Court's authority to write the decision the Board should have given. There are issues of credibility respecting the claimant's evidence. There are issues that involve documentary evidence that is not physically before the Court, nor to which the Court has easy access. There are issues of both fact and the application of the law that need to be decided. The proper legal analysis would benefit from a more extensive examination of when a crime has been found in international law to come within the definition of a crime against humanity, particularly in the light of the *Pushpanathan* decision, and the relevant international instruments, including decisions in other jurisdictions. Counsel for the applicant will have an opportunity to present that kind of analysis to the Board on a referral back for rehearing.

[71] I should also say that the nature of the decision by the Canadian International Trade Tribunal in *British Steel, supra*, which rests on questions of discretion, special matters or predictions as to the future, differs considerably from that taken by the Adjudicator under the legal provisions in the Act.

[72] For the reasons stated, I allow the application for judicial review. I give each party a week to suggest one or more certified questions to the Court and the following weekend for a reply.

procéder. Après longue réflexion, j'ai décidé cependant qu'il y a lieu en l'espèce d'annuler la décision et de renvoyer l'affaire pour nouvelle audition devant une autre formation de la Commission. Il n'appartient pas à la Cour de substituer sa décision à celle qu'aurait dû rendre la Commission. Le témoignage du demandeur de statut soulève des questions de crédibilité. Il y a également des questions concernant certains éléments de preuve documentaire qui n'ont pas été déposés devant la Cour, et auxquels celle-ci ne pouvait pas facilement avoir accès. Il y a des questions à la fois de fait et de droit qui doivent être tranchées. L'analyse juridique qui s'impose profiterait d'un examen plus approfondi de la question de savoir dans quelles circonstances, en droit international, on a considéré qu'un crime relevait de la définition de crimes contre l'humanité, notamment à la lumière de l'arrêt *Pushpanathan* et des instruments internationaux applicables, ainsi que de décisions rendues dans d'autres juridictions. L'avocate du demandeur aura, dans le cadre d'une nouvelle audition, l'occasion de faire valoir ce type d'analyse devant la Commission.

[71] Je dois dire aussi que la nature de la décision prise par le Tribunal canadien du commerce extérieur dans *British Steel*, précité, qui repose sur des éléments de discrétion, des questions spéciales ou des prédictions dans l'avenir, diffère largement de celle à être prise par l'arbitre dans l'encadrement juridique de la Loi.

[72] Pour les motifs énoncés, j'accueille la demande de contrôle judiciaire. J'accorde à chacune des parties une semaine pour proposer à la Cour une ou des questions certifiées et la fin de la semaine suivante pour une réplique.

A-406-01
2002 FCA 489

A-406-01
2002 CAF 489

Chalk River Technicians and Technologists
(Applicant)

Chalk River Technicians and Technologists
(demanderesse)

v.

c.

Atomic Energy of Canada Limited, Professional Institute of the Public Service of Canada (Chalk River Professional Employees Group) and Chalk River Nuclear Operators (Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000)
(Respondents)

Énergie atomique du Canada Limitée, Institut professionnel de la fonction publique du Canada (Chalk River Professional Employees Group) et Chalk River Nuclear Operators (Power Workers' Union, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000)
(défendeurs)

INDEXED AS: CHALK RIVER TECHNICIANS AND TECHNOLOGISTS v. ATOMIC ENERGY OF CANADA LTD. (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CHALK RIVER TECHNICIANS AND TECHNOLOGISTS c. ÉNERGIE ATOMIQUE DU CANADA LTÉE (C.A.)

Court of Appeal, Létourneau, Rothstein and Nadon J.J.A.
—Ottawa, October 23 and December 10, 2002.

Cour d'appel, juges Létourneau, Rothstein et Nadon, J.C.A.—Ottawa, 23 octobre et 10 décembre 2002.

Labour Relations — Judicial review of Canada Industrial Relations Board decision strike, lockout at Atomic Energy of Canada's Chalk River medical isotopes facility would pose immediate, serious danger to public health, safety within Canada Labour Code, s. 87.4(6) — Evidence that AECL only Canadian, world's largest producer of molybdenum-99 used to make radioisotopes for nuclear medicine — Nature of substance explained — Importance for diagnosis, treatment of serious medical conditions (cancer, heart disorders) explained — Board concluding public at risk if nuclear medicine could not be practised due to strike — Irrelevant that AECL not controlling all steps in supply of radioisotopes — Union's chain of causation argument rejected — Union arguing for historical perspective of immediacy issue; AECL looking to future now that nuclear medicine essential part of medical practice — Board adopting purposive view of legislation as advocated by unions — "Immediate" not meaning few hours — Wording of French version of relevant subsection considered — PIPSC unsuccessfully arguing breach of natural justice as not permitted to respond to AECL's submissions on point — Also arguing Board erred in not attributing temporal aspect to "immediate" — Application dismissed — Since words in s. 87.4(6) "could pose", Board using "would pose", less certainty on Board's part required — "Would" meaning "probability", "could" meaning "mere" possibility — Whether circumstances "could pose" serious danger question of fact within Board's purview — Applicant's argument, that no evidence of actual impact of supply interrupted, rejected as ample evidence of serious danger to public before Board — Board decision not unreasonable — What Board really

Relations du travail — Contrôle judiciaire d'une décision du Conseil canadien des relations industrielles selon laquelle une grève ou un lock-out aux laboratoires d'Énergie atomique du Canada Ltée à Chalk River, où sont produits des isotopes médicaux, poserait des risques imminents et graves pour la sécurité ou la santé du public au sens de l'art. 87.4(6) du Code canadien du travail — Selon la preuve, EAACL est le seul producteur canadien, et le plus gros producteur mondial, de molybdène 99 qui sert de matière première pour la production de radioisotopes utilisés en médecine nucléaire — La nature de l'isotope a été expliquée — L'importance de l'isotope pour le diagnostique et le traitement de maladies graves (cancer, maladies du coeur) a été expliquée — Le Conseil a conclu que le public courait un risque si les actes de médecine nucléaire ne pouvaient être exécutés en raison d'une grève — Le fait qu'EAACL ne contrôle pas toutes les étapes de la production des radioisotopes n'était pas pertinent — Le raisonnement fondé sur la chaîne de causalité avancé par le syndicat a été rejeté — Le syndicat a fait valoir un point de vue historique quant à la question de l'imminence; EAACL est tournée vers l'avenir maintenant que la médecine nucléaire est devenue un élément fondamental de la pratique médicale — Le Conseil a adopté l'interprétation téléologique préconisée par les syndicats — Le mot «imminent» ne s'entend pas d'une période de quelques heures — Examen du libellé de la version française du paragraphe pertinent — L'IPFPC a allégué sans succès que le Conseil avait violé les règles de justice naturelle en lui refusant la possibilité de répondre aux prétentions d'EAACL à cet égard — Il a aussi allégué que le Conseil avait commis une erreur en ne reconnaissant pas l'aspect temporel du mot «imminent» — Demande rejetée — L'expression

meant in dealing with immediacy issue explained — Not suggesting danger could occur at any future time — Board should have allowed union to respond on “imminent” (French) definition but error insufficient to set decision aside.

This was an application for judicial review of a decision of the Canada Industrial Relations Board that the interruption of medical isotopes production at Chalk River due to a strike or lockout would pose an immediate and serious danger to public health or safety. The issue for determination by the Federal Court of Appeal was whether the Board erred in so concluding according to the provisions of *Canada Labour Code*, subsection 87.4(6), which permits the Board to make orders concerning the maintenance of essential services under such circumstances.

Among the arguments advanced by applicant were: (1) the Board exceeded jurisdiction in basing its decision on evidence not before it; (2) the Board's interpretation of section 87.4 was patently unreasonable; (3) the Board erred in adopting a broad approach as to what are essential services when it should rather have accorded section 87.4 a narrow interpretation so as to maximize collective bargaining rights and it ought not to have taken into account health system concerns or engaged in a balancing of interests as these were irrelevant considerations; and (4) there was before the Board no evidence upon which to find the existence of a serious and immediate danger.

Atomic Energy of Canada Limited (AECL) is a Crown corporation which constructed the National Research Universal reactor (NRU) at Chalk River. This NRU produces 60% of the world's supply of molybdenum-99 (moly-99) which is used in the production of radioisotopes for nuclear medicine. AECL is the sole Canadian producer of these

«pourrait constituer» figurant à l'art. 87.4(6) exige du Conseil un degré de certitude moindre que l'expression «poserait» que celui-ci a utilisée — Le mot «would» s'entend de l'existence d'une «probabilité», alors que le mot «could» s'entend de l'existence d'une «simple» possibilité — La question de savoir si les circonstances «pourraient constituer» un risque grave est une question de fait qui relève de la compétence du Conseil — L'argument de la demanderesse selon lequel il n'existait aucun élément de preuve au sujet des véritables répercussions de l'interruption de la production a été rejeté, car les éléments de preuve dont le Conseil a été saisi fournissaient un appui solide à la conclusion d'un risque grave pour le public — La décision du Conseil n'était pas déraisonnable — Ce que le Conseil voulait vraiment dire au sujet de la question de l'imminence a été expliqué — Le Conseil n'a pas affirmé que le risque pourrait se manifester à tout moment dans l'avenir — Le Conseil aurait dû permettre au syndicat de répondre aux prétentions portant sur le sens du mot «imminent» et de sa version française, toutefois cette erreur ne suffisait pas à annuler la décision du Conseil.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Conseil canadien des relations industrielles selon laquelle l'interruption de la production d'isotopes médicaux à Chalk River, en raison d'une grève ou d'un lock-out, poserait des risques imminents et graves pour la sécurité ou la santé du public. La Cour d'appel fédérale devait trancher la question de savoir si le Conseil a commis une erreur en concluant ainsi, en vertu des dispositions du paragraphe 87.4(6) du *Code canadien du travail*, lequel autorise le Conseil à rendre des ordonnances concernant le maintien des services essentiels dans de telles circonstances.

Parmi les arguments avancés par la demanderesse, 1) le Conseil a outrepassé sa compétence en fondant sa décision sur des éléments de preuve qui ne lui ont pas été soumis; 2) la façon dont le Conseil a interprété l'article 87.4 était manifestement déraisonnable; 3) le Conseil a commis une erreur en adoptant une approche générale quant à savoir ce qui composent les services essentiels, alors qu'il aurait dû interpréter l'article 87.4 de façon restrictive afin de maximiser les droits à la négociation collective et qu'il n'aurait pas dû tenir compte de la pondération des intérêts et des préoccupations du Conseil à l'égard du système de santé, s'agissant de facteurs non pertinents, et 4) le Conseil ne disposait d'aucun élément de preuve lui permettant de conclure à l'existence d'un risque imminent et grave.

Énergie atomique du Canada Limitée (EACL) est une société d'État, laquelle a construit le réacteur national de recherche universel (NRU), à Chalk River. Ce NRU produit 60 % de la production mondiale de molybdène 99 (moly 99), métal servant de matière première pour la production de radioisotopes utilisés en médecine nucléaire. Au Canada, seule

isotopes and, indeed, is the largest supplier in the world. Some 65,000 people a day are treated with radiopharmaceuticals derived from moly-99. Time is of the essence in dealing with moly-99 since it rapidly decays, having a half-life of just 66 hours (meaning that its radioactivity is reduced by half within three days). Speed of delivery to customers is essential in view of the decay process. Moly-99's level of activity is measured in curies. AECL's only customer, MDS Nordion, sells 4600 six-day curies per week—60% of the world market. Nordion does have a backup production of 1100 six-day curies through a sub-contract with a South African producer and a wholly-owned Belgian facility. But, in case of a strike or lockout at Chalk River, the lost production could not be entirely compensated for by these backup sources, because of the shortage of world supply. Following a strike or lockout, ten days' production would be needed for normal shipments to be resumed.

Doctors practising nuclear medicine at Montréal and London, Ontario were called on behalf of AECL. They testified to the use of the products produced by AECL for both diagnostic and therapeutic purposes including: seeds for the treatment of prostate cancer, detection and treatment of thyroid cancer, detection of coronary artery disease and brain tumours. One of these doctors testified that nuclear medicine will shortly become the leading form of biomedical imaging. Another testified that under current practice, which takes into account costs and the complications that can result, surgery is performed only when shown to be necessary by imaging evidence. Finally, AECL workers did strike in 1997 and 1998—on each occasion for six days—without causing any apparently serious impact on the health of Canadians.

The Board found that the evidence demonstrated “a factual certainty that the public will require the intervention of nuclear medicine during a strike and lockout and will be at risk if nuclear medicine is withdrawn.” That AECL did not control all the steps in the supply of radioisotopes does not make the product less necessary to ensure public health and safety. The Board held that the union's chain of causation argument should be rejected and that it was unnecessary that AECL call evidence as to all the intermediate steps that are essential to bring the product to market.

As to the immediacy issue, the union argued for an historical perspective: in the past, strikes at AECL have been

EACL produit ces isotopes dont elle est, de fait, le plus gros fournisseur mondial. Environ 65 000 personnes par jour bénéficient d'actes faisant appel à des produits radiopharmaceutiques dérivés du moly 99. Le temps revêt une importance capitale lorsqu'il est question de moly 99 puisque celui-ci s'appauvrit rapidement, ne possédant qu'une demi-vie de 66 heures (ce qui signifie que sa radioactivité a baissé de moitié après trois jours). À cause du processus d'appauvrissement, il est essentiel que le curie soit livré rapidement aux clients. Le niveau d'activité du moly 99 est mesuré en curies. MDS Nordion, seul client d'EACL, vend 4 600 curies de six jours par semaine—60 % du marché mondial. Nordion a une capacité de relève de 1 100 curies de six jours grâce à un marché conclu avec une entreprise sous-traitante en Afrique du Sud et à ses laboratoires en propriété exclusive, en Belgique. Toutefois, en cas de grève ou de lock-out à Chalk River, la production perdue ne pourrait être entièrement comblée par cette capacité de relève en raison de la pénurie de l'offre mondiale. À la suite d'une grève ou d'un lock-out, une dizaine de jours de production seraient nécessaires pour que les livraisons reprennent normalement.

Des médecins spécialisés en médecine nucléaire pratiquant à Montréal et à London (Ontario) ont été assignés pour le compte d'EACL. Leur témoignage a porté sur l'utilisation des produits fabriqués par EACL tant à des fins diagnostiques que thérapeutiques, notamment dans des grains radioactifs pour le traitement du cancer de la prostate, la détection et le traitement du cancer de la thyroïde, la détection des coronopathies et des tumeurs au cerveau. L'un d'eux a déclaré qu'à court terme, la médecine nucléaire finira par devenir la forme dominante d'imagerie biomédicale. Selon un autre médecin, dans la pratique actuelle, laquelle tient compte des coûts et des complications possibles, les interventions sont seulement pratiquées après que l'imagerie a confirmé l'existence d'une affection. Enfin, les travailleurs d'EACL ont fait la grève en 1997 et en 1998—pendant six jours chaque fois—aucune d'elles n'ayant apparemment eu d'incidence grave sur la santé des Canadiens.

Le Conseil a estimé que selon les éléments de preuve, «il est certain que le public aura besoin d'actes de médecine nucléaire pendant une grève ou un lock-out et qu'il courra un risque si ces services médicaux lui sont retirés». Ce n'est pas parce qu'EACL ne contrôle pas toutes les étapes de la production des radioisotopes que ses produits sont moins indispensables à la santé et à la sécurité du public. Le Conseil a conclu que l'argument fondé sur la chaîne de causalité invoqué par le syndicat devrait être rejeté et qu'EACL n'avait pas à produire une preuve sur toutes les étapes intermédiaires indispensables à la mise en marché de ses produits.

S'agissant de la question de l'imminence, le syndicat a fait valoir un point de vue historique: par le passé, les grèves

of short duration and not had a negative impact upon the public. On the other hand, AECL's arguments looked to the future: nuclear medicine has become such an essential part of medical practice that there is no turning back and the availability of radioisotope treatments must be ensured.

The Board wrote that it would not "stumble on the semantics of the wording of the *Code*, but adopt a purposive view as suggested by the unions". In using the word "immediate", the statute was not to be interpreted as meaning a few hours. As noted by AECL, the French version is not "*immédiat*" but "*imminent*". While the danger must not merely be an inconvenience, it need not appear very shortly, or in French "*incessamment*".

Before the Federal Court of Appeal, the thrust of applicant's submissions was that the Board erred in concluding that a serious danger would result should a strike interrupt production at Chalk River and that the danger would be immediate. The Professional Institute of the Public Service of Canada (PIPSC), although named as a respondent, argued that the Board had breached natural justice in not permitting it—and the other respondents—to respond to AECL's submissions on the meaning of the English word "immediate" and the French word "*imminent*". It was further argued by PIPSC and applicant that the Board erred in failing to attribute a temporal aspect to "immediate", choosing instead to define it as meaning a situation that presents danger. If the product shortage will not affect hospitals until 10 or 12 days after commencement of a strike, how can the serious danger be said to be "immediate"?

Held, the application should be dismissed.

It was important to note that while the Board in discussing subsection 87.4(6) used the words "would pose", the words used in the statute were "could pose" (English) and "*pourrait constituer*" (French), thus requiring less certainty on the Board's part in finding the existence of an immediate and serious danger. This Court has held "would" to suggest "probability", "could" only "mere" possibility.

Whether particular circumstances "could pose" a serious danger was a question of fact squarely within the Board's purview and the Court ought not intervene unless the evidence was incapable of supporting the Board's finding.

déclenchées à EACL ont été de courte durée et n'ont eu aucune conséquence négative sur le public. Par ailleurs, les arguments d'EACL sont tournés vers l'avenir: la médecine nucléaire est devenue un élément si fondamental de la médecine qu'on ne saurait revenir en arrière et qu'il faut veiller à maintenir les traitements aux radioisotopes.

Le Conseil a écrit qu'il ne «trébuchera[it] pas sur la sémantique du libellé du Code, mais optera[it] pour l'interprétation téléologique préconisée par les syndicats». L'emploi du mot «imminent» dans la loi n'était pas censé signifier quelques heures. Comme l'a signalé EACL, ce n'est pas le mot «immédiat» qui figure dans la version française, mais le mot «imminent». Même si le risque ne doit pas seulement incommoder le public, il n'est pas nécessaire qu'il se manifeste dans un très bref délai ou «incessamment» comme on dirait en français.

Devant la Cour d'appel fédérale, la demanderesse a soutenu essentiellement que le Conseil avait commis une erreur en concluant qu'une grève suspendant la production à Chalk River poserait un risque grave et que ce risque serait imminent. L'Institut professionnel de la fonction publique du Canada (IPFPC), même s'il a comparu à titre d'intimé, a allégué que le Conseil avait violé les règles de justice naturelle en lui refusant—ainsi qu'aux autres intimés—la possibilité de répondre aux prétentions d'EACL en ce qui a trait au sens du mot «*immediate*» et au sens du mot français «imminent». L'IPFPC et la demanderesse ont en outre allégué que le Conseil avait commis une erreur en ne reconnaissant pas l'aspect temporel du mot «imminent», mais en décidant plutôt de le définir comme s'entendant d'une situation qui présente un risque. Si la pénurie de produits ne se répercute sur les hôpitaux qu'une dizaine de jours après le début de la grève, comment le risque grave peut-il être considéré comme «imminent»?

Arrêt: la demande est rejetée.

Il importait de signaler que même si dans son examen du paragraphe 87.4(6), le Conseil a utilisé le mot «poserait», les termes figurant dans la loi étaient «*could pose*» (en anglais) et «*pourrait constituer*» (en français), ce qui exigerait donc du Conseil un degré de certitude moindre pour conclure à l'existence d'un risque imminent et grave. La Cour a conclu que le mot «*would*» laisse entendre l'existence d'une «probabilité» et «*could*», l'existence d'une «simple» possibilité.

La question de savoir si les circonstances particulières «pourraient constituer» un risque grave est une question de fait qui relève strictement de la compétence du Conseil et la Cour ne doit pas intervenir à moins que la preuve ne puisse étayer la conclusion du Conseil.

Applicant argued that, while there was much evidence regarding the medical use of radioisotopes, no witness had testified as to the actual impact of the interruption of their supply a public health and safety. It was, however, hard to understand applicant's submissions that there was no evidence to support the Board's conclusion or that it was unreasonable given the ample evidence of serious danger to the public that was brought before the Board.

As to the immediacy of the serious danger, at first glance it did appear that the Board had eliminated the temporal element which might have been thought to attach to "immediate", but it is obvious from *Le Nouveau Petit Robert* (a French dictionary), consulted by the Board, that "imminent" does have a temporal dimension. The English and French wording of the statute can be reconciled: in the context of the subsection, both must mean that the danger must occur soon or within a short time. The Board's words, that the danger need not appear very shortly, if taken literally, would go too far but what it meant was that the danger need not appear right now or within a few days. The decision should not be taken as suggesting that danger can occur at any time in the future. There was evidence on which the Board could conclude that a danger occurring 10-12 days after a strike began was one that would occur soon or within a short period of time. Such conclusion could not be characterized as unreasonable.

The PIPSC submission concerning breach of natural justice amounting to jurisdictional error, could not succeed. While the Board refused to hear its arguments in response to AECL's reply submission regarding the dictionary definition of "imminent", a matter significant to the outcome of the case, the Board already had plenty of evidence on this, including the definition found in *Le Nouveau Petit Robert*. The Board should have allowed counsel for the bargaining units to respond and that would have avoided the present debate. But the error was not such as to justify setting aside the decision and referring it back.

Selon la demanderesse, même s'il existait beaucoup d'éléments de preuve concernant l'utilisation médicale des radioisotopes, aucun témoin n'a été entendu quant au véritable impact de l'interruption de la production de ceux-ci sur la santé et la sécurité du public. Il a été cependant difficile de comprendre les allégations de la demanderesse selon lesquelles la conclusion du Conseil n'était pas étayée par la preuve ou n'était pas raisonnable, car la preuve dont le Conseil a été saisi fournissait un appui solide à la conclusion d'un risque grave pour le public.

Quant à la question de l'imminence du risque grave, à première vue, il a semblé que le Conseil avait éliminé le sens temporel que l'on pourrait penser rattaché au mot «imminent», mais il est évident, d'après *Le Nouveau Petit Robert* (dictionnaire français), consulté par le Conseil, que le mot «imminent» possède vraiment une dimension temporelle. Il est possible de concilier les libellés anglais et français de la loi: dans le contexte du paragraphe, les deux mots doivent nécessairement signifier que le risque grave doit se manifester bientôt ou dans un court délai. L'énoncé du Conseil selon lequel il n'est pas nécessaire que le risque se manifeste dans un très bref délai, si on l'interprète littéralement, irait trop loin, mais il signifiait qu'il n'est pas nécessaire que le risque se manifeste immédiatement ou d'ici quelques jours. Il ne faut pas interpréter la décision comme signifiant que le risque peut se manifester à tout moment dans l'avenir. Compte tenu de la preuve, le Conseil pouvait conclure qu'un risque se manifestant de dix à douze jours après le déclenchement d'une grève constituait un risque qui se manifesterait bientôt ou dans un court délai. Cette conclusion ne pouvait être qualifiée de déraisonnable.

L'observation formulée par l'IPFPC selon laquelle la violation des règles de justice naturelle équivalait à une erreur juridictionnelle est rejetée. Même si le Conseil a refusé d'entendre les prétentions formulées par l'IPFPC en réponse aux observations d'EACL concernant la définition du mot «imminent» figurant dans le dictionnaire, question importante pour l'issue de l'affaire, il disposait déjà d'une preuve suffisante sur ce point, notamment de la définition contenue dans *Le Nouveau Petit Robert*. Le Conseil aurait dû donner à l'avocat des unités de négociation la possibilité de répondre, cela aurait permis d'éviter le présent débat. Cependant, l'erreur ne permettait pas d'annuler la décision du Conseil et de lui renvoyer la question.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 48, 87.4
(as enacted by S.C. 1998, c. 26, s. 37).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 48,
87.4 (édité par L.C. 1998, ch. 26, art. 37).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General), 2002 FCA 470; [2002] F.C.J. No. 1658 (C.A.) (QL).

AUTHORS CITED

Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1993, "imminent".

Roget's Thesaurus. London: Pan Reference Books, 1952, "immediate".

APPLICATION for judicial review of a decision of the Canada Industrial Relations Board (*Atomic Energy of Canada Limited*, [2001] CIRB no. 122) concluding that a strike at Atomic Energy of Canada's Chalk River medical isotopes facility would pose an immediate and serious danger to public health or safety within the meaning of *Canada Labour Code*, section 87.4. Application dismissed.

APPEARANCES:

David Yazbeck for applicant.

Robert Monette for respondent Atomic Energy of Canada Limited.

Christopher Rootham for respondent Professional Institute of the Public Service of Canada (Chalk River Professional Employees Group).

No one appearing for respondent Chalk River Nuclear Operators (Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000).

SOLICITORS OF RECORD:

Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa, for applicant.

Ogilvy Renault, Montréal, for respondent Atomic Energy of Canada Limited.

Nelligan O'Brien Payne LLP, Ottawa, for respondent Professional Institute of the Public Service of Canada (Chalk River Professional Employees Group).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général), 2002 CAF 470; [2002] A.C.F. n° 1658 (C.A.) (QL).

DOCTRINE

Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris: Dictionnaires Le Robert, 1993, «imminent».

Roget's Thesaurus, London: Pan Reference Books, 1952, «immediate».

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du Conseil canadien des relations industrielles (*Énergie atomique du Canada Limitée*, [2001] CCRI n° 122) selon laquelle une grève aux laboratoires d'Énergie atomique du Canada à Chalk River, où sont produits des isotopes médicaux, poserait des risques imminents et graves pour la sécurité ou la santé du public au sens de l'article 87.4 du *Code canadien du travail*. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

David Yazbeck pour la demanderesse.

Robert Monette pour le défendeur Énergie atomique du Canada Limitée.

Christopher Rootham pour le défendeur l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada (Chalk River Professional Employees Group).

Personne n'a comparu pour le défendeur Chalk River Nuclear Operators (Power Workers' Union, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa, pour la demanderesse.

Ogilvy Renault, Montréal, pour le défendeur Énergie atomique du Canada Limitée.

Nelligan O'Brien Payne s.r.l., Ottawa, pour le défendeur Institut professionnel de la fonction publique du Canada (Chalk River Professional Employees Group).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NADON J.A.: This is an application for judicial review of a decision of the Canada Industrial Relations Board (the Board) dated June 22, 2001 [*Atomic Energy of Canada Limited*, [2001] CIRB no. 122]. Before the Board was an application by Atomic Energy of Canada Ltd. (AECL) under section 87.4 of the *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2 (as enacted by S.C. 1998, c. 26, s. 37)] (the Code) with respect to the maintenance of essential services at its Chalk River laboratories in Ontario (Chalk River) during a strike or lockout. The Board concluded that the interruption of production of medical isotopes at Chalk River by reason of a strike or lockout would pose an immediate and serious danger to the safety or health of the public.

[2] At issue before us is whether the Board erred in concluding that a strike or lockout would lead to a serious danger and that the danger would be “immediate” within the meaning of subsection 87.4(6) of the Code.

[3] The applicant is one of three bargaining units at Chalk River to have given notice to AECL to bargain for the revision of its collective agreement. The applicant and the two other bargaining units, namely the Professional Institute of the Public Service of Canada (Chalk River Professional Employees Group) (PIPSC) and the Chalk River Nuclear Operators (Power Workers’ Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000) were respondents before the Board on AECL’s application under subsection 87.4(4) of the Code.

[4] The applicant seeks an order setting aside the Board’s decision. In its judicial review application, the applicant sets forth eight grounds of review, which can be boiled down to the following propositions:

(i) The Board erred in that its decision was based upon evidence which was not before it. As a result, the applicant submits that the Board exceeded its jurisdiction.

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

[1] LE JUGE NADON, J.C.A.: Il s’agit d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision du Conseil canadien des relations industrielles (le Conseil) datée du 22 juin 2001 [*Énergie atomique du Canada Limitée*, [2001] CCRI n° 122]. Le Conseil était saisi d’une demande, présentée par Énergie atomique du Canada Ltée (EACL) en vertu de l’article 87.4 du *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), ch. L-2 (édicte par L.C. 1998, ch. 26, art. 37)] (le Code), portant sur le maintien des services essentiels à ses laboratoires de Chalk River en Ontario (Chalk River) en cas de grève ou de lock-out. Le Conseil a conclu que l’interruption de la production d’isotopes médicaux à Chalk River, en raison d’une grève ou d’un lock-out, poserait des risques imminents et graves pour la sécurité ou la santé du public.

[2] Il s’agit de savoir si le Conseil a commis une erreur en concluant qu’une grève ou un lock-out constituerait un risque grave, et que ce risque serait «imminent» au sens du paragraphe 87.4(6) du Code.

[3] La demanderesse est l’une des trois unités de négociation de Chalk River ayant donné à EACL un avis de négocier en vue de la révision de sa convention collective. La demanderesse et les deux autres unités de négociation, à savoir l’Institut professionnel de la fonction publique du Canada (Groupe des employés professionnels de Chalk River) (IPFPC) et le Chalk River Nuclear Operators (Power Workers’ Union, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000) étaient intimés dans la demande soumise au Conseil par EACL en vertu du paragraphe 87.4(4) du Code.

[4] La demanderesse sollicite une ordonnance annulant la décision du Conseil. Dans sa demande de contrôle judiciaire, elle expose huit motifs de révision qu’on peut ramener aux propositions suivantes:

i) Le Conseil a commis une erreur en ce que sa décision était fondée sur des éléments de preuve qui ne lui ont pas été soumis. En conséquence, la demanderesse soutient que le Conseil a outrepassé sa compétence.

(ii) The Board's interpretation of section 87.4 of the Code is patently unreasonable in that the Board interpreted the Code in a manner which its words cannot bear, in a manner inconsistent with the purposes of the Code and in a manner not based on the evidence before it.

(iii) The Board erred in adopting a broad approach as to what services would be deemed to be essential and engaged in a balancing approach under section 87.4. The applicant again submits that the language of the Code cannot possibly bear this interpretation. The applicant submits that the Board was required to interpret section 87.4 narrowly in order to maximize collective bargaining rights. In that context, the balancing of interests, as well as the Board's concerns regarding the health system, were irrelevant considerations.

(iv) There was no evidence before the Board which could support its conclusions. Specifically, the applicant says that there was no evidence whatsoever upon which the Board could find that there was a serious and immediate danger.

[5] PIPSC appears in these proceedings as a respondent, although it supports in every respect the position taken by the applicant. In its memorandum of fact and law and orally before us, the PIPSC limited its submissions to what it characterized as the Board's patently unreasonable interpretation of the word "immediate" in section 87.4 of the Code, and to the Board's breach of natural justice when it refused to allow its counsel to respond to AECL's submissions concerning the meaning of the word "immediate", and in particular, the meaning of the word "*imminent*" used in the French version of section 87.4.

[6] Before dealing with the applicant's and PIPSC's submissions, a review of the proceedings which led to the Board's decision and of the relevant facts will be helpful in order to properly understand the Board's decision, and in particular, the findings of fact and the conclusions which the applicant and PIPSC now challenge. The facts, on the whole, are not disputed.

ii) La façon dont le Conseil a interprété l'article 87.4 du Code est manifestement déraisonnable en ce qu'il lui donne une interprétation que son libellé ne commande point, qui est incompatible avec l'objet du Code et qui n'est pas fondée sur les éléments de preuve dont il était saisi.

iii) Le Conseil a commis une erreur en adoptant une approche générale quant aux services qui seraient réputés essentiels et a ainsi appliqué une méthode de pondération à l'article 87.4. Encore là, la demanderesse soutient que le texte du Code ne peut permettre cette interprétation. Elle fait valoir que le Conseil devait interpréter l'article 87.4 de façon restrictive afin de maximiser les droits à la négociation collective. Dans ce contexte, la pondération des intérêts et les préoccupations du Conseil à l'égard du système de santé étaient des facteurs non pertinents.

iv) Le Conseil ne disposait d'aucun élément de preuve lui permettant d'étayer ses conclusions. En particulier, la demanderesse affirme qu'aucun élément de preuve ne permettait au Conseil de conclure à l'existence d'un risque imminent et grave.

[5] L'IPFPC comparaît à titre de défendeur dans la présente instance, même s'il appuie en tout point la position de la demanderesse. Dans son mémoire des faits et du droit et dans son argumentation orale devant notre Cour, l'IPFPC a limité ses prétentions à l'interprétation, manifestement déraisonnable selon lui, que le Conseil donne du mot «imminent» contenu à l'article 87.4 du Code, et à la violation des règles de justice naturelle que le Conseil aurait commise en refusant à son avocat la possibilité de répondre aux prétentions d'AECL au sujet du sens du mot «*immediate*», et en particulier, du sens du mot «imminent» employé dans la version française de l'article 87.4.

[6] Avant d'examiner les prétentions de la demanderesse et de l'IPFPC, il est utile de revoir les faits pertinents et les procédures ayant mené à la décision du Conseil de façon à bien comprendre cette décision et, en particulier, les constatations de fait et les conclusions que la demanderesse et l'IPFPC contestent en l'espèce. Dans l'ensemble, les faits ne sont pas contestés.

PROCEEDINGS BEFORE THE BOARD

[7] On March 14, 2000, pursuant to section 48 of the Code, the United Steelworkers of America, Local 1568, the former certified bargaining agent for the Chalk River technicians and technologists, gave notice to AECL to commence collective bargaining for the purpose of entering into a collective agreement. On March 29, 2000, pursuant to subsection 87.4(2) of the Code, AECL gave notice to the bargaining agent that approximately 45 employees in the bargaining unit were to be designated in respect of the maintenance of essential services.

[8] On July 7, 2000, the applicant, by then the new bargaining agent for the Chalk River technicians and technologists, notified AECL of its intent to bargain for a new collective agreement, which notice AECL acknowledged by letter dated July 14, 2000, and in which it reiterated the notice previously given pursuant to subsection 87.4(2) of the Code. As the parties were unable to agree with respect to essential services, AECL, on July 20, 2000, served a notice of dispute on the applicant.

[9] On August 4, 2000, AECL filed an application under subsection 87.4(4) of the Code, requesting the Board to decide the issue of essential services in respect of the production of medical isotopes at Chalk River. AECL submitted that the production of isotopes at Chalk River had to be continued to prevent an immediate and serious danger to the safety and health of thousands of medical patients every day in Canadian hospitals and clinics, as well as in the United States of America, Japan and the rest of the world.

[10] It was agreed before the Board by all parties that the Board would firstly decide whether the interruption of production of medical isotopes by reason of a strike or lockout would pose "an immediate and serious danger to the safety or health of the public". The parties agreed to defer to a later date the question pertaining to the designation of the employees required to ensure the uninterrupted production of the medical isotopes.

[11] On June 22, 2001, the Board concluded that a strike or lockout at Chalk River would pose an

LES PROCÉDURES DEVANT LE CONSEIL

[7] Le 14 mars 2000, conformément à l'article 48 du Code, l'ancien agent négociateur des techniciens et technologues de Chalk River, les Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 1568, a transmis à EACL un avis de négociation collective en vue de la conclusion d'une convention collective. Le 29 mars 2000, conformément au paragraphe 87.4(2) du Code, EACL a avisé l'agent négociateur qu'environ 45 employés de l'unité de négociation devaient être désignés pour le maintien des services essentiels.

[8] Le 7 juillet 2000, la demanderesse, devenue le nouvel agent négociateur des techniciens et technologues de Chalk River, a avisé EACL de son intention de négocier en vue d'une nouvelle convention collective, avis dont EACL a accusé réception par lettre datée du 14 juillet 2000 dans laquelle elle a réitéré l'avis antérieurement donné en application du paragraphe 87.4(2) du Code. Les parties n'ayant pu s'entendre sur la question des services essentiels, EACL a signifié à la demanderesse un avis de différend le 20 juillet 2000.

[9] Le 4 août 2000, EACL a déposé une demande en vertu paragraphe 87.4(4) du Code afin que le Conseil tranche la question des services essentiels à l'égard de la production d'isotopes médicaux à Chalk River. EACL a fait valoir que la production d'isotopes à Chalk River devait être maintenue pour prévenir les risques imminents et graves pour la santé et la sécurité des milliers de patients qui fréquentent quotidiennement les hôpitaux et les cliniques du Canada, des États-Unis, du Japon et du reste du monde.

[10] Toutes les parties ont convenu devant le Conseil que ce dernier trancherait tout d'abord la question de savoir si, en raison d'une grève ou d'un lock-out, l'interruption de la production d'isotopes médicaux constituerait «un risque imminent et grave pour la sécurité ou la santé du public». Elles ont convenu de reporter à une date ultérieure la question liée à la désignation des employés nécessaires à la production ininterrompue d'isotopes médicaux.

[11] Le 22 juin 2001, le Conseil a conclu qu'une grève ou un lock-out à Chalk River poserait un risque

immediate and serious danger to the safety or health of the public if AECL's production of medical isotopes was interrupted.

[12] Before turning to the facts, I will reproduce section 87.4 of the Code, which is at the core of the debate between the parties:

87.4 (1) During a strike or lockout not prohibited by this Part, the employer, the trade union and the employees in the bargaining unit must continue the supply of services, operation of facilities or production of goods to the extent necessary to prevent an immediate and serious danger to the safety or health of the public.

(2) An employer or a trade union may, no later than fifteen days after notice to bargain collectively has been given, give notice to the other party specifying the supply of services, operation of facilities or production of goods that, in its opinion, must be continued in the event of a strike or a lockout in order to comply with subsection (1) and the approximate number of employees in the bargaining unit that, in its opinion, would be required for that purpose.

(3) Where, after the notice referred to in subsection (2) has been given, the trade union and the employer enter into an agreement with respect to compliance with subsection (1), either party may file a copy of the agreement with the Board. When the agreement is filed, it has the same effect as an order of the Board.

(4) Where, after the notice referred to in subsection (2) has been given, the trade union and the employer do not enter into an agreement, the Board shall, on application made by either party no later than fifteen days after notice of dispute has been given, determine any question with respect to the application of subsection (1).

(5) At any time after notice of dispute has been given, the Minister may refer to the Board any question with respect to the application of subsection (1) or any question with respect to whether an agreement entered into by the parties is sufficient to ensure that subsection (1) is complied with.

(6) Where the Board, on application pursuant to subsection (4) or referral pursuant to subsection (5), is of the opinion that a strike or lockout could pose an immediate and serious danger to the safety or health of the public, the Board, after providing the parties an opportunity to agree, may, by order,

(a) designate the supply of those services, the operation of those facilities and the production of those goods that it

imminent et grave pour la sécurité ou la santé du public si la production d'isotopes médicaux par EACL était interrompue.

[12] Avant d'examiner les faits, je reproduis l'article 87.4 du Code, lequel se trouve au centre du débat entre les parties:

87.4 (1) Au cours d'une grève ou d'un lock-out non interdits par la présente partie, l'employeur, le syndicat et les employés de l'unité de négociation sont tenus de maintenir certaines activités—prestation de services, fonctionnement d'installations ou production d'articles—dans la mesure nécessaire pour prévenir des risques imminents et graves pour la sécurité ou la santé du public.

(2) L'employeur ou le syndicat peut, au plus tard le quinzième jour suivant la remise de l'avis de négociation collective, transmettre à l'autre partie un avis pour l'informer des activités dont il estime le maintien nécessaire pour se conformer au paragraphe (1) en cas de grève ou de lock-out et du nombre approximatif d'employés de l'unité de négociation nécessaire au maintien de ces activités.

(3) Si, après remise de l'avis mentionné au paragraphe (2), les parties s'entendent sur la façon de se conformer au paragraphe (1), l'une ou l'autre partie peut déposer une copie de l'entente auprès du Conseil. L'entente, une fois déposée, est assimilée à une ordonnance du Conseil.

(4) Si, après remise de l'avis mentionné au paragraphe (2), les parties ne s'entendent pas sur la façon de se conformer au paragraphe (1), le Conseil, sur demande de l'une ou l'autre partie présentée au plus tard le quinzième jour suivant l'envoi de l'avis de différend, tranche toute question liée à l'application du paragraphe (1).

(5) En tout temps après la remise de l'avis de différend, le ministre peut renvoyer au Conseil toute question portant sur l'application du paragraphe (1) ou sur la capacité de toute entente conclue par les parties de satisfaire aux exigences de ce paragraphe.

(6) Saisi d'une demande présentée en vertu du paragraphe (4) ou d'un renvoi en vertu du paragraphe (5), le Conseil, s'il est d'avis qu'une grève ou un lock-out pourrait constituer un risque imminent et grave pour la sécurité ou la santé du public, peut—après avoir accordé aux parties la possibilité de s'entendre—rendre une ordonnance—:

a) désignant les activités dont il estime le maintien nécessaire en vue de prévenir ce risque;

considers necessary to continue in order to prevent an immediate and serious danger to the safety or health of the public;

(b) specify the manner and extent to which the employer, the trade union and the employees in the bargaining unit must continue that supply, operation and production; and

(c) impose any measure that it considers appropriate for carrying out the requirements of this section.

(7) On application by the employer or the trade union, or on referral by the Minister, during a strike or lockout not prohibited by this Part, the Board may, where in the Board's opinion the circumstances warrant, review and confirm, amend or cancel an agreement entered into, or a determination or order made, under this section and make any orders that it considers appropriate in the circumstances.

(8) Where the Board is satisfied that the level of activity to be continued in compliance with subsection (1) renders ineffective the exercise of the right to strike or lockout, the Board may, on application by the employer or the trade union, direct a binding method of resolving the issues in dispute between the parties for the purpose of ensuring settlement of a dispute.

FACTS

[13] AECL is a Crown corporation and is known internationally, *inter alia*, for its successful development of the CANDU (Canadian Deuterium Uranium) nuclear reactor, a heavy-water reactor. The CANDU is designed to produce electricity and is used, among others, by Hydro Quebec and Ontario Hydro. In addition, AECL oversees the construction of nuclear reactors on a world-wide basis.

[14] In 1957, AECL constructed a research reactor at Chalk River, the National Research Universal reactor (the NRU), to support the improvement of designs, materials and fuels, as well as for training purposes. The NRU does not produce electricity, although it provides support for research and development in respect of CANDU reactors, and it also assists research by universities and the National Research Council.

[15] For the purposes of these proceedings, the relevant aspect of the NRU is that it produces 60% of

b) précisant de quelle manière et dans quelle mesure l'employeur, le syndicat et les employés membres de l'unité de négociation doivent maintenir ces activités;

c) prévoyant la prise de toute mesure qu'il estime indiquée à l'application du présent article.

(7) Sur demande présentée par le syndicat ou l'employeur, ou sur renvoi fait par le ministre, au cours d'une grève ou d'un lock-out non interdits par la présente partie, le Conseil peut, s'il estime que les circonstances le justifient, réexaminer et confirmer, modifier ou annuler une entente, une décision ou une ordonnance visées au présent article. Le Conseil peut en outre rendre les ordonnances qu'il juge indiquées dans les circonstances.

(8) Sur demande présentée par le syndicat ou l'employeur, le Conseil, s'il est convaincu que le niveau d'activité à maintenir est tel qu'il rend inefficace le recours à la grève ou au lock-out, peut, pour permettre le règlement du différend, ordonner l'application d'une méthode exécutoire de règlement des questions qui font toujours l'objet d'un différend.

LES FAITS

[13] EACL est une société d'État connue internationalement, entre autres pour la production du réacteur nucléaire CANDU (Canada Deutérium Uranium), réacteur à eau lourde ayant obtenu un grand succès. Le CANDU est conçu pour produire de l'électricité et il est notamment employé par Hydro-Québec et Hydro-Ontario. En outre, EACL supervise la construction de réacteurs nucléaires à travers le monde.

[14] En 1957, EACL a construit un réacteur de recherche à Chalk River, le réacteur national de recherche universel (le NRU), pour faciliter l'amélioration de la conception, des matériaux et des combustibles de réacteurs nucléaires ainsi que pour donner de la formation. Le réacteur NRU ne génère pas d'électricité, quoiqu'il serve de plate-forme de recherche et de développement pour les réacteurs CANDU et qu'il soit utilisé dans le contexte de la recherche effectuée dans les universités et au Conseil national de recherches.

[15] Pour les fins de la présente instance, l'aspect pertinent du NRU est qu'il produit 60 % de la

the world's molybdenum-99 (moly-99) supply used for the production of medical radioisotopes. Radioisotopes are forms of chemical elements that are radioactive and that are not naturally occurring. The primary use for these products is in nuclear medicine, i.e. radiopharmaceuticals and cancer treatment and in industrial irradiation for microbial control. This case is only concerned with the medical use of the isotopes.

[16] Only small amounts of radioisotopes or radiopharmaceuticals are required in nuclear medicine in order to diagnose and treat diseases. The isotopes are useful in that they appear in X-rays or similar procedures and they are used to deliver direct radiation therapy to cancerous cells.

[17] Moly-99 is used to produce technetium-99m, an isotope which forms the raw material of most of the radiopharmaceutical products used in the diagnostic procedures of major organs and bones. In addition to moly-99, the NRU produces a number of other radioisotopes used in nuclear medicine. Xenon-133 is used for lung ventilation studies. Iodine-131 is used for the diagnosis and treatment of thyroid conditions, and iodine-125 is used for radioimmunoassays and for certain cancers.

[18] In Canada, only AECL produces moly-99, xenon-133, iodine-131 and iodine-125, and it is the largest manufacturer and supplier of these isotopes in the world. Approximately 65,000 people a day are treated by procedures using radiopharmaceuticals derived from moly-99 and millions of medical tests using xenon-133, iodine-131 and iodine-125 are performed every year.

[19] AECL has only one customer, MDS Nordion (Nordion), also a Crown corporation. AECL's production of moly-99 is geared to meet Nordion's commitments to hospitals and radiopharmacies around the world. Nordion purchases moly-99 and the other radioisotopes from AECL in an unfinished and unpurified form and, after purifying and packaging the

production mondiale de molybdène 99 (moly 99), métal servant de matière première pour la production de radioisotopes médicaux. Les radioisotopes sont des éléments chimiques radioactifs qui n'existent pas à l'état naturel. Ils sont essentiellement utilisés en médecine nucléaire, c.-à-d. dans les préparations radiopharmaceutiques et le traitement du cancer ainsi qu'en irradiation industrielle dans la lutte anti-microbienne. En l'espèce, seule l'utilisation médicale des isotopes est en cause.

[16] En médecine nucléaire, seules d'infimes quantités de radioisotopes ou de produits radiopharmaceutiques sont nécessaires au diagnostic et au traitement des diverses affections. Les isotopes sont utiles en ce qu'ils sont visibles dans les radiographies ou dans d'autres outils de diagnostic analogues et qu'ils sont utilisés dans la radiothérapie directe de cellules cancéreuses.

[17] On se sert du moly 99 pour produire le technétium 99m, isotope constituant la matière première de la majorité des produits radiopharmaceutiques utilisés pour le diagnostic des affections des principaux organes et des structures osseuses de l'organisme. Outre le moly 99, le NRU produit de nombreux autres radioisotopes utilisés en médecine nucléaire. Le xénon 133 est utilisé dans l'étude de la fonction pulmonaire tandis qu'on emploie l'iode 131 pour le diagnostic et le traitement des affections de la thyroïde et que l'iode 125 est employé dans les radio-immunoessais et le traitement de certaines formes de cancer.

[18] Au Canada, seule EACL produit le moly 99, le xénon 133, l'iode 131 et l'iode 125 dont elle est le plus gros producteur et fournisseur mondial. Environ 65 000 personnes par jour bénéficient d'actes faisant appel à des produits radiopharmaceutiques dérivés du moly 99 et des millions d'analyses médicales par année ont recours au xénon 133, à l'iode 131 et à l'iode 125.

[19] EACL n'a qu'un seul client, MDS Nordion (Nordion), qui est également une société d'État. EACL adapte sa production de moly 99 pour que Nordion puisse s'acquitter de ses engagements envers les hôpitaux et radiopharmacies du monde entier. Le moly 99 et les autres radioisotopes que Nordion achète d'EACL ne sont ni finis ni purifiés, et après avoir purifié

isotopes, sells and ships them in a form usable by pharmaceutical companies as radioactive tags or identifiers on their radiopharmaceutical products. The products are then sold by the pharmaceutical companies to central radiopharmacies and hospitals.

[20] The production process of the isotopes is rather complicated, but the following will suffice for the present purposes. Of the four radioisotopes at issue in these proceedings, moly-99 is by far the most important. I will therefore limit my present discussion to this radioisotope. Isotopes are produced as a result of the interaction of neutrons bombarded inside the reactor. During the irradiation process, there is an exponential buildup of moly-99 inside the reactor. The irradiation process takes between nine and 11 days to reach equilibrium activity, i.e. the saturation point or plateau inside the reactor. At that point, the rate of production of the isotopes is equal to the rate of disintegration, i.e. the point of decay, the process in which radioactive atoms progressively disappear with time. Immediately upon the termination of the irradiation process, the decay process commences.

[21] By reason of the decay process, moly-99 has a half-life of 66 hours, which means that its radioactivity is reduced by half within three days. After a further three days, activity is reduced to one quarter, and so on every third day, until there is no radiation left. The other radioisotopes also have a very short shelf life.

[22] The level of activity of moly-99 is measured in curies. Through AECL's production at Chalk River, Nordion is able to supply and sell to its clients 4600 six-day curies, which represents 60% of the world market. In addition to the Chalk River production, Nordion is able to supply its clients with a backup production of 1100 six-day curies through a sub-contract with a South African producer and through a wholly-owned facility in Belgium. Thus, Nordion's total supply capability is 5700 curies per week. The figure of 4600 curies represents shippable curies after accounting for losses due to processing and decay. The decay factor

et conditionné les isotopes, Nordion les vend et les envoie sous une forme dont les compagnies pharmaceutiques peuvent se servir pour le radiomarquage ou la radioidentification de leurs produits radiopharmaceutiques. Par la suite, les produits sont vendus aux radiopharmacies centrales et aux hôpitaux.

[20] Le processus de production des isotopes est assez compliqué, mais les explications suivantes suffiront pour les fins de l'espèce. Parmi les quatre radioisotopes en litige dans le cadre de la présente instance, le moly 99 est de loin le plus important. Mon analyse se limitera donc à ce radioisotope. Les isotopes sont produits par l'interaction des neutrons bombardés dans le réacteur. Pendant l'irradiation, la concentration de moly 99 dans les cibles est exponentielle. Le processus d'irradiation met entre neuf et 11 jours pour atteindre le point d'équilibre, c.-à-d. le point de saturation ou plateau à l'intérieur du réacteur. Au point de saturation, le taux de production des radioisotopes est égal à leur taux de désintégration, qui est aussi le point d'appauvrissement, processus au cours duquel les atomes cessent graduellement d'être radioactifs. Dès la fin du processus d'irradiation, le processus d'appauvrissement commence.

[21] À cause du processus d'appauvrissement, le moly 99 possède une demi-vie de 66 heures, ce qui signifie que sa radioactivité a baissé de moitié après trois jours. Après trois jours de plus, elle n'est plus que le quart de ce qu'elle était au départ et baisse encore de moitié tous les trois jours jusqu'à ce que l'isotope cesse d'être radioactif. Les autres radioisotopes ont également une durée de vie très courte.

[22] Le niveau d'activité du moly 99 est mesuré en curies. Grâce à la production d'EAEL à Chalk River, Nordion est en mesure de fournir et de vendre 4 600 curies de six jours à ses clients, ce qui représente 60 % du marché mondial. En sus de la production de Chalk River, Nordion peut fournir à ses clients une capacité de relève de 1 100 curies de six jours grâce à un marché conclu avec une entreprise sous-traitante en Afrique du Sud et à ses laboratoires en propriété exclusive, en Belgique. Sa capacité de production totale s'élève donc à 5 700 curies par semaine. Le nombre de 4 600 curies représente les curies livrables compte tenu des pertes

being approximately 20%, Nordion has to produce 6340 curies in order to ship 4600 curies.

[23] The lifespan of a shipped curie is approximately six days and that is measured as of noon on the day of shipment. Consequently, the speed of delivery is extremely important to Nordion's customers because of the decay process. For example, Nordion's shipments to Japan require 25% more product than if the product had been shipped to the United States. The excess will compensate for the decay.

[24] Presently, the world demand for moly-99 in shippable curies is approximately 7320, i.e. 4600 from Nordion and 2720 from all other suppliers. In the event of labour disruption at Chalk River, the maximum backup product which Nordion would be able to obtain from its competitors is 3040 shippable curies. However, during certain periods of the year, that backup production will be reduced to 1240 shippable curies. Consequently, in the event of a strike or lockout, the production at Chalk River could not be entirely compensated by production elsewhere, because of a shortage of world supply.

[25] Should a strike or lockout occur as a result of which all of the moly-99 has been depleted, 10 days of production would be required for Nordion to resume normal shipments to its customers. However, urgent shipments could be effected by Nordion at the end of four days of the resumption of production.

[26] As soon as the product is received by one of Nordion's clients, say a radiopharmaceutical manufacturer in the United States, the product will be transformed into a federal drug agency regulated finished drug, according to its final use, such as a technetium generator, a dose of xenon-133 in a vial ready for patient use, or a capsule of iodine-131 for therapeutic application. At paragraphs 73 to 79 of its reasons, the Board explains the importance and use of technetium generators in nuclear medicine:

Technetium generators are used for medical studies on molybdenum. When a hospital receives a generator, the

résultant du conditionnement et de l'appauvrissement. Le facteur d'appauvrissement étant d'environ 20 %, Nordion doit produire 6 340 curies pour obtenir 4 600 curies livrables.

[23] La durée de vie du curie livré est d'environ six jours, calculés à compter de midi le jour de l'envoi. Conséquemment, il est extrêmement important que le curie soit livré rapidement aux clients de Nordion à cause du processus d'appauvrissement. Par exemple, les conteneurs envoyés au Japon contiennent 25 % de curies de plus que si le produit était livré aux États-Unis. L'excédent compense l'appauvrissement.

[24] Actuellement, la demande mondiale de moly 99 en curies livrables s'élève à environ 7 320, c.-à-d. 4 600 provenant de Nordion et 2 720 de tous les autres fournisseurs. En cas d'interruption de travail à Chalk River, la capacité maximale de relève que Nordion pourrait obtenir de ses concurrents est limitée à 3 040 curies livrables. Toutefois, à certaines périodes de l'année, cette production de relève est réduite à 1 240 curies livrables. Par conséquent, en cas de grève ou de lock-out, la production de Chalk River ne pourrait être entièrement comblée par celle d'ailleurs, en raison d'une pénurie de l'offre mondiale.

[25] Si, à la suite d'une grève ou d'un lock-out, tout le moly 99 s'appauvrissait, une dizaine de jours de production seraient nécessaires pour que Nordion puisse reprendre normalement ses livraisons. Nordion pourrait toutefois effectuer les livraisons urgentes quatre jours après la reprise de la production.

[26] Dès que le produit est reçu par l'un des clients de Nordion, par exemple un fabricant de produits radiopharmaceutiques aux États-Unis, il est transformé en un médicament fini réglementé par la FDA en fonction de son utilisation ultime, soit comme générateur de technétium, comme dose de xénon 133 dans une fiole prête pour les patients ou comme capsule d'iode 131 pour application thérapeutique. Aux paragraphes 73 à 79 de ses motifs, le Conseil explique l'importance et l'utilisation des générateurs de technétium en médecine nucléaire:

Les générateurs de technétium sont utilisés pour les examens médicaux au molybdène. Quand un hôpital reçoit un

amount of technetium on the alumina column is in equilibrium with the molybdenum, that is, the amount of decay in the molybdenum is equal to the amount of technetium to be released. As a saline solution is added, it releases the technetium and depletes the molybdenum. The molybdenum then decays to make more technetium. As the week wears on, the hospital pharmacy will need to elute the technetium more and more frequently in order to get the technetium it needs for its studies.

The use of technetium is managed through a computer program that allows it to dose the concentration of technetium in any one saline vial, based on the size of the generator, that is, the number of curies of molybdenum and how long since it was last eluted. As molybdenum decays rapidly, a 66-hour-old generator will only have half the technetium left three days hence. In North America and Europe, hospitals use their generators for only one week. At the end of the week, there is still some molybdenum present in the generator, but it is no longer used because the concentration of technetium in the saline vial becomes too low to be readily usable to make the drugs. Most hospitals return their expended generator to the manufacturer for recovery of expensive components and receive a new generator in its place. A hospital that uses more than one generator during the week may receive them at different times during the week to maximize its ability to do nuclear medicine as the week goes on. Large US hospitals might get a generator daily. That is why the supply of molybdenum is considered a weekly business in terms of world production numbers.

As a rule, hospitals do not run the capacity of their generator so close to the wire that they are unable to deliver planned diagnoses and treatments. To anticipate delays, there is usually a day or so of flexibility. Extending beyond that time is avoided because the decay and resulting impurities would likely affect its ability to mix with certain agents. The ability to cope would likely depend on the size of the hospital and the size of the generator, but it is unlikely that a generator's use could be extended beyond a third day.

The decay factor also influences the correct amount of technetium that will go into prepared doses. For the radiopharmacist to be able to prepare an appropriate dose of technetium for a scan, the physician must know when the patient is going to be tested so as to order a sufficient amount of technetium in the vial for that dose.

générateur, la quantité de technétium dans la colonne d'aluminium est équilibrée avec celle de molybdène, ce qui revient à dire que l'appauvrissement du molybdène est égal à la quantité de technétium libérable. Avec l'ajout d'une solution saline, le technétium est libéré et le molybdène appauvri. Ensuite, le molybdène s'appauvrit encore et libère plus de technétium. Jusqu'à la fin de la semaine, la pharmacie de l'hôpital doit éluer le technétium de plus en plus souvent afin d'obtenir celui dont elle a besoin pour ses examens.

L'utilisation du technétium est gérée avec un programme informatique permettant de doser sa concentration dans une fiole de saline quelconque en fonction de la grosseur du générateur, autrement dit du nombre de curies de molybdène et du temps écoulé depuis qu'il a été élué. Comme le molybdène s'appauvrit rapidement, un générateur de 66 heures ne contient plus que la moitié de son technétium après trois jours. En Amérique du Nord et en Europe, les hôpitaux utilisent leur générateur une semaine seulement. À la fin de la semaine, il reste encore du molybdène dans le générateur mais ils ne s'en servent plus parce que la concentration de technétium dans la fiole de saline devient trop faible pour qu'on puisse en tirer facilement des médicaments. La plupart des hôpitaux retournent leur générateur appauvri au producteur, qui récupère les composants coûteux en échange d'un nouveau générateur. Ceux qui utilisent plus d'un générateur par semaine peuvent les recevoir à différents jours, pour maximiser leur capacité quotidienne de médecine nucléaire. Les grands hôpitaux américains peuvent recevoir jusqu'à un générateur par jour, et c'est pourquoi l'offre de molybdène est considérée comme une activité hebdomadaire, compte tenu des quantités produites dans le monde entier.

En règle générale, les hôpitaux n'épuisent pas la capacité de leur générateur à un point tel qu'ils seraient incapables de s'acquitter de leurs obligations prévues de diagnostic et de traitement. Pour parer aux retards, ils se gardent habituellement une marge de manœuvre d'environ une journée, mais évitent d'aller au-delà parce que l'appauvrissement (et les impuretés qu'il entraîne) risquent de saper la capacité du technétium de se combiner avec certains agents. L'aptitude à composer avec ces facteurs dépend vraisemblablement de la taille de l'hôpital et de celle du générateur, mais il est peu probable qu'on puisse prolonger l'utilisation d'un générateur au-delà d'un troisième jour de grâce.

L'appauvrissement influe par ailleurs sur la quantité optimale de technétium dans les doses. Pour que le radiopharmacien puisse préparer la dose de technétium nécessaire pour une scintigraphie, le médecin doit savoir exactement quand le patient doit subir l'intervention, afin de pouvoir commander la quantité de technétium suffisante pour cette dose.

The cost of generators is an issue in determining the size of generator that a hospital will use. Small hospitals order smaller generators and large hospitals order larger generators. With the exception of very small hospitals in isolated communities, many hospitals have multiple units at any given time to compensate for a generator breakdown. Some 230 hospitals in Canada use generators.

Central radiopharmacies have in many instances replaced hospital radiopharmacies. The US uses mostly privately operated central radiopharmacies to meet the needs of a number of hospitals as a cost-cutting measure. In Canada, central radiopharmacies tend to be located within centres of excellence, such as university hospitals, which in turn supply services to smaller local hospitals. Exceptionally, Toronto has a private central radiopharmacy operated by Dupont. Canadian demographics are such that it is not cost-effective to establish a central radiopharmacy infrastructure unless there is sufficient population to support it. In the absence of a central pharmacy, generators go directly to a hospital radiopharmacy under the supervision of a radiopharmacist.

The company in Canada that manufactures radiopharmaceuticals other than technetium generators is Draximage. Generators made in the United States are the source of supply of all 230 Canadian institutions. Chalk River supplies 60 per cent of the US molybdenum used in these generators. Moreover, the nature of the supply agreements in Canada provides that most generators shipped into Canada use molybdenum from Chalk River. Mallinckrodt recently sold its Canadian nuclear business to DuPont. Once current contracts using molybdenum from Mallinckrodt lapse, all generators supplied to Canada will eventually use molybdenum from Chalk River. [Emphasis added.]

[27] In the event of a shortage of product, Nordion is bound by its contractual arrangements to allocate supply on the basis of purchasing history. How and to whom radiopharmaceutical manufacturers will supply their production to their clients is not within Nordion's control. Since there is no industry backup plan, each radiopharmaceutical manufacturer must decide, on a case-by-case basis, which hospitals and radiopharmacies will get their supply.

[28] Evidence was adduced by AECL regarding the day-to-day use of radioisotopes in Canadian hospitals.

Leur coût contribue aussi à déterminer la grosseur des générateurs que l'hôpital peut utiliser. Les petits hôpitaux commandent de petits générateurs et les grands hôpitaux, de gros générateurs. Exception faite des très petits hôpitaux des localités isolées, bien des hôpitaux ont toujours plusieurs générateurs pour pouvoir continuer à fonctionner au cas où l'un d'entre eux ferait défaut. Au Canada, quelque 230 hôpitaux utilisent des générateurs.

Dans bien des cas, les radiopharmacies centrales ont remplacé celles des hôpitaux. Aux États-Unis, on a essentiellement recours à des radiopharmacies centrales privées répondant chacune aux besoins de plusieurs hôpitaux, par souci d'économie, mais au Canada, les radiopharmacies centrales sont souvent localisées dans des centres d'excellence (comme les hôpitaux universitaires, qui offrent leurs services aux petits hôpitaux locaux). Le cas de Toronto est exceptionnel, puisqu'il y existe une radiopharmacie centrale exploitée par DuPont. Au Canada, la réalité démographique est telle qu'il ne serait pas rentable de créer une infrastructure de radiopharmacies centrales à moins que la population ne soit suffisante pour le justifier. Quand il n'y a pas de radiopharmacies centrales, les générateurs sont directement expédiés à une radiopharmacie d'hôpital, sous la supervision d'un radiopharmacien.

Au Canada, la seule entreprise qui fabrique des produits radiopharmaceutiques autres que des générateurs de technétium est Draximage. Chacun des 230 établissements canadiens s'approvisionne en générateurs fabriqués aux États-Unis, mais Chalk River fournit 60 p. 100 du molybdène utilisé dans ces générateurs américains. En outre, les accords de fourniture conclus au Canada précisent invariablement que la plupart des générateurs qui y sont expédiés utilisent du molybdène de Chalk River. Mallinckrodt a récemment vendu son volet nucléaire canadien à DuPont. Une fois que les contrats d'utilisation de molybdène seront échus, tous les générateurs livrés au Canada utiliseront le molybdène de Chalk River. [Non souligné dans l'original.]

[27] En cas de pénurie, les marchés que Nordion a conclus l'obligent à répartir son produit en fonction des dossiers d'achat des clients. Nordion n'a aucun contrôle sur la façon dont les fabricants de produits radiopharmaceutiques distribuent leur production à leurs clients. Comme il n'existe pas de plan de prévoyance dans l'industrie, chaque fabricant de produits radiopharmaceutiques doit décider, selon les circonstances, quels hôpitaux et quelles radiopharmacies seront alimentés.

[28] EACL a présenté des éléments de preuve concernant l'utilisation quotidienne de radioisotopes

In that regard, AECL called Dr. Albert A. Driedger, a practising medical doctor and researcher in nuclear medicine at the London Health Sciences Centre in London, Ontario (the London Centre) and Dr. Raymond Taillefer, Chief of Nuclear Medicine at the Centre hospitalier de l'Université de Montréal (the CHUM).

[29] The London Centre is a teaching hospital associated with the University of Western Ontario. It offers a five-year speciality program in the field of nuclear medicine. Five specialists form the nucleus of the hospital's nuclear medicine practice and they are assisted by 20 technologists, trained to assist the physicians in diagnostic and therapeutic procedures.

[30] All London-area hospitals serve a population of approximately one million people and perform approximately 40,000 procedures a year. The London Centre, the main trauma centre, performs about 25,000 nuclear medicine procedures annually and a smaller centre, St. Joseph's Health Centre, performs approximately 15,000 procedures annually. Eighty percent of all of the procedures are diagnostic in nature.

[31] Technetium is used in a number of procedures, both for diagnostic and therapeutic use. Iodine-125 is used exclusively in therapy, for example, in therapy seeds for prostate cancer, a form of radiation oncology. Iodine-131 is used both for diagnostic and therapeutic purposes. For diagnostic purposes, it is administered and measured to make images of the thyroid to discover thyroid cancers. For therapeutic purposes, it serves to treat various forms of thyroid cancer.

[32] The Nuclear Medicine Department at the London Centre deals with emergencies 24 hours a day. For example, the centre treats 20 to 25 patients a week who present themselves with a sudden onset of shortness of breath and pleuritic chest pains. To ascertain the cause of the symptoms, a lung scan is performed so as to distinguish between patients who require anticoagulants for months (i.e. where the patient is suffering from

dans les hôpitaux canadiens. À cet égard, elle a assigné le D^r Albert A. Driedger, médecin praticien et chercheur en médecine nucléaire au Centre des sciences de la santé de London, en Ontario (le Centre de London), et le D^r Raymond Taillefer, chef de la médecine nucléaire au Centre hospitalier de l'Université de Montréal (le CHUM).

[29] Le Centre de London est un hôpital universitaire rattaché à l'Université de Western Ontario. Il offre un programme de spécialisation de cinq ans dans le domaine de la médecine nucléaire. Cinq spécialistes en médecine nucléaire forment le noyau de cette pratique au Centre et une vingtaine de technologues ont été formés pour les aider dans leurs diagnostics et leurs traitements.

[30] Les hôpitaux de London et de la région desservent une population d'environ un million d'habitants et totalisent environ 40 000 actes médicaux par année. Le Centre de London, principal service de traumatologie, exécute annuellement environ 25 000 actes de médecine nucléaire, et le Centre de santé St-Joseph, qui est plus petit, totalise annuellement environ 15,000 actes médicaux. Quatre-vingt pour cent des actes de médecine nucléaire sont des diagnostics.

[31] Le technétium est employé dans un grand nombre d'actes médicaux, tant pour les diagnostics que pour les traitements. L'iode 125 est utilisé exclusivement à des fins thérapeutiques comme dans des grains radioactifs pour le traitement du cancer de la prostate, une forme d'oncologie par rayonnement. L'iode 131 est utilisé à des fins diagnostiques et thérapeutiques. Dans le premier cas, il est administré et mesuré de façon à obtenir des images de la thyroïde en vue d'établir s'il y a cancer, tandis qu'à des fins thérapeutiques, il sert à traiter différentes formes de cancer de la thyroïde.

[32] Le service de médecine nucléaire du Centre de London est ouvert 24 heures sur 24 pour les urgences. Par exemple, le Centre traite entre 20 à 25 patients par semaine qui présentent une dyspnée d'apparition soudaine et des douleurs thoraciques pleurétiques. Pour déterminer la cause des symptômes, on procède à une scintigraphie pulmonaire, ce qui permet de distinguer les patients qui doivent prendre des anticoagulants pendant

pulmonary embolism) or another sort of treatment. Other types of emergencies dealt with by the Department are gastrointestinal bleeding and children whose brain shunt has become obstructed. Emergency situations also present themselves with respect to the treatment of thyroid cancer.

[33] Further, the London Centre does some 50 bone scans per week and the most frequent nuclear medicine procedure pertains to heart examinations. The Centre deals with approximately 60 such cases a week.

[34] According to Dr. Driedger, nuclear medicine is regarded by the profession as the most effective and most cost-effective method to treat patients. In his view, treatment by ways other than nuclear medicine may compromise patients' health because of a less accurate diagnosis or a more risky diagnostic path for the patient. Although Dr. Driedger gave a number of examples to support his view, I need not go into those details.

[35] Dr. Driedger testified that the London Centre receives a technetium generator every Monday morning to carry it through the week. Beyond seven days, however, many of the radiopharmaceutical kits cannot be used because the available technetium is not sufficiently active.

[36] Thus, when there is a shortage of product, scheduling is rearranged and urgent cases are moved ahead and less urgent patients are delayed. Referring physicians will be advised of changes in schedule. In other words, nuclear medicine will shortly come to a halt if moly-99 derived products are not available. Dr. Driedger conceded that some delay is tolerable and that a number of alternatives, where effective, can be used. However, he believes that health care would be compromised, particularly by increasing the backlog of diagnostic and therapeutic procedures.

quelques mois (c.-à-d. lorsque le patient est victime d'une embolie pulmonaire) de ceux à qui il faut un autre traitement. Parmi les autres types d'urgence que le service doit traiter, mentionnons les cas de saignements gastro-intestinaux et ceux des enfants dont le shunt céphalique s'est obstrué. Le traitement du cancer de la thyroïde fait aussi partie des situations d'urgence.

[33] En outre, le Centre de London exécute quelque 50 scintigraphies osseuses par semaine, et la plupart des actes de médecine nucléaire sont liés aux examens cardiaques. Le Centre en effectue environ 60 par semaine.

[34] Selon le D^r Driedger, la profession considère la médecine nucléaire comme la méthode de traitement des patients la plus efficace et la plus rentable. À son avis, les autres méthodes de traitement peuvent compromettre la santé des patients à cause d'un diagnostic moins précis ou d'une démarche de diagnostic plus risquée pour le patient. Le D^r Driedger a présenté un certain nombre d'exemples au soutien de son opinion, mais il est inutile d'entrer dans tous ces détails.

[35] Le D^r Driedger a déclaré que le Centre de London reçoit tous les lundis matin un générateur de technétium qui est censé lui suffire pour la semaine. Au-delà du septième jour, toutefois, de nombreuses trousse radiopharmaceutiques ne peuvent être utilisées parce que le technétium disponible n'est pas suffisamment actif.

[36] Par conséquent, lorsque le Centre est à court de produits, l'horaire de traitement des patients est modifié et les patients dont les besoins sont plus urgents sont traités plus rapidement tandis que les autres traitements sont retardés. Les médecins qui envoient les patients seront prévenus des changements d'horaire. Autrement dit, la médecine nucléaire cessera rapidement ses activités si les produits dérivés du moly 99 viennent à manquer. Le D^r Driedger a admis que certains retards sont tolérables et que l'on pourrait avoir recours à de nombreuses autres méthodes lorsqu'elles sont efficaces. Toutefois, il estime que les soins de santé en souffriraient, en particulier à cause de l'augmentation de l'arriéré dans les diagnostics et les traitements.

[37] In Dr. Driedger's view, nuclear medicine is still growing and will shortly become the leading form of biomedical imaging and in that regard, technetium is the ideal radiopharmaceutical, in that it allows sufficient time for a radiopharmaceutical to be distributed and images taken while decaying very rapidly within the human body. Consequently, the patient is not exposed to long periods of radiation.

[38] I now turn to the evidence concerning the CHUM, the largest department of nuclear medicine in Canada. The CHUM operates as a single hospital and results from the merger of three Montréal hospitals that continue to operate on three separate campuses. Dr. Taillefer heads the three campuses and is assisted by a chief technologist at every campus. Its staff is comprised of 10 full-time specialists in nuclear medicine, 46 technologists and a physicist at each campus. Including administrative and para-medical staff, a total of 63 people work in the department. The CHUM has 23 gamma cameras, three of which are dedicated to research.

[39] Approximately 175 nuclear medicine procedures are performed at the CHUM every day, 40% of which are in nuclear cardiology for the detection of coronary artery disease. Another 40% involves bone scanning and the remainder of procedures involve various types of diseases such as neurological diseases, kidney diseases, urological diseases, infectious diseases and brain tumours. Many of the procedures are elective studies and the patients are scheduled from one to three months ahead of time. Of the 175 daily procedures, between 15 and 25 involve acute-care diagnostic procedures. There are roughly 200 centres in Canada similar to the CHUM, excepting size. The CHUM receives two generators of moly-99 every week, which arrive between 8 a.m. and 10 a.m. on Sunday mornings.

[40] Dr. Taillefer testified that without its moly-99 generators, the department would shut down, since 98% of all procedures performed thereat use technetium-based radio tracers. Since there are no substitutes, the CHUM would have to close its nuclear

[37] Le D^r Driedger estime que la médecine nucléaire continue à se développer, qu'à court terme elle finira par devenir la forme dominante d'imagerie biomédicale et qu'à cet égard, le technétium est le produit radiopharmaceutique idéal en ce que sa demi-vie est suffisamment longue pour qu'il puisse être dispensé et les images prises, mais qu'il s'appauvrit rapidement dans l'organisme. Le patient n'est donc pas exposé au rayonnement très longtemps.

[38] Examinons maintenant les éléments de preuve concernant le CHUM, dont le département de médecine nucléaire est le plus grand au Canada. Le CHUM fonctionne comme un seul et même hôpital et il est le fruit de la fusion de trois hôpitaux montréalais qui continuent d'occuper trois campus différents. Le D^r Taillefer dirige les trois campus avec l'aide d'un technologue en chef à chaque campus. Le personnel comprend 10 spécialistes de la médecine nucléaire, 46 technologues et un physicien à temps plein à chaque campus. Avec le personnel administratif et paramédical, l'effectif total du département est de 63 personnes. Le CHUM a 23 caméras à rayons gamma, dont trois réservées à la recherche.

[39] Environ 175 actes de médecine nucléaire sont quotidiennement exécutés au CHUM, dont 40 % relèvent de la cardiologie nucléaire, qui a pour objet de détecter les coronopathies. Un autre 40 % est consacré à la scintigraphie osseuse et le pourcentage restant, à d'autres types d'affections comme les troubles neurologiques, les affections rénales et urologiques, les maladies infectieuses et les tumeurs au cerveau. Bon nombre de ces actes médicaux sont des examens électifs pour lesquels les patients sont inscrits de un à trois mois à l'avance. De 15 à 25 des 175 actes médicaux quotidiens sont consacrés à des diagnostics pour les cas de soins graves. Environ 200 autres centres hospitaliers au Canada sont organisés comme le CHUM, sauf pour sa taille. Le CHUM reçoit chaque semaine deux générateurs de moly 99, qui lui sont livrés entre 8 h et 10 h le dimanche matin.

[40] Selon le D^r Taillefer, sans ses générateurs de moly 99, le département devrait fermer ses portes puisque 98 % de tous les actes médicaux qu'on y exécute le sont avec des marqueurs radioactifs au technétium. Aucun produit ne pouvant leur être

medicine department.

[41] Questioned about possible alternatives to treatment by way of nuclear medicine, Dr. Taillefer indicated that alternatives were always possible, but that a number of parameters would have to be considered. At paragraphs 163 and 164 of its decision, the Board summarizes this part of Dr. Taillefer's testimony as follows:

Dr. Taillefer explained that while some 30 years ago, much of the technetium based imaging was scheduled in advance, there has been a shift in the way nuclear medicine is being used in clinical practice and acute care is a large part of clinical practice. There are always alternatives, but several parameters must be considered. The first is morbidity and mortality. Surgery can be done in every case, but current practice calls for minimal or minimally invasive surgery and only after having imaging evidence that there is disease, because of the costs. Surgery involves short-, medium- and long-term complications depending on the patient's condition when surgery is performed. There is also a risk in performing surgery on a normal organ and creating long-term complications along with any side effects related to general anaesthesia. The average patient at the CHUM is close to 70 years old, which presents a further risk in using surgery to investigate the presence of disease. Many surgeons will not operate without clear clinical imaging evidence.

Secondly, the physician's assessment also involves evaluating the cost-effectiveness of a procedure. The equipment and the radio tracers provide an accurate diagnosis very early in the process and at less human expense. Nuclear medicine is no longer confined to an 8:00 a.m. to 4:00 p.m. schedule as it was 20 years ago. In fact the CHUM is buying more equipment to allow it to stay open during weekends and up to 10:00 p.m. each evening.

[42] I will complete my review of the facts by stating that in 1997 and 1998, AECL employees went on strike for approximately 6 days on both occasions, with no apparent serious impact on the health of Canadians.

THE BOARD'S CONCLUSIONS

[43] On the basis of the above evidence, the Board arrived at two important conclusions which the applicant

substitué, le CHUM serait contraint de fermer son département de médecine nucléaire.

[41] Interrogé sur les solutions de rechange possibles aux méthodes de traitement offertes par la médecine nucléaire, le D^r Taillefer a indiqué que d'autres méthodes étaient toujours possibles, mais qu'il faudrait tenir compte de plusieurs paramètres. Aux paragraphes 163 et 164 de sa décision, le Conseil résume ainsi cette partie du témoignage du D^r Taillefer:

Le D^r Taillefer a expliqué que la situation a changé depuis une trentaine d'années. À l'époque, une grande partie des méthodes d'imagerie au technétium étaient prévues d'avance, mais la pratique clinique de la médecine nucléaire s'est transformée, puisque les soins de courte durée en constituent une grande partie. Il y a toujours des solutions de rechange, mais il faut tenir compte de plusieurs paramètres, le premier étant la morbidité et la mortalité. On peut opérer dans tous les cas, mais la pratique actuelle préconise le moins d'interventions chirurgicales possibles, ou les interventions le moins invasives possibles, et ce seulement après que l'imagerie a confirmé l'existence d'une affection, en raison des coûts. Une intervention chirurgicale a toujours des complications à court, à moyen et à long termes, dépendant de l'état du patient au moment où elle est pratiquée. Le risque d'intervention sur un organe normal est toujours présent, comme d'ailleurs celui de complications à long terme, ainsi que les effets secondaires liés à l'anesthésie générale. Le patient moyen du CHUM a près de 70 ans, ce qui accroît encore le risque d'une intervention chirurgicale pratiquée pour déterminer la présence d'une infection. Enfin, de nombreux chirurgiens refusent d'opérer sans imagerie clinique claire.

En outre, l'évaluation du médecin tient compte de la rentabilité de son acte. L'équipement et les marqueurs radioactifs lui permettent d'obtenir un diagnostic précis dès les premières étapes du processus, et ce à un coût humain moindre. La pratique de la médecine nucléaire n'est plus limitée à une plage de 8 h à 16 h, comme elle l'était il y a 20 ans. En fait, le CHUM achète plus d'équipement, pour pouvoir rester ouvert en fin de semaine et jusqu'à 22 h tous les soirs.

[42] Je terminerai mon examen des faits en disant qu'en 1997 et en 1998, les employés d'AECL ont déclenché une grève d'environ six jours, aucune d'elles n'ayant apparemment eu d'incidence grave sur la santé des Canadiens.

LES CONCLUSIONS DU CONSEIL

[43] Compte tenu de la preuve ci-dessus, le Conseil est arrivé à deux conclusions importantes que la

and PIPSC challenge. Firstly, the Board found that the interruption of production of radioisotopes at Chalk River would pose a serious danger to the safety or health of the public. Secondly, the Board found that the serious danger would be “immediate”.

[44] At paragraphs 285 to 287 of its decision, the Board sets forth its rationale for its conclusion as to the existence of a serious danger to the safety or health of the public:

The facts speak for themselves. The need for medical treatment in the instant case is even more predictable than the emergencies in the ferry service case, as highlighted by some 65,000 nuclear medicine procedures taking place around the world every day. The argument that only 30 per cent are emergencies is not a countervailing argument that nuclear medicine procedures are not in fact necessary in the interest of the safety and health of the public. An emergency is by its very nature impossible or nearly impossible to foresee. The reality of a hospital emergency unit is that cases are dealt with as they arrive. It is not possible to order all emergency cases to arrive at the beginning of a strike or lockout or to count on a lighter case load during a strike. An emergency case load of 30 per cent is a daily average. Presumably on weekends, when there are no planned admissions or scheduled procedures, every case that arrives at the emergency unit is a potential emergency case. Furthermore, as the physicians explained, undiagnosed disease presents a risk, all medical treatments present some form of risk and delayed medical procedures may also give rise to a risk. These circumstances go beyond the mere exercise of caution to protect against potential harm, and illustrate a factual certainty that the public will require the intervention of nuclear medicine during a strike and lockout and will be at risk if nuclear medicine is withdrawn.

As well, the protection of the health and safety of the public must be considered in its overall context of the product or service. As was thoroughly described in the evidence, the supply of radioisotopes is a multi-stage process, including the transformation stages. It is not because AECL does not control all the stages, that the product is less necessary to ensure the safety and health of the public. A comparison may be made with postal service employees, an example cited by the unions. It is not the absence of postal service that is the threat to the public, but the mail content provided by third parties to the postal service that fuels the economy. In the case of the radio operators, it is not the absence of communication that may cause an emergency, but its content, that is used by sailors to

demanderesse et l’IPFPC contestent. Premièrement, le Conseil a conclu que l’interruption de la production de radioisotopes à Chalk River poserait un risque grave pour la sécurité ou la santé du public. Deuxièmement, il a estimé que le risque grave serait «imminent».

[44] Aux paragraphes 285 à 287 de sa décision, le Conseil expose le fondement de sa conclusion quant à l’existence d’un risque grave pour la sécurité ou la santé du public:

Les faits parlent d’eux-mêmes. En l’espèce, le besoin de traitements médicaux est plus prévisible encore que les urgences l’étaient dans le cas du service de traversiers, puisqu’il s’effectue quelque 65 000 actes de médecine nucléaire par jour dans le monde. L’argument voulant que 30 p. 100 seulement de ces actes correspondent à des urgences ne prouve pas que les actes de médecine nucléaire ne sont pas bel et bien nécessaires dans l’intérêt de la sécurité et de la santé du public. La nature même d’une urgence fait qu’elle est impossible ou virtuellement impossible à prévoir. La réalité, pour le service d’urgence d’un hôpital, c’est que les cas sont traités à mesure qu’ils se présentent. Il n’est pas possible d’ordonner à tous les cas d’urgence de se présenter au début d’une grève ou d’un lock-out, ou de compter qu’il y aura moins d’urgences en temps de grève. La moyenne quotidienne des urgences s’élève à 30 p. 100 de l’ensemble des cas traités. En fin de semaine, quand il n’y a pas d’admissions ou d’actes médicaux prévus d’avance, tous les cas qui se présentent au service d’urgence sont potentiellement des urgences. En outre, comme les médecins l’ont expliqué, les troubles non diagnostiqués posent un risque, comme d’ailleurs tous les traitements médicaux, et reporter un acte médical peut aussi entraîner un risque. Ces circonstances exigent bien plus que de la simple prudence pour protéger le public contre des dommages potentiels, car il est certain que le public aura besoin d’actes de médecine nucléaire pendant une grève ou un lock-out et qu’il courra un risque si ces services médicaux lui sont retirés.

Il faut aussi situer la protection de la santé et de la sécurité du public dans le contexte global des produits ou des services envisagés. Comme la preuve l’a abondamment précisé, la production de radioisotopes comprend de nombreuses étapes, de transformation notamment. Ce n’est pas parce qu’EAACL ne contrôle pas toutes ces étapes que ses produits sont moins indispensables à la santé et à la sécurité du public. À cet égard, on pourrait comparer la situation des employés d’EAACL avec celle des travailleurs et travailleuses des postes, un exemple cité par les syndicats. Ce n’est pas l’absence du service postal qui constitue un risque pour le public, mais le contenu du courrier confié par des tiers au service postal qui alimente l’économie. Dans le cas des radiotélégraphistes, ce n’est pas

chart their course. In the case of the ferries, it is not the absence of ferry service in itself that is the source of risk or emergency, but the inability of an ambulance to reach a victim or patient that needs to be transported to a hospital via the ferry service. Each of these examples demonstrates that there may be a series of intermediate steps that depend on each other before the emergency occurs or that create the emergency. In the case of molybdenum, it is not the molybdenum itself that causes the emergency, but the fact that it is not made available to the radiopharmacies and subsequently the hospitals who will administer the dose to the patient.

This also sets aside the chain of causation argument raised by the Alliance. AECL has demonstrated how each step in the manufacturing process is affected by the absence of product: from Nordion that is unable to supply the demands of the manufacturers of generators, who then are unable to supply radiopharmacies and hospitals, who in turn experience a shortage of technetium to provide diagnosis and treatment. In the case of xenon gas and iodine, these products require little or no transformation and some are supplied directly from Nordion to the hospitals or radiopharmacies. The combined and uncontradicted evidence of the witnesses was sufficient to establish the link between the various stages of distribution without AECL having to call evidence on all of the intermediate steps that are essential to bring the product to market.

[45] With respect to its conclusion on the immediacy of the serious danger, the Board's reasoning appears at paragraphs 277, 278, 279 and 288 of its decision:

The immediacy argument can be compelling in the following sense. A shortage of product at AECL does not affect hospitals and physicians until some 10 days after the beginning of a strike. Why then should the Board interfere in a long-standing bargaining relationship where strikes have been short lived, where Parliament has not had to act in the past, and where the public has yet to be seriously affected by a shortfall of molybdenum product? Accordingly, the unions ask the Board not to project the worst-case scenario and let historical facts be its guide. AECL's driving arguments are future-looking. There has not been a catastrophic situation in the past, but the medical community has had a close call and there are serious concerns this time around. Nuclear medicine has become such an essential part of the practice of medicine today that there is no turning back, and radioisotope treatments must be continued by all means.

l'absence de communications qui peut poser un risque, mais son contenu qui est utilisé par les marins pour naviguer. Dans le cas des traversiers, ce n'est pas l'absence du service lui-même qui cause un risque ou une urgence, mais plutôt l'impossibilité pour une ambulance d'atteindre une victime ou un patient qui doit être transporté à l'hôpital par traversier. Chacun de ces exemples montre qu'il peut exister une série d'étapes dépendant l'une de l'autre avant que l'urgence ne se produise ou soit créée. Dans le cas du molybdène, ce n'est pas lui qui causerait l'urgence en soi: ce qui la causerait, c'est qu'il ne serait pas livré aux radiopharmacies et de là aux hôpitaux qui l'administrent aux patients.

Ce raisonnement rejette aussi celui de la chaîne de causalité que l'ATEA a invoquée. EACL a démontré comment chaque étape du processus de fabrication souffre de l'absence de ses produits, à partir de Nordion, qui se retrouve dans l'impossibilité de satisfaire à la demande des fabricants de générateurs, lesquels sont alors incapables d'approvisionner les radiopharmacies et les hôpitaux, qui manquent alors de technétium pour leurs diagnostics et leurs traitements. Le xénon et l'iode ne nécessitent guère de transformations, voire n'en nécessitent pas du tout, et certains produits sont livrés directement par Nordion aux hôpitaux ou aux radiopharmacies. Combinés, les témoignages incontestés des deux médecins qui ont comparu suffisent à établir un rapport de cause à effet entre les différentes étapes de la distribution sans qu'EACL n'ait à produire une preuve sur toutes les étapes intermédiaires indispensables à la mise en marché de ses produits.

[45] S'agissant de la conclusion du Conseil sur l'imminence du risque grave, on trouve son raisonnement aux paragraphes 277, 278, 279 et 288 de sa décision:

Cet argument d'imminence peut être convaincant pour la raison suivante. Une pénurie de produits à EACL ne se répercute sur les hôpitaux et les médecins qu'une dizaine de jours après le début de la grève. Dans ces conditions, pourquoi le Conseil devrait-il s'ingérer dans une relation de négociation de longue date où les grèves ont toujours été courtes, où le Parlement n'a pas eu à intervenir dans le passé et où le public n'a pas encore été gravement affecté par une pénurie de molybdène? Les syndicats demandent donc au Conseil de ne pas prévoir la pire des éventualités et de laisser l'histoire le guider. Les principaux arguments d'EACL sont tournés vers l'avenir. Il n'y a pas eu de situation catastrophique dans le passé, mais le monde médical l'a échappé belle et les inquiétudes sont vives cette fois-ci. La médecine nucléaire est devenue un élément si fondamental de la médecine d'aujourd'hui qu'on ne saurait revenir en arrière et qu'il faut maintenir les traitements et les examens aux radioisotopes par tous les moyens.

For better or for worse, Parliament passed on to the Board the job of tackling these far-reaching issues. Indeed, what constitutes “the supply of services, operation of facilities or production of goods to the extent necessary to prevent an immediate and serious danger to the safety or health of the public” has been left for resolution in each case by a thorough and neutral investigation rather than by an emotional public debate. By removing a dispute on the maintenance of essential services from the public forum, Parliament has sought to avoid political pressure that comes to bear on a matter likely to affect all Canadians.

It is in this sense that the Board will not stumble on the semantics of the wording of the *Code*, but adopt a purposive view as suggested by the unions. To the extent that the federal act has not blindly copied the wording of other jurisdictions, the Board has before it a fresh canvas on which to brush its own decision. Additionally, the concept of the safety or health of the public cannot be viewed as an exact science and the Board would be remiss if it refused to benefit from the collective wisdom of other labour boards.

...

From a careful reading of the statute, there is no basis for a conclusion that “immediate” lies in an artificial notion of a few hours. As was correctly raised by AECL, the French version of the statute translates the word “immediate” not by the word “immédiat”, but rather by the word “imminent”. *Le Nouveau Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, supra*, specifically defines “danger imminent” as a “danger menaçant”, a menacing danger. According to *Le Nouveau Petit Robert* . . . “menaçant” means “qui constitue une menace, un danger”, which brings us full circle to a definition of “immediate as “a situation that presents a danger” as opposed to “a danger that arises at once”. The temporal nature of “immediate” is but one meaning of that word. Notably, *Roget's Thesaurus* (Pan Reference Books, 1952, at paragraph 111 on page 35) provides such wide ranging synonyms for “immediate” as: “in a short time, soon, at once, awhile, anon, by and by, briefly, presently . . . straightaway, quickly, speedily, promptly, presto, slapdash, directly” and so on. By harmonizing the English and French versions of the statute along with the broad meaning provided by the synonyms, the Board is provided with flexibility to apply the concept of immediate without undue constraint. Consequently, it is entirely reasonable for the Board to conclude that while the danger must not merely be an inconvenience, it need not appear very shortly, or in French “incessamment”.

Pour le meilleur ou pour le pire, le Parlement a confié au Conseil la tâche de trancher ces questions d'envergure. Aussi bien, le législateur a décidé de confier la détermination de ce qui constitue la prestation de services, le fonctionnement d'installations ou la production d'articles «dans la mesure nécessaire pour prévenir des risques imminents et graves pour la sécurité ou la santé du public» à un organisme neutre capable de mener une enquête exhaustive dans chaque cas, plutôt que de s'en remettre à un débat public chargé d'émotion. En retirant de l'arène publique un différend sur le maintien des services essentiels, le Parlement a tenté d'éviter que des pressions politiques ne soient exercées sur un enjeu susceptible de toucher tous les Canadiens.

C'est en ce sens que le Conseil ne trébuchera pas sur la sémantique du libellé du *Code*, mais optera pour l'interprétation téléologique préconisée par les syndicats. Dans la mesure où la loi fédérale n'a pas aveuglément plagié le libellé des autres compétences, le Conseil a devant lui une toile vierge où peindre sa propre interprétation. En outre, l'interprétation du principe de la sécurité ou de la santé du public ne saurait être considérée comme une science exacte, et le Conseil aurait tort de refuser de tirer parti de la sagesse collective des autres conseils et commissions des relations de travail.

[. . .]

Une lecture attentive du *Code* confirme que rien ne justifie la conclusion que le mot «imminent» s'entend d'une période artificielle de quelques heures seulement. Comme EACL le souligne avec raison, le mot «immediate» de la version anglaise du *Code* est rendu en français non pas par «immédiat», mais bien par «imminent». Or, *Le Nouveau Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, précité, définit expressément un «danger imminent» comme un «danger menaçant». En outre, la définition de «menaçant» dans ce même dictionnaire est la suivante: «qui constitue une menace, un danger», plutôt qu'un danger «immédiat». Le sens temporel du mot «immediate» en est un parmi bien d'autres. Je me dois de souligner que le *Roget's Thesaurus*, Pan Reference Books, 1952, paragraphe 111, page 35, donne des synonymes très variés du mot «immediate», comme «in a short time, soon, at once, awhile, anon, by and by, briefly, presently . . . straightaway, quickly, speedily, promptly, presto, slapdash, directly», et ainsi de suite. En conjuguant les versions anglaise et française du *Code*, avec les nombreux sens possibles de ces synonymes, le Conseil a suffisamment de latitude pour appliquer le concept d'immédiateté ou d'imminence sans trop se limiter. Il juge donc tout à fait raisonnable de conclure que, même si le risque ne doit pas seulement incommoder le public, il n'est pas nécessaire qu'il se manifeste dans un très bref délai ou «incessamment», comme on dirait en français.

THE APPLICANT'S AND PIPSC'S SUBMISSIONS

[46] The thrust of the applicant's submissions is that the Board erred in finding that a serious danger would result if a strike interrupted production at Chalk River and that the danger would be immediate. The applicant argues that there was insufficient evidence to support the Board's conclusions and, in the alternative, that the Board's conclusions are patently unreasonable.

[47] As to PIPSC, it limited its submissions, as I have already indicated, to the Board's interpretation of the word "immediate" and to the Board's breach of natural justice in refusing to allow it, and the other respondents before the Board, an opportunity to respond to AECL's submissions concerning the meaning of the word "immediate" and, more particularly, the meaning of the word "*imminent*" used in the French version of section 87.4.

[48] Both the applicant and PIPSC argue that the Board erred in failing to recognize that there was a temporal aspect to the word "immediate". Rather, the Board chose to define the word "immediate" as meaning a situation that presents danger. They say that the Board's interpretation of the meaning of the word "immediate" defies common sense, ignores the ordinary meaning of the word and is, in any event, totally inconsistent with the expressed legislative purpose of the Code, which is to promote free collective bargaining. Hence, they submit that the Board's interpretation is patently unreasonable. In this regard, the applicant and PIPSC say that as it is clear from the evidence that a shortage of product will not affect hospitals until some 10 to 12 days after the commencement of the strike, the serious danger cannot be "immediate". Consequently, they say that the Board's intervention cannot be justified.

ANALYSIS

[49] Subsection 87.4(6) of the Code provides that where the Board is of the opinion that a strike or lockout could pose an immediate and serious danger to the health or safety of the public, the Board may make orders concerning the maintenance of essential services. For the sake of clarity, I again reproduce subsection 87.4(6):

LES PRÉTENTIONS DE LA DEMANDERESSE ET DE L'IPFPC

[46] La demanderesse soutient essentiellement que le Conseil a commis une erreur en concluant qu'une grève suspendant la production à Chalk River poserait un risque grave et que ce risque serait imminent. Elle fait valoir que la preuve était insuffisante pour étayer les conclusions du Conseil et, subsidiairement, que celles-ci sont manifestement déraisonnables.

[47] Quant à l'IPFPC, il a limité ses prétentions, ainsi que je l'ai mentionné précédemment, à l'interprétation du mot «imminent» et au fait que le Conseil a violé les règles de justice naturelle en lui refusant, ainsi qu'aux autres intimés, la possibilité de répondre aux prétentions d'AECL en ce qui a trait au sens du mot «*immediate*» et, plus particulièrement, au sens du mot «imminent» employé dans la version française de l'article 87.4.

[48] La demanderesse et l'IPFPC allèguent que le Conseil a commis une erreur en ne reconnaissant pas l'aspect temporel du mot «imminent». Selon le Conseil, le mot «imminent» s'entend plutôt d'une situation qui présente un risque. Les deux parties affirment que cette interprétation va à l'encontre du bon sens, qu'elle ne tient pas compte du sens ordinaire du mot et que, de toute façon, elle est tout à fait incompatible avec l'objectif législatif exprimé par le Code, qui est de favoriser la libre négociation collective. Partant, elles font valoir que l'interprétation du Conseil est manifestement déraisonnable. À cet égard, la demanderesse et l'IPFPC affirment que puisqu'il ressort clairement de la preuve qu'une pénurie de produits ne se répercutera sur les hôpitaux qu'une dizaine de jours après le début de la grève, le risque grave ne peut pas être «imminent». Ils soutiennent donc que l'intervention du Conseil ne peut être justifiée.

ANALYSE

[49] Le paragraphe 87.4(6) du Code prévoit que le Conseil, s'il est d'avis qu'une grève ou un lock-out pourrait constituer un risque imminent et grave pour la santé ou la sécurité du public, peut rendre des ordonnances concernant le maintien des services essentiels. Par souci de clarté, je reproduis de nouveau le paragraphe 87.4(6):

87.4 . . .

(6) Where the Board, on application pursuant to subsection (4) or referral pursuant to subsection (5), is of the opinion that a strike or lockout could pose an immediate and serious danger to the safety or health of the public, the Board, after providing the parties an opportunity to agree, may, by order,

(a) designate the supply of those services, the operation of those facilities and the production of those goods that it considers necessary to continue in order to prevent an immediate and serious danger to the safety or health of the public;

(b) specify the manner and extent to which the employer, the trade union and the employees in the bargaining unit must continue that supply, operation and production; and

(c) impose any measure that it considers appropriate for carrying out the requirements of this section. [Emphasis added.]

[50] The main issue before us is whether the Board erred in its interpretation of the word “immediate” and whether the evidence could support findings concerning the existence of a serious danger and the immediacy of that danger. There is also the issue of natural justice raised by PIPSC.

[51] I begin my analysis by pointing out that although the English version of subsection 87.4(6) uses the words “could pose” and the French version uses the words “*pourrait constituer*”, the Board used the words “would pose” in formulating its conclusion. At paragraph 302 of its decision, the Board states:

In light of the above analysis, the Board is of the view that in this case, the competing interests under section 87.4 must weigh in favour of the position of the employer. Consequently, the Board grants the employer’s applications and declares that a strike or lockout would pose an immediate and serious danger to the safety or health of the public were AECL not to maintain its operations with respect to the uninterrupted and safe production of the medical isotopes as prescribed by AECL’s site license. [Emphasis added.]

[52] The words which appear in the statute, both in the English and French versions, require, in my view, less certainty on the part of the Board in reaching a conclusion concerning the existence of an immediate

87.4 [. . .]

(6) Saisi d’une demande présentée en vertu du paragraphe (4) ou d’un renvoi en vertu du paragraphe (5), le Conseil, s’il est d’avis qu’une grève ou un lock-out pourrait constituer un risque imminent et grave pour la sécurité ou la santé du public, peut—après avoir accordé aux parties la possibilité de s’entendre—rendre une ordonnance:

a) désignant les activités dont il estime le maintien nécessaire en vue de prévenir ce risque;

b) précisant de quelle manière et dans quelle mesure l’employeur, le syndicat et les employés membres de l’unité de négociation doivent maintenir ces activités;

c) prévoyant la prise de toute mesure qu’il estime indiquée à l’application du présent article. [Non souligné dans l’original.]

[50] La question principale dont nous sommes saisis est de savoir si le Conseil s’est trompé dans son interprétation du mot «imminent» et si la preuve peut étayer ses conclusions quant à l’existence d’un risque grave et à l’imminence de ce risque. La question de justice naturelle soulevée par l’IPFPC doit également être tranchée.

[51] Je commencerai mon analyse en signalant que même si la version anglaise du paragraphe 87.4(6) emploie l’expression «*could pose*» et la version française, «*pourrait constituer*», le Conseil a employé l’expression «*poserait*» lorsqu’il a formulé sa conclusion. Au paragraphe 302 de sa décision, le Conseil dit:

Compte tenu de cette analyse, le Conseil conclut que, en l’espèce, la pondération des intérêts en jeu dans l’article 87.4 doit pencher du côté de l’employeur. Il accueille donc ses demandes et déclare qu’une grève ou un lock-out poserait des risques imminents et graves pour la sécurité ou la santé du public si EAEL était incapable de poursuivre ses activités en maintenant une production constante et sans danger de radioisotopes, comme son permis d’exploitation le prévoit. [Non souligné dans l’original.]

[52] À mon avis, les expressions qui figurent dans la loi, tant dans la version anglaise que dans la version française, exigent du Conseil un degré de certitude moindre pour conclure à l’existence d’un risque

and serious danger than if the statute had used the words “would pose”. In *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 470; [2002] F.C.J. No. 1658 (C.A.) (QL), November 25, 2002, this Court, albeit in a different context, noted the distinction between the words “would” and “could”. Stone J.A., for the Court, at paragraph 14 of his reasons, indicated that the word “would” seemed to require a showing of “probability”, while the word “could” seemed to require a showing of “mere” possibility. As a result, this Court ought to be very careful in assessing the reasonableness of the Board’s findings.

[53] Whether or not circumstances, in a given case, “could pose” a serious danger is a question of fact which falls squarely within the Board’s purview. Unless the evidence is incapable of supporting the Board’s finding, this Court ought not to intervene.

[54] For the reasons which it gave at paragraphs 285, 287 and 288 of its decision, the Board was of the view that the interruption of production at Chalk River would create a serious danger. The applicant argued, *inter alia*, that since neither Dr. Driedger nor Dr. Taillefer could say that patients would die or that their health would be seriously impaired, in the event of a shortage of product, there was insufficient proof to support the Board’s conclusion. The applicant also relied on the 1997-1998 strikes to buttress its point that a short strike would not cause a serious danger. At paragraphs 45 and 46 of its memorandum, the applicant makes the following submissions:

In any event, the CRTT submits further that there was no evidence before the Board to support the findings that it made. While much evidence was provided regarding the nature of nuclear radioisotopes and their use in the field of medicine, no person testified as to the actual impact of the interruption in the supply of such isotopes on the health and safety of the public. No expert evidence was offered to provide an opinion as to what might happen, depending, of course, on the length of the disruption. In other words, while it was understood and accepted that there would be an impact, no evidence was provided as to the exact nature of that impact or its effect on public health and safety. Indeed, it is noteworthy that the Board does not point to any evidence

imminent et grave que si la loi avait utilisé l’expression «poserait». Dans l’arrêt *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 470; [2002] A.C.F. n° 1658 (C.A.) (QL), 25 novembre 2002, notre Cour, quoique dans un contexte différent, a souligné la distinction entre les mots «*would*» et «*could*». Au paragraphe 14 de ses motifs, le juge Stone, au nom de la Cour, a indiqué que le mot «*would*» semblerait exiger l’existence d’une «probabilité», tandis que le mot «*could*» n’exigerait qu’une «simple» possibilité. Notre Cour se doit donc d’être très prudente dans son appréciation du caractère raisonnable des conclusions du Conseil.

[53] La question de savoir si, dans un cas donné, les circonstances «pourraient constituer» un risque grave est une question de fait qui relève strictement de la compétence du Conseil. À moins que la preuve ne puisse étayer la conclusion du Conseil, notre Cour ne doit pas intervenir.

[54] Pour les motifs énoncés aux paragraphes 285, 287 et 288 de sa décision, le Conseil était d’avis que l’interruption de la production à Chalk River créerait un risque grave. La demanderesse a notamment allégué que puisque ni le D^r Driedger ni le D^r Taillefer ne pouvaient affirmer que des patients décèderaient ou que la santé de ceux-ci se trouverait gravement menacée dans le cas d’une pénurie de produits, aucune preuve suffisante ne permettait d’étayer la conclusion du Conseil. La demanderesse a en outre évoqué les grèves de 1997 et 1998 pour étayer son argument selon lequel une grève de courte durée ne constituerait pas un risque grave. Aux paragraphes 45 et 46 de son mémoire, la demanderesse formule les prétentions suivantes:

[TRADUCTION] Quoi qu’il en soit, le CRTT soutient en outre que le Conseil n’a été saisi d’aucun élément de preuve lui permettant d’étayer ses conclusions. Bien que la preuve ait été abondante quant à la nature des radioisotopes nucléaires et à leur utilisation dans le domaine médical, aucun témoin n’a été entendu au sujet des véritables répercussions de l’interruption de la livraison de ces isotopes sur la santé et sur la sécurité du public. Aucun témoin expert n’a exprimé son avis sur ce qui pourrait arriver en fonction, bien sûr, de la durée de l’arrêt de travail. Autrement dit, même s’il était convenu et reconnu qu’il y aurait des répercussions, aucune preuve n’a été fournie quant à leur nature exacte ou quant à ce qu’elles signifieraient pour la santé et la sécurité du public. De fait, il convient de

supporting its final conclusions.

CRTT emphasizes that both physicians who testified regarding the nature of the practice of nuclear medicine did not give any evidence that previous labour disruptions at AECL caused any serious danger to a single patient even those [*sic*] disruptions lasted approximately 7 days. The earliest possible time when a serious impact would be felt was at least 10—12 days after the commencement of strike activity. In that context, the physicians' concern was not so much the effect of the complete denial of this technology, but the fact that patients, as a rule, should be given access to state of the art technology.

[55] I have great difficulty understanding how it can be argued that there was no evidence to support the Board's conclusion or that the Board's conclusion was unreasonable. The evidence before the Board is, in my view, sufficient to justify a finding that the interruption of production of medical isotopes would deprive the public of nuclear medicine and that, as a result, the health of a considerable number of patients might be endangered. I do not believe that specific evidence of the type suggested by the applicant was required for the Board to reach the conclusion that it did. Hence, the evidence, in my view, supports a conclusion that serious danger to the health of the public would result. In this regard, the following evidence provides ample support to the Board's conclusion:

(i) the Chalk River production of isotopes represents approximately 60% of world production of moly-99. Chalk River is the main world producer of the other radioisotopes;

(ii) following production, the isotopes have a very short useful life by reason of their decreasing radioactivity—hence, there can be no buildup of stock by AECL to forestall interruptions of production;

(iii) should Chalk River stop producing isotopes, lost production could not be replaced, save in a small way, by product obtained from other producers;

(iv) within three days after the occurrence of a strike or lockout, AECL and Nordion will, for all intents and

souligner que le Conseil ne fait valoir aucun élément de preuve au soutien de ses conclusions finales.

Le CRTT insiste sur le fait que les deux médecins ayant témoigné au sujet de la nature de la pratique de la médecine nucléaire n'ont fait aucune déclaration voulant que les précédentes interruptions de travail à EACL aient présenté des risques graves, ne serait-ce que pour un seul patient, même celles d'une durée approximative de sept jours. Ce n'est pas avant une dizaine de jours après le déclenchement d'une grève que des répercussions graves pourraient se faire sentir. Dans ce contexte, la crainte des médecins ne portait pas tant sur les répercussions de la privation complète de cette technologie, mais sur le fait que les patients, en principe, devraient avoir accès à une technologie de pointe.

[55] J'ai beaucoup de difficulté à comprendre comment on peut alléguer que la conclusion du Conseil n'est pas étayée par la preuve ou qu'elle n'est pas raisonnable. À mon avis, la preuve dont le Conseil a été saisi suffit à justifier la conclusion selon laquelle l'interruption de la production d'isotopes médicaux priverait le public de l'accès à la médecine nucléaire et, qu'en conséquence, la santé d'un très grand nombre de patients s'en trouverait menacée. Selon moi, le Conseil n'avait pas besoin d'une preuve particulière du type de celle proposée par la demanderesse pour conclure comme il l'a fait. Partant, j'estime que la preuve étaye la conclusion selon laquelle il s'ensuivrait un risque grave pour la santé du public. À cet égard, voici des éléments de preuve qui fournissent un appui solide à la conclusion du Conseil:

i) la production d'isotopes de Chalk River représente environ 60 % de la production mondiale de moly 99. Chalk River est le principal producteur des autres radioisotopes;

ii) une fois produits, les isotopes ont une durée de vie très brève en raison de leur radioactivité décroissante—de ce fait, EACL ne peut constituer de réserves pour prévenir les interruptions de production;

iii) si Chalk River cesse de produire des isotopes, la production perdue ne pourrait être remplacée, sauf en très petites quantités, par les produits obtenus des autres producteurs;

iv) dans les trois jours suivant le déclenchement d'une grève ou d'un lock-out, EACL et Nordion seront, à

purposes, be unable to meet demand for their product;

(v) the use of the radioisotopes in hospitals is part of the mainstream of the practice of medicine;

(vi) medical emergencies are an everyday occurrence in Canadian hospitals;

(vii) with a shortage in sight, patients will be immediately affected, since treatment will be advanced, delayed or postponed, depending on the urgency of the patient's condition;

(viii) if production is interrupted at Chalk River, patients will have to bear the consequences of a shortage of radioisotopes, i.e. morbidity and increased risk of death;

(ix) within 10 to 12 days after the commencement of a strike or lockout, many nuclear medicine facilities in Canada and around the world will be shutting down;

(x) 65,000 people every day are treated by way of radio pharmaceuticals derived from moly-99 and millions of medical tests using the other radio isotopes are performed every year;

(xi) the overall testimony of Doctors Driedger and Taillefer.

[56] I therefore conclude that there was sufficient evidence to support the Board's conclusion as to the existence of a serious danger and that that conclusion is not unreasonable.

[57] I now turn to the issue of the immediacy of the serious danger. Before concluding that the serious danger was "immediate", the Board first determined the meaning of the word as it appears in section 87.4. The Board's reasoning is primarily found in paragraph 288 of the decision, which I have already reproduced. I agree with the applicant and PIPSC that the Board appears, at least at first glance, to have eliminated the temporal element which might have been thought to attach to the word "immediate". The Board supported its view of the meaning of the word by having recourse to the French version of the statute, where "immediate" is translated as "imminent". In consulting *Le Nouveau Petit Robert*:

toutes fins utiles, dans l'impossibilité de répondre à la demande pour ce qui est de leurs produits;

v) l'utilisation des radioisotopes dans les hôpitaux fait partie intégrante de la pratique médicale;

vi) des urgences médicales surviennent quotidiennement dans les hôpitaux canadiens;

vii) s'il y a un risque de pénurie, les patients en souffriront immédiatement, puisque les traitements seront devancés, retardés ou remis, en fonction de l'urgence de leurs besoins;

viii) si la production est interrompue à Chalk River, les patients devront subir les conséquences d'une pénurie de radioisotopes, en termes de morbidité et d'accroissement du risque de mortalité;

ix) de 10 à 12 jours après le déclenchement d'une grève ou d'un lock-out, plusieurs laboratoires médicaux du Canada et du monde entier cesseront leurs activités;

x) 65 000 personnes sont traitées quotidiennement avec des produits radiopharmaceutiques dérivés du moly 99 et des millions d'examen médicaux faisant appel aux autres radioisotopes sont exécutés chaque année;

xi) l'ensemble des témoignages présentés par les D^s Driedger et Taillefer.

[56] Je conclus donc que la preuve était suffisante pour étayer la conclusion du Conseil quant à l'existence d'un risque grave et que cette conclusion n'est pas déraisonnable.

[57] Examinons maintenant la question de l'imminence du risque grave. Avant de conclure que le risque grave était «imminent», le Conseil a tout d'abord établi le sens du mot ainsi qu'il figure à l'article 87.4. Le raisonnement du Conseil se trouve principalement au paragraphe 288 de la décision, que j'ai déjà reproduit. Je conviens avec la demanderesse et l'IPFPC que le Conseil semble, à première vue, avoir éliminé le sens temporel que l'on pourrait penser rattaché au mot «imminent». Le Conseil a fondé son interprétation sur la version française de la loi, où «immediate» est traduit par «imminent». Après avoir consulté *Le Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la*

Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française on the word “*imminent*”, the Board concluded that that dictionary specifically defined “*danger imminent*” as “*danger menaçant*”, which suggests less temporality. However, as is obvious from a reading of the *Le Nouveau Petit Robert*, the first and foremost definition of the word “*imminent*” is the following: “*qui va se produire dans très peu de temps*”. Moreover, the antonyms offered by that dictionary are “*éloigné*” and “*lointain*”. The definition and the antonyms clearly convey a sense that the word “*imminent*” has a temporal dimension.

[58] The Board also purported to support its interpretation of the word “*immediate*” by citing various synonyms provided for that word in *Roget’s Thesaurus*, namely “*in a short time, soon, at once, awhile, anon, by and by, briefly, presently . . . straightaway, quickly, speedily, promptly, presto, slapdash, directly*”. These synonyms, in my view, give support to the view that the word “*immediate*” does have a temporal dimension.

[59] The word “*imminent*” used in the French version and the word “*immediate*” in the English version can be easily reconciled. Both words must mean, in the context of the subsection, that the serious danger must occur soon or within a short time. However, as to what constitutes a short time or soon in a given case must be determined on the facts of that case.

[60] Paragraph 288 of the decision, in which the Board seems to eliminate the temporal element of the word “*immediate*”, must be read carefully. It begins with the Board’s statement that “*there is no basis to conclude that ‘immediate’ lies in an artificial notion of a few hours*”. Obviously, in making that statement, the Board was responding to an argument put forward by the applicant and the other bargaining units. It is clear from paragraph 288 that the Board was of the view that “*immediate*” did not necessarily mean now or within a few days. With that proposition, I can only agree.

[61] However, the Board also stated “*the danger must not merely be an inconvenience, it need not appear very*

langue française au mot «*imminent*», le Conseil a conclu que ce dictionnaire définissait expressément «*danger imminent*» comme un «*danger menaçant*», ce qui atténue l’élément temporel. Cependant, à la lecture du *Nouveau Petit Robert*, il ressort clairement que le mot «*imminent*» s’entend d’abord et avant tout comme suit: «*qui va se produire dans très peu de temps*». Qui plus est, ce dictionnaire propose comme antonymes les mots suivants: «*éloigné*» et «*lointain*». La définition et les antonymes donnent manifestement au mot «*imminent*» une dimension temporelle.

[58] Le Conseil entendait également étayer son interprétation du mot «*immediate*» en citant divers synonymes fournis par le *Roget’s Thesaurus*, à savoir «*in a short time, soon, at once, awhile, anon, by and by, briefly, presently [. . .] straightaway, quickly, speedily, promptly, presto, slapdash, directly*». À mon avis, ces synonymes appuient l’opinion selon laquelle le mot «*imminent*» a vraiment une dimension temporelle.

[59] Le sens du mot «*imminent*» employé dans la version française et celui du mot «*immediate*» de la version anglaise peuvent facilement se concilier. Les deux mots doivent nécessairement signifier, dans le contexte du paragraphe, que le risque grave doit se manifester bientôt ou dans un court délai. Toutefois, la question de savoir ce qu’on entend par un court délai ou par bientôt dans un cas donné doit être tranchée en fonction des faits de l’affaire.

[60] Il faut lire attentivement le paragraphe 288 de la décision, où le Conseil semble éliminer l’élément temporel du mot «*imminent*». Le Conseil commence par dire que «*rien ne justifie la conclusion que le mot ‘imminent’ s’entend d’une période artificielle de quelques heures seulement*». De toute évidence, le Conseil répondait ainsi à un argument avancé par la demanderesse et les autres unités de négociation. Il ressort clairement du paragraphe 288 que le Conseil était d’avis qu’«*imminent*» ne signifiait pas nécessairement maintenant ou d’ici quelques jours. Je ne peux que souscrire à cette proposition.

[61] Toutefois, le Conseil a également déclaré que «*le risque ne doit pas seulement incommoder le public*

shortly or, in French “incessamment”. As I have already indicated, the words “immediate” and “imminent” can only mean soon or within a short period of time and consequently, the Board’s words, if taken literally, would go too far since they would eliminate, for all intents and purposes, the word “immediate” from section 87.4.

[62] However, I am satisfied that what the Board actually meant when it said “the danger must not merely be an inconvenience, it need not appear very shortly, or in French ‘incessamment’”, is that the serious danger need not appear right now or within a few days. I do not read the Board’s decision as a statement that the serious danger can occur at any time in the future.

[63] A fair reading of the Board’s decision shows that it concluded that the serious danger would be immediate because of its finding that it would occur in approximately 10 days, bearing in mind that within three days after the occurrence of a strike or lockout, AECL and Nordion would likely be unable to meet demand for their product, and that following the end of a strike or lockout, 10 days of production at Chalk River would be required for Nordion to resume regular shipments to its clients. Did the Board err in reaching this conclusion? Put another way, was the evidence sufficient to allow the Board to conclude that the serious danger would occur soon or within a short period of time?

[64] In my view, the answer to the latter question must be yes. On the evidence, taken as a whole, the Board could conclude that a danger occurring in 10 to 12 days after the commencement of a strike or lockout, was a danger which would occur soon or within a short period of time.

[65] I am, therefore, of the view that the Board’s conclusion on the immediacy of the danger cannot be characterized as unreasonable. I come to this view in light of the evidence, and having in mind the words of the statute which require the Board to form an opinion as to whether a strike or lockout could pose an

[et qu’] il n’est pas nécessaire qu’il se manifeste dans un très bref délai ou “incessamment”, comme on dirait en français.» J’ai déjà expliqué que les mots «immediate» et «imminent» ne peuvent avoir que le sens de bientôt ou dans un court délai, et l’énoncé du Conseil, si on l’interprète littéralement, irait conséquemment trop loin en ce qu’il ferait disparaître à toutes fins utiles le mot «imminent» de l’article 87.4.

[62] Je suis cependant convaincu que le Conseil, en affirmant que «le risque ne doit pas seulement incommoder le public [et qu’] il n’est pas nécessaire qu’il se manifeste dans un bref délai ou “incessamment”», voulait dire qu’il n’est pas nécessaire que le risque se manifeste immédiatement ou d’ici quelques jours. J’estime que le Conseil n’affirme pas ainsi que le risque grave peut se manifester à tout moment dans l’avenir.

[63] Une interprétation juste de la décision du Conseil montre que celui-ci a conclu à l’imminence du risque grave parce qu’il a estimé qu’il se manifesterait dans une dizaine de jours environ, ayant à l’esprit que dans les trois jours suivant le déclenchement d’une grève ou d’un lock-out, EACL et Nordion seraient vraisemblablement dans l’impossibilité de répondre à la demande concernant leur produit, et qu’après la fin d’une grève ou d’un lock-out, 10 jours de production à Chalk River seraient nécessaires pour que Nordion puisse reprendre régulièrement les livraisons à ses clients. Le Conseil a-t-il commis une erreur en arrivant à cette conclusion? Autrement dit, la preuve était-elle suffisante pour que le Conseil puisse conclure que le risque grave se manifesterait bientôt ou dans un court délai?

[64] À mon avis, il faut répondre par l’affirmative à cette dernière question. Compte tenu de la preuve, le Conseil pouvait conclure qu’un risque se manifestant de 10 à 12 jours après le déclenchement d’une grève ou d’un lock-out constituait un risque qui se manifesterait bientôt ou dans un court délai.

[65] Je suis donc d’avis que la conclusion du Conseil quant à l’imminence du risque ne peut être qualifiée de déraisonnable. C’est en tenant compte de la preuve et en ayant à l’esprit le libellé de la loi, qui impose au Conseil l’obligation de se former une opinion sur la question de savoir si une grève ou un lock-out pourrait constituer un

immediate and serious danger.

[66] I now turn to the issue of natural justice. PIPSC submits that the Board breached natural justice when it denied it the opportunity of replying to AECL's submissions on the meaning of the words "immediate" and "imminent". PIPSC says that this breach amounts to a jurisdictional error requiring that the matter be referred back to the Board to be decided after all parties have had a full opportunity to respond to AECL's submissions.

[67] PIPSC's argument must fail, in my view, for two reasons. First, the Board's refusal to admit argument by counsel for PIPSC to respond to AECL's reply submission regarding the *Le Nouveau Petit Robert* definition of "imminent" is not such that it unavoidably leads to the conclusion that procedural fairness and natural justice have been breached. While it is true that the definition of "immediate" was ultimately significant to the outcome of the case, the Board already had sufficient evidence before it on this point. This included *Black's Law Dictionary's* definition of "immediate" which had been provided to the Board by PIPSC in its written and oral submissions, not to mention the plain words of the provision it was interpreting. The Board also had before it all of the definitions of the word "imminent" which appear in *Le Nouveau Petit Robert* including the definition which I have found to be the correct one.

[68] In my view, there was no need for additional submissions on the issue but, from a practical point of view, the Board ought to have given counsel for the bargaining units a brief opportunity to respond to AECL's submissions on the meaning of the words "immediate" and "imminent". This would obviously have avoided the present debate. However, the Board's failure to hear further submissions does not, as counsel for PIPSC contends, give rise to an error which would justify our setting the decision aside and referring it back to the Board.

risque imminent et grave, que je suis arrivé à cette opinion.

[66] Examinons maintenant la question de la justice naturelle. L'IPFPC soutient que le Conseil a violé les règles de justice naturelle en lui refusant la possibilité de répondre aux prétentions d'EACL quant au sens des mots «immediate» et «imminent». Il affirme que cette violation équivaut à une erreur juridictionnelle, commandant le renvoi de la question devant le Conseil pour qu'elle puisse être tranchée après que toutes les parties auront eu pleinement la possibilité de répondre aux prétentions d'EACL.

[67] J'estime que l'argument de l'IPFPC doit être rejeté pour deux motifs. En premier lieu, le refus du Conseil d'accepter l'argument de l'avocat de l'IPFPC visant à répondre aux prétentions formulées dans la réponse d'EACL concernant la définition du mot «imminent» dans *Le Nouveau Petit Robert* ne permet pas d'arriver inévitablement à la conclusion que les règles d'équité procédurale et de justice naturelle ont été violées. Certes, la définition du mot «imminent» a été en définitive importante pour l'issue de l'affaire, mais le Conseil disposait déjà d'une preuve suffisante relativement à ce point. Parmi ces éléments de preuve, mentionnons la définition de «immediate» figurant dans la *Black's Law Dictionary* que l'IPFPC avait fournie au Conseil dans ses prétentions écrites et orales, sans compter le libellé même de la disposition faisant l'objet de l'interprétation. Ensuite, on lui avait présenté toutes les définitions du mot «imminent» figurant dans *Le Nouveau Petit Robert*, dont celle que j'ai estimé être la bonne.

[68] À mon avis, aucune autre observation n'était nécessaire sur cette question, mais en pratique, le Conseil aurait dû donner à l'avocat des unités de négociation la possibilité de répondre aux prétentions d'EACL quant au sens des mots «immediate» et «imminent». De toute évidence, cela aurait permis d'éviter le présent débat. Cependant, le refus du Conseil d'entendre d'autres prétentions ne donne pas lieu, contrairement à ce que soutient l'avocat de l'IPFPC, à une erreur qui fonderait notre décision d'annuler celle du Conseil et de lui renvoyer la question.

[69] In any event, before us, all parties had ample opportunity to make complete submissions with respect to the meaning of these words and in particular, by reference to the dictionary meaning thereof including the definitions provided in *Le Nouveau Petit Robert*. Consequently, PIPSC's submission on this point cannot succeed.

[70] For these reasons, this application for judicial review should be dismissed with costs.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

[69] En second lieu, de toute façon, devant notre Cour, toutes les parties ont eu amplement la possibilité de formuler des prétentions complètes quant au sens de ces mots en renvoyant, en particulier, aux définitions des dictionnaires, dont celles de *Le Nouveau Petit Robert*. En conséquence, l'observation formulée par l'IPFPC sur ce point est rejetée.

[70] Pour ces motifs, je rejeterais la présente demande de contrôle judiciaire avec dépens.

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

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

IMM-5696-01
2002 FCT 1162

IMM-5696-01
2002 CFPI 1162

Issam Al Yamani (*Applicant*)

v.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

**INDEXED AS: AL YAMANI v. CANADA (MINISTER OF
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)**

Trial Division, Kelen J.—Toronto, October 23; Ottawa,
November 8, 2002.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — MCI seeking declaration applicant terrorist organization member, person described in Immigration Act, ss. 27(1)(a), 19(1)(f)(iii)(B) — Applicant, stateless Palestinian, said to have been Popular Front for the Liberation of Palestine (PFLP) member — Permanent resident, was subjected to CSIS screening when made citizenship application — Third attempt by Minister — First set aside by F.C.T.D. for breach of Charter right to freedom of association — Second quashed as meaning of “subversion” not properly analysed — Third inquiry initiated, latest relying on amended legislation — Judicial review of denial of stay motion — Correctness appropriate review standard — Res judicata defence essentially cause of action estoppel — Argument: MCI advancing ground known, not relied on, in prior proceedings — Whether new cause of action — Why cause of action estoppel inapplicable explained — Two of three issue estoppel requirements not met — F.C.T.D. decision in Al Yamani (No. 2) discussed — Even if case of res judicata, doctrine displaced by Act, s. 34 for s. 27 proceedings — Test for abuse of process — MCI not having made binding litigation choice when, in 1997, proceeding on pre-amendment grounds, not now barred from relying on amended legislation — Effect of s. 110 transitional provision — Act permits “gating” by MCI — Court disturbed by length of time, number of proceedings but same due to applicant’s pursuit of available remedies — Necessity for upholding Canada’s international reputation of highest importance in deciding stay applications in terrorism cases — No abuse of process, inquiry should proceed — Presumption against retrospective application of statutes inapplicable if public protection, not punishment of offender, purpose of law — Parliament’s intention herein: person member of inadmissible class if belonged to terrorist organization any time in life — Irrelevant applicant severed PFLP ties before statute amended — Permanent residents lack unqualified right to remain, Parliament has prerogative to adopt policy prescribing conditions for them remaining.

Issam Al Yamani (*demandeur*)

c.

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

**RÉPERTORIÉ: AL YAMANI c. CANADA (MINISTRE DE LA
CITOYENNETÉ ET DE L’IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**

Section de première instance, juge Kelen—Toronto, 23
octobre; Ottawa, 8 novembre 2002.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et Renvoi — Renvoi de résidents permanents — Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration cherchait à faire déclarer que le demandeur était membre d’une organisation terroriste, à savoir une personne visée aux art. 27(1)a) et 19(1)f)(iii)(B) de la Loi sur l’immigration — Le demandeur, un Palestinien apatride, aurait été membre du Front populaire pour la libération de la Palestine (FPLP) — Il est un résident permanent qui a fait l’objet d’une enquête de sécurité par le SCRS lorsqu’il a présenté sa demande de citoyenneté — Il s’agissait de la troisième tentative du ministre — La première a été repoussée par la C.F. 1^{re} inst. parce qu’il s’agissait d’une atteinte au droit à la liberté d’association garanti par la Charte — La seconde a été annulée parce que le sens du mot «subversion» n’avait pas bien été analysé — Une troisième enquête a été entreprise au regard des dispositions législatives modifiées — Contrôle judiciaire du rejet de la requête pour suspension — La norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte — La défense de res judicata repose essentiellement sur l’irrecevabilité pour identité des causes d’action — Selon le demandeur, le ministre a invoqué un moyen connu mais non soulevé au moment des instances antérieures — S’agissait-il d’une nouvelle cause d’action? — Explication de l’inapplicabilité de l’irrecevabilité pour identité des causes d’action — Deux des trois conditions du critère n’étaient pas remplies — Examen de la décision de la C.F. 1^{re} inst. dans Al Yamani (n° 2) — Même s’il s’agissait d’un cas de chose jugée, l’art. 34 de la Loi écarte le principe à l’égard des mesures prises en vertu de l’art. 27 — Critère de l’abus de procédure — Le ministre n’a pas fait un choix qui liait contestation lorsque, en 1997, il s’est fondé sur des moyens existant avant la modification des dispositions législatives et qui ne l’empêchent pas maintenant d’invoquer les dispositions législatives modifiées — Effet de l’art. 110 comme disposition transitoire — La Loi autorise le ministre à se livrer à du «blocage» — La Cour s’est dite préoccupée par la durée et le nombre des procédures, mais cette situation était attribuable au fait que le demandeur a su utiliser les recours

judiciaires dont il disposait — La nécessité de maintenir la réputation internationale du Canada est de la plus haute importance lorsqu'il s'agit de trancher les demandes de suspension présentées dans des affaires de terrorisme — Il n'y a pas eu d'abus de procédure et l'enquête devrait se poursuivre — La présomption de non-rétroactivité ne s'applique pas si le but de la loi n'est pas de punir le contrevenant mais de protéger le public — Aux yeux du législateur, une personne appartient à une catégorie de personnes non admissibles si elle a été membre d'une organisation terroriste à un moment ou un autre de sa vie — Le fait que le demandeur ait rompu les liens avec le FPLP avant l'entrée en vigueur des dispositions législatives modifiées n'est pas pertinent — Les résidents permanents ne jouissent pas d'un droit absolu de demeurer au Canada et le législateur fédéral a la prérogative d'adopter une politique prescrivant les conditions auxquelles ceux-ci doivent satisfaire pour y demeurer.

Estoppel — Applicant seeking judicial review of stay denial regarding Minister's third attempt at having him declared terrorist organization member — First attempt aborted by F.C.T.D. decision Charter right to freedom of association contravened, second for not properly analysing meaning of "subversion" — Third inquiry based on amended legislation — Issue estoppel one form of res judicata, other being cause of action estoppel — Cause of action estoppel precludes action if cause of action subject of final decision by court of competent jurisdiction — Applicant arguing Minister advancing ground known, not relied on, in previous proceedings — Cause of action estoppel inapplicable as applicant not subject of final decision on inadmissibility — Two of three requirements for issue estoppel not met — Current inquiry not dealing with question raised in prior proceedings — Prior decisions not final inadmissibility decisions.

Practice — Res Judicata — Applicant seeking stay of third attempt by MCI to have him declared terrorist organization member — Res judicata one of arguments — Res judicata, issue estoppel arguments dealt with together as latter one form of res judicata — Applicant's res judicata defence essentially cause of action estoppel — Based on requirement plaintiff advance entire case at one time — Applicant's submission: MCI bringing forward ground known, not relied on in earlier proceedings — Cause of action estoppel inapplicable as applicant never subject of final decision on inadmissibility — Adjudication Division never decided as previous inquiries aborted by judicial review applications.

Fin de non-recevoir — Demande de contrôle judiciaire d'une décision rejetant la requête du demandeur visant à faire suspendre une enquête du ministre qui tentait pour la troisième fois de le faire déclarer membre d'une organisation terroriste — La première tentative a été repoussée par la C.F. 1^{re} inst. en raison d'une atteinte au droit à la liberté d'association et la seconde l'a été parce que le sens du mot «subversion» n'avait pas été bien analysé — La troisième enquête était fondée sur les dispositions législatives modifiées — L'irrecevabilité pour identité des questions en litige est l'une des deux formes de la res judicata, l'autre étant l'irrecevabilité pour identité des causes d'action — Celle-ci empêche une action si la cause d'action a fait l'objet d'une décision finale par un tribunal compétent — Selon le demandeur, le ministre a avancé un moyen qui était connu mais qui n'a pas été soulevé dans les instances antérieures — L'irrecevabilité pour identité des causes d'action ne s'appliquait pas car le demandeur n'a pas fait l'objet d'une décision finale à l'égard de sa non-admissibilité — Deux des trois conditions de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige n'ont pas été remplies — L'enquête actuelle ne portait pas sur la même question que celle soulevée dans les instances antérieures — Les décisions antérieures n'étaient pas des décisions finales sur la non-admissibilité.

Pratique — Res judicata — Demande de suspension de la troisième tentative d'enquête du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration visant à faire déclarer le demandeur membre d'une organisation terroriste — La res judicata a été l'un des moyens invoqués — Les arguments fondés sur la res judicata et l'irrecevabilité pour identité des questions en litige ont été traités ensemble car cette dernière est l'une des formes de la res judicata — La défense de res judicata du demandeur reposait essentiellement sur l'irrecevabilité pour identité des causes d'action — Celle-ci exige que le demandeur souleve toute l'affaire en une seule fois — Selon le demandeur, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a invoqué un moyen qui était connu mais qui n'a pas été soulevé dans les

Practice — Stay of proceedings — Judicial review of denial of stay motion regarding Minister's third attempt to have applicant declared terrorist organization member — While Court disturbed by length of time (decade), number of proceedings herein, delay due to applicant's pursuit of legal remedies — Compelling societal interest in having case heard may tip scales where unclear whether abuse sufficient to justify stay — Upholding Canada's international reputation consideration of highest importance in terrorism cases — No abuse of process and inquiry should proceed.

Construction of Statutes — Presumption against retrospective application — Inapplicable if purpose of statute public protection, not to punish offender — Provision to protect public from terrorists if clear, unambiguous operates even if abrogating vested right such as permanent resident status — Irrelevant that ties with terrorist organization severed before statutory provision in force.

Applicant, a stateless Palestinian, came to Canada in 1985 and was granted permanent resident status. This judicial review application was in respect of a third attempt by the Minister—the first two having been set aside by this Court—to have him declared a terrorist organization member. He is said to be, or to have been, a member of the Popular Front for the Liberation of Palestine (PFLP). In seeking a stay of this latest *Immigration Act* inquiry, four arguments were advanced by applicant: (1) *res judicata*; (2) issue estoppel; (3) abuse of process; (4) retrospective application of the legislation, as amended, which came into force after he severed his PFLP ties.

In 1988, when Al Yamani applied for citizenship, he was subjected to security screening by CSIS. In 1992, he was notified that he was the subject of a report from the Solicitor General and the Minister to the Security Intelligence Review Committee (SIRC) under subsection 39(2) of the *Immigration Act*, alleging him to be a person described in paragraphs 19(1)(e),(g) and 27(1)(c) as they read prior to the amendments, which came into force on February 1, 1993. On August 3, 1993 SIRC issued a report that there were reasonable grounds

instances antérieures — L'irrecevabilité pour identité des causes d'action ne s'appliquait pas car le demandeur n'a jamais fait l'objet d'une décision finale à l'égard de sa non-admissibilité — La section d'arbitrage n'a jamais eu à se prononcer puisque les enquêtes précédentes ont été interrompues par des demandes de contrôle judiciaire.

Pratique — Suspension d'instance — Contrôle judiciaire d'une décision rejetant une requête visant à faire suspendre une enquête du ministre qui tentait pour la troisième fois de faire déclarer le demandeur membre d'une organisation terroriste — Même si la Cour est préoccupée par la durée (dix ans) et le nombre des procédures dans la présente affaire, cela est dû au fait que le demandeur a su utiliser les recours judiciaires dont il disposait — L'intérêt irrésistible de la société à ce qu'il y ait un débat sur le fond pourrait faire pencher la balance lorsqu'il n'est pas sûr que l'abus justifie la suspension des procédures — Le maintien de la réputation internationale du Canada est une préoccupation de la plus haute importance dans les affaires concernant le terrorisme — Il n'y a pas eu d'abus de procédure et l'enquête devrait se poursuivre.

Interprétation des lois — Application de la présomption de non-rétroactivité — Cette présomption ne s'applique pas si le but de la loi n'est pas de punir le contrevenant mais de protéger le public — Une loi visant à protéger le public des terroristes, si elle est claire et non ambiguë, s'appliquera même si cela signifie qu'un droit acquis, tel que le statut de résident permanent, est aboli — Le fait que le demandeur ait rompu les liens avec le FPLP avant l'entrée en vigueur des dispositions législatives modifiées n'était pas pertinent.

Le demandeur, Palestinien apatride, est arrivé au Canada en 1985 et a obtenu le statut de résident permanent. La présente demande de contrôle judiciaire concerne la troisième tentative du ministre—les deux premières ayant été annulées par la Cour—visant à le faire déclarer membre d'une organisation terroriste. Il serait ou aurait été membre du Front populaire pour la libération de la Palestine (FPLP). En demandant la suspension de la dernière enquête établie sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, le demandeur a invoqué quatre moyens: 1) la *res judicata*; 2) l'irrecevabilité pour identité des questions en litige; 3) l'abus de procédure; 4) l'application rétroactive des dispositions législatives modifiées, lesquelles sont entrées en vigueur après la rupture de ses liens avec le FPLP.

M. Al Yamani a demandé la citoyenneté canadienne, en 1988, et il a fait l'objet d'une enquête de sécurité par le SCRS. En 1992, il a été avisé que le solliciteur général et le ministre avaient adressé au Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité (CSARS) un rapport le concernant, en vertu du paragraphe 39(2) de la *Loi sur l'immigration*. Ce rapport alléguait qu'il appartenait aux catégories de personnes visées aux alinéas 19(1)e),g) et 27(1)c) de la Loi, tels qu'ils étaient rédigés avant les modifications, lesquelles sont entrées

for believing Al Yamani to be a PFLP member, and based thereon, the Governor in Council issued a security certificate and the Minister issued a section 27 report. Al Yamani applied for judicial review and MacKay J. agreed with his Charter argument that paragraph 19(1)(g) restricted his freedom of association, a limitation not demonstrably justified in a free and democratic society.

SIRC recommenced the hearing in 1997, still invoking the pre-amended version of the statute but Gibson J. quashed the SIRC report, holding that the Committee had erred in failing to properly analyse the meaning of "subversion" in paragraph 19(1)(e). The Judge held that the Committee had ignored a professor's expert testimony as to what constitutes subversion. Gibson J. noted that the Committee had ignored the evidence that the PFLP was a "spent force" and that its conclusion, that there was still a possibility that the PFLP might commit acts of violence in Canada, was sheer speculation.

Even though applicant was advised in 2000 that a security report would no longer be pursued, the Minister later directed an inquiry under the amended legislation and, in 2001, the Adjudication Division of the IRB conducted an inquiry. The present application was filed after denial of Al Yamani's preliminary motion for a stay.

Held, the application should be denied.

As the adjudicator's decision involved questions of law outside the tribunal's core expertise, correctness was the appropriate review standard.

The *res judicata* and issue estoppel arguments could be dealt with together since, at common law, issue estoppel is one form of *res judicata*, the other being cause of action estoppel. The principles of these two forms of estoppel were summarized in *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, a recent decision of the Federal Court of Appeal. Applicant's *res judicata* defence was essentially cause of action estoppel, which precludes bringing an action if the cause of action has been the subject of a final decision of a court of competent jurisdiction. This defence is based on the requirement that a plaintiff bring forward his entire case at one time, once and for all. Applicant's submission was that the Minister is here seeking to advance a ground of inadmissibility which was known but not relied

en vigueur le 1^{er} février 1993. Le CSARS a présenté, en date du 3 août 1993, un rapport qui concluait qu'il existait des motifs raisonnables de croire que Al Yamani faisait partie du FPLP. Se fondant sur ce rapport, le gouverneur en conseil a émis une attestation de sécurité et le ministre a produit un rapport en vertu de l'article 27. Al Yamani a demandé le contrôle judiciaire de cette décision et M. le juge MacKay a accepté l'argument fondé sur la Charte selon lequel l'alinéa 19(1)(g) limitait sa liberté d'association, une limite dont la justification ne pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le CSARS a recommencé l'audition en 1997 en continuant d'invoquer les dispositions de la Loi en vigueur avant les modifications. Toutefois, M. le juge Gibson a annulé le rapport du CSARS en concluant que le Comité avait fait erreur parce qu'il n'avait pas bien analysé le sens du mot «subversion» figurant à l'alinéa 19(1)e. Le juge a estimé que le CSARS n'avait pas tenu compte du témoignage d'un expert sur ce qui constitue la subversion. Il a noté que le Comité n'avait pas fait mention de la preuve selon laquelle le FPLP n'avait plus l'influence qu'il avait et que sa conclusion qu'il existait toujours une possibilité que cette organisation commette des actes de violence au Canada était une pure supposition.

Même si le demandeur a été avisé en 2000 qu'on avait mis fin à un rapport de sécurité le concernant, le ministre a par la suite ordonné la tenue d'une enquête sous le régime des dispositions législatives modifiées. En 2001, la section d'arbitrage de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a tenu une enquête. La présente demande a été déposée après le rejet de la requête préliminaire du demandeur visant à obtenir la suspension de l'enquête.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Puisque la décision de l'arbitre comportait des questions de droit ne relevant pas du domaine d'expertise fondamental du tribunal, la norme de contrôle appropriée était celle de la décision correcte.

Les défenses de *res judicata* et d'irrecevabilité pour identité des questions en litige pouvaient être traitées ensemble puisque, en common law, l'irrecevabilité pour identité des questions en litige représente l'une des deux formes de la *res judicata*, l'autre étant l'irrecevabilité pour identité des causes d'action. Les principes sur lesquels reposent ces deux formes d'irrecevabilité sont résumés dans *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, une décision récente de la Cour d'appel fédérale. La défense de *res judicata* du demandeur reposait essentiellement sur l'irrecevabilité pour identité des causes d'action, laquelle interdit d'intenter une action dans le cas où la cause d'action a fait l'objet d'une décision finale par un tribunal compétent. Cette défense est fondée sur le principe que le demandeur doit

upon in the earlier proceedings. If the cause of action in the earlier proceedings is interpreted narrowly as applicant's inadmissibility under paragraphs 19(1)(e) and (g), the new cause of action, inadmissibility under clause 19(1)(f)(iii)(B), is different and not barred by cause of action estoppel. But even if the cause of action in the earlier proceedings is interpreted broadly as applicant's inadmissibility, cause of action estoppel would still not apply because applicant has never been the subject of a final decision as to inadmissibility. The two previous Court decisions were not final pronouncements on the matter. Rather, they sent the matter back for redetermination. The Adjudication Division is the body having authority in this matter and it did not get to make a decision as the previous inquiries were aborted by successful judicial review applications.

As to issue estoppel, applicant suggested that, in *Al Yamani* (No. 2), the Court finally determined that his prior PFLP membership could not be used as a basis for removal. The Supreme Court of Canada has approved of the House of Lords decision in *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)* in which three requirements for issue estoppel were recognized: (1) same question decided; (2) judicial decision was final; (3) parties (or their privies) to the judicial decision were the same as those in the proceedings in which estoppel is raised. Issue estoppel had no application herein. The final part of the test was met, but not the first two. The current inquiry does not deal with the question raised in the prior proceedings. The decision of MacKay J. in *Al Yamani* (No. 2) was restricted to the constitutionality of paragraph 19(1)(g); here the question is whether applicant is a person described in paragraph 27(1)(a) and clause 19(1)(f)(iii)(B) based on PFLP membership prior to 1992. That Judge did not rule out the use, in future proceedings, of applicant's prior membership as a ground for removal under another part of section 19. Furthermore, the conclusions of MacKay J. regarding freedom of association were inapplicable to clause 19(1)(f)(iii)(B), which differs in substance from former paragraph 19(1)(g). The new provision excepts from inadmissibility those who "have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest". The Supreme Court held, in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, that the new provision does not offend against the Charter. The second part of the issue estoppel test was not met, the prior decisions not having been final determinations as to inadmissibility. Even had this been a case of *res judicata*, a number of reported decisions of this Division are authority

faire valoir sa cause en une seule fois et une fois pour toutes. Selon le demandeur, le ministre cherchait à présenter un moyen de non-admissibilité qui était connu au moment des instances antérieures, mais qui n'a pas été soulevé. Si la cause d'action dans les instances antérieures est interprétée de façon restrictive comme étant la non-admissibilité du demandeur en application des alinéas 19(1)e) et g), la nouvelle cause d'action, à savoir la non-admissibilité en application de la division 19(1)f)(iii)(B), est différente et l'irrecevabilité pour identité des causes d'action ne lui ferait pas obstacle. Toutefois, même si la cause d'action des instances antérieures est interprétée largement, à savoir si le demandeur était une personne non admissible, l'irrecevabilité pour identité des causes d'action ne s'appliquerait pas plus parce que le demandeur n'a jamais fait l'objet d'une décision finale à l'égard de sa non-admissibilité. Dans ses deux décisions antérieures, la Cour n'a pas prononcé de décision finale sur la question. Elle a plutôt renvoyé l'affaire pour un nouvel examen. La section d'arbitrage, l'organisme ayant autorité en la matière, n'a pas eu à rendre de décision puisque les enquêtes précédentes ont été interrompues par des demandes de contrôle judiciaire qui ont été accueillies.

En ce qui a trait à l'irrecevabilité pour identité des questions en litige, le demandeur a soutenu que la Cour, dans *Al Yamani* (n° 2), a décidé de manière définitive que son appartenance au FPLP dans le passé ne pouvait servir de fondement à une mesure de renvoi. La Cour suprême du Canada a approuvé la décision de la Chambre des lords dans *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd. (n° 2)*, laquelle a établi trois conditions de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige: 1) la même question a déjà été tranchée; 2) la décision judiciaire était finale; 3) les parties à la décision judiciaire (ou leurs ayants droit) sont les mêmes personnes que les parties à l'instance où est soulevée la fin de non-recevoir. L'irrecevabilité pour identité des questions en litige ne s'appliquait pas en l'espèce. La troisième condition du critère était remplie, mais pas les deux premières. L'enquête actuelle ne porte pas sur la même question que celle soulevée dans les instances antérieures. La décision du juge MacKay dans *Al Yamani* (n° 2) se limitait à la constitutionnalité de l'alinéa 19(1)g); la question soulevée en l'espèce consiste à déterminer si le demandeur est une personne visée à l'alinéa 27(1)a) et à la division 19(1)f)(iii)(B) en raison de son appartenance au FPLP avant 1992. Le juge n'a pas écarté la possibilité que l'appartenance du demandeur au FPLP dans le passé soit utilisée dans des procédures ultérieures pour demander son renvoi en application d'une autre partie de l'article 19. En outre, les conclusions du juge MacKay relativement à la liberté d'association ne s'appliquaient pas à la division 19(1)f)(iii)(B), laquelle diffère en substance de l'ancien alinéa 19(1)g). La nouvelle disposition exclut de la non-admissibilité «les personnes qui convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national». La Cour

for the proposition that the doctrine has been displaced by section 34 of the Act with respect to actions taken under Act, section 27. It has also been held that section 34 applies to proceedings commenced under a different ground of inadmissibility but based on the same facts.

The test for an administrative law abuse of process was provided by LeBel J. in his opinion, dissenting in part, in the Supreme Court of Canada case *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*: “has an administrative agency treated people inordinately badly?” That question was answered in the negative and there was no abuse of process. The Minister should not be found to have made a binding litigation choice to proceed on the basis of pre-amendment grounds in 1997 so as now to be barred from proceeding under clause 19(1)(f)(iii)(B). In accordance with the transitional provision in section 110 of the amending legislation, the Minister was required to proceed on the basis of the pre-amendment grounds of inadmissibility before SIRC in 1997. Since the current inquiry is not based on the report issued prior to the amendments, the Minister is not required by section 110 to continue application of the pre-amendment provisions. The proposition that the Minister might not resort to “gating”—commencing a new inquiry on grounds that were known and could have been relied upon at an earlier inquiry—was rejected by the Trial Division in *Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*. The statute permits the Minister to engage in “gating”.

While the length of time and the number of proceedings in this matter were disturbing to the Court, there had not been any period of prolonged inactivity on the Minister’s part and it was not suggested that there was any improper motive in launching yet another inquiry. The case has dragged on for over a decade due to applicant’s successful pursuit of legal remedies open to him.

It is true that the various points raised by applicant have to be considered in their totality and in conjunction with the gravity of the allegations made against him. But, in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiasz*, the

suprême a conclu, dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, que la nouvelle disposition ne viole pas la Charte. On n’a pas satisfait au second élément du critère de l’irrecevabilité pour identité des questions en litige parce que les décisions antérieures n’étaient pas des décisions finales sur la non-admissibilité. Même s’il s’agissait d’un cas de chose jugée, un certain nombre de décisions prononcées par notre Section ont conclu que cette doctrine a été écartée par l’article 34 de la Loi à l’égard des mesures prises en vertu de l’article 27. Il a également été décidé que l’article 34 s’applique aux procédures entamées en vertu d’un moyen de non-admissibilité différent mais fondées sur le même ensemble de faits.

Le critère applicable en cas d’abus de procédure en droit administratif a été énoncé par M. le juge LeBel, dissident en partie, dans l’arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)* de la Cour suprême du Canada, qui a expliqué que la question à se poser était la suivante: «un organisme administratif a-t-il traité des gens excessivement mal?» La Cour a répondu à cette question par la négative et elle a conclu qu’il n’y avait eu aucun abus de procédure. Le ministre n’a pas fait, en 1997, un choix qui liait contestation sur le fondement des moyens de non-admissibilité existant avant les dispositions législatives modifiées et qui l’empêche maintenant d’invoquer la division 19(1)(f)(iii)(B). Conformément à la disposition transitoire de l’article 110 de la loi intégrant les modifications, le ministre était tenu de procéder sur le fondement des moyens de non-admissibilité existant avant les modifications devant le CSARS en 1997. Comme l’enquête actuelle n’est pas fondée sur le rapport produit avant les dispositions législatives modifiées, le ministre n’est pas tenu de continuer d’appliquer les dispositions en vigueur avant les modifications, comme l’article 110 le prévoit. La proposition selon laquelle le ministre ne pouvait pas se livrer à du «blocage»—en entreprenant une nouvelle enquête fondée sur des moyens qui étaient connus et qui auraient pu être invoqués dans une enquête antérieure—a été rejetée par la Section de première instance dans *Halm c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*. La Loi autorise le ministre à se livrer à du «blocage».

Même si la durée et le nombre des procédures dans la présente affaire préoccupaient la Cour, il n’y a pas eu de période d’inactivité prolongée de la part du ministre et il n’a pas été allégué qu’il agissait pour un mobile inacceptable en commençant une autre enquête. Si les procédures durent depuis plus de 10 ans, c’est parce que le demandeur a su utiliser avec succès les recours judiciaires dont il disposait.

Il est vrai que les divers points soulevés par le demandeur doivent être considérés dans leur ensemble et conjointement avec la gravité des allégations formulées à son endroit. Toutefois, dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

Supreme Court indicated that “in certain cases, where it is unclear whether the abuse is sufficient to warrant a stay, a compelling societal interest in having a full hearing could tip the scales in favour of proceeding”. In that case—a citizenship revocation matter—the Court further pointed out that Canada’s reputation as a responsible member of the community of nations was a concern of the highest importance that had to be taken into account. The 1997 SIRC report suggested that applicant was implicated in the 1977 bombing of an Air Egypt office and that the PFLP would not stop at carrying out acts of violence in Canada should that prove necessary to achieve its objectives. If these allegations can be proven, the appropriate action in respect of applicant would have to be taken. There had been no abuse of process and an inquiry should go forward.

The reasons for judgment of L’Heureux-Dubé J. in the 1989 case *Brosseau v. Alberta Securities Commission* stand for the proposition that the presumption against statutes having retrospective effect is inapplicable where the purpose of the law is public protection rather than to punish the offender. A statute intended to protect the public (in this case, from terrorists), if clear and unambiguous, will operate according to its terms even if this means that vested rights (in this case, applicant’s status as a permanent resident) will be prejudicially affected. The real issue is whether applicant’s vested right to remain in Canada can be revoked for events that occurred before the provisions came into force. The wording of the relevant statutory provisions make it clear that Parliament’s intention was that the legislation cover events which had taken place before it came into force. The words “are or were members” in paragraph 19(1)(f)(iii) provide that a person is a member of an inadmissible class if at any time in his life he belonged to a terrorist organization. These provisions have the effect of abrogating applicant’s vested right to permanent resident status. It is irrelevant that Al Yamani severed his PFLP ties before the statutory amendments came into force. Permanent residents lack an unqualified right to remain in Canada and it is the prerogative of Parliament to adopt an immigration policy prescribing the conditions under which permanent residents may remain here.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof, S.C. 1992, c. 49, ss. 11, 16, 30, 110.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of

l’Immigration) c. Tobiass, la Cour suprême a reconnu que «dans certains cas, lorsqu’il n’est pas sûr que l’abus justifie la suspension des procédures, l’intérêt irrésistible de la société à ce qu’il y ait un débat sur le fond pourrait faire pencher la balance en faveur de la poursuite des procédures». Dans cette décision—une affaire de révocation de la citoyenneté—la Cour a en outre précisé que la réputation du Canada en tant que membre solidaire de la communauté internationale était une préoccupation de la plus haute importance dont il fallait tenir compte. Le rapport du CSARS de 1997 mentionnait que le demandeur avait participé à l’attentat à la bombe contre un bureau d’Air Egypt en 1977 et que le FPLP était prêt à commettre des actes de violence au Canada si cela était nécessaire pour parvenir à ses fins. Si ces allégations peuvent être prouvées, des mesures appropriées devront être prises à l’endroit du demandeur. Il n’y a pas eu d’abus de procédure et l’enquête devrait se poursuivre.

Les motifs du jugement de M^{me} le juge L’Heureux-Dubé, dans l’affaire *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, en 1989, appuyaient la proposition selon laquelle la présomption de non-rétroactivité des lois ne s’applique pas si le but de la loi n’est pas de punir le contrevenant mais de protéger le public. Une loi visant à protéger le public (dans la présente affaire, des terroristes), si elle est claire et non ambiguë, s’appliquera suivant ses termes même si cela signifie que les droits acquis (dans la présente affaire, le statut de résident permanent du demandeur) seront touchés de manière préjudiciable. La véritable question est de savoir si le droit acquis du demandeur de demeurer au Canada peut être aboli en raison d’événements qui se sont produits avant l’entrée en vigueur des dispositions. Le libellé des dispositions législatives pertinentes indique clairement que le Parlement voulait qu’elles couvrent les événements survenus avant leur entrée en vigueur. Les mots «soit sont ou ont été membres» à l’alinéa 19(1)(f)(iii) indiquent qu’une personne appartient à une catégorie de personnes non admissibles visées si à un moment ou un autre de sa vie elle a été membre d’une organisation terroriste. Ces dispositions ont pour effet de retirer au demandeur son droit acquis d’être résident permanent. Le fait qu’Al Yamani ait rompu les liens avec le FPLP avant l’entrée en vigueur des dispositions législatives modifiées n’est pas pertinent. Les résidents permanents ne jouissent pas d’un droit absolu de demeurer au Canada et le législateur fédéral a la prerogative d’adopter une politique d’immigration prescrivant les conditions auxquelles ceux-ci doivent satisfaire pour y demeurer.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b),d).

the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 2(b),(d).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 27 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 16), 34, 39(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 2), 40(1) (as am. by S.C. 1997, c. 22, s. 6).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Apotex Inc. v. Merck & Co.* (2002), 214 D.L.R. (4th) 429; 19 C.P.R. (4th) 163; 291 N.R. 96 (F.C.A.); *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.); *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chung*, [1993] 2 F.C. 42; 100 D.L.R. (4th) 377; 18 Imm. L.R. (2d) 151; 149 N.R. 386 (C.A.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 159; 281 N.R. 1 (S.C.C.); *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; [1988] 4 W.W.R. 97; (1988), 65 Sask. R. 122; 40 C.C.C. (3d) 481; 62 C.R. (3d) 349; 32 C.R.R. 269; 83 N.R. 296; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; (1989), 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 96 A.R. 241; 65 Alta. L.R. (2d) 97; 35 Admin. L.R. 1; 93 N.R. 1; *Rudolph v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 653; (1992), 91 D.L.R. (4th) 686; 73 C.C.C. (3d) 442; 14 C.R. (4th) 169; 142 N.R. 62 (C.A.); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161.

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Canada (Canadian Human Rights Commission) (1991), 4 Admin. L.R. (2d) 251; 36

Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence, L.C. 1992, ch. 49, art. 11, 16, 30, 110.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 27 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 16), 34, 39(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 2), 40(1) (mod. par L.C. 1997, ch. 22, art. 6).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Apotex Inc. c. Merck & Co.* (2002), 214 D.L.R. (4th) 429; 19 C.P.R. (4th) 163; 291 N.R. 96 (C.A.F.); *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.); *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chung*, [1993] 2 C.F. 42; 100 D.L.R. (4th) 377; 18 Imm. L.R. (2d) 151; 149 N.R. 386 (C.A.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 159; 281 N.R. 1 (C.S.C.); *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; [1988] 4 W.W.R. 97; (1988), 65 Sask. R. 122; 40 C.C.C. (3d) 481; 62 C.R. (3d) 349; 32 C.R.R. 269; 83 N.R. 296; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; (1989), 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 96 A.R. 241; 65 Alta. L.R. (2d) 97; 35 Admin. L.R. 1; 93 N.R. 1; *Rudolph c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 653; (1992), 91 D.L.R. (4th) 686; 73 C.C.C. (3d) 442; 14 C.R. (4th) 169; 142 N.R. 62 (C.A.); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Procureur général) c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne) (1991), 4 Admin.

C.C.E.L. 83; 91 CLLC 17,016; 43 F.T.R. 47 (F.C.T.D.); *Rabbat v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 46 (T.D.); *Cortez v. Canada (Secretary of State)* (1994), 74 F.T.R. 9; 23 Imm. L.R. (2d) 270 (F.C.T.D.); *Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 547; (1995), 104 F.T.R. 81; 32 Imm. L.R. (2d) 220 (T.D.); *Yousif v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 167 F.T.R. 85 (F.C.T.D.); *Estrada v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 8 F.T.R. 317; 1 Imm. L.R. (2d) 24 (F.C.T.D.); *McAllister v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] 2 F.C. 190; 108 F.T.R. 1 (T.D.).

CONSIDERED:

Al Yamani v. Canada (Solicitor General), [1996] 1 F.C. 174; (1995), 129 D.L.R. (4th) 226; 32 C.R.R. (2d) 295; 103 F.T.R. 105; 31 Imm. L.R. (2d) 191 (T.D.); *Al Yamani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 433; (2000), 72 C.R.R. (2d) 259; 186 F.T.R. 161; 5 Imm. L.R. (3d) 235 (T.D.).

REFERRED TO:

Al Yamani v. Canada (Solicitor General) (1994), 80 F.T.R. 307; 27 Imm. L.R. (2d) 116 (F.C.T.D.); *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460; (2001), 201 D.L.R. (4th) 193; 34 Admin. L.R. (3d) 163; 10 C.C.E.L. (3d) 1; 7 C.P.C. (5th) 199; 272 N.R. 1; 149 O.A.C. 1; *Grandview (Town of) v. Doering*, [1976] 2 S.C.R. 621; (1975), 61 D.L.R. (3d) 455; [1976] 1 W.W.R. 388; 7 N.R. 299; *Ruparel v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 615; (1990), 36 F.T.R. 140; 11 Imm. L.R. (2d) 190 (T.D.).

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999. "res judicata".
 Driedger, E. A. *The Composition of Legislation. Legislative Forms and Precedents*, 2nd ed. Ottawa: Dept. of Justice, 1976.
 Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, Toronto: Butterworths, 2000.

APPLICATION for judicial review of an Immigration and Refugee Board, Adjudication Division decision denying a motion to stay an inquiry into whether applicant was a terrorist organization member (a person described in paragraph 27(1)(a) and clause 19(1)(f)(iii)(B) of the *Immigration Act*). Application denied.

L.R. (2d) 251; 36 C.C.E.L. 83; 91 CLLC 17,016; 43 F.T.R. 47 (C.F. 1^{re} inst.); *Rabbat c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 46 (1^{re} inst.); *Cortez c. Canada (Secrétaire d'État)* (1994), 74 F.T.R. 9; 23 Imm. L.R. (2d) 270 (C.F. 1^{re} inst.); *Halm c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 547; (1995), 104 F.T.R. 81; 32 Imm. L.R. (2d) 220 (1^{re} inst.); *Yousif c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 167 F.T.R. 85 (C.F. 1^{re} inst.); *Estrada c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 8 F.T.R. 317; 1 Imm. L.R. (2d) 24 (C.F. 1^{re} inst.); *McAllister c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] 2 C.F. 190; 108 F.T.R. 1 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Al Yamani c. Canada (Solliciteur général), [1996] 1 C.F. 174; (1995), 129 D.L.R. (4th) 226; 32 C.R.R. (2d) 295; 103 F.T.R. 105; 31 Imm. L.R. (2d) 191 (1^{re} inst.); *Al Yamani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 433; (2000), 72 C.R.R. (2d) 259; 186 F.T.R. 161; 5 Imm. L.R. (3d) 235 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Al Yamani c. Canada (Solliciteur général) (1994), 80 F.T.R. 307; 27 Imm. L.R. (2d) 116 (C.F. 1^{re} inst.); *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460; (2001), 201 D.L.R. (4th) 193; 34 Admin. L.R. (3d) 163; 10 C.C.E.L. (3d) 1; 7 C.P.C. (5th) 199; 272 N.R. 1; 149 O.A.C. 1; *Grandview (Ville de) c. Doering*, [1976] 2 R.C.S. 621; (1975), 61 D.L.R. (3d) 455; [1976] 1 W.W.R. 388; 7 N.R. 299; *Ruparel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 615; (1990), 36 F.T.R. 140; 11 Imm. L.R. (2d) 190 (1^{re} inst.).

DOCTRINE

Black's Law Dictionary, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999. «res judicata».
 Driedger, E. A. *The Composition of Legislation. Legislative Forms and Precedents*, 2nd ed. Ottawa: Min. de la Justice, 1976.
 Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, Toronto: Butterworths, 2000.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle la section d'arbitrage de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la requête du demandeur pour faire suspendre une enquête en vue de déterminer s'il a été membre d'une organisation terroriste (à savoir une personne visée à l'alinéa 27(1)a) et à la division 19(1)(f)(iii)(B) de la *Loi sur l'immigration*). Demande rejetée.

APPEARANCES:

Barbara L. Jackman and *Ronald P. Poulton* for applicant.

Donald A. MacIntosh and *Jamie R. D. Todd* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Barbara L. Jackman, Toronto, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] KELEN J.: This is an application for judicial review of the decision of the Immigration and Refugee Board, Adjudication Division, dated November 28, 2001, dismissing the applicant's motion for a stay of an inquiry under the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the Act) to determine if he is or was a member of a terrorist organization, i.e. a person described in paragraph 27(1)(a) and clause 19(1)(f)(iii)(B), on the basis of his membership in the Popular Front for the Liberation of Palestine (PFLP) prior to 1992.

[2] This is the respondent's third attempt to inquire into the applicant's admissibility as a permanent resident due to his involvement with the PFLP. The first two attempts were set aside by this Court in 1996 and 2000. On this attempt, the applicant seeks to stop the inquiry on the following grounds:

(i) the Minister is barred from commencing a new inquiry by *res judicata*, i.e. the applicant was found not to be inadmissible on the same facts in the previous two judicial decisions;

(ii) in the alternative, the new inquiry should be barred by issue estoppel because the issue raised by the current allegations is the same issue that was dealt with in the prior proceedings;

ONT COMPARU:

Barbara L. Jackman et *Ronald P. Poulton* pour le demandeur.

Donald A. MacIntosh et *Jamie R. D. Todd* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Barbara L. Jackman, Toronto, pour le demandeur.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE KELEN: La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle la section d'arbitrage de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté, en date du 28 novembre 2001, la requête du demandeur pour faire suspendre une enquête établie sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (la Loi), en vue de déterminer s'il est ou a été membre d'une organisation terroriste, à savoir une personne visée à l'alinéa 27(1)a) et à la division 19(1)f)(iii)(B), du fait de son appartenance au Front populaire pour la libération de la Palestine (FPLP) avant 1992.

[2] Il s'agit de la troisième tentative d'enquête du défendeur concernant l'admissibilité du demandeur comme résident permanent, en raison de sa participation aux activités du FPLP. Les deux premières tentatives ont été repoussées par notre Cour en 1996 et en 2000. Cette fois-ci, le demandeur sollicite l'arrêt de l'enquête pour les motifs suivants:

(i) le ministre ne peut entreprendre une nouvelle enquête, compte tenu du principe de l'autorité de la chose jugée, à savoir qu'il a été établi, au regard des mêmes faits, dans les deux décisions judiciaires antérieures que le demandeur n'était pas une personne non admissible;

(ii) subsidiairement, la nouvelle enquête devrait être interdite pour cause d'irrecevabilité parce que la question soulevée dans les allégations actuelles est la même que celle qui a fait l'objet des instances antérieures;

(iii) the new inquiry is an abuse of process, a common law principle which can be invoked to stay this administrative proceeding; and

(iv) the new inquiry seeks to apply the amended provisions of the Act, which cannot be applied retrospectively to Mr. Al Yamani because they came into force after he was landed as a permanent resident and after he severed his ties with the PFLP.

FACTS

1985 to 2001

[3] The applicant is a stateless Palestinian man who immigrated to Canada on April 27, 1985 and was granted permanent resident status. He is the subject of a report which alleges under paragraph 27(1)(a) of the Act that he is a person described in clause 19(1)(f)(iii)(B) on the basis of his membership in the PFLP prior to 1992, an organization engaged in terrorism.

1988 to 1992

[4] Mr. Al Yamani applied for Canadian citizenship on May 3, 1988. As a result of his application for citizenship, Mr. Al Yamani became the subject of security screening by the Canadian Security Intelligence Service. On May 29, 1992, he was notified that he was the subject of a report from the Solicitor General and the Minister to the Security Intelligence Review Committee (SIRC) under subsection 39(2) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 2] of the *Immigration Act*. The report alleged Mr. Al Yamani was a person described in paragraphs 19(1)(e), 19(1)(g) and 27(1)(c) of the Act as they read prior to *An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 49 (the Amendments), which came into force on February 1, 1993.

1993 to 1994

[5] SIRC issued a report on August 3, 1993 in which it concluded that Mr. Al Yamani was a person described in paragraph 19(1)(g) because there were reasonable grounds to believe the applicant was a member of the

(iii) la nouvelle enquête est un abus de procédure, un principe de common law pouvant être invoqué afin qu'il soit sursis à cette procédure administrative;

(iv) par cette nouvelle enquête, le ministre cherche à faire appliquer les dispositions modifiées de la Loi, lesquelles ne peuvent être appliquées de manière rétroactive à M. Al Yamani parce qu'elles sont entrées en vigueur après son établissement à titre de résident permanent et la rupture de ses liens avec le FPLP.

EXPOSÉ DES FAITS

De 1985 à 2001

[3] Le demandeur est un Palestinien apatride qui a immigré au Canada le 27 avril 1985 et obtenu le statut de résident permanent. Il fait l'objet d'un rapport alléguant, en vertu de l'alinéa 27(1)a) de la Loi, qu'il appartient à une catégorie de personnes visées à la division 19(1)f)(iii)(B) du fait de son appartenance au FPLP, une organisation se livrant à des actes de terrorisme, avant 1992.

De 1988 à 1992

[4] M. Al Yamani a demandé la citoyenneté canadienne le 3 mai 1988. À la suite de cette demande, il a fait l'objet d'une enquête de sécurité par le Service canadien du renseignement de sécurité. Le 29 mai 1992, il a été avisé que le solliciteur général et le ministre avaient adressé au Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité (CSARS) un rapport le concernant, en vertu du paragraphe 39(2) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 2] de la *Loi sur l'immigration*. Ce rapport alléguait que M. Al Yamani appartenait aux catégories de personnes visées aux alinéas 19(1)e), 19(1)g) et 27(1)c) de la Loi, tels qu'ils étaient rédigés avant la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1992, ch. 49 (les modifications), qui est entrée en vigueur le 1^{er} février 1993.

De 1993 à 1994

[5] Le CSARS a présenté, en date du 3 août 1993, un rapport dans lequel il concluait que M. Al Yamani appartenait à la catégorie de personnes visées à l'alinéa 19(1)g) parce qu'il existait des motifs raisonnables de

PFLP. Based on the report, the Governor in Council issued a security certificate and the Minister issued a report under section 27 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 16] of the Act and a direction for an inquiry. The inquiry was stayed by this Court pending the outcome of Mr. Al Yamani's application for judicial review of the SIRC report and Governor in Council's direction: see *Al Yamani v. Canada (Solicitor General)* (1994), 80 F.T.R. 307 (F.C.T.D.).

1995 to 1996—First Federal Court Judicial Review

[6] Mr. Justice MacKay heard the application for judicial review and set aside the SIRC report: see *Al Yamani v. Canada (Solicitor General)* (No. 2), [1996] 1 F.C. 174 (T.D.). The applicant argued the portion of paragraph 19(1)(g) that made him inadmissible based solely on his membership in an organization likely to commit acts of violence violated his freedom of association under paragraph 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]. His argument was summarized by Mr. Justice MacKay, at page 223:

The applicant submits that paragraph 19(1)(g) as drafted is overly broad. It does not distinguish between organizations dedicated exclusively to violent activities that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada and other organizations with a variety of purposes which may embrace members with limited involvement only in peaceful purposes. It includes persons, solely because of their association, who are not themselves likely to engage in acts of violence or unlawful activities in Canada.

Mr. Justice MacKay accepted the applicant's arguments and held at pages 229-230:

In my opinion, paragraph 19(1)(g), in so far as it relates to persons who there are reasonable grounds to believe are members of an organization that is likely to commit acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada, restricts freedom of association and that

croire qu'il faisait partie du FPLP. À la suite de ce rapport, le gouverneur en conseil a ordonné la délivrance d'une attestation de sécurité et le ministre a produit un rapport en vertu de l'article 27 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 16] de la Loi et une directive prévoyant la tenue d'une enquête. La Cour a suspendu l'enquête dans l'attente de l'issue de la demande de contrôle judiciaire du rapport du CSARS et de la directive du gouverneur en conseil. Voir *Al Yamani c. Canada (Solliciteur général)* (1994), 80 F.T.R. 307 (C.F. 1^{re} inst.).

De 1995 à 1996—Premier contrôle judiciaire par la Cour fédérale

[6] M. le juge MacKay a entendu la demande de contrôle judiciaire et annulé le rapport du CSARS. Voir *Al Yamani c. Canada (Solliciteur général)* (n^o 2), [1996] 1 C.F. 174 (1^{re} inst.) Le demandeur a fait valoir que la partie de l'alinéa 19(1)g qui le rendait inadmissible du seul fait de son appartenance à une organisation susceptible de commettre des actes de violence portait atteinte à sa liberté d'association prévue à l'alinéa 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44]. Ses prétentions ont été résumées comme il suit à la page 223 par le juge MacKay:

Le requérant fait valoir que le libellé de l'alinéa 19(1)g) a une portée trop vaste. Il n'établit pas de distinction entre les organisations exclusivement consacrées aux activités violentes de nature à porter atteinte à la vie ou à la sécurité humaines au Canada et d'autres organisations aux objectifs divers qui peuvent comprendre des membres peu engagés et ne participant qu'aux activités pacifiques. Il vise des personnes, pour la seule raison de leur association à une organisation, alors qu'elles ne sont pas elles-mêmes susceptibles de commettre des actes de violence ou de se livrer à des activités illégales au Canada.

Le juge MacKay a accepté les arguments du demandeur et conclu en ces termes aux pages 229 et 230:

Selon moi, l'alinéa 19(1)g), dans la mesure où il a trait aux personnes dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles appartiennent à une organisation susceptible de commettre des actes de violence de nature à porter atteinte à la vie ou à la sécurité humaines au Canada, limite la liberté d'association, et

restriction is not a limitation demonstrably justified in a free and democratic society. Thus it contravenes paragraph 2(d) of the Charter and is no force or effect pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*

The Court allowed the application and set aside the SIRC report and declared the determination by the Governor in Council invalid. Mr. Justice MacKay returned the matter to SIRC for it to decide the appropriate course of action. His decision did not question any conclusions of fact or applications of the law included in the SIRC report and did not deal with the other inadmissible classes described in paragraph 19(1)(g).

1997 to 1998

[7] SIRC decided to recommence the hearing in 1997 and continued to apply the provisions of the Act as they read before the amendments. In its report, SIRC made a number of findings, including:

(i) at page 19, SIRC stated: “Quite apart from his activity in participating in the subversive acts of the PFLP, I cannot ignore evidence of Mr. Yamani’s participation in the 1977 bombings of the Air Egypt office in the United Arab Emirates” and “Seen in this light, the Air Egypt bombing can be seen as a terrorist subversive act directed against the State of Israel, which Canada recognizes as a democracy”;

(ii) at page 20, SIRC stated: “There is no reason to believe that the PFLP is any less dedicated to its goals and would be any less willing to engage in terrorist actions in Canada if that was perceived to be required to allow it to achieve its goals. I conclude, therefore, that there is still a possibility that the PFLP may commit acts of violence in Canada”;

(iii) at page 21, SIRC stated: “I note Mr. Yamani was assigned his tasks as a communications link and was a travel facilitator for all PFLP activities in North America by PFLP Headquarters in the Middle East because of his location in Canada”; and,

(iv) at page 21, SIRC concluded: “Based on all the evidence before me, I conclude that Mr. Yamani only

cette restriction n’est pas une limite dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. Il enfreint donc l’alinéa 2d) de la Charte et il n’a pas d’effet en vertu de l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [. . .].

La Cour a accueilli la demande, annulé le rapport du CSARS et déclaré la décision du gouverneur en conseil non valide. Le juge MacKay a renvoyé l’affaire au CSARS pour qu’il décide de la ligne de conduite appropriée à adopter. Dans sa décision, ni les conclusions de fait ni les applications du droit contenues dans le rapport du CSARS n’ont été contestées et les autres catégories de personnes non admissibles visées à l’alinéa 19(1)g) n’ont pas été abordées.

De 1997 à 1998

[7] Le CSARS a décidé de recommencer l’audition en 1997 et continué d’appliquer les dispositions de la Loi en vigueur avant les modifications. Dans son rapport, le CSARS a fait un certain nombre de conclusions, notamment:

(i) À la page 19, le CSARS a écrit: [TRADUCTION] «Mis à part sa participation aux actes de subversion commis par le FPLP, je ne puis ignorer la preuve selon laquelle M. Yamani a participé en 1977 à l’attentat à la bombe contre le bureau d’Air Egypt dans les Émirats arabes unis [...] Dans cette perspective, l’attentat à la bombe contre Air Egypt peut être considéré comme un acte subversif dirigé contre l’État d’Israël, que le Canada reconnaît comme une démocratie.»

(ii) À la page 20, il a affirmé: «Il n’existe aucune raison de croire que le FPLP est moins déterminé à atteindre ses buts et qu’il serait moins disposé à commettre des actes de terrorisme au Canada, s’il l’estimait nécessaire pour parvenir à ses fins. Je conclus donc qu’il existe toujours une possibilité que le FPLP commette des actes de violence au Canada.»

(iii) À la page 21, il a ajouté: «Je constate que le quartier général du FPLP au Moyen-Orient a confié à M. Yamani la responsabilité d’agir comme agent de liaison et de faciliter les déplacements pour toutes les activités du FPLP en Amérique du Nord parce qu’il se trouvait précisément au Canada.»

(iv) À la page 21, il a conclu comme suit: «À partir de tous les éléments de preuve qui m’ont été soumis, je

makes admissions when he believes those admissions cannot be used against him, or when he is confronted with a certain level of knowledge on the part of the Service. Given his demonstrated commitment to the “PFLP cause” and his leadership position, I conclude that there are reasonable grounds to believe that Mr. Yamani is likely (“susceptible”) to participate in unlawful activities of the PFLP, if called upon to do so.”

SIRC determined the applicant was a person whom there are reasonable grounds to believe will engage in subversion as described in paragraph 19(1)(e), and a person whom there are reasonable grounds to believe will engage in acts of violence in Canada or in the unlawful activities of an organization that is likely to engage in acts of violence in Canada as described in paragraph 19(1)(g). SIRC’s decision did not involve the portion of the paragraph 19(1)(g) found unconstitutional by Mr. Justice MacKay.

1999 to 2001—Second Federal Court Judicial Review

[8] The applicant sought to have the report judicially reviewed by this Court. On March 14, 2000, Mr. Justice Gibson quashed the SIRC report, see *Al Yamani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (No. 3), [2000] 3 F.C. 433 (T.D.). He held that SIRC erred by failing to properly analyse the meaning of “subversion” in paragraph 19(1)(e), stating at paragraph 85:

. . . I am satisfied that, against a standard of correctness, the Review Committee erred in law in relying, without further analysis, on the definition or description of “subversion” provided in *Shandi, Re* ((1992), 51 F.T.R. 252 (F.C.T.D.)). The Review Committee appears to have essentially ignored the compelling testimony before it of Professor Whitaker, quoted at some length earlier in these reasons, relating to the elusiveness of the concept subversion and his studied view that the concept involves two essential elements, a clandestine or deceptive element, which would appear to have been identified here, and, more importantly, an element of undermining from within. If one accepts that these elements are fundamental to any definition of subversion, then it is patently obvious that the applicant could not have been engaged in subversion against Israel, either directly or through his support of, and membership in, the PFLP.

conclus que M. Yamani ne reconnaît les faits que s’il estime qu’ils ne peuvent pas être utilisés contre lui ou que s’il constate que le Service les connaît déjà, dans une certaine mesure. Compte tenu de son engagement bien établi envers la “cause du FPLP” et de sa position de tête dirigeante, je conclus qu’on peut penser, pour des motifs raisonnables, que M. Yamani participera aux activités illicites du FPLP si on le lui demande.»

Le CSARS a décidé que le demandeur était une personne dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu’elle se livrera à des actes de subversion, au sens de l’alinéa 19(1)e), et une personne dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu’elle commettra des actes de violence au Canada ou prendra part aux activités illégales d’une organisation susceptible de commettre des actes de violence au Canada, au sens de l’alinéa 19(1)g). La décision du CSARS ne traitait pas de la partie de l’alinéa 19(1)g) que le juge MacKay a déclaré inconstitutionnelle.

De 1999 à 2001—Deuxième contrôle judiciaire par la Cour fédérale

[8] Le demandeur a prié la Cour de procéder au contrôle judiciaire du rapport. Le 14 mars 2000, M. le juge Gibson a annulé le rapport du CSARS. Voir *Al Yamani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (n° 3), [2000] 3 C.F. 433 (1^{re} inst.). Il a conclu que le CSARS avait fait erreur parce qu’il n’avait pas analysé le sens du mot «subversion» figurant à l’alinéa 19(1)e). Il a écrit au paragraphe 85:

[. . .] je suis convaincu que, selon la norme de la décision correcte, le comité de surveillance a commis une erreur de droit en s’appuyant, sans analyse plus approfondie, sur la définition ou la description de la «subversion» énoncée dans la décision *Shandi, Re* ((1992), 51 F.T.R. 252 (C.F. 1^{re} inst.)). Le comité de surveillance semble avoir ignoré, pour l’essentiel, le témoignage convaincant que lui a offert le professeur Whitaker, dont des extraits assez longs ont déjà été cités dans les présents motifs, quant au caractère vague du concept de la subversion, et son opinion réfléchie selon laquelle ce concept englobe deux éléments essentiels, soit un élément de clandestinité ou de tromperie, dont la présence semble avoir été établie en l’espèce, et un élément de destruction de l’intérieur. Si l’on reconnaît que ces éléments sont essentiels à toute définition de la subversion, il est évident que le demandeur ne peut avoir participé à des actes de subversion contre Israël, directement ou du fait de son appui et de son appartenance au FPLP.

Mr. Justice Gibson also found SIRC had failed to properly analyse the evidence before it in reaching the conclusion the applicant was a person described in paragraph 19(1)(g). He stated at paragraph 87:

The Review Committee makes no mention of the evidence before it that the PFLP is a “spent force”. It does not reject the evidence from the applicant that the PFLP has no interest in Canada. The Review Committee cites no evidence before it that would make its conclusion that “there is still a possibility that the PFLP may commit acts of violence in Canada” anything more than sheer speculation.

The matter was remitted to SIRC for reconsideration by a differently constituted panel.

[9] The applicant was advised on October 17, 2000 that the Solicitor General and the Minister would no longer be pursuing a security report. Nonetheless, the applicant’s file was passed to immigration enforcement and the Minister issued a report and direction for inquiry, alleging the applicant was a person named in paragraph 27(1)(a) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16] and clause 19(1)(f)(iii)(B) [as am. *idem*, s. 11] as they read after the amendments. An inquiry was held before the Adjudication Division of the Immigration and Refugee Board on October 11 and 12, 2001. The applicant filed a preliminary motion seeking an order staying the inquiry or dismissing the allegations against him. His motion was denied and is now the subject of this application for judicial review.

RELEVANT LEGISLATION

(A) Relevant sections of the Act prior to the amendments

[10] Prior to the amendments, paragraphs 19(1)(e) and (g) of the Act stated:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

Le juge Gibson a également conclu que le CSARS n’avait pas convenablement analysé les éléments de preuve dont il disposait avant de tirer la conclusion selon laquelle le demandeur appartenait à une catégorie de personnes visées à l’alinéa 19(1)(g). Il a écrit au paragraphe 87:

Le comité de surveillance n’a pas fait mention de la preuve qui lui a été présentée, selon laquelle le FPLP n’a plus l’influence qu’il avait. Il ne rejette pas la preuve émanant du demandeur selon laquelle le Canada est sans intérêt pour le FPLP. Le comité de surveillance ne cite aucun élément de preuve qui lui a été exposé et en raison duquel sa conclusion qu’« il existe toujours une possibilité que le FPLP commette des actes de violence au Canada » ne constituerait pas une pure supposition.

L’affaire a été renvoyée au CSARS pour qu’une formation différemment constituée procède à un nouvel examen.

[9] Le demandeur a été avisé le 17 octobre 2000 que le solliciteur général et le ministre mettaient fin à un rapport de sécurité le concernant. Néanmoins, le dossier du demandeur a été transmis à Immigration Canada et le ministre a produit un rapport et une directive prévoyant la tenue d’une enquête, alléguant que le demandeur était une personne visée à l’alinéa 27(1)a) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16] et à la division 19(1)(f)(iii)(B) [mod., *idem*, art. 11] entrés en vigueur après les modifications. Une enquête a été tenue, les 11 et 12 octobre 2001, devant la section d’arbitrage de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié. Le demandeur a déposé une requête préliminaire en vue d’obtenir une ordonnance suspendant l’enquête ou rejetant les allégations à son endroit. Sa requête a été rejetée et fait maintenant l’objet de la présente demande de contrôle judiciaire.

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

A) Dispositions pertinentes de la Loi avant les modifications

[10] Avant les modifications, les alinéas 19(1)(e) et (g) de la Loi étaient rédigés comme suit:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[...]

(e) persons who have engaged in or there are reasonable grounds to believe will engage in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada, except persons who, having engaged in such acts, have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest;

...

(g) persons who there are reasonable grounds to believe will engage in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada or are members of or are likely to participate in the unlawful activities of an organization that is likely to engage in such acts of violence;

[11] Paragraph 27(1)(c) of the Act was repealed by the amendments. Before the amendments it stated:

27. (1) Where an immigration officer or a peace officer is in possession of information indicating that a permanent resident is a person who

...

(c) is engaged in or instigating subversion by force of any government,

...

the immigration officer or peace officer shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of such information.

[12] Before the amendments, subsection 40(1) of the Act stated:

40. (1) Where, after considering a report made by the Review Committee referred to in subsection 39(9), the Governor in Council is satisfied that the person with respect to whom the report was made is a person referred to in paragraph 39(2)(a) or (b), as the case may be, the Governor in Council may direct the Minister to issue a certificate to that effect.

(B) Relevant transitional provision

[13] There is a relevant transitional provision in section 110 of *An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof*, *supra*:

110. Any inquiry or hearing under any provision of the Immigration Act amended or repealed by this Act that was

e) celles qui, s'étant livrées à des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques au sens où cette expression s'entend au Canada, ne peuvent convaincre le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national ou celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles se livreront à ces actes;

[...]

g) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles commettront des actes de violence de nature à porter atteinte à la vie ou à la sécurité humaines au Canada, ou qu'elles appartiennent à une organisation susceptible de commettre de tels actes ou qu'elles sont susceptibles de prendre part aux activités illégales d'une telle organisation;

[11] L'alinéa 27(1)c) de la Loi a été abrogé par les modifications. Avant les modifications, il était rédigé comme suit:

27. (1) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit faire part au sous-ministre, dans un rapport écrit et circonstancié, de renseignements concernant un résident permanent et indiquant que celui-ci, selon le cas:

[...]

c) travaille ou incite au renversement d'un gouvernement par la force;

[...]

[12] Avant les modifications, le paragraphe 40(1) de la Loi était rédigé comme suit:

40. (1) S'il est d'avis, après étude du rapport du comité de surveillance, que l'intéressé se trouve vraiment dans l'une des situations visées aux alinéas 39(2)a) ou b), le gouverneur en conseil peut ordonner au ministre de délivrer une attestation à cet effet.

B) Disposition transitoire pertinente

[13] L'article 110 de la Loi modifiant la *Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence*, précitée, est une disposition transitoire pertinente qui prévoit ce qui suit:

110. Les enquêtes ou audiences prévues par des dispositions de la *Loi sur l'immigration* modifiées ou

commenced before the coming into force of the amendment or repeal shall continue to a determination as though that provision had not been amended or repealed.

(C) Relevant sections of the Act after the amendments

[14] After the amendments [S.C. 1992, c. 49, s. 11], clause 19(1)(f)(iii)(B) of the Act stated:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(f) persons who there are reasonable grounds to believe

...

(iii) are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in

...

(B) terrorism,

except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest;

[15] Paragraph 27(1)(a) [as am. *idem*, s. 16] of the Act stated:

27. (1) An immigration officer or a peace officer shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of any information in the possession of the immigration officer or peace officer indicating that a permanent resident is a person who

(a) is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(c.2), (d), (e), (f), (g), (k) or (l);

[16] Section 34 of the Act is relevant to the *res judicata* defence raised by the applicant. It was not amended in 1993:

34. No decision given under this Act prevents the holding of a further inquiry by reason of the making of another report under paragraph 20(1)(a) or subsection 27(1) or (2) or by reason of arrest and detention for an inquiry pursuant to section 103.

abrogées par la présente loi sont tenues, et les décisions auxquelles elles donnent lieu sont rendues, comme si ces dispositions n'avaient pas été modifiées ou abrogées si, à la date d'entrée en vigueur de la modification ou de l'abrogation, elles avaient été commencées.

C) Dispositions pertinentes de la Loi après les modifications

[14] Après les modifications [L.C. 1992, ch. 49, art. 11], la division 19(1)(f)(iii)(B) de la Loi était rédigée comme suit:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[. . .]

f) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles :

[. . .]

(iii) soit sont ou ont été membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée :

[. . .]

(B) soit à des actes de terrorisme,

le présent alinéa ne visant toutefois pas les personnes qui convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national;

[15] L'alinéa 27(1)a) [mod., *idem*, art. 16] de la Loi était rédigé comme suit:

27. (1) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit faire part au sous-ministre, dans un rapport écrit et circonstancié, de renseignements concernant un résident permanent et indiquant que celui-ci, selon le cas:

a) appartient à l'une des catégories non admissibles visées aux alinéas 19(1)c.2), d), e), f), g), k) ou l);

[16] L'article 34 de la Loi est un article pertinent quant à la défense de *res judicata* soulevée par le demandeur. Cette disposition n'a pas été modifiée en 1993.

34. Les décisions rendues en application de la présente loi n'ont pas pour effet d'interdire la tenue d'une autre enquête par suite d'un autre rapport fait en vertu de l'alinéa 20(1)a) ou des paragraphes 27(1) ou (2) ou par suite d'une arrestation et d'une garde effectuées à cette fin en vertu de l'article 103.

[17] After the amendments, subsection 40(1) [as am. by S.C. 1997, c. 22, s. 6] stated:

40. (1) Where, after considering a report made under subsection 39(9) by the Review Committee or the person appointed under subsection 39.1(1), the Governor in Council is satisfied that the person with respect to whom the report was made is a person described in paragraph 19(1)(c.2), subparagraph 19(1)(d)(ii), paragraph 19(1)(e), (f), (g), (k) or (l) or 27(1)(a.1), subparagraph 27(1)(a.3)(ii) or paragraph 27(1)(g) or (h), the Governor in Council may direct the Minister to issue a certificate to that effect.

STANDARD OF REVIEW

[18] Questions of law that “stray from the core expertise of the tribunal” are a factor favouring the standard of correctness: see *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 38. While the Court usually grants a degree of deference to the decisions of an adjudicator, in the case at bar the decision involved questions of law that were not within the core expertise of an adjudicator. Therefore, the appropriate standard of review is correctness.

ANALYSIS

1. *Res judicata*

(a) *Cause of action estoppel*

[19] Before the adjudicator the applicant raised the defences of *res judicata* and issue estoppel. *Res judicata* is defined in *Black's Law Dictionary*, 7th ed. (St. Paul, Minn.: West Group, 1999) as:

[*res judicata* . . . Latin “a thing adjudicated”] 1. An issue that has been definitively settled by judicial decision 2. An affirmative defense barring the same parties from litigating a second lawsuit on the same claim, or any other claim arising from the same transaction or series of transactions and that could have been—but was not—raised in the first suit.

[20] While in substance the applicant has raised two different defences, at common law, issue estoppel is

[17] Après les modifications, le paragraphe 40(1) [mod. par L.C. 1997, ch. 22, art. 6] était rédigé comme suit:

40. (1) S'il est d'avis, après étude du rapport fait en vertu du paragraphe 39(9) par le comité de surveillance ou la personne nommée au titre du paragraphe 39.1(1), que l'intéressé appartient à l'une des catégories visées à l'alinéa 19(1)c.2, au sous-alinéa 19(1)d(ii), aux alinéas 19(1)e,f,g, k) ou l) ou 27(1)a.1, au sous-alinéa 27(1)a.3(ii) ou aux alinéas 27(1)g) ou h), le gouverneur en conseil peut ordonner au ministre de délivrer une attestation à cet effet.

NORME DE CONTRÔLE

[18] Les questions de droit qui «s'écartent du domaine d'expertise fondamental du tribunal» constituent un facteur militant en faveur de la norme de la décision correcte: voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 38. Bien que la Cour fasse généralement montre de réserve à l'égard de la décision d'un arbitre, la décision en l'espèce comportait des questions de droit ne relevant pas du domaine d'expertise d'un arbitre. Par conséquent, la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte.

ANALYSE

1. *Res judicata*

a) *Irrecevabilité pour identité des causes d'action*

[19] Devant l'arbitre, le demandeur a soulevé les défenses de *res judicata* et d'irrecevabilité pour identité des questions en litige. La notion de *res judicata* est définie comme suit dans le *Black's Law Dictionary*, 7^e éd. (St. Paul, Minn.: West Group, 1999):

[TRADUCTION] *res judicata* [. . .] [Latin de «chose jugée»] 1. Une question qui a été réglée de manière définitive dans une décision judiciaire. 2. Une défense affirmative empêchant les mêmes parties d'engager une seconde poursuite fondée sur la même réclamation ou sur toute autre réclamation qui découle de la même opération ou série d'opérations et qui aurait pu être soulevée dans la première poursuite —mais qui ne l'a pas été.

[20] Même si, en substance, le demandeur a soulevé deux moyens de défense différents, en common law,

merely one of two forms of *res judicata*. The other form of *res judicata* is properly referred to as cause of action estoppel: see *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460. Although the concepts of *res judicata*, issue estoppel and cause of action estoppel are often intertwined, they have distinct meanings. The principles of these two forms of estoppel can be seen in the two-part definition of *res judicata* cited above and were recently summarized by the Federal Court of Appeal in *Apotex Inc. v. Merck & Co.* (2002), 214 D.L.R. (4th) 429, at paragraphs. 24-25:

The relevant principles behind the doctrine of *res judicata* were established in two leading Supreme Court of Canada decisions: *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248 . . . and *Grandview (Town) v. Doering* [1976] 2 S.C.R. 621. . . . In *Angle*, *supra*, at 254 Dickson J. noted that *res judicata* essentially encompasses two forms of estoppel, being “cause of action estoppel” and “issue estoppel,” both based on similar policies. First, there should be an end to litigation, and second, an individual should not be sued twice for the same cause of action.

These two estoppels, while identical in policy, have separate applications. Cause of action estoppel precludes a person from bringing an action against another where the cause of action was the subject of a final decision of a court of competent jurisdiction. Issue estoppel is wider, and applies to separate causes of action. It is said to arise when the same question has been decided, the judicial decision which is said to create the estoppel is final, and the parties to the judicial decision or their privies are the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised (see *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853, at p. 93, cited by Dickson J. in *Angle*, *supra*, at p. 254). [Emphasis added.]

Cause of action estoppel captures the essence of the applicant’s *res judicata* defence, which was based on *Grandview (Town of) v. Doering*, [1976] 2 S.C.R. 621, a Supreme Court of Canada decision that dealt with cause of action estoppel. For this reason, the Court will treat the applicant’s *res judicata* defence as

l’irrecevabilité pour identité des questions en litige ne représente que l’une des deux formes de la chose jugée, l’autre étant l’irrecevabilité pour identité des causes d’action: voir l’arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460. Bien que les notions de chose jugée, d’irrecevabilité pour identité des questions en litige et d’irrecevabilité pour identité des causes d’action soient souvent très étroitement liées, elles ont des sens distincts. Les principes sur lesquels reposent les deux formes d’irrecevabilité sont décrits dans la définition en deux volets donnée précédemment et ont été récemment expliqués par la Cour d’appel fédérale dans *Apotex Inc. c. Merck & Co.* (2002), 214 D.L.R. (4th) 429, aux paragraphes 24 et 25:

Les principes concernant l’autorité de la chose jugée ont été établis par deux arrêts de principe de la Cour suprême du Canada: *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248 [. . .] et *Grandview (Ville) v. Doering*, [1976] 2 R.C.S. 621 [. . .]. Dans l’arrêt *Angle*, précité, le juge Dickson a noté, à la page 254, que la chose jugée s’applique fondamentalement à deux formes d’irrecevabilité, soit l’irrecevabilité pour identité des causes d’action et l’irrecevabilité pour identité des questions en litige, qui reposent toutes les deux sur des principes similaires. Premièrement, tout litige doit avoir une fin et deuxièmement, une personne ne doit pas être poursuivie deux fois pour la même cause d’action.

Ces deux formes d’irrecevabilité, identiques au plan des principes, sont différentes dans leur application. L’irrecevabilité pour identité des causes d’action interdit à une personne d’intenter une action contre une autre personne dans le cas où la cause d’action a fait l’objet d’une décision finale d’un tribunal compétent. L’irrecevabilité pour identité des questions en litige est plus large et s’applique à des causes d’action distinctes. Elle intervient, selon la jurisprudence, lorsqu’une même question a déjà été tranchée, que la décision judiciaire donnant lieu à l’irrecevabilité est finale et que les parties à la décision judiciaire ou leurs ayants droit sont les mêmes que les parties à l’instance où est soulevée la question de l’irrecevabilité (voir l’arrêt *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853, à la page 93, cité par le juge Dickson dans l’arrêt *Angle*, précité, à la page 254). [Non souligné dans l’original.]

L’irrecevabilité pour identité des causes d’action comprend l’essence de la défense de *res judicata* du demandeur fondée sur *Grandview (Ville de) c. Doering*, [1976] 2 R.C.S. 621, un arrêt de la Cour suprême du Canada portant sur l’irrecevabilité pour identité des causes d’action. Pour ce motif, la Cour traitera la défense

cause of action estoppel.

[21] The key tenet of cause of action estoppel is that a plaintiff must bring forward the subject-matter of the whole case relating to the cause of action at one time, once and for all, and every remedy flowing from the cause of action based on the subject-matter, see Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (Toronto: Butterworths, 2000), at page 111. The same principle applies to defendants, who must bring forward every defence based on the subject-matter at one time.

[22] The applicant submits the Minister is barred from commencing a new inquiry by *res judicata* based on an inadmissibility ground that was known but not advanced in the earlier proceedings. Counsel for the applicant requested the adjudicator stay the proceeding on this basis. The adjudicator ruled the inquiry could proceed because the allegation in the present inquiry was different than those raised in prior proceedings. The adjudicator drew a distinction based on the nature of the inadmissible classes and that both of the earlier proceedings were brought under pre-amendment provisions.

[23] While it is somewhat difficult to ascertain what is the exact “cause of action” in this case, it is immaterial to the result. The cause of action in the earlier proceedings could be interpreted narrowly as the applicant’s inadmissibility under paragraphs 19(1)(e) and (g). This was the approach adopted by the adjudicator. The new cause of action, whether the applicant is inadmissible under clause 19(1)(f)(iii)(B), is different than the cause of action in the prior proceedings and would not be barred by cause of action estoppel.

[24] However, even if the cause of action in the prior proceedings is interpreted broadly as whether the applicant is inadmissible to Canada, cause of action estoppel would still not apply. As the Federal Court of Appeal stated in *Apotex, supra*, cause of action estoppel

de *res judicata* du demandeur comme une défense d’irrecevabilité pour identité des causes d’action.

[21] Le principe fondamental de l’irrecevabilité pour identité des causes d’action est que le demandeur doit soulever l’objet de toute l’affaire en rapport avec la cause d’action en une seule fois et une fois pour toutes, et tous les recours découlant de la cause d’action fondée sur l’objet: voir Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (Toronto: Butterworths, 2000), à la page 111. Le même principe s’applique aux défendeurs qui doivent soulever tous les moyens de défense fondés sur l’objet en une seule fois.

[22] Le demandeur fait valoir que le principe de l’autorité de la chose jugée empêche le ministre d’entreprendre une nouvelle enquête fondée sur un motif de non-admissibilité qui était connu au moment des instances antérieures, mais qui n’a pas été soulevé. Les avocats du demandeur ont demandé à l’arbitre de suspendre l’instance pour cette raison. L’arbitre a décidé que l’enquête pouvait se poursuivre parce que les allégations étaient différentes de celles soulevées dans les instances antérieures. Il a établi une distinction fondée sur la nature des catégories de personnes non admissibles et sur le fait que les deux instances antérieures avaient été instruites sous le régime des dispositions en vigueur avant les modifications.

[23] Même s’il est plutôt difficile d’établir la «cause d’action» exacte en l’espèce, celle-ci importe peu quant au résultat. La cause d’action dans les instances antérieures pouvait être interprétée de façon restrictive comme étant la non-admissibilité du demandeur en application des alinéas 19(1)e) et g). Cette approche a été adoptée par l’arbitre. La nouvelle cause d’action, à savoir si le demandeur appartient à la catégorie de personnes non admissibles visées à la division 19(1)f)(iii)(B), est différente de celle des instances antérieures et l’irrecevabilité pour identité des causes d’action ne lui ferait donc pas obstacle.

[24] Toutefois, même si la cause d’action des instances antérieures était interprétée largement, à savoir si le demandeur était une personne non admissible au Canada, l’irrecevabilité pour identité des causes d’action ne s’appliquerait toujours pas. Tel qu’il a été mentionné

precludes a person from bringing an action against another where the cause of action was the subject of a final decision of a court of competent jurisdiction. Mr. Al Yamani has never been the subject of a final decision on his inadmissibility. The issue of Mr. Al Yamani's inadmissibility has been the subject of two SIRC reports, but it has never come before the Adjudication Division, the body with the authority to make a final determination on an individual's inadmissibility. SIRC's function is to make a recommendation to the Governor in Council on the issuance of a certificate under subsection 40(1). While two inquiries concerning the applicant have been commenced, both were halted at the preliminary stage by a successful application for judicial review of the relevant SIRC report. Nor were the decisions of this Court in *Al Yamani* (No. 2) and *Al Yamani* (No. 3) final pronouncements on his inadmissibility. This is clear from the Court's decision to send the matter back to SIRC for redetermination on two occasions. The issue has not been finally decided and remains open.

[25] Accordingly, the Court finds the adjudicator did not err by finding the new inquiry was not barred by the defence of *res judicata*.

(b) Issue estoppel

[26] In *Apotex, supra*, the Federal Court of Appeal defined issue estoppel as occurring when the same question has been decided in a judicial decision between the same parties.

[27] The applicant submits that issue estoppel applies to the new inquiry. The applicant contends the new inquiry should be barred by issue estoppel because the issue raised by the current allegations, whether the applicant is inadmissible due to his involvement in the PFLP prior to 1992, is the same issue that was dealt with in the prior proceedings. According to the applicant, the Court finally determined in *Al Yamani* (No. 2) that his prior membership in the PFLP could not be used as a

par la Cour d'appel fédérale dans la décision *Apotex*, précitée, l'irrecevabilité pour identité des causes d'action interdit à une personne d'intenter une action contre une autre personne dans le cas où la cause d'action a fait l'objet d'une décision finale d'un tribunal compétent. M. Al Yamani n'a jamais fait l'objet d'une décision finale à l'égard de sa non-admissibilité. La question de savoir si M. Al Yamani était une personne non admissible a fait l'objet de deux rapports du CSARS, mais la section d'arbitrage, l'organisme ayant autorité pour rendre une décision finale sur la non-admissibilité des personnes, n'en a jamais été saisie. Le rôle du CSARS consiste à faire une recommandation au gouverneur en conseil quant à la délivrance d'une attestation en application du paragraphe 40(1). Bien que deux enquêtes concernant le demandeur aient été entamées, celles-ci ont été interrompues à l'étape préliminaire par une demande de contrôle judiciaire du rapport pertinent du CSARS qui a été accueillie. Dans les affaires *Al Yamani* (n° 2) et *Al Yamani* (n° 3), la Cour n'a pas non plus prononcé de décision finale sur la non-admissibilité du demandeur. Il ressort clairement que la Cour a renvoyé l'affaire au CSARS à deux reprises pour un nouvel examen. Cette question n'a donc pas été tranchée de manière définitive et demeure ouverte.

[25] Par conséquent, la Cour estime que l'arbitre n'a pas fait erreur en concluant que la défense de *res judicata* ne faisait pas obstacle à la nouvelle enquête.

b) Irrecevabilité pour identité des questions en litiges

[26] Dans la décision *Apotex*, précitée, la Cour d'appel fédérale a établi que l'irrecevabilité pour identité des questions en litige s'applique quand la même question a été tranchée dans une décision judiciaire intéressant les mêmes parties.

[27] Le demandeur soutient que l'irrecevabilité pour identité des questions en litige s'applique à la nouvelle enquête. Il prétend que cette fin de non-recevoir devrait empêcher la nouvelle enquête parce que la question en litige soulevée dans les allégations actuelles, à savoir si le demandeur est une personne non admissible du fait de sa participation aux activités du FPLP avant 1992, est la même que celle soulevée dans les instances antérieures. De l'avis du demandeur, la Cour a tranché de manière

basis for removal.

[28] Lord Guest enunciated three requirements for issue estoppel in *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), at page 935. Those three requirements are:

- (i) that the same question has been decided;
- (ii) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and,
- (iii) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies.

These three requirements were adopted as part of Canadian law by the Supreme Court of Canada in *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248, and have been used in the area of immigration law by the Federal Court of Appeal: see *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chung*, [1993] 2 F.C. 42. A tribunal decision can be considered a “judicial decision” that gives rise to issue estoppel in a subsequent tribunal proceeding: see *Danyluk*, *supra*, at paragraphs 21-22; and *Canada (Attorney General) v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1991), 4 Admin. L.R. (2d) 251 (F.C.T.D.).

[29] Issue estoppel does not apply to the case at bar. While the third part of the common law test for issue estoppel is met in this case, the first two are not. The first part of the test is not met because the current inquiry does not deal with the same question as that raised in the prior proceedings. The issue raised in the current inquiry whether the applicant is a person described in paragraph 27(1)(a) and clause 19(1)(f)(iii)(B) on the basis of his membership in the PFLP prior to 1992. This is not the same question as the one dealt with by the Court in *Al Yamani* (No. 2). At issue in *Al Yamani* (No. 2) was the

définitive dans *Al Yamani* (n° 2) que son appartenance au FPLP dans le passé ne pouvait servir de fondement à une mesure de renvoi.

[28] Lord Guest a énoncé les trois conditions de l’irrecevabilité pour identité des questions en litige dans *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), à la page 935. Voici ces trois conditions:

- (i) la même question a déjà été tranchée;
- (ii) la décision judiciaire donnant lieu à l’irrecevabilité était finale;
- (iii) les parties à la décision judiciaire ou leurs ayants droit sont les mêmes personnes que les parties à l’instance où est soulevée la fin de non-recevoir.

Ces trois conditions ont été adoptées en droit canadien par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248 et ont été utilisées dans le domaine du droit de l’immigration par la Cour d’appel fédérale (voir *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Chung*, [1993] 2 C.F. 42. La décision d’un tribunal administratif peut être considérée comme une «décision judiciaire» donnant lieu à l’irrecevabilité pour identité des questions en litige dans une instance subséquente d’un autre tribunal administratif (voir *Danyluk*, précitée, aux paragraphes 21 et 22; et *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1991), 4 Admin. L.R. (2d) 251 (C.F. 1^{re} inst.).

[29] L’irrecevabilité pour identité des questions en litige ne s’applique pas en l’espèce. Bien que la troisième condition du critère de common law soit réalisée, les deux premières conditions ne le sont pas. Le premier élément du critère n’est pas satisfait parce que l’enquête actuelle ne porte pas sur la même question que celle soulevée dans les instances antérieures. La question soulevée dans l’enquête actuelle consiste à déterminer si le demandeur est une personne visée à l’alinéa 27(1)a) et à la division 19(1)f)(iii)(B) en raison de son appartenance au FPLP avant 1992. Il ne s’agit pas de la

constitutionality of the portion of paragraph 19(1)(g) that deemed a person inadmissible based on his or her membership in an organization likely to engage in acts of violence. Mr. Justice MacKay expressly limited his decision to the unconstitutionality of paragraph 19(1)(g) at pages 241-242:

I find that the applicant has not established that conclusions of fact or applications of the law included in the SIRC report were in error in any way that would warrant intervention by the Court. The sole ground for setting aside the conclusion of SIRC is that it is based on a portion of paragraph 19(1)(g) which I find is not constitutional. In completing its investigation in relation to the report under subsection 39(2) of the Act by the Ministers concerned, made in relation to the applicant, SIRC itself can best determine the appropriate arrangement. In my opinion, the conclusions reached in the report of August 3, 1993 stand, except for the conclusion that the applicant is a person described within the one class of persons described in paragraph 19(1)(g) which I have found contravenes paragraph 2(d) of the Charter in a manner not saved by section 1. [Emphasis added.]

Nor did Mr. Justice MacKay rule out the use of the applicant's prior membership in the PFLP in future proceedings as a basis for his removal under another part of section 19. This is demonstrated by the following statement found at page 241:

... is my opinion that paragraph 19(1)(g), in so far as it relates to "persons who there are reasonable grounds to believe ... are members of ... an organization that is likely to engage in ... acts" ("of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada"), contravenes paragraph 2(d) of the Charter which ensures, to everyone, freedom of association. I find it is not established that this limitation of that freedom under the impugned portion of the paragraph in issue is a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society. I note that this determination does not relate to other classes of persons described in paragraph 19(1)(g) of the Act. [Emphasis added.]

In this statement, Mr. Justice MacKay indicated that SIRC, or the Minister, could launch new proceedings

même question que celle dont la Cour a été saisie dans *Al Yamani* (n° 2). La question en litige dans cette dernière affaire portait sur la constitutionnalité de la partie de l'alinéa 19(1)(g) qui rendait une personne non admissible en raison de son appartenance à une organisation susceptible de commettre des actes de violence. Le juge MacKay a explicitement limité sa décision à l'inconstitutionnalité de l'alinéa 19(1)(g). Il a écrit aux pages 241 et 242 de la décision:

J'estime que le requérant n'a pas prouvé que les conclusions de fait ou les applications du droit du rapport du CSARS étaient erronées d'une façon qui justifierait l'intervention de la Cour. Le seul motif d'annulation de la conclusion du CSARS est le fait qu'elle s'appuie sur la partie de l'alinéa 19(1)(g) dont j'estime qu'elle est inconstitutionnelle. C'est le comité lui-même qui est le mieux placé pour décider des méthodes d'enquête applicables au requérant une fois qu'il a reçu le rapport établi par les ministres concernés en vertu du paragraphe 39(2) de la Loi. En ce qui me concerne, les conclusions du rapport du 3 août 1993 tiennent, exception faite de celle qui établit que le requérant est visé par l'alinéa 19(1)(g) dont j'estime qu'il est contraire à l'alinéa 2d) de la Charte et d'une manière qui ne peut se justifier par l'article premier. [Non souligné dans l'original.]

Le juge MacKay n'a pas écarté non plus la possibilité que l'appartenance du demandeur au FPLP dans le passé soit utilisée dans des procédures ultérieures pour justifier son renvoi en application d'une autre partie de l'article 19. Cela est démontré par l'énoncé suivant qui a été extrait de la page 241 de la décision:

Je suis par ailleurs d'avis que l'alinéa 19(1)(g), dans la mesure où il renvoie à des personnes dont il y a «des motifs raisonnables, ... qu'elles appartiennent à une organisation susceptible de commettre [des actes de violence]» («de nature à porter atteinte à la vie ou à la sécurité humaines au Canada»), enfreint l'alinéa 2d) de la Charte, qui garantit à chacun la liberté d'association. J'estime qu'il n'a pas été prouvé que la limitation de cette liberté en vertu de la partie incriminée de la disposition en cause est une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je fais remarquer que cette décision ne concerne pas les autres catégories de personnes visées à l'alinéa 19(1)(g) de la Loi. [Non souligné dans l'original.]

Dans cet énoncé, le juge MacKay a indiqué que le CSARS, ou le ministre, pouvait engager, à l'endroit de

dealing with Mr. Al Yamani based on inadmissible classes described in other parts of section 19. This is precisely what the Minister has done in this case. The question raised in the new inquiry is not the same one dealt with in *Al Yamani* (No. 2).

[30] Further, Mr. Justice MacKay's findings with respect to freedom of association are not applicable to clause 19(1)(f)(iii)(B) because it differs in substance from the old paragraph 19(1)(g). Paragraph 19(1)(f) now includes a clause excepting from inadmissibility "persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest". In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 208 D.L.R. (4th) 1 (S.C.C.), at paragraph 110, the Supreme Court of Canada stated this clause permits an applicant "to establish that the alleged association with the terrorist group was innocent" and held that clause 19(1)(f)(iii)(B) does not infringe either paragraph 2(b) or 2(d) of the Charter.

[31] The second part of the test for issue estoppel is not met because the decisions in the prior proceedings were not final determinations on inadmissibility. This issue was dealt with above in determining that cause of action estoppel did not apply. As the three-part test for issue estoppel is not met, the adjudicator did not err in rejecting the applicant's issue estoppel defence.

(c) Application of section 34

[32] Even if this was a case of *res judicata*, section 34 of the *Immigration Act* displaces the principle of *res judicata* with respect to actions taken under section 27 of the *Act*, see *Rabbat v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 46 (T.D.); *Cortez v. Canada (Secretary of State)* (1994), 74 F.T.R. 9 (F.C.T.D.); *Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 547 (T.D.); and *Yousif v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 167 F.T.R. 85 (F.C.T.D.).

M. Al Yamani, de nouvelles procédures fondées sur les catégories de personnes non admissibles visées dans les autres parties de l'article 19. C'est précisément ce que le ministre a fait en l'espèce. La question soulevée dans la nouvelle enquête n'est pas la même que celle soulevée dans *Al Yamani* (n° 2).

[30] En outre, les conclusions du juge MacKay relativement à la liberté d'association ne peuvent être appliquées à la division 19(1)(f)(iii)(B) parce que celle-ci diffère en substance de l'ancien alinéa 19(1)(g). L'alinéa 19(1)(f) comprend maintenant une clause excluant de la non-admissibilité «les personnes qui convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national». Dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2002), 208 D.L.R. (4th) 1 (C.S.C.), au paragraphe 110, la Cour suprême du Canada a affirmé que cette clause permet à un demandeur d'«établir que l'association avec le groupe terroriste qu'on lui reproche avait un caractère innocent» et conclu que la division 19(1)(f)(iii)(B) ne viole pas les alinéas 2b) ou 2d) de la Charte.

[31] Le second élément du critère de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige n'est pas satisfait parce que les décisions relatives aux instances antérieures n'étaient pas des décisions finales sur la non-admissibilité. Cette question a été abordée précédemment lorsqu'il a été décidé que l'irrecevabilité pour identité des causes d'action ne s'appliquait pas. Comme le critère en trois volets n'est pas satisfait, l'arbitre n'a pas commis d'erreur en rejetant la défense d'irrecevabilité pour identité des questions en litige du demandeur.

c) Application de l'article 34

[32] Même s'il s'agissait d'un cas de chose jugée, l'article 34 de la *Loi sur l'immigration* écarte le principe de l'autorité de la chose jugée à l'égard des mesures prises en vertu de l'article 27 de la Loi. Voir *Rabbat c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 46 (1^{re} inst.); *Cortez c. Canada (Secrétaire d'État)* (1994), 74 F.T.R. 9 (C.F. 1^{re} inst.); *Halm c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 547 (1^{re} inst.); et *Yousif c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 167 F.T.R. 85 (C.F. 1^{re} inst.).

[33] Counsel for the applicant submits that the Court should not apply section 34 because the new report, although issued under a different section of the Act, is based on the same set of facts as the reports that initiated the prior proceedings. Counsel argues that in its previous decisions on section 34, the Court was faced with either a flaw in the first proceeding or a second inquiry based on a different set of facts, neither of which is the case here.

[34] This Court has already decided that section 34 applies to proceedings commenced under a different ground of inadmissibility but based on the same set of facts, see *Cortez, supra*. The facts in the case at bar are strikingly similar to those in *Cortez*. A report on the applicant was made under section 27 after the applicant was convicted of impaired driving. The basis of the report was inadmissibility under subparagraphs 19(2)(a)(i) and (ii) as they read before February 1, 1993. The adjudicator concluded that the allegation was not valid because subparagraphs 19(2)(a)(i) and (ii) discriminated against the applicant on the basis of age as determined in *Ruparel v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 615 (T.D.). After the amendments came into force, a new report regarding the applicant was issued under section 27, alleging inadmissibility under an amended paragraph 19(2)(a) on the same set of facts. Mr. Justice Rouleau held, at page 13 that the inquiry could go forward because “section 34 clearly excludes *res judicata* in the specific context of section 27 of the Act”.

[35] The case at bar also involves an inquiry under a new paragraph of the Act, not in force at the time of the offence, based on the same set of facts as those alleged in a previous inquiry where the provision in question was held to be unconstitutional. The Court adopts the reasoning of Mr. Justice Rouleau and finds that section 34 excludes the application of *res judicata*. The adjudicator did not err by rejecting the applicant’s *res judicata* and issue estoppel defences.

[33] L’avocat du demandeur fait valoir que la Cour ne devrait pas appliquer l’article 34 parce que le nouveau rapport, quoique établi en vertu d’un article différent de la Loi, s’appuie sur le même ensemble de faits que les rapports à l’origine des instances antérieures. Il prétend que, dans les décisions précédentes touchant l’article 34, la Cour était aux prises avec soit un vice dans la première instance, soit une seconde enquête fondée sur un ensemble différent de faits, ce qui n’est pas le cas en l’espèce.

[34] La Cour a déjà décidé que l’article 34 s’applique aux procédures entamées en vertu d’un motif de non-admissibilité différent mais fondées sur le même ensemble de faits (voir la décision *Cortez* précitée). Les faits en l’espèce sont extrêmement similaires à ceux de l’affaire *Cortez*. Un rapport avait été produit en vertu de l’article 27, après la condamnation du demandeur pour conduite avec facultés affaiblies. Ce rapport était fondé sur la non-admissibilité par application des sous-alinéas 19(2)a(i) et (ii), tels qu’ils étaient rédigés avant le 1^{er} février 1993. L’arbitre avait conclu que l’allégation n’était pas valide parce que les sous-alinéas 19(2)a(i) et (ii) établissaient à l’endroit du demandeur une distinction fondée sur l’âge, comme dans l’affaire *Ruparel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1990] 3 C.F. 615 (1^{re} inst.). Après l’entrée en vigueur des modifications, un nouveau rapport avait été produit en application de l’article 27, alléguant que le demandeur appartenait à une catégorie de personnes non admissibles en vertu du nouvel alinéa 19(2)a) au regard du même ensemble de faits. M. le juge Rouleau a conclu, à la page 13, que l’enquête pouvait se poursuivre parce que «l’article 34 exclut l’application du principe de l’autorité de la chose jugée dans le contexte précis de l’article 27 de la Loi».

[35] La présente affaire porte également sur une enquête fondée sur une nouvelle disposition de la Loi qui n’était pas en vigueur à l’époque de l’infraction et sur le même ensemble de faits que ceux allégués dans une enquête antérieure où la disposition en question a été jugée inconstitutionnelle. La Cour adopte le raisonnement du juge Rouleau et conclut que l’article 34 exclut l’application du principe de l’autorité de la chose jugée. L’arbitre n’a donc pas fait erreur en rejetant les défenses de *res judicata* et d’irrecevabilité pour identité des questions en litige du demandeur.

2. Abuse of process

Five Factors

[36] The applicant submits that the adjudicator erred by not applying the common law doctrine of abuse of process to stay these proceedings. The applicant alleges abuse of process based on five factors:

1. the current inquiry is based on the same facts as the prior proceedings, the only difference being the subsection of the Act engaged;
2. it was the Minister's litigation choice to proceed in 1997 under the Act as it read before February 1, 1993, and it is an abuse of process for Minister to now commence a new inquiry using the amended provisions of the Act, something it could have done in 1997;
3. the applicant has already been the subject of two proceedings on this matter and proceeding again is unduly oppressive;
4. the length of time of the proceedings; and
5. although the allegations may appear serious, on an objective consideration of the facts, they are not as serious as they appear.

The Test

[37] The Supreme Court of Canada has recognized that there exists a common law principle of abuse of process that can be invoked to stay administrative proceedings when allowing them to continue would be oppressive: see *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraphs 116-117. In *Blencoe*, Mr. Justice LeBel, dissenting in part, enunciated the test for an administrative law abuse of process at paragraph 144 as:

When we ask whether there has been an administrative law abuse of process, we ask the same fundamental question: has an administrative agency treated people inordinately badly?

After considering the five factors identified by the applicant in totality, the Court finds Mr. Al Yamani has

2. Abus de procédure

Cinq facteurs

[36] Le demandeur soutient que l'arbitre a fait erreur en n'appliquant pas la doctrine d'abus de procédure de la common law pour suspendre l'instance. Il prétend que l'abus de procédure repose sur cinq facteurs:

1. l'enquête actuelle est fondée sur les mêmes faits que ceux des instances antérieures, à la seule différence que le paragraphe de la Loi n'est pas le même.
2. le ministre a choisi d'intenter en 1997 des procédures fondées sur la Loi en vigueur avant le 1^{er} février 1993. La nouvelle enquête fondée sur les dispositions modifiées de la Loi, qu'il entreprend maintenant, constitue un abus de procédure, car il aurait pu faire ce choix en 1997.
3. le demandeur a déjà fait l'objet de deux procès sur la question et lui faire subir un autre procès est abusif.
4. les procédures traînent en longueur.
5. Bien que les allégations puissent paraître graves, après un examen objectif des faits, elles ne sont pas aussi graves qu'elles semblent l'être.

Le critère

[37] La Cour suprême du Canada a reconnu qu'il existe en common law un principe d'abus de procédure pouvant être invoqué pour demander la suspension d'une procédure administrative lorsque l'autorisation de continuer cette procédure serait abusive: voir *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.S.C. 307, aux paragraphes 116 et 117. Dans cet arrêt, M. le juge LeBel, dissident en partie, a expliqué le critère applicable en cas d'abus de procédure en droit administratif. Il a écrit au paragraphe 144 de la décision:

Lorsque nous nous demandons s'il y a eu abus de procédure selon le droit administratif, nous nous posons la même question fondamentale: un organisme administratif a-t-il traité des gens excessivement mal?

Après avoir examiné les cinq facteurs énumérés par le demandeur dans leur ensemble, la Cour conclut que M.

not been treated “inordinately badly” and there is no abuse of process.

Factor 1

[38] With respect to the first factor identified by the applicant, the Court has already determined above that the Minister is entitled to launch a new inquiry based on the same facts as the prior proceedings, but engaging a different subsection of the Act.

Factor 2

[39] The second factor identified by the applicant is the Minister’s decision to proceed on the basis of the post-amendment provisions, something which it did not do in 1997. The Court does not find the Minister made a binding litigation choice to proceed on the basis of the pre-amendment grounds of inadmissibility in 1997 that now bars it from proceeding on the basis of clause 19(1)(f)(iii)(B). After *Al Yamani* (No. 2), this matter was sent back to SIRC and the hearing was recommenced. SIRC was still proceeding on the basis of the Minister’s report dated May 29, 1992. Section 110 of *An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof, supra*, required any inquiry or hearing commenced under a provision of the *Immigration Act* amended or repealed by the amendments, to continue to a determination as though that provision has not been amended or repealed. In accordance with this transitional provision, the Minister was required to proceed on the basis of the pre-amendment grounds of inadmissibility before SIRC in 1997.

[40] Following *Al Yamani* (No. 3), the Minister did not pursue a security certificate on the basis of the report dated May 29, 1992. Rather, the file was passed to immigration enforcement and a new report and direction for inquiry, based on the post-amendment provisions of the Act, was issued. As the inquiry is not proceeding on the basis of the report issued prior to the amendments, section 110 does not require the Minister to continue to apply the pre-amendment provisions to Mr. Al Yamani.

Al Yamani n’a pas été traité «excessivement mal» et qu’il n’y a aucun abus de procédure.

Facteur 1

[38] En ce qui a trait au premier facteur énuméré par le demandeur, la Cour a décidé précédemment que le ministre a le droit de lancer une nouvelle enquête fondée sur les mêmes faits que ceux des instances antérieures, mais en application d’un paragraphe différent de la Loi.

Facteur 2

[39] Le deuxième facteur énoncé par le demandeur concerne la décision du ministre de procéder sur le fondement des dispositions en vigueur après les modifications, ce qu’il n’a pas fait en 1997. La Cour ne croit pas que le ministre ait fait, en 1997, un choix qui liait contestation sur le fondement des moyens de non-admissibilité existant avant les modifications et qui l’empêche maintenant d’invoquer la division 19(1)(f)(iii)(B). Après la décision *Al Yamani* (n° 2), l’affaire a été renvoyée au CSARS et l’audition a été recommencée. Le CSARS a encore procédé en tenant compte du rapport du ministre daté du 29 mai 1992. L’article 110 de la *Loi modifiant la Loi sur l’immigration et d’autres lois en conséquence*, précitée, prévoyait que les enquêtes ou audiences commencées en application de dispositions de la *Loi sur l’immigration* modifiées ou abrogées par les modifications étaient tenues, et les décisions auxquelles elles donnaient lieu étaient rendues, comme si ces dispositions n’avaient pas été modifiées ou abrogées. Conformément à cette disposition transitoire, le ministre était tenu de procéder sur le fondement des motifs de non-admissibilité existant avant les modifications devant le CSARS en 1997.

[40] Par suite de l’affaire *Al Yamani* (n° 3), le ministre n’a pas délivré d’attestation de sécurité fondée sur le rapport du 29 mai 1992. Le dossier a plutôt été envoyé à Immigration Canada et un nouveau rapport et une directive d’enquête, s’appuyant sur les dispositions en vigueur après les modifications, ont été produits. Comme l’enquête actuelle n’est pas fondée sur le rapport produit avant les modifications, le ministre n’est pas tenu de continuer d’appliquer les dispositions en vigueur avant les modifications au cas de M. Al Yamani, comme l’article 110 le prévoit.

[41] Nor did the Minister commit an abuse of process by failing to raise the post-amendment grounds of inadmissibility in 1997. The applicant in *Halm, supra*, also argued it was an abuse of process for the Minister to engage in “gating,” by only advancing certain grounds of inadmissibility after a deportation order based on previously advanced grounds was set aside. Mr. Justice Rothstein referred to the scope of section 34 in allowing the Minister to commence new inquiries and stated at page 570:

. . . counsel for the applicant argues that section 34 does not authorize a second inquiry when grounds for that inquiry are known and could have been advanced at the earlier inquiry. However, I see nothing in section 34 that implies that it is not applicable in these circumstances. Section 34 is cast in broad terms. Taken to its logical conclusion, applicant’s argument means that if there are grounds for deportation that are known but are not advanced by the Minister in an inquiry, section 34 does not authorize a further inquiry, and Canada loses its right to deport an undesirable alien. Not even applicant’s counsel argues for such a result.

Under the Act, the Minister is permitted to engage in “gating” and was not required by law to advance the post-amendment inadmissibility grounds in 1997.

Factors 3 and 4

[42] The third and fourth factors identified by the applicant, that another inquiry is unduly oppressive and the length of time taken by these proceedings, do not give rise to an abuse of process. While the length of time and the number of proceedings involved in this case are disturbing to the Court, there is no evidence that this is due to any period of prolonged inactivity on the part of the respondent. Nor has the applicant alleged the respondent was acting with an improper motive in commencing another inquiry. The primary reason this matter has taken over ten years is the applicant’s successful pursuit of legal remedies available to him. In launching a new inquiry the Minister has dutifully complied with the previous orders of this Court and

[41] Le ministre n’a pas non plus fait d’abus de procédure en ne soulevant pas, en 1997, les moyens de non-admissibilité en vigueur après les modifications. Dans la décision *Halm*, précitée, le demandeur a également allégué l’abus de procédure parce que le ministre se livrait à du «blocage» en avançant seulement certains moyens de non-admissibilité après l’annulation d’une ordonnance d’expulsion fondée sur des moyens invoqués antérieurement. M. le juge Rothstein a fait référence au champ d’application de l’article 34 en autorisant le ministre à entreprendre de nouvelles enquêtes et il a donné l’explication suivante à la page 570:

L’avocat du requérant soutient néanmoins que l’article 34 ne permet pas la tenue d’une seconde enquête lorsque les motifs justifiant la tenue de cette enquête étaient connus et qu’ils auraient pu être invoqués lors de la première enquête. Je ne vois cependant rien qui permette de conclure que l’article 34 ne s’applique pas en l’espèce. Cet article est libellé en termes généraux. Logiquement, l’argument du requérant signifie que, s’il existe des motifs d’expulsion qui sont connus mais qui ne sont pas invoqués par le ministre lors d’une enquête, l’article 34 ne permet pas de procéder à une autre enquête, et le Canada perd son droit d’expulser un étranger indésirable. Même l’avocat du requérant ne préconise pas un tel résultat.

En vertu de la Loi, le ministre peut se livrer à du «blocage» et il n’était pas tenu d’invoquer les moyens de non-admissibilité en vigueur après les modifications en 1997.

Facteurs 3 et 4

[42] Les troisième et quatrième facteurs énoncés par le demandeur, à savoir que la tenue d’une autre enquête était abusive et que les procédures traînaient en longueur, ne donnent pas lieu à un abus de procédure. Même si la durée et le nombre des procédures dans la présente affaire préoccupent la Cour, rien ne prouve que cette situation est attribuable à une période d’inactivité prolongée du défendeur. Le demandeur n’a pas non plus allégué que le défendeur agissait pour un motif inacceptable en commençant une autre enquête. Si les procédures durent depuis plus de 10 ans, c’est principalement parce que le demandeur a su utiliser avec succès les recours judiciaires dont il disposait. En lançant une nouvelle enquête, le ministre s’est

acted within the authority granted to it under the Act. Delay under these circumstances is an insufficient ground for the Court to find an abuse of process: see *Estrada v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 8 F.T.R. 317 (F.C.T.D.), and *Yousif, supra*.

Factor 5

[43] While these four factors considered individually do not give rise to an abuse of process, the Court recognizes that they must be considered in their totality and in conjunction with the gravity of the allegation against the applicant. The Supreme Court of Canada in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657 identified the seriousness of the alleged crime as a factor to be considered when dealing with abuse of process in a criminal law context. In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at paragraphs 92-93, the Supreme Court of Canada was faced with deciding whether a stay of proceedings was the appropriate remedy for an affront to judicial independence. In outlining the appropriate factors to be considered in granting a stay of proceedings, the Court acknowledged that:

. . . there may be instances in which it will be appropriate to balance the interests that would be served by the granting of a stay of proceedings against the interest that society has in having a final decision on the merits. This is not to say, of course, that something akin to an egregious act of misconduct could ever be overtaken by some passing public concern. Rather, it merely recognizes that in certain cases, where it is unclear whether the abuse is sufficient to warrant a stay, a compelling societal interest in having a full hearing could tip the scales in favour of proceeding.

The Court declined to grant a stay of proceedings in *Tobiass*. One of the reasons it gave at paragraph 109 was:

. . . society's interest in having a final decision on the merits is obvious. It is imperative that the truth should come to light. If

consciencieusement conformé aux ordonnances précédentes de la Cour et il a agi dans les limites du pouvoir qui lui a été conféré par la Loi. Le délai, dans les circonstances, n'est pas un motif suffisant pour amener la Cour à conclure qu'il y a eu abus de procédure: voir *Estrada c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 8 F.T.R. 317 (C.F. 1^{re} inst.), et la décision *Yousif*, précitée.

Facteur 5

[43] Même si, pris individuellement, les quatre facteurs précédents ne donnent pas lieu à de l'abus de procédure, la Cour reconnaît qu'ils doivent être considérés dans leur ensemble et conjointement avec la gravité des allégations à l'endroit du demandeur. La Cour suprême du Canada dans *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657 a établi que la gravité du crime allégué était un facteur devant être pris en considération pour trancher la question de l'abus de procédure dans un contexte de droit criminel. Dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, aux paragraphes 92 et 93, la Cour suprême du Canada devait décider si la suspension de l'instance était un recours approprié dans le cas d'une atteinte à l'indépendance judiciaire. En exposant les facteurs appropriés à prendre en considération pour autoriser une suspension de l'instance, la Cour a reconnu ce qui suit:

[. . .] qu'il peut y avoir des cas où il sera approprié de mettre en balance les intérêts que servirait la suspension des procédures et l'intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond. Naturellement, cela ne signifie pas qu'une préoccupation publique passagère puisse jamais l'emporter sur un acte apparenté à une conduite répréhensible grave. Au contraire, ce facteur ne fait que reconnaître que, dans certains cas, lorsqu'il n'est pas sûr que l'abus justifie la suspension des procédures, l'intérêt irrésistible de la société à ce qu'il y ait un débat sur le fond pourrait faire pencher la balance en faveur de la poursuite des procédures.

La Cour a refusé d'accorder la suspension des procédures dans *Tobiass*. L'un des motifs qu'elle a donnés est expliqué dans les termes suivants au paragraphe 109:

[. . .] l'intérêt de la société à ce que soit rendu un jugement définitif sur le fond est évident. Il est impératif que la vérité se

it is not proven that the appellants did the things they are said to have done, then they will retain their citizenship. But if some or all of the alleged acts are proven then the appropriate action must be taken. What is at stake here, in however small a measure, is Canada's reputation as a responsible member of the community of nations. In our view, this concern is of the highest importance.

In accordance with these directions from the Supreme Court of Canada, this Court must consider the gravity of the allegation in light of Canada's reputation as a responsible member of the community of nations.

[44] Although the factors identified by the applicant are compelling when considered in totality, in the words of the Supreme Court in *Tobiass*, at paragraph 107, the societal interest in seeing this case through to its conclusion "tips the balance against a stay." The 1997 SIRC report indicated the applicant was involved in the PFLP's terrorist activities, including the bombing of an Air Egypt office in 1977, and that the PFLP was willing to commit acts of violence in Canada if this was necessary to achieve its goals. If these allegations are proven to be true, they constitute crimes of a serious nature and appropriate action must be taken. As the Supreme Court of Canada stated in *Suresh*, *supra* at paragraph 3, terrorism is a "manifest evil" and "[g]overnments, expressing the will of the governed, need the legal tools to effectively meet this challenge." On the other hand, if the applicant has not been involved with the terrorist wing of the PFLP, he will have a chance to demonstrate at the inquiry that he is a person whose admission "would not be detrimental to the national interest" in accordance with paragraph 19(1)(f). If successful, he will retain his status as a permanent resident.

[45] The Court is of the opinion that the matter should be allowed to proceed to an inquiry. There has been no abuse of process in this case. The Minister has dutifully complied with the provisions of the Act and this Court's orders in *Al Yamani* (No. 2) and *Al Yamani* (No. 3) in bringing the new inquiry.

manifeste. S'il n'est pas prouvé que les appelants ont fait les choses qu'on leur reproche, ils garderont leur citoyenneté. Mais si les actes allégués sont établis, en tout ou en partie, les mesures appropriées devront être prises. Ce qui est en jeu ici, si peu que ce soit, c'est la réputation du Canada en tant que membre solidaire de la communauté internationale. À notre avis, cette préoccupation est de la plus haute importance.

Conformément à ces directives de la Cour suprême du Canada, notre Cour doit considérer la gravité de l'allégation à la lumière de la réputation du Canada en tant que membre solidaire de la communauté internationale.

[44] Bien que les facteurs énumérés par le demandeur soient probants lorsqu'on les considère dans leur ensemble, suivant l'avis exprimé par la Cour suprême dans l'arrêt *Tobiass*, au paragraphe 107, l'intérêt qu'a la société à voir cette affaire aboutir «l'emporte sur la suspension des procédures». Le rapport du CSARS de 1997 mentionnait que le demandeur avait participé aux activités terroristes du FPLP, notamment l'attentat à la bombe contre un bureau d'Air Egypt en 1977 et que le FPLP était prêt à commettre des actes de violence au Canada si cela était nécessaire pour parvenir à ses fins. Si ces allégations s'avèrent exactes, elles constitueront des crimes d'une grave nature et des mesures appropriées devront être prises. Comme la Cour suprême du Canada l'a affirmé au paragraphe 3 de l'arrêt *Suresh*, précité, le terrorisme est un «fléau manifeste» et «[p]our exprimer la volonté des citoyens, les gouvernements ont besoin des outils juridiques propres à leur permettre de relever efficacement ce défi». Par ailleurs, si le demandeur n'a pas pris part aux activités de l'aile terroriste du FPLP, il aura la chance de démontrer à l'enquête qu'il est une personne dont l'admission «ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national» conformément à l'alinéa 19(1)f). S'il réussit à faire cette preuve, il conservera son statut de résident permanent.

[45] La Cour est d'avis que l'affaire devrait être autorisée à passer à l'étape de l'enquête. Il n'y a eu en l'espèce aucun abus de procédure. Le ministre s'est consciencieusement conformé aux dispositions de la Loi et aux ordonnances de la Cour dans *Al Yamani* (n° 2) et *Al Yamani* (n° 3) en lançant la nouvelle enquête.

3. Retrospectivity

[46] The applicant submits the adjudicator erred in law by concluding the amended provisions of the Act (amended February 1, 1993) apply to Mr. Al Yamani even though they came into force after he was landed as a permanent resident in Canada in 1985 and after he severed his ties with the PFLP in 1992.

[47] In *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301, Madam Justice L'Heureux-Dubé, delivering the judgment of the Court, reiterated the basic principle of statutory interpretation that if there is confusion with respect to the meaning of a law, it should not be construed so as to have retrospective effect. However, at pages 317-319 she stated the presumption against retrospectivity does not apply if the goal of the statute is not to punish the person, but to protect the public. The proper view is that a statute does not have a retrospective effect if the real aim of the law is prospective and it is designed to protect the public in the future. She stated at page 320:

Elmer Driedger summarizes the point in "Statutes; Retroactive, Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264, at p. 275:

In the end, resort must be had to the object of the statute. If the intent is to punish to penalize a person for having done what he did, the presumption applies, because a new consequence is attached to a prior event. But if the new punishment or penalty is intended to protect the public, the presumption does not apply.

Nor is a statute retrospective simply because it destroys vested rights while protecting the public, see E. A. Driedger, *The Composition of Legislation. Legislative Forms and Precedents* 2nd ed. (Ottawa: Department of Justice, 1976), at page 112. While there is a general rule that courts will attempt to find an interpretation of a statute that least disturbs vested rights, if the statute is clear and unambiguous it will operate according to its terms whether or not vested rights are prejudicially affected (see Driedger, *supra*, at page 107).

[48] As discussed above, these provisions are intended to protect the public in the future. By providing that a

3. Rétroactivité

[46] Le demandeur fait valoir que l'arbitre a commis une erreur de droit en concluant que les dispositions modifiées de la Loi (en date du 1^{er} février 1993) s'appliquent à M. Al Yamani même si elles sont entrées en vigueur après son établissement à titre de résident permanent au Canada en 1985 et après la rupture de ses liens avec le FPLP en 1992.

[47] M^{me} le juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301, a réitéré le principe fondamental de l'interprétation des lois qui veut qu'en cas de confusion quant au sens d'une loi, celle-ci ne devrait pas être interprétée de manière à avoir un effet rétroactif. Toutefois, aux pages 317 à 319 de la décision, elle a affirmé que la présomption de non-rétroactivité ne s'applique pas si le but de la loi n'est pas de punir la personne en question mais de protéger le public. L'interprétation correcte à donner est qu'une loi n'a pas d'effet rétroactif si son but réel est prospectif et qu'elle vise à protéger le public dans l'avenir. Elle a dit à la page 320:

Elmer Driedger résume la question dans "Statutes; Retroactive, Retrospective Reflections" (1978), 56 *R. du B. can.* 264, à la p. 275:

[TRADUCTION] Finalement, il faut se tourner vers l'objet de la loi. Si l'intention est de punir ou de pénaliser une personne pour ce qu'elle a fait, la présomption joue, parce qu'une nouvelle conséquence se rattache à un événement antérieur. Toutefois, si la nouvelle punition ou peine est destinée à protéger le public, la présomption ne joue pas.

Une loi n'est pas non plus rétroactive simplement parce qu'elle anéantit des droits acquis tout en protégeant le public (voir E. A. Driedger, *The Composition of Legislation. Legislative Forms and Precedents* 2^e éd. (Ottawa: ministère de la Justice, 1976), à la page 112). Même si, selon la règle générale, la Cour tentera de donner une interprétation qui porte le moins possible atteinte aux droits acquis, si la loi est claire et non ambiguë, elle s'appliquera suivant ses termes que les droits acquis soient touchés de manière préjudiciable ou non. (Voir Driedger, précité, à la page 107).

[48] Tel qu'il a été mentionné précédemment, ces dispositions visent à protéger le public dans l'avenir. En

permanent resident, such as Mr. Al Yamani, may be the subject of a report if he is a member of an inadmissible class named in paragraph 27(1)(a), which includes the new clause 19(1)(f)(iii)(B), i.e. “persons who there are reasonable grounds to believe are or were members of an organization . . . engaged in . . . terrorism”, the law ensures that Canada protects the public from terrorists.

[49] Neither paragraph 27(1)(a) nor clause 19(1)(f)(iii)(B) is being applied retrospectively. It is not retrospective legislation to adopt a rule that henceforth excludes persons from Canada on the basis of their past conduct: see *Rudolph v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 653 (C.A.), at pages 657-658. Mr. Justice MacKay applied this principle in *McAllister v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] 2 F.C. 190 (T.D.), at paragraph 52, and held that clause 19(1)(f)(iii)(B) does not have retrospective effect when applied to refugee claimants. Likewise, the Court finds clause 19(1)(f)(iii)(B) does not have retrospective effect when applied to permanent residents.

[50] The real issue is whether the applicant’s vested right to remain in Canada as a permanent resident can be revoked for events that occurred before the provisions came into force. The language of the relevant provisions of the Act is clear and unambiguous. When paragraph 27(1)(a) is read in conjunction with clause 19(1)(f)(iii)(B), the wording reveals the provisions are intended to cover events that occurred before they came into force. Paragraph 27(1)(a) states:

27. (1) An immigration officer or a peace officer shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of any information in the possession of the immigration officer or peace officer indicating that a permanent resident is a person who

(a) is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(c.2), (d), (e), (f), (g), (k) or (l); [Emphasis added.]

prévoyant qu’un résident permanent, comme M. Al Yamani, peut faire l’objet d’un rapport s’il appartient à une catégorie de personnes non admissibles visées à l’alinéa 27(1)a, qui intègre la nouvelle division 19(1)f(iii)(B), à savoir «celles [les personnes] dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elles [. . .] sont ou ont été membres d’une organisation [. . .] [qui] se livre ou s’est livrée [. . .] à des actes de terrorisme», la loi fait en sorte que le Canada protège le public des actes de terrorisme.

[49] Ni l’alinéa 27(1)a ni la division 19(1)f(iii)(B) ne s’appliquent de façon rétroactive. Le fait d’adopter une règle qui, dorénavant, exclurait des personnes du Canada en raison de leur conduite dans le passé ne signifie pas que la loi est appliquée rétroactivement: voir *Rudolph c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 2 C.F. 653 (C.A.), aux pages 657 et 658. M. le juge MacKay a appliqué ce principe dans *McAllister c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1996] 2 C.F. 190 (1^{re} inst.), au paragraphe 52, et conclu que la division 19(1)f(iii)(B) n’a pas d’effet rétroactif lorsqu’elle est appliquée à des revendicateurs du statut de réfugié. De la même manière, la Cour conclut que la division 19(1)f(iii)(B) n’a pas d’effet rétroactif lorsqu’elle est appliquée à des résidents permanents.

[50] La véritable question est de savoir si le droit acquis du demandeur de demeurer au Canada à titre de résident permanent peut être aboli pour des événements qui se sont produits avant l’entrée en vigueur des dispositions. Le libellé des dispositions pertinentes de la Loi est clair et sans ambiguïté. Lorsque l’alinéa 27(1)a est lu conjointement avec la division 19(1)f(iii)(B), leur libellé révèle que ces dispositions visent à couvrir les événements survenus avant leur entrée en vigueur. L’alinéa 27(1)a est rédigé comme suit:

27. (1) L’agent d’immigration ou l’agent de la paix doit faire part au sous-ministre, dans un rapport écrit et circonstancié, de renseignements concernant un résident permanent et indiquant que celui-ci, selon le cas:

a) appartient à l’une des catégories non admissibles visées aux alinéas 19(1)c.2), (d), (e), (f), (g), (k) ou (l); [Non souligné dans l’original.]

Paragraph 27(1)(a) establishes that permanent residents may be the subject of a report if they are currently a member of the inadmissible class described in clause 19(1)(f)(iii)(B). Clause 19(1)(f)(iii)(B) states:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

f) persons who there are reasonable grounds to believe

...

(iii) are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in

...

(B) terrorism,

except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest; [emphasis added.]

The words “are or were members” indicate that a person is currently a member of the inadmissible class described in clause 19(1)(f)(iii)(B) if at any time in his or her life that person was a member of a terrorist organization. The provision does not require a person to have held membership at some time after the provision came into force. The effect of these provisions is to remove the applicant’s vested right to be a permanent resident in Canada. Consequently, it is irrelevant that the applicant severed his ties with the PFLP before the amendments came into force. For a similar situation involving subsection 19(2), see *Cortez, supra*.

[51] The applicant has submitted that this interpretation of sections 19 and 27 will mean that an applicant could be granted permanent residence one day, only to have it taken away a day later by an amendment to the immigration laws. This Court acknowledges that is a possibility. Nevertheless, as permanent residents do not have an unqualified right to remain in Canada, it is the prerogative of the federal Parliament to adopt an immigration policy prescribing the conditions under

L’alinéa 27(1)(a) établit qu’un résident permanent peut faire l’objet d’un rapport s’il appartient actuellement à une catégorie de personnes non admissibles visées à la division 19(1)(f)(iii)(B), qui est rédigée comme suit:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[. . .]

f) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elles:

[. . .]

(iii) soit sont ou ont été membres d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle se livre ou s’est livrée:

[. . .]

(B) soit à des actes de terrorisme,

le présent alinéa ne visant toutefois pas les personnes qui convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national; [non souligné dans l’original.]

Les mots «soit sont ou ont été membres» indiquent que la personne en question appartient maintenant à une catégorie de personnes non admissibles visées à la division 19(1)(f)(iii)(B) si à un moment ou un autre de sa vie elle a été membre d’une organisation terroriste. Il n’est pas nécessaire que la personne ait été membre de l’organisation à un certain moment après l’entrée en vigueur de cette disposition. Ces dispositions ont pour effet de retirer au demandeur son droit acquis d’être résident permanent au Canada. Par conséquent, le fait que le demandeur ait rompu les liens avec le FPLP avant l’entrée en vigueur des modifications n’est pas pertinent. La décision *Cortez*, précitée, présente une situation similaire touchant le paragraphe 19(2).

[51] Le demandeur a fait valoir que cette interprétation des articles 19 et 27 signifie qu’un demandeur pourrait se voir accorder le statut de résident permanent un jour seulement pour se le voir retirer un autre jour par une modification apportée aux lois de l’immigration. La Cour reconnaît que cela est possible. Néanmoins, compte tenu du fait que les résidents permanents ne jouissent pas d’un droit absolu de demeurer au Canada, le législateur fédéral a la prérogative d’adopter une politique

which permanent residents are permitted to remain in Canada: see *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711. It is not the role of this Court to question Parliament's decision to create new grounds of inadmissibility that may result in the removal of individuals who have previously been granted permanent residence in this country.

[52] Accordingly, the adjudicator correctly interpreted and applied the rules of statutory interpretation with respect to retrospectivity.

DISPOSITION

[53] For the reasons stated above, the Court denies this application and orders that the inquiry proceed. Counsel will have 10 days to propose questions of general serious importance for certification and ten days thereafter to file submissions in response to the proposed questions.

d'immigration prescrivant les conditions auxquelles ceux-ci doivent satisfaire pour demeurer au Canada (voir *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711. Il n'échoit pas à la Cour de contester la décision du législateur de créer des nouveaux motifs de non-admissibilité qui peuvent avoir pour conséquence le renvoi de personnes ayant précédemment obtenu le statut de résident permanent dans ce pays.

[52] Par conséquent, l'arbitre a correctement interprété et appliqué les règles d'interprétation des lois quant à la rétroactivité.

DISPOSITIF

[53] Pour les motifs susmentionnés, la Cour rejette la présente demande et ordonne qu'il soit procédé à l'enquête. Les avocats disposent d'un délai de 10 jours pour proposer des questions graves de portée générale pour la certification. Par la suite, ils auront un autre délai de dix jours pour déposer leurs arguments en réponse aux questions proposées.

2002 FCA 500
A-395-01

2002 CAF 500
A-395-01

Federation of Canadian Municipalities (*Appellant*)

Fédération canadienne des municipalités (*appelante*)

v.

c.

AT&T Canada Corp., AT&T Canada Telecom Services Company, BCT.TELUS Communications Inc., Bell Canada, Call-Net Communications Inc., Call-Net Enterprises Inc., Call-Net Technology Services Inc., Canadian Cable Television Association, Futureway Communications Inc., GT Group Telecom Services Corp., Leducor Industries Ltd., MTS Communications Inc., TELUS Communications (B.C.) Inc., TELUS Corporation, WFI Urbanlink Ltd., Aliant Telecom Inc., Shaw Communications Inc. and Attorney General of Canada (*Respondents*)

AT&T Canada Corp., AT&T Canada Telecom Services Company, BCT.TELUS Communications Inc., Bell Canada, Call-Net Communications Inc., Call-Net Enterprises Inc., Call-Net Technology Services Inc., Association canadienne de télévision par câble, Futureway Communications Inc., GT Group Telecom Services Corp., Leducor Industries Ltd., MTS Communications Inc., TELUS Communications (B.C.) Inc., TELUS Corporation, WFI Urbanlink Ltd., Aliant Telecom Inc., Shaw Communications Inc. et le procureur général du Canada (*intimés*)

and

et

The Attorney General of British Columbia (*Intervener*)

Le procureur général de la Colombie-Britannique (*intervenant*)

A-396-01

A-396-01

City of Calgary (*Appellant*)

Ville de Calgary (*appelante*)

v.

c.

AT&T Canada Corp., AT&T Canada Telecom Services Company, BCT.TELUS Communications Inc., Bell Canada, Call-Net Communications Inc., Call-Net Enterprises Inc., Call-Net Technology Services Inc., Canadian Cable Television Association, Futureway Communications Inc., GT Group Telecom Services Corp., Leducor Industries Ltd., MTS Communications Inc., TELUS Communications (B.C.) Inc., TELUS Corporation, WFI Urbanlink Ltd., Aliant Telecom Inc., Shaw Communications Inc. and Attorney General of Canada (*Respondents*)

AT&T Canada Corp., AT&T Canada Telecom Services Company, BCT.TELUS Communications Inc., Bell Canada, Call-Net Communications Inc., Call-Net Enterprises Inc., Call-Net Technology Services Inc., Association canadienne de télévision par câble, Futureway Communications Inc., GT Group Telecom Services Corp., Leducor Industries Ltd., MTS Communications Inc., TELUS Communications (B.C.) Inc., TELUS Corporation, WFI Urbanlink Ltd., Aliant Telecom Inc., Shaw Communications Inc. et le procureur général du Canada (*intimés*)

and

et

The Attorney General of British Columbia (*Intervener*)

Le procureur général de la Colombie-Britannique (*intervenant*)

A-397-01

A-397-01

Halifax Regional Municipality (*Appellant*)**Municipalité régionale d'Halifax** (*appelante*)

v.

c.

AT&T Canada Corp., AT&T Canada Telecom Services Company, BCT.TELUS Communications Inc., Bell Canada, Call-Net Communications Inc., Call-Net Enterprises Inc., Call-Net Technology Services Inc., Canadian Cable Television Association, Futureway Communications Inc., GT Group Telecom Services Corp., Leducor Industries Ltd., MTS Communications Inc., TELUS Communications (B.C.) Inc., TELUS Corporation, WFI Urbanlink Ltd., Aliant Telecom Inc., Shaw Communications Inc. and Attorney General of Canada (*Respondents*)

AT&T Canada Corp., AT&T Canada Telecom Services Company, BCT.TELUS Communications Inc., Bell Canada, Call-Net Communications Inc., Call-Net Enterprises Inc., Call-Net Technology Services Inc., Association canadienne de télévision par câble, Futureway Communications Inc., GT Group Telecom Services Corp., Leducor Industries Ltd., MTS Communications Inc., TELUS Communications (B.C.) Inc., TELUS Corporation, WFI Urbanlink Ltd., Aliant Telecom Inc., Shaw Communications Inc. et le procureur général du Canada (*intimés*)

and

et

The Attorney General of British Columbia (*Intervener*)

Le procureur général de la Colombie-Britannique (*intervenant*)

A-398-01

A-398-01

City of Ottawa and City of Toronto (*Appellants*)**Ville d'Ottawa et ville de Toronto** (*appelantes*)

v.

c.

AT&T Canada Corp., AT&T Canada Telecom Services Company, BCT.TELUS Communications Inc., Bell Canada, Call-Net Communications Inc., Call-Net Enterprises Inc., Call-Net Technology Services Inc., Canadian Cable Television Association, Futureway Communications Inc., GT Group Telecom Services Corp., Leducor Industries Ltd., MTS Communications Inc., TELUS Communications (B.C.) Inc., TELUS Corporation, WFI Urbanlink Ltd., Aliant Telecom Inc., Shaw Communications Inc. and Attorney General of Canada (*Respondents*)

AT&T Canada Corp., AT&T Canada Telecom Services Company, BCT.TELUS Communications Inc., Bell Canada, Call-Net Communications Inc., Call-Net Enterprises Inc., Call-Net Technology Services Inc., Association canadienne de télévision par câble, Futureway Communications Inc., GT Group Telecom Services Corp., Leducor Industries Ltd., MTS Communications Inc., TELUS Communications (B.C.) Inc., TELUS Corporation, WFI Urbanlink Ltd., Aliant Telecom Inc., Shaw Communications Inc. et le procureur général du Canada (*intimés*)

and

et

The Attorney General of British Columbia (*Intervener*)

Le procureur général de la Colombie-Britannique (*intervenant*)

A-399-01

A-399-01

City of Vancouver (*Appellant*)Ville de Vancouver (*appelante*)

v.

c.

AT&T Canada Corp., AT&T Canada Telecom Services Company, BCT.TELUS Communications Inc., Bell Canada, Call-Net Communications Inc., Call-Net Enterprises Inc., Call-Net Technology Services Inc., Canadian Cable Television Association, Futureway Communications Inc., GT Group Telecom Services Corp., Leducor Industries Ltd., MTS Communications Inc., TELUS Communications (B.C.) Inc., TELUS Corporation, WFI Urbanlink Ltd., Aliant Telecom Inc. Shaw Communications Inc. and Attorney General of Canada (*Respondents*)

AT&T Canada Corp., AT&T Canada Telecom Services Company, BCT.TELUS Communications Inc., Bell Canada, Call-Net Communications Inc., Call-Net Enterprises Inc., Call-Net Technology Services Inc., Association canadienne de télévision par câble, Futureway Communications Inc., GT Group Telecom Services Corp., Leducor Industries Ltd., MTS Communications Inc., TELUS Communications (B.C.) Inc., TELUS Corporation, WFI Urbanlink Ltd., Aliant Telecom Inc., Shaw Communications Inc. et le procureur général du Canada (*intimés*)

and

et

The Attorney General of British Columbia (*Intervener*)

Le procureur général de la Colombie-Britannique (*intervenant*)

INDEXED AS: FEDERATION OF CANADIAN MUNICIPALITIES v. AT & T CANADA CORP. (C.A.)

RÉPERTORIÉ: FÉDÉRATION CANADIENNE DES MUNICIPALITÉS c. AT & T CANADA CORP. (C.A.)

Court of Appeal, Létourneau, Nadon and Pelletier JJ.A. —Ottawa, October 29, 30 and December 17, 2002.

Cour d'appel, juges Létourneau, Nadon et Pelletier, J.C.A.—Ottawa, 29 et 30 octobre et 17 décembre 2002.

Telecommunications — Statutory appeals, under Telecommunications Act, s. 64, against CRTC decision regarding terms, conditions demanded by Vancouver for access to municipal property to install fibre optic lines — Issues upon appeal: scope of CRTC decision, impact on future cases, CRTC jurisdiction — Parties negotiated, failed to agree on terms of access — Carrier objecting to: excessive licence fees, revenue sharing, giving City information on customers, other onerous restrictions — Carrier applying to CRTC for access order; City seeking order fixing access terms, conditions — Access granted on terms unfavourable to City — Appellants concerned as to impact on future negotiations but CRTC decision expressly applying only to parties herein, not adoption of particular model for discussions between municipalities, carriers — Whether decision abrogating power of municipalities to enact by-laws protecting property rights — Litigation not concerning scope, merits of provincial, municipal legislation — At outset, City conceded jurisdiction but argued CRTC lacked or exceeded jurisdiction when dissatisfied with outcome — Under Act, s. 43(4), CRTC has wide discretion to fix access conditions to achieve statutory objective to facilitate development of telecommunications

Télécommunications — Appels prévus par la loi en vertu de l'art. 64 de la Loi sur les télécommunications contre la décision du CRTC concernant les conditions d'accès aux propriétés municipales exigées par Vancouver pour l'installation de lignes à fibres optiques — Questions soulevées en appel: portée de la décision du CRTC, impact sur de futures affaires, compétence du CRTC — Les parties ont négocié, mais ne sont pas arrivées à s'entendre sur les conditions d'accès — L'entreprise s'est opposée aux frais de permis excessifs, au partage des revenus, à la communication de renseignements sur ses clients à la ville et autres conditions onéreuses — L'entreprise a déposé une demande d'ordonnance d'accès devant le CRTC et la ville a demandé une ordonnance visant à établir les conditions d'accès — L'accès a été accordé à des conditions défavorables pour la ville — Les appelantes étaient préoccupées par l'impact de la décision sur les négociations ultérieures, mais la décision du CRTC ne s'appliquant expressément qu'aux parties au litige, il ne s'agissait pas d'un accord modèle de discussion entre les municipalités et les entreprises — Il s'agissait de décider si la décision privait les municipalités de leur pouvoir de prendre des règlements pour protéger leurs droits de propriété — Le

system safeguarding, enriching Canada's social, economic fabric — Must strike delicate balance between competing interests — CRTC had jurisdiction to conduct inquiry, did not exceed jurisdiction by decision — Issues squarely within CRTC's area of expertise so Court ought to defer — Per Pelletier J.A. (dissenting in part): case demonstrates common interest in reaching agreement not guaranteeing agreement will be concluded — CRTC must have power to decide any question, avert impasse — Carriers not to be held to ransom at each municipal boundary — CRTC having failed to determine question of City's entitlement to compensation, appeal should be allowed on that issue only.

Administrative Law — Statutory Appeals — Jurisdiction of CRTC regarding decision on terms, conditions for access to municipal property to install fibre optic lines — At outset, City conceding jurisdiction but challenging it as dissatisfied with CRTC's decision — Jurisdiction of administrative board not depending on litigant's satisfaction with decision — Under Telecommunications Act, s. 43(4), CRTC having broad discretion, based on expertise, to fix access conditions — Must strike delicate balance between competing interests — CRTC had jurisdiction to undertake inquiry, decision not exceeding jurisdiction — Finding of lack or excess of jurisdiction not lightly made as can be subjected to collateral attacks in subsequent proceedings undermining finality of decisions, jeopardizing actions taken pursuant to them — As issues squarely within CRTC's expertise, Court should defer — Standard of review — Discretion not exercised capriciously, arbitrarily.

Constitutional Law — Distribution of Powers — Statutory appeal against CRTC decision on access to municipal property for installation of fibre optic lines — Appellants gave notice of constitutional questions as to validity of certain sections of Telecommunications Act — Whether conceded at hearing that provisions valid — Argued that CRTC decision

litige ne concernait pas la portée ou le bien-fondé de la législation provinciale ou municipale — Au départ, la ville a estimé que le CRTC avait compétence, mais, insatisfaite de sa décision, elle a prétendu qu'il n'avait pas compétence ou qu'il l'a excédée — En vertu de l'art. 43(4) de la Loi, le CRTC bénéficie d'un large pouvoir discrétionnaire pour fixer des conditions d'accès de façon à mettre en œuvre les objectifs législatifs consistant à favoriser le développement des télécommunications en un système qui contribue à sauvegarder et enrichir la structure sociale et économique du Canada — Il doit trouver un équilibre délicat entre des intérêts opposés — Le CRTC avait compétence pour mener une enquête, il ne l'a pas excédée en rendant sa décision — Les questions relevaient clairement du domaine d'expertise du CRTC, de sorte que la Cour devait faire montre de réserve — Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident en partie): cette affaire a démontré qu'un intérêt commun à conclure une entente ne garantit pas que les parties arriveront à une entente — Le CRTC doit avoir compétence pour trancher toutes les questions de façon à prévenir les impasses — Les entreprises ne doivent pas se retrouver à la merci de chacune des municipalités avec lesquelles elles doivent faire affaire — Comme le CRTC n'a pas tranché la question du droit de la ville à une indemnité, l'appel devrait être accueilli sur cette question seulement.

Droit administratif — Appels prévus par la loi — Compétence du CRTC concernant les conditions d'accès aux propriétés municipales pour l'installation de lignes à fibres optiques — Au départ, la ville a estimé que le CRTC avait compétence, mais, insatisfaite de sa décision, elle a prétendu qu'il n'avait pas compétence — La compétence d'un organisme administratif n'est pas subordonnée à la satisfaction d'une partie à l'égard de sa décision — En vertu de l'art. 43(4) de la Loi sur les télécommunications, le CRTC a un large pouvoir discrétionnaire, fondé sur son expertise, pour fixer des conditions d'accès — Il doit trouver un équilibre délicat entre des intérêts opposés — Le CRTC avait compétence pour mener une enquête, il ne l'a pas excédée en rendant sa décision — Il ne faut pas conclure trop vite à l'absence ou à l'excès de compétence, parce que ces décisions peuvent faire l'objet d'attaques indirectes lors de poursuites subséquentes, portant ainsi atteinte au caractère définitif des décisions et compromettant les activités de ceux qui ont agi en conformité avec ces décisions — Comme les questions relevaient clairement du domaine d'expertise du CRTC, la Cour devait faire de réserve — Norme de contrôle — Le pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé de manière capricieuse ou arbitraire.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Appel prévu par la loi contre la décision du CRTC concernant les conditions d'accès aux propriétés municipales pour l'installation de lignes à fibres optiques — Les appelantes ont présenté des avis de questions constitutionnelles concernant la validité de certaines dispositions de la Loi sur les

deprives municipalities of constitutional power to enact by-laws protecting property rights — Decision not questioning constitutional principles — Provinces may legislate on matters constitutionally assigned to them, subject to interjurisdictional immunity principle if legislation affects vital part of federal undertaking or paramountcy doctrine if conflicts with federal law — Per Pelletier J.A.: no doctrine of intergovernmental immunity resulting in reading down of federal legislation to protect provincial jurisdiction except where federal undertaking sterilized, affected in vital part of undertaking.

Practice — Costs — Statutory appeal from CRTC decision — Unsuccessful appellants arguing appeal raising issues of such novelty, importance as would justify departure from normal practice in awarding costs — So-called novelty was ingenuous, erroneous qualification of issues, strained interpretation, misconstruction of decision.

This was a consolidated hearing of five appeals, under *Telecommunications Act*, section 64 from a CRTC decision reviewing the terms and conditions sought to be imposed by the City of Vancouver on respondent, Leducor Industries Ltd., which was seeking access to municipal roadways to install fibre optic lines. While appellants gave notice of constitutional questions as to the constitutional validity of sections 42 and 44 and subsections 43(2) and (4) of the Act, at the hearing it was conceded that the impugned provisions were constitutionally valid. The arguments upon appeal were in respect of the scope of the CRTC decision, its impact upon future cases and the jurisdiction of the CRTC to adjudicate as it had done herein.

The facts were that Leducor had begun, in 1997, construction of a fibre optic telecommunications transmission system connecting Eastern and Western Canada as well as points in the U.S.A. Leducor, and other carriers, sought to install fibre optic lines, ducts and vaults under roadways in the downtown core areas of major municipalities. In the autumn of 1997, Leducor commenced construction of its system and undertook negotiations with Vancouver on terms of access but these did not meet with success. Access conditions demanded by the City which Leducor found unacceptable included: excessive licence fees; revenue sharing; giving the City exclusive use of four fibre strands; provision of information on customers so that the City could impose licence fees on carriers

télécommunications — Il s'agissait de décider si elles ont admis, lors de l'audience, la validité des dispositions — Elles ont fait valoir que la décision du CRTC prive les municipalités de leur pouvoir constitutionnel de prendre des règlements pour protéger leurs droits de propriété — La décision ne remettait pas en question les principes constitutionnels existants — Les provinces peuvent légiférer dans les champs qui leur sont constitutionnellement assignés, mais les lois ainsi adoptées sont assujetties au principe de l'exclusivité des compétences si elles touchent à une partie essentielle d'une entreprise fédérale ou à la théorie de la prépondérance si elles entrent en conflit avec une loi fédérale — Le juge Pelletier, J.C.A.: il n'existe pas une théorie de l'exclusivité des compétences donnant lieu à l'interprétation atténuée d'une loi fédérale de façon à protéger la compétence provinciale sauf dans les situations où une entreprise fédérale serait paralysée ou affectée dans une partie essentielle de ses opérations.

Pratique — Frais et dépens — Appel prévu par la loi contre une décision du CRTC — Les appelantes déboutées ont prétendu que l'appel soulevait des questions si inédites et importantes qu'il était justifié de déroger à la pratique courante en matière d'adjudication des dépens — La question décrite comme étant inédite était, en fait, une qualification ingénieuse mais erronée des questions en cause, de même qu'une interprétation forcée et erronée de la décision.

Il s'agissait de cinq appels entendus conjointement, en vertu de l'article 64 de la *Loi sur les télécommunications*, à la suite d'une décision du CRTC concernant les conditions que la ville de Vancouver entendait imposer à la défenderesse, Leducor Industries Ltd., qui demandait d'avoir accès aux rues municipales pour y installer des lignes à fibres optiques. Bien que les appelantes aient présenté un avis de questions constitutionnelles qui contestait la validité, sur le plan constitutionnel, des articles 42 et 44 et des paragraphes 43(2) et (4) de la Loi, leur validité constitutionnelle a été admise lors de l'audience. Les questions en litige lors de l'appel concernaient la portée de la décision contestée, son impact sur de futures affaires et la compétence du CRTC pour statuer sur les questions dont il avait été saisi.

En 1997, Leducor a entrepris de construire un système de télécommunication basé sur la transmission par fibres optiques reliant l'Ouest et l'Est du Canada, de même que certains endroits aux États-Unis. Leducor, comme d'autres entreprises, demandait de pouvoir installer des lignes de fibres optiques et de creuser des canalisations et des chambres d'interconnexion sous des rues situées au cœur du centre-ville de grandes municipalités. À l'automne de 1997, Leducor a entrepris la construction de son système ainsi que des négociations avec Vancouver sur les conditions d'accès, mais les négociations ont échoué. La ville exigeait certaines conditions d'accès que Leducor trouvait inacceptables: frais de licence excessifs; partage des revenus; usage exclusif de quatre fibres de son

which had purchased capacity on Leducor's system; and other onerous restrictions that were more severe than those imposed by other municipalities and railways. Leducor then made application to the CRTC for an access order and the City, in turn, applied under section 44 and subsection 61(2) for an order setting access terms and conditions. The CRTC responded by issuing notice of a public proceeding to consider the appropriate terms and conditions of access. Appellant parties filed written submissions as interested parties. The Commission decision granted Leducor access on certain conditions including the payment of \$7,616.

Held (Pelletier J.A. dissenting in part), the appeals should be dismissed.

Per Létourneau J.A. (Nadon J.A. concurring): While appellants have expressed serious concerns regarding the impact of the decision on future negotiations between municipalities and carriers, the CRTC decision was clearly stated to be binding only upon the two parties in this litigation. Indeed, the CRTC refrained from adopting "any particular model or agreement to serve as a starting point for discussions between municipalities and carriers".

The submission of the Federation of Canadian Municipalities was that, by asserting exclusive jurisdiction, the CRTC has prevented municipalities from regulating and managing in an orderly manner the rapidly increasing traffic on roadways used by carriers. Telecommunications deregulation has substantially increased the number of carriers seeking access to the limited roadways in municipalities. It was urged that the necessary control and rationalization could be more efficiently exercised at the local level of government. It was feared that this CRTC decision has deprived municipalities of their constitutional power to enact by-laws protecting their property rights. The CRTC decision ought not, however, be read as calling into question relevant constitutional principles. Provincial authorities can still legislate in matters constitutionally assigned to them, subject to the interjurisdictional immunity principle if the legislation affects a vital part of a federal undertaking or the paramountcy doctrine if it conflicts with a federal law.

It was forcefully argued that the issue herein was not one of access but rather the control and management of traffic on

système; communication de renseignements sur ses clients pour que la ville puisse imposer des frais de licence aux entreprises ayant acheté des parts dans le système de Leducor et d'autres conditions plus lourdes qui étaient plus sévères que celles imposées par d'autres municipalités et compagnies de chemin de fer. Leducor a alors déposé une demande d'ordonnance d'accès devant le CRTC et, pour sa part, la ville a présenté, en vertu de l'article 44 et du paragraphe 61(2), une demande d'ordonnance visant à établir les conditions d'accès. Le CRTC a répondu par la publication d'un avis d'instance publique ayant pour but de déterminer les conditions d'accès appropriées. Les appelantes en l'espèce ont déposé des observations écrites à titre de parties intéressées. La décision du Conseil accordait à Leducor un droit d'accès assujéti à certaines conditions dont le versement d'une somme de 7 616 \$.

Arrêt (le juge Pelletier, J.C.A., dissident en partie): les appels sont rejetés.

Le juge Létourneau, J.C.A. (le juge Nadon, J.C.A., souscrivant à ces motifs): Bien que les appelantes aient exprimé de graves préoccupations en ce qui concerne l'impact de la décision sur les négociations ultérieures entre les municipalités et les entreprises, la décision du CRTC ne visait clairement que les deux parties au litige. En effet, le Conseil s'est abstenu d'adopter «un accord modèle ou standard particulier comme point de départ des discussions entre les municipalités et les entreprises».

La Fédération canadienne des municipalités a soutenu que, en affirmant sa compétence exclusive, le CRTC empêche les municipalités de réglementer et de gérer de façon ordonnée l'accroissement rapide de la circulation dans les rues empruntées par les entreprises. La déréglementation des télécommunications a entraîné une augmentation importante du nombre d'entreprises qui veulent avoir accès au nombre limité de rues encore disponibles dans les municipalités. Il a été allégué que le contrôle et la rationalisation nécessaires seraient plus efficaces s'ils étaient exercés au niveau du gouvernement local. On craignait que la décision du CRTC prive les municipalités de leur pouvoir constitutionnel de prendre des règlements pour protéger leurs droits de propriété. Il ne faut toutefois pas considérer que la décision du CRTC a pour effet de remettre en question les principes constitutionnels applicables. Les autorités provinciales peuvent toujours légiférer dans les champs qui leur sont constitutionnellement assignés, mais les lois ainsi adoptées sont assujétiées au principe de l'exclusivité des compétences si elles touchent à une partie essentielle d'une entreprise fédérale ou à la théorie de la prépondérance si elles entrent en conflit avec une loi fédérale.

On a soutenu avec vigueur que la question à trancher dans la présente instance ne portait pas sur l'accès, mais plutôt sur

municipal roadways and, thus, one of property rights. But this litigation did not concern the scope and merits of provincial or municipal legislation. It was rather a proceeding initiated by the parties under the Act, which establishes a procedure for granting carriers access to municipal land and determining the terms and conditions of access.

At the outset of this dispute, the City's position had been that the CRTC had jurisdiction. Dissatisfied with the CRTC ruling, the City argued herein that the Commission lacked or exceeded jurisdiction. The jurisdiction of an administrative board does not, of course, depend upon a litigant's satisfaction or dissatisfaction with a decision.

Under subsection 43(4), the CRTC is given a wide discretion, based on its expertise, to fix conditions of access to achieve the Act's objective "to facilitate the orderly development throughout Canada of a telecommunications system that serves to safeguard, enrich and strengthen the social and economic fabric of Canada and its regions". In exercising that discretion, the CRTC must strike a delicate balance between public, private and municipal interests.

The Commission had jurisdiction to embark upon this inquiry and did not exceed jurisdiction by the decision that it rendered. A *finding of lack or excess of jurisdiction is not to be made lightly* since such a decision can, in any subsequent proceeding, be subjected to collateral attacks, thereby undermining the finality of decisions and jeopardizing the activities of those who acted pursuant to them. While it could be argued that the Commission had erred in the exercise of its jurisdiction, the issues dealt with fell squarely within the domain of the Commission's expertise and the Court ought to defer to the CRTC. The applicable standard of review was reasonableness as to the Commission's legal conclusions and patent unreasonableness as to its findings of fact.

The Commission's findings on costs and compensation were reasonable and there was no evidence that the Commission's discretion was exercised capriciously or arbitrarily.

The Court could not accept appellants' submission, that this appeal raised issues of such novelty and importance as to justify departure from the usual practice of awarding costs against the losing party. The so-called important novelty was an ingenuous but erroneous qualification of the issues combined with a strained interpretation and a misconstruction

la gestion et le contrôle de la circulation dans les rues appartenant à la municipalité et, par conséquent, sur les droits de propriété. Cependant, ce litige ne mettait pas en cause la portée ou le bien-fondé de la législation provinciale ou municipale. Il s'agissait plutôt d'une instance que les parties ont introduite en vertu de la Loi, qui prévoit la procédure par laquelle une entreprise peut se voir attribuer un accès aux propriétés municipales et demander que les conditions d'un tel accès soient déterminées.

Au début du conflit, la ville était d'opinion que le CRTC avait compétence. Insatisfaite de la décision de celui-ci, la ville a prétendu en l'espèce que le Conseil n'avait pas compétence ou qu'il l'a excédée. La compétence d'un organisme administratif n'est évidemment pas subordonnée à la satisfaction ou au mécontentement d'une partie à l'égard de sa décision.

Le paragraphe 43(4) accorde au CRTC un large pouvoir discrétionnaire, fondé sur son expertise, pour fixer des conditions d'accès propres à mettre en œuvre les objectifs de la Loi qui sont de favoriser le développement ordonné des télécommunications partout au Canada en un système qui contribue à sauvegarder, enrichir et renforcer la structure sociale et économique du Canada et de ses régions». Ce faisant, le CRTC doit trouver un équilibre délicat entre les intérêts publics, privés et municipaux.

Le Conseil avait compétence pour mener cette enquête et il n'a pas excédé sa compétence en rendant sa décision. Il ne faut pas conclure trop vite à l'absence ou à l'excès de compétence, parce que ces décisions peuvent faire l'objet d'attaques indirectes lors de poursuites subséquentes, portant ainsi atteinte au caractère définitif des décisions et compromettant les activités de ceux qui ont agi en conformité avec ces décisions. Bien qu'on puisse soutenir que le Conseil a erré dans l'exercice de sa compétence, la décision portait sur des questions qui relèvent clairement du domaine d'expertise du Conseil et la Cour doit faire montre de réserve envers lui. La norme de contrôle applicable aux conclusions juridiques du Conseil est celle du caractère raisonnable et la norme de la décision manifestement déraisonnable s'applique à ses conclusions de fait.

Les conclusions du Conseil relativement aux frais et dépens et à l'indemnisation étaient raisonnables et rien ne démontre qu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière capricieuse ou arbitraire.

La Cour ne pouvait être d'accord avec la prétention des appelantes selon laquelle l'appel soulevait des questions si inédites et importantes qu'il était nécessaire de déroger à la pratique courante d'adjudger les dépens contre la partie perdante. La question décrite comme étant inédite était, en fait, une qualification ingénieuse mais erronée des questions en

of the Commission's decision.

Per Pelletier J.A. (dissenting in part): The following should be added to Létourneau J.A.'s statement of the facts. Almost all of Ledcor's transmission line within Vancouver is within CPR's right of way and not on municipal property. The line runs under City property at but one street crossing and at 17 road allowances. Furthermore, Ledcor's construction technique did not involve opening up the street crossing or road allowances: it drilled through City property from the CPR right of way.

Appellants had not entirely abandoned the constitutional challenge to the validity of subsection 43(4). Rather, they put forward an interpretation which avoided the validity issue by limiting its scope. They did not make an unqualified concession that the subsection was valid federal legislation. Consequently, if the construction proposed by appellants is rejected, this Court was called upon to deal with the validity of the subsection more broadly construed. Appellants say that there are matters under provincial jurisdiction which do not affect carriers in a vital part of their undertaking and such should be the subject of negotiation between the carrier and the municipality. Respondents say that such interpretation would not solve the problem that arises if the parties cannot come to an agreement. The case at bar demonstrates that the common interest in reaching agreement does not guarantee that one will be concluded. If the object of the subsection is to forestall the frustration of transmission line construction by unreasonable demands, the CRTC must be able to decide any question in case of an impasse. Subsection 43(4) is valid federal legislation as necessarily incidental to the exercise of exclusive federal jurisdiction over telecommunications, which includes the construction of transmission lines. Carriers must not be subject to being held to ransom at each municipal boundary.

There is no doctrine of intergovernmental immunity which would result in a reading down of federal legislation to protect provincial jurisdiction except where a federal undertaking would be sterilized, or affected in a vital part of its undertaking: *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*.

While the CRTC did not dismiss Vancouver's compensation claim out of hand, the Commission failed to determine the amount to which the City was entitled for the use and occupation of its land. It was somewhat disingenuous for

cause, de même qu'une interprétation forcée et erronée de la décision du Conseil.

Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident en partie): J'ajouterais ce qui suit à l'exposé des faits du juge Létourneau. La majeure partie de la ligne de transmission de Ledcor à Vancouver passe à l'intérieur de l'emprise du Chemin de fer Canadien Pacifique (CFCP) et non sur la propriété municipale. La ligne ne passe sous la propriété municipale qu'à une intersection et à 17 réserves routières. De plus, la technique de construction de Ledcor ne l'obligeait pas à creuser à ces endroits: Ledcor ne faisait que forer la propriété municipale à partir de l'emprise du CFCP.

Les appelantes n'avaient pas entièrement abandonné la contestation de la validité du paragraphe 43(4). Elles proposaient plutôt une interprétation qui permettait d'éviter la question de la validité en restreignant sa portée. Elles n'ont pas admis sans réserve que ce paragraphe demeurerait une disposition fédérale valide. Par conséquent, si l'interprétation proposée par les appelantes était rejetée, la Cour devait examiner la validité de ce paragraphe interprété plus largement. Les appelantes affirment que certaines questions de compétence provinciale n'affectent pas les entreprises dans une partie essentielle de leurs opérations et que ces questions devraient faire l'objet de négociations entre l'entreprise et les municipalités. Les intimés prétendent que cette interprétation ne résoudrait pas le problème qui survient lorsque les parties sont incapables d'arriver à une entente. La présente affaire démontre qu'un intérêt commun à conclure une entente ne garantit pas que les parties y parviendront. Si l'objet de ce paragraphe est d'éviter que la construction de la ligne de transmission soit compromise par des demandes déraisonnables, le CRTC doit être en mesure de trancher toute question qui demeure irrésolue. Le paragraphe 43(4) constitue une disposition législative fédérale valide parce qu'elle est nécessairement accessoire à l'exercice de la compétence fédérale exclusive en matière de télécommunications, ce qui comprend la construction de lignes de transmission. Les entreprises ne doivent pas se retrouver à la merci de chacune des municipalités avec lesquelles elles doivent faire affaire.

Il n'existe pas une théorie de l'exclusivité des compétences qui entraînerait l'interprétation atténuée d'une loi fédérale de façon à protéger la compétence provinciale sauf dans les situations où une entreprise fédérale serait paralysée ou affectée dans une partie essentielle de ses opérations: *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*.

Bien que le CRTC n'ait pas rejeté d'emblée la demande d'indemnité de Vancouver, le Conseil n'a pas établi le montant auquel elle aurait droit pour l'utilisation et l'occupation de ses propriétés. Il était quelque peu fallacieux de la part du Conseil

the Commission to have held out its decision as providing assistance to carriers and municipalities for future negotiations and then to have suggested that the decision was to be treated as merely disposing of a specific compensation demand. The failure to answer a question can constitute error of law just as can asking the wrong question. It can also be treated as jurisdictional error. No deference is owed to the CRTC with regard to such a failure to exercise its discretion. The question of entitlement to compensation ought not to be allowed to go by default on the basis of the Commission's rejection of Vancouver's overreaching demands. The appeal should be allowed on that issue only, and the matter remitted to the CRTC to determine the City's entitlement to compensation.

de présenter sa décision comme étant susceptible de guider les entreprises et les municipalités pour les négociations futures, pour ensuite soutenir que cette décision devrait être considérée comme disposant simplement d'une demande d'indemnité particulière. L'omission de statuer sur une question peut être considérée comme une erreur de droit au même titre que le fait de poser la mauvaise question. Elle peut aussi être considérée comme une erreur juridictionnelle. Ce n'est pas une question à l'égard de laquelle la Cour doit faire preuve de réserve envers le CRTC qui a omis d'exercer son pouvoir discrétionnaire. On ne devrait pas considérer que la question du droit à l'indemnité a été résolue par défaut sur la foi du rejet des demandes excessives de Vancouver par le CRTC. L'appel ne devrait être accueilli que sur cette question et l'affaire renvoyée au CRTC pour qu'il tranche la question du droit à l'indemnité de la ville.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, Tarif B, Column III.
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, ss. 7, 42, 43(1),(2),(3),(4),(5), 44, 61(2), 64.
Vancouver Charter, S.B.C. 1953, c. 55, ss. 290, 291.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Ry. Co., [1926] A.C. 715 (P.C.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2001] 4 F.C. 237; (2001), 202 D.L.R. (4th) 272; 273 N.R. 291 (C.A.).

REFERRED TO:

Terms and conditions for access to municipal property in the City of Vancouver, Telecom Public Notice CRTC 99-25, 3 December 1999; *Wilson v. R.*, [1983] 2 S.C.R. 594; (1983), 4 D.L.R. (4th) 577; [1984] 1 W.W.R. 481; 26 Man. R. (2d) 194; 9 C.C.C. (3d) 97; 37 C.R. (3d) 97; 51 N.R. 321; *R. v. Sarson* (1996), 135 D.L.R. (4th) 402; 107 C.C.C. (3d) 21; 49 C.R. (4th) 75; 36 C.R.R. (2d) 1; 197 N.R. 125; 91 O.A.C. 124; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; (1993), 145 A.R. 321; 14 Alta. L.R. (3d) 1; 86 C.C.C. (3d) 97; 25 C.R. (4th) 137; 161 N.R. 161; *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739; (1995), 125 D.L.R. (4th) 443; 31 Admin. L.R. (2d) 169; 183 N.R. 184; 114957 Canada

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 7, 42, 43(1),(2),(3) (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 204), (4),(5), 44, 61(2), 64 (mod., *idem*, art. 206).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, tarif B, colonne III.
Vancouver Charter, S.B.C. 1953, ch. 55, art. 290, 291.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Ry. Co., [1926] A.C. 715 (C.P.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2001] 4 C.F. 237; (2001), 202 D.L.R. (4th) 272; 273 N.R. 291 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Conditions d'accès aux propriétés municipales dans la ville de Vancouver, Avis public Télécom CRTC 99-25, le 3 décembre 1999; *Wilson c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 594; (1983), 4 D.L.R. (4th) 577; [1984] 1 W.W.R. 481; 26 Man. R. (2d) 194; 9 C.C.C. (3d) 97; 37 C.R. (3d) 97; 51 N.R. 321; *R. c. Sarson* (1996), 135 D.L.R. (4th) 402; 107 C.C.C. (3d) 21; 49 C.R. (4th) 75; 36 C.R.R. (2d) 1; 197 N.R. 125; 91 O.A.C. 124; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; (1993), 145 A.R. 321; 14 Alta. L.R. (3d) 1; 86 C.C.C. (3d) 97; 25 C.R. (4th) 137; 161 N.R. 161; *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739; (1995), 125 D.L.R. (4th) 443; 31 Admin. L.R. (2d) 169; 183 N.R. 184; 114957 Canada

Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town), [2001] 2 S.C.R. 241; (2001), 200 D.L.R. (4th) 419; 40 C.E.L.R. (N.S.) 1; 19 M.P.L.R. (3d) 1; 271 N.R. 201; *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641; 192 D.L.R. (4th) 443; 16 M.P.L.R. (3d) 213; 138 O.A.C. 1 (C.A.); *Antwerp Bulkcarriers N.V. (Re)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 106 (Que. C.A.); *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustee of)* (1999), 173 D.L.R. (4th) 493; 239 N.R. 114 (F.C.A.); *Canadian Broadcasting Corp. v. Métromédia CMR Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266 (F.C.A.); *Upper Lakes Group Inc. v. Canada (National Transportation Agency)*, [1995] 3 F.C. 395; (1995), 125 D.L.R. (4th) 204; 62 C.P.R. (3d) 167; 181 N.R. 103 (C.A.); *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.*, [1975] 1 S.C.R. 382; (1973), 41 D.L.R. (3d) 6; [1974] 1 W.W.R. 653; 73 CLLC 14,193.

AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (loose-leaf). Toronto: Carswell, 1997.

STATUTORY APPEALS against a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (*Ledcor/Vancouver — Construction, operation and maintenance of transmission lines in Vancouver*, Telecom Decision CRTC 2001-23, 25 January 2001) regarding access to municipal property for the installation of fibre optic lines and the terms and conditions for access. Appeals dismissed.

APPEARANCES:

John P. Nelligan, Q.C., Christian S. Tacit and Erin Smith for appellant Federation of Canadian Municipalities.

Brand R. Inlow, Q.C. for appellant City of Calgary.

Mary Ellen Donovan for appellant Halifax Regional Municipality.

Andrew J. Roman and Michelle Wong for appellant City of Ottawa and City of Toronto.

Patsy J. Scheer for appellant City of Vancouver.

Thomas G. Heintzman, Q.C. and Susan L. Gratton for respondents AT&T Canada Corp., AT&T Canada Telecom Services Company, Canadian Cable Television Association, TELUS

Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville), [2001] 2 R.C.S. 241; (2001), 200 D.L.R. (4th) 419; 40 C.E.L.R. (N.S.) 1; 19 M.P.L.R. (3d) 1; 271 N.R. 201; *Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641; 192 D.L.R. (4th) 443; 16 M.P.L.R. (3d) 213; 138 O.A.C. 1 (C.A.); *Antwerp Bulkcarriers N.V. (Re)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 106 (C.A.Q.); *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (syndic)* (1999), 173 D.L.R. (4th) 493; 239 N.R. 114 (C.A.F.); *Société Radio-Canada c. Métromédia CMR Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266 (C.A.F.); *Upper Lakes Group Inc. c. Canada (Office national des transports)*, [1995] 3 C.F. 395; (1995), 125 D.L.R. (4th) 204; 62 C.P.R. (3d) 167; 181 N.R. 103 (C.A.); *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et autres*, [1975] 1 R.C.S. 382; (1973), 41 D.L.R. (3d) 6; [1974] 1 W.W.R. 653; 73 CLLC 14,193.

DOCTRINE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (loose-leaf). Toronto: Carswell, 1997.

APPELS PRÉVUS PAR LA LOI contre une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (*Ledcor/Vancouver — Construction, exploitation et entretien des lignes de transmission à Vancouver*, Décision Télécom CRTC 2001-23, 25 janvier 2001) concernant l'accès aux propriétés municipales pour l'installation de lignes à fibres optiques et les conditions d'un tel accès. Appels rejetés.

ONT COMPARU:

John P. Nelligan, c.r., Christian S. Tacit et Erin Smith pour l'appelante, Fédération canadienne des municipalités.

Brand R. Inlow, c.r., pour l'appelante ville de Calgary.

Mary Ellen Donovan pour l'appelante Municipalité régionale d'Halifax.

Andrew J. Roman et Michelle Wong pour l'appelante ville d'Ottawa et ville de Toronto.

Patsy J. Scheer pour l'appelante, ville de Vancouver.

Thomas G. Heintzman, c.r., et Susan L. Gratton pour les intimées AT&T Canada Corp., AT&T Canada Telecom Services Company, Association canadienne de télévision par câble, TELUS

Communications Inc. (B.C.), TELUS Corporation, Call-Net Communications Inc. Call-Net Enterprises Inc. and Call-Net Technology Services Inc.

Brian A. Crane, Q.C. and *Ronald D. Lunau* for respondents Aliant Telecom Inc., Bell Canada, Leducor Industries Ltd., MTS Communications Inc. and WFI Urbanlink Ltd.

Neil Finkelstein and *Charlotte Kanya-Forstner* for respondents GT Group Telecom Services Corp. and Shaw Communications Inc.

Peter M. Southey for respondent Attorney General of Canada.

Jeffrey M. Loenen for intervener Attorney General of British Columbia.

SOLICITORS OF RECORD:

Nelligan O'Brien Payne LLP, Ottawa, for appellant Federation of Canadiana Municipalities.

Law Department, City of Calgary, Calgary for appellant City of Calgary.

Halifax Regional Municipality — Legal Services, Halifax for appellant Halifax Regional Municipality.

Miller Thomson LLP, Toronto, for appellants City of Ottawa and City of Toronto.

Law Department, City of Vancouver, Vancouver, for appellant City of Vancouver.

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for respondents AT&T Canada Corp., AT&T Canada Telecom Services Company, Canadian Cable Television Association, TELUS Communications Inc. (B.C.) Corporation, Call-Net Communications Inc. Call-Net Enterprises Inc. and Call-Net Technology Services Inc.

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondents Aliant Telecom Inc., Bell Canada, Leducor Industries Ltd., MTS Communications Inc. and WFI Urbanlink Ltd.

Blake Cassels & Graydon LLP, Toronto, for respondents GT Group Telecom Services Corp. and Shaw Communications Inc.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada.

Ministry of Attorney General, Victoria, for intervener Attorney General of British Columbia.

Communications Inc. (B.C.), TELUS Corporation, Call-Net Communications Inc. Call-Net Enterprises Inc. et Call-Net Technology Services Inc.

Brian A. Crane, c.r., et *Ronald D. Lunau* pour les intimées Aliant Telecom Inc., Bell Canada, Leducor Industries Ltd., MTS Communications Inc. et WFI Urbanlink Ltd.

Neil Finkelstein et *Charlotte Kanya-Forstner* pour les intimées GT Group Telecom Services Corp. et Shaw Communications Inc.

Peter M. Southey pour l'intimé procureur général du Canada.

Jeffrey M. Loenen pour l'intervenant procureur général de la Colombie-Britannique.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Nelligan O'Brien Payne s.r.l., Ottawa, pour l'appelante Fédération canadienne des municipalités.

Services juridiques, ville de Calgary, Calgary, pour l'appelante ville de Calgary.

Municipalité régionale d'Halifax — services juridiques, Halifax, pour l'appelante Municipalité régionale d'Halifax.

Miller Thomson s.r.l., Toronto, pour les appelantes, ville d'Ottawa et ville de Toronto.

Services juridiques, ville de Vancouver, Vancouver, pour l'appelante, ville de Vancouver.

McCarthy Tétrault s.r.l., Toronto, pour les intimées AT&T Canada Corp., AT&T Canada Telecom Services Company, Association canadienne de télévision par câble, TELUS Communications Inc. (B.C.) Corporation, Call-Net Communications Inc. Call-Net Enterprises Inc. et Call-Net Technology Services Inc.

Gowling Lafleur Henderson s.r.l., Ottawa, pour les intimées Aliant Telecom Inc., Bell Canada, Leducor Industries Ltd., MTS Communications Inc. et WFI Urbanlink Ltd.

Blake Cassels & Graydon s.r.l., Toronto, pour les intimées GT Group Telecom Services Corp. et Shaw Communications Inc.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé procureur général du Canada.

Ministère du procureur général, Victoria, pour l'intervenant procureur général de la Colombie-Britannique.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LÉTOURNEAU J.A.: This is an appeal against a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) [Telecom Decision CRTC 2001-23]. The decision was rendered on January 25, 2001 pursuant to subsection 43(4) of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38 (the Act).

[2] The appeal is brought under section 64 of the Act. Other appeals were also brought in files A-396-01, A-397-01, A-398-01 and A-399-01. By order of our colleague Linden J.A. issued on September 13, 2001, all the files were consolidated. A single hearing of the five appeals was held at which appeared as appellants, represented by counsel, the City of Calgary, the City of Ottawa, the City of Toronto, the City of Vancouver, the Halifax Regional Municipality and the Federation of Canadian Municipalities (Federation).

[3] I reproduce the relevant sections of the Act [s. 43(3) (as am. by S.C. 1999, c. 31, s. 204)]:

42. (1) Subject to any contrary provision in any Act other than this Act or any special Act, the Commission may, by order, in the exercise of its powers under this Act or any special Act, require or permit any telecommunications facilities to be provided, constructed, installed, altered, moved, operated, used, repaired or maintained or any property to be acquired or any system or method to be adopted, by any person interested in or affected by the order, and at or within such time, subject to such conditions as to compensation or otherwise and under such supervision as the Commission determines to be just and expedient.

(2) The Commission may specify by whom, in what proportion and at or within what time the cost of doing anything required or permitted to be done under subsection (1) shall be paid.

43. (1) In this section and section 44, "distribution undertaking" has the same meaning as in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*.

(2) Subject to subsections (3) and (4) and section 44, a Canadian carrier or distribution undertaking may enter on and break up any highway or other public place for the purpose of

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

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Il s'agit de l'appel d'une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) [Décision Télécom CRTC 2001-23]. Cette décision a été rendue le 25 janvier 2001 en vertu du paragraphe 43(4) de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38 (la Loi).

[2] L'appel est fondé sur l'article 64 [mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 206] de la Loi. D'autres appels ont également été interjetés dans les dossiers A-396-01, A-397-01, A-398-01 et A-399-01. Par ordonnance rendue le 13 septembre 2001 par notre collègue le juge Linden, tous les dossiers d'appel ont été joints. Les appelantes, la ville de Calgary, la ville d'Ottawa, la ville de Toronto, la ville de Vancouver, la municipalité régionale d'Halifax et la Fédération canadienne des municipalités (la Fédération), représentées par leurs avocats, ont comparu lors d'une audition unique des cinq appels.

[3] Je reproduis les extraits pertinents de la Loi [art. 43(3) (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 204)]:

42. (1) Dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la présente loi ou une loi spéciale, le Conseil peut, par ordonnance, sauf disposition contraire de toute autre loi ou loi spéciale, enjoindre ou permettre à tout intéressé ou à toute personne touchée par l'ordonnance de procéder, selon les éventuelles modalités de temps, d'indemnisation, de surveillance ou autres qu'il estime justes et indiquées dans les circonstances, à l'une des opérations suivantes: fourniture, construction, modification, mise en place, déplacement, exploitation, usage, réparation ou entretien d'installations de télécommunication, acquisition de biens ou adoption d'un système ou d'une méthode.

(2) Le Conseil peut préciser à qui et dans quelle proportion les frais d'exécution de l'opération sont imputables, ainsi que la date de paiement.

43. (1) Au présent article et à l'article 44, «entreprise de distribution» s'entend au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*.

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (4) et de l'article 44, l'entreprise canadienne et l'entreprise de distribution ont accès à toute voie publique ou tout autre lieu public pour la

constructing, maintaining or operating its transmission lines and may remain there for as long as is necessary for that purpose, but shall not unduly interfere with the public use and enjoyment of the highway or other public place.

(3) No Canadian carrier or distribution undertaking shall construct a transmission line on, over, under or along a highway or other public place without the consent of the municipality or other public authority having jurisdiction over the highway or other public place.

(4) Where a Canadian carrier or distribution undertaking cannot, on terms acceptable to it, obtain the consent of the municipality or other public authority to construct a transmission line, the carrier or distribution undertaking may apply to the Commission for permission to construct it and the Commission may, having due regard to the use and enjoyment of the highway or other public place by others, grant the permission subject to any conditions that the Commission determines.

(5) Where a person who provides services to the public cannot, on terms acceptable to that person, gain access to the supporting structure of a transmission line constructed on a highway or other public place, that person may apply to the Commission for a right of access to the supporting structure for the purpose of providing such services and the Commission may grant the permission subject to any conditions that the Commission determines.

44. On application by a municipality or other public authority, the Commission may

(a) order a Canadian carrier or distribution undertaking, subject to any conditions that the Commission determines, to bury or alter the route of any transmission line situated or proposed to be situated within the jurisdiction of the municipality or public authority; or

(b) prohibit the construction, maintenance or operation by a Canadian carrier or distribution undertaking of any such transmission line except as directed by the Commission.

[4] Stripped of their embellishment, the contentions of the appellants as well as those of the intervener, the Attorney General of British Columbia, who supports the position of the appellants, boil down to this simple question: did the CRTC err in law, exceed its jurisdiction or improperly exercise its discretion in rendering its decision?

[5] In its decision, the CRTC reviewed the terms and conditions sought to be imposed by the City of

construction, l'exploitation ou l'entretien de leurs lignes de transmission, et peuvent y procéder à des travaux, notamment de creusage, et y demeurer pour la durée nécessaire à ces fins; elles doivent cependant dans tous les cas veiller à éviter toute entrave abusive à la jouissance des lieux par le public.

(3) Il est interdit à l'entreprise canadienne et à l'entreprise de distribution de construire des lignes de transmission sur une voie publique ou dans tout autre lieu public—ou au-dessus, au-dessous ou aux abords de ceux-ci—sans l'agrément de l'administration municipale ou autre administration publique compétente.

(4) Dans le cas où l'administration leur refuse l'agrément ou leur impose des conditions qui leur sont inacceptables, l'entreprise canadienne ou l'entreprise de distribution peuvent demander au Conseil l'autorisation de construire les lignes projetées; celui-ci peut, compte tenu de la jouissance que d'autres ont des lieux, assortir l'autorisation des conditions qu'il juge indiquées.

(5) Lorsqu'il ne peut, à des conditions qui lui sont acceptables, avoir accès à la structure de soutien d'une ligne de transmission construite sur une voie publique ou un autre lieu public, le fournisseur de services au public peut demander au Conseil le droit d'y accéder en vue de la fourniture de ces services; le Conseil peut assortir l'autorisation des conditions qu'il juge indiquées.

44. Sur demande d'une administration municipale ou autre administration publique, le Conseil peut:

a) soit obliger, aux conditions qu'il fixe, l'entreprise canadienne ou l'entreprise de distribution à enfouir les lignes de transmission qu'elles ont, ou projettent d'avoir, sur le territoire de l'administration en question ou à en modifier l'emplacement;

b) soit ne leur en permettre la construction, l'exploitation ou l'entretien qu'en exécution de ses instructions.

[4] Dans leur plus simple expression, les prétentions des appelantes et celles de l'intervenant, le procureur général de la Colombie-Britannique, qui les appuie, se résument à cette question: le CRTC a-t-il, en rendant sa décision, erré en droit, excédé sa compétence ou exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable?

[5] Dans sa décision, le CRTC a passé en revue les conditions que la ville de Vancouver entendait imposer

Vancouver on the respondent, Leducor Industries Ltd. (Leducor), which was seeking access to the municipality's roadways to install fibre optic lines. Notice of constitutional questions was sent by the appellants challenging the constitutional validity, applicability or operability of sections 42 and 44 and subsections 43(2) and (4) of the Act. At the hearing, it was conceded that these sections were constitutionally valid. The debate then revolved around the scope of the decision under attack, its impact in future cases and the jurisdiction of the CRTC to adjudicate as it did upon the issues that were before it. It is fair to say that what originated as a simple dispute between a carrier and the City of Vancouver evolved into, but not to the extent claimed by the appellants, something of a policy-making hearing leading to the impugned decision. Hence the numerous appellants and respondents. I shall come back to this point when I will discuss the scope of the CRTC's decision.

Facts and procedure

[6] Leducor and its subsidiary, Worldwide Fibre Ltd., began to develop and construct in 1997 a fibre optic telecommunications transmission system, consisting of two fibre optic transmission lines which connected Western and Eastern Canada as well as points in the United States. Leducor, along with numerous other telecommunication carriers sought to install fibre optic lines, ducts and vaults under the roadways in the downtown core areas of major municipalities.

[7] Beginning in October 1997, Leducor and the City of Vancouver attempted to negotiate terms for access to certain lands (18 street crossings) for the purpose of installing and maintaining telecommunication lines. Leducor acknowledged that it had continued to construct its fibre optic system while the discussions with the City were still in progress. The negotiations were unsuccessful.

[8] Leducor stated that the City had proposed a number of conditions for granting access which it found unacceptable, including:

à la défenderesse, Leducor Industries Ltd. (Leducor), qui demandait d'avoir accès aux rues municipales pour y installer des lignes à fibres optiques. Les appelantes ont présenté un avis de questions constitutionnelles qui contestait la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, des articles 42 et 44 et des paragraphes 43(2) et (4) de la Loi. Lors de l'audience, la validité constitutionnelle de ces dispositions a été admise. Le débat s'est dès lors engagé sur la portée de la décision contestée, son impact sur de futures affaires et la compétence du CRTC pour statuer sur les questions dont il était saisi. Sans aller aussi loin que les appelantes, on peut dire que ce qui n'était initialement qu'un simple différend entre une entreprise et la ville de Vancouver, a pris les allures d'une audience pour l'établissement d'énoncés de politique qui a mené à la décision contestée. D'où le grand nombre d'appelantes et d'intimés. Je reviendrai sur cette question lorsque je me pencherai sur la portée de la décision du CRTC.

Les faits et la procédure

[6] En 1997, Leducor et sa filiale, Worldwide Fibre Ltd., ont entrepris de développer et de construire un système de télécommunication basé sur la transmission par fibres optiques, système qui consistait en deux lignes de transmission à fibres optiques reliant l'Ouest et l'Est du Canada, de même que certains endroits aux États-Unis. À l'instar de nombreuses autres entreprises de télécommunication, Leducor demandait de pouvoir installer des lignes de fibres optiques et de creuser des canalisations et des chambres d'interconnexion sous des rues situées au cœur du centre-ville de grandes municipalités.

[7] À compter d'octobre 1997, Leducor et la ville de Vancouver ont tenté de négocier les conditions d'accès à certaines propriétés municipales (18 intersections) pour l'installation et l'entretien de lignes de télécommunication. Leducor a admis qu'elle avait continué à construire son système à fibres optiques alors que les négociations avec la ville se poursuivaient. Les négociations ont échoué.

[8] Leducor a affirmé que la ville avait proposé un certain nombre de conditions d'accès, conditions qu'elle trouvait inacceptables, notamment:

1. Distance-based access (licence) fees that far exceed the costs of providing access;
2. Additional licence fees that would require Leducor to pay the City a share of its telecommunications revenues;
3. A requirement to give the City exclusive use of four fibre strands on its fibre optic system in the Vancouver area;
4. A requirement that Leducor provide the City with information on Leducor's customers, in order that the City could impose additional revenue-sharing licence fees on Canadian carriers that had purchased capacity on Leducor's fibre optic system; and
5. Numerous other restrictions and requirements that were far more costly and onerous than those imposed by other municipalities, railways and other owners with which Leducor had successfully negotiated access agreements.

[9] On March 19, 1999, Leducor filed an application with the Commission, pursuant to subsection 43(4) of the Act, for an interim and final order granting it access to street crossings and other municipal property to install, operate and maintain its fibre optic transmission lines.

[10] On May 17, 1999, the City filed an application with the Commission pursuant to section 44 and subsection 61(2) of the Act seeking an order setting the terms and conditions for access by Leducor. It stated that Leducor had constructed a fibre optic cable in the streets without obtaining its consent or permission.

[11] On December 3, 1999 the Commission issued Telecom Public Notice CRTC 99-25 initiating a public proceeding to consider the appropriate terms and conditions of access by Canadian carriers and distribution undertakings. The Commission stated that while the proceeding would be limited in application to the case of the City, it expected that the principles developed in these proceeding might "inform the Commission's consideration of any disputes that may

1. Leducor devait verser des frais d'accès basés sur la distance (licence) qui excédaient grandement les coûts d'octroi de l'accès;

2. Leducor devait verser une part de ses revenus de télécommunication à titre de frais additionnels de permis;

3. La ville exigeait l'usage exclusif de quatre fibres de son système de fibres optiques dans la région de Vancouver;

4. Leducor devait fournir à la ville des renseignements sur ses clients pour que celle-ci puisse imposer des frais additionnels de partage des revenus aux entreprises canadiennes ayant acheté des parts dans le système de fibres optiques de Leducor;

5. Il y avait également de nombreuses autres conditions et exigences qui étaient beaucoup plus coûteuses et lourdes que celles imposées par les autres municipalités, compagnies de chemin de fer et autres propriétaires avec lesquels Leducor avait négocié avec succès des ententes d'accès.

[9] Le 19 mars 1999, Leducor a, en vertu du paragraphe 43(4) de la Loi, déposé devant le Conseil une demande d'ordonnance provisoire et définitive lui accordant l'accès aux intersections et autres propriétés municipales pour l'installation, l'exploitation et l'entretien de ses lignes de transmission à fibres optiques.

[10] Le 17 mai 1999, la ville a présenté au Conseil, en vertu de l'article 44 et du paragraphe 61(2) de la Loi, une demande d'ordonnance visant à établir les conditions d'accès de Leducor. Elle alléguait que Leducor avait construit un câble de fibres optiques dans les rues sans son agrément ou son autorisation.

[11] Le 3 décembre 1999, le Conseil a publié l'avis public Télécom CRTC 99-25 qui amorçait l'instance publique ayant pour but d'examiner quelles étaient les conditions d'accès appropriées pour les entreprises canadiennes et les entreprises de distribution. Le Conseil a souligné que, bien que l'instance soit limitée aux conditions d'accès à Vancouver, il s'attendait à ce que les principes qui y seraient élaborés puissent «[l']éclairer dans l'examen de tout litige qui pourrait surgir ailleurs».

arise elsewhere". The appellant parties in the present case all filed written submissions as interested parties in response to the CRTC Public Notice.

[12] On January 25, 2001, the Commission released its decision that Ledcor was to be granted access to the municipal lands subject to conditions including that it pay \$7,616 to the City for the recovery of costs incurred to provide access. The Commission did not require Ledcor to pay land charges or access fees and fixed common costs to the City, payments which the City had been seeking.

[13] By notices of appeal dated June 29, 2001, the City and the other appellant municipalities are appealing the Commission's decision.

The decision of the CRTC

[14] The CRTC assumed exclusive jurisdiction over the subject-matter with which it was seized. As requested by the City, the CRTC dealt with all the terms and conditions which the City sought to impose on the carrier in return for its consent to access its roadways. The decision is substantial: 28 pages with 184 paragraphs. It addresses the subjects of dispute between the respondent and the City. It grants the City causal costs defined as the prospective and incremental costs the City incurs when carriers construct and maintain transmission lines in municipal rights-of-way. Such costs would, depending on the circumstances, include plan approval and inspection costs, construction disruption costs, loss of productivity costs, costs resulting from drainage of telecommunications company vaults and pavement degradation costs. In addition, the CRTC included a provision for a mark-up of 29.6% to be applied on direct costs to provide recovery of certain indirect and common costs. The City had claimed in this respect a mark-up of 62% over direct costs.

[15] The CRTC dismissed some of the City's claims and these claims are at the core of the present litigation. As previously mentioned, it denied land charges which the City would levy for use or occupancy of municipal

En réponse à l'avis public du CRTC, les appelantes en l'espèce ont toutes présenté des observations écrites à titre de parties intéressées.

[12] Le 25 janvier 2001, le Conseil a rendu sa décision. Il a accordé à Ledcor un droit d'accès aux propriétés municipales à la condition notamment qu'elle verse 7 616 \$ à la ville en remboursement des frais engagés pour lui fournir un accès. Le Conseil n'a pas exigé que Ledcor verse une contribution financière pour les servitudes ou l'accès aux propriétés municipales ou pour les coûts communs fixes de la ville, ce que cette dernière demandait.

[13] Par avis d'appel daté du 29 juin 2001, la ville et les autres municipalités appelantes interjettent appel de la décision du Conseil.

La décision du CRTC

[14] Le CRTC a déclaré avoir compétence exclusive relativement à l'objet dont il était saisi. Ainsi que l'avait demandé la ville, il s'est penché sur les conditions que celle-ci cherchait à imposer à l'entreprise en échange de l'accès aux rues municipales. La décision est volumineuse: 28 pages; 184 paragraphes. Elle porte sur les questions litigieuses entre l'intimée et la ville. Le CRTC accorde à la ville des coûts causals, définis comme étant les coûts potentiels et différentiels engagés par la ville dans le cadre de la construction et de l'exploitation des lignes de transmission sur les emprises routières municipales. Selon les circonstances, de tels coûts peuvent comprendre les coûts d'approbation des plans, les coûts d'inspection, les dédommagements pour travaux de construction, les coûts de perte de productivité, les coûts de drainage des chambres des sociétés de télécommunication et les coûts de détérioration de la chaussée. De plus, le CRTC a fixé un facteur de 29,6 %, applicable sur les coûts directs, pour le recouvrement de certains coûts communs indirects. À cet égard, la ville avait réclamé l'application d'un facteur de 62 % des coûts directs.

[15] Le CRTC a rejeté certaines demandes de la ville et ce sont elles qui sont au cœur du présent litige. Comme nous l'avons mentionné précédemment, le CRTC a refusé d'accorder des servitudes en contrepartie

lands: see decision, paragraph 109 and following. It also denied fixed common costs of running the City: *ibid.*, paragraph 63. With respect to the relocation costs of telecommunication facilities, the CRTC refrained from deciding the issue at this stage and from prescribing a mechanism governing the allocation of the cost of any future relocation of Leducor's transmission lines. However, it enunciated a number of factors which it considered appropriate to take into account in allocating costs between carriers and municipalities: *ibid.*, paragraphs 130-138. Finally, it rejected the City's proposals regarding limitations of liability. It made no order in this respect and left the issue of liability to be determined by the common law rules: *ibid.*, paragraphs 148-155. I should add that it found the City's requirement that Leducor execute a general security agreement in favour of the City with respect to its network too onerous. It accepted, however, that letters of credit or deposits of moneys constituted a reasonable assurance that the City could require: *ibid.*, paragraphs 157-162.

[16] I need not discuss at length the CRTC's decision since only certain aspects of it are challenged. It is sufficient to reproduce the paragraphs which the appellants say vitiate the decision and justify the granting of the appeals.

[17] The appellants, while recognizing the exclusive jurisdiction of Parliament, take exception with the last sentence of paragraph 34 of the decision:

In the Commission's view, sections 43 and 44, and this decision, relate in pith and substance to telecommunications. Any effects on property and civil rights in the province are incidental. All matters that are a vital part of the operation of a federal undertaking are within the exclusive legislative control of Parliament. Whether to construct and where to construct transmission lines (a vital part of a telecommunications undertaking) are matters of exclusive federal concern, as are the design of the transmission lines, the material to be incorporated and other similar specifications. All terms and conditions that will be permanently reflected in the structure of the transmission lines, or have a direct effect on the operational qualities of the transmission lines, are within exclusive federal jurisdiction. Finally, the use of property (such as a municipal

de l'usage des propriétés municipales: voir le paragraphe 109 et suivants de la décision. Il a également refusé d'accorder un supplément pour les coûts communs fixes d'administration de la municipalité: *ibid.*, paragraphe 63. En ce qui concerne les coûts de déplacement des installations de télécommunication, le CRTC ne s'est pas prononcé à ce stade et n'a pas prescrit de mécanisme régissant la répartition des coûts pour les déplacements futurs des lignes de transmission de Leducor. Toutefois, il a mentionné plusieurs facteurs pertinents dont il faudrait tenir compte pour la répartition des coûts entre les entreprises et les municipalités: *ibid.*, paragraphes 130 à 138. Enfin, le CRTC a rejeté les propositions de la ville relativement aux conditions de limitation de responsabilité. Il n'a rendu aucune ordonnance à cet égard, disant que la question de la responsabilité devait être tranchée en vertu des règles de la common law: *ibid.*, paragraphes 148 à 155. Ajoutons que le CRTC a estimé trop onéreuse l'exigence de la ville selon laquelle Leducor devait signer en sa faveur un contrat de garantie générale concernant son réseau. Le CRTC a cependant jugé que des lettres de crédit et le dépôt d'une somme d'argent constituaient une garantie raisonnablement exigible: *ibid.*, paragraphes 157 à 162.

[16] Je n'ai pas à examiner l'ensemble de la décision du CRTC puisque seulement quelques aspects de celle-ci sont contestés. Il est suffisant de reproduire les paragraphes qui vicient la décision selon les appelantes et justifient d'accueillir les appels.

[17] Bien que reconnaissant la compétence exclusive du Parlement, les appelantes contestent la dernière phrase du paragraphe 34 de la décision:

De l'avis du Conseil, les articles 43 et 44 de même que la présente décision se rapportent essentiellement aux télécommunications. Les effets sur la propriété et les droits civils dans la province sont accessoires. Tous les aspects faisant partie intégrante de l'exploitation d'une entreprise fédérale relèvent du contrôle législatif exclusif du Parlement. Construire et où construire des lignes de transmission (secteur vital d'une entreprise de télécommunication) sont des questions qui relèvent exclusivement du fédéral, tout comme la conception des lignes de transmission, le matériel à inclure et autres spécifications semblables. Toutes les conditions qui seront reflétées en permanence dans la structure des lignes de transmission ou qui influent directement sur les caractéristiques opérationnelles des lignes de transmission,

highway) for the purposes of a transmission line cannot be divorced from the exclusive federal constitutional jurisdiction over telecommunications. [Emphasis added.]

[18] They attack these conclusions or findings found in paragraphs 63, 64, 130-138, 150-155 and 157-161 of the CRTC's decision:

The Commission notes that fixed costs, by definition, do not vary with a particular project. Thus, they are not incremental costs, as defined above. The Commission has allowed telephone companies to include a mark-up on their Phase II costs, representing a contribution to fixed common costs, in the prices they charge for their services. A municipality differs from a business in that it derives its revenues primarily from taxes, and the fixed common costs of running the municipality are appropriately covered by this tax revenue. Therefore, the Commission considers that fixed common costs should not be recovered through charges to carriers. Accordingly, the Commission considers it appropriate to exclude the 25% component for the recovery of fixed common costs from Vancouver's proposed 62% loading. The Commission finds acceptable Vancouver's proposed 29.6% loading on direct costs to estimate indirect and variable common costs.

For some of Vancouver's cost elements, the causal costs are small and the process to determine them accurately would be disproportionately difficult or complex. The Commission considers it appropriate to recognize such costs by way of a further 15% loading on plan approval and inspection costs, which can be more readily estimated.

...

Relocation costs

Vancouver submitted that it should not be responsible for the cost of relocating telecommunications facilities if relocation is required for municipal purposes. Vancouver added as a caveat on the application of this principle that the municipal government must act reasonably in co-ordinating the many uses of the public property in a manner that does not cause unnecessary or premature disruptions to telecommunications plant.

Vancouver proposed that relocation costs be incurred directly by the carrier if it undertakes the work, or be invoiced to the carrier if the city undertakes the work. It stated that these costs are project-specific and should be invoiced on a project-by-project basis.

sont du ressort exclusif du fédéral. En dernier lieu, on ne peut séparer de la juridiction constitutionnelle fédérale exclusive en matière de télécommunication l'utilisation d'une propriété (comme une route municipale) pour les fins d'une ligne de transmission. [Non souligné dans l'original.]

[18] Elles contestent les conclusions contenues aux paragraphes 63, 64, 130 à 138, 150 à 155 et 157 à 161 de la décision du CRTC:

Le Conseil fait remarquer que les coûts fixes, par définition, ne changent pas en fonction d'un projet. Il n'y a donc pas de coûts différentiels, comme on l'entend ci-dessus. Le Conseil a permis aux compagnies de téléphone d'inclure pour leurs coûts de la Phase II un supplément, représentant une contribution aux coûts communs fixes, dans les prix qu'elles facturent pour leurs services. Une municipalité diffère d'une entreprise du fait qu'elle tire ses revenus principalement des taxes et que ces recettes fiscales couvrent adéquatement les coûts communs fixes d'administration de la municipalité. Le Conseil estime donc que les coûts communs fixes ne devraient pas être recouverts par le biais de frais aux entreprises. Voilà pourquoi selon lui, il y a lieu d'exclure du facteur de 62 % proposé par Vancouver, la composante de 25 % pour le recouvrement des coûts communs fixes. Le Conseil juge acceptable l'utilisation, dans le calcul des coûts communs indirects et variables, du facteur de 29,6 % de ses coûts directs proposé par Vancouver.

Pour certains des éléments de coûts de Vancouver, les coûts causals sont faibles et le processus permettant de les calculer avec exactitude seraient démesurément compliqués ou complexes. Selon le Conseil, il y a lieu de tenir compte de ces coûts au moyen d'un autre facteur de 15 % pour les coûts d'approbation des plans et les coûts d'inspection qui peuvent être facilement estimés.

[...]

Coûts de déplacement

Vancouver a fait valoir qu'elle ne devrait pas être responsable des coûts de déplacement des installations de télécommunication si le déplacement est exigé aux fins de la municipalité. Vancouver a précisé au sujet de l'application de ce principe que l'administration municipale doit agir de façon raisonnable lorsqu'elle coordonne les nombreuses utilisations de la propriété publique, de manière à ne pas déranger inutilement ou prématurément les installations de télécommunication.

Vancouver a proposé de faire payer directement les coûts de déplacement par l'entreprise si elle entreprend les travaux ou de les facturer à l'entreprise si c'est la ville qui entreprend les travaux. Elle a déclaré que ces coûts sont fonction des projets et qu'ils devraient être facturés à la pièce.

Vancouver stated that much of the work that takes place on city streets is related to redevelopment of private property for which the city cannot fully plan or give advance notification. Vancouver also stated that redevelopment of private property, for example, for a shopping development, sometimes requires reconfiguring the adjacent street to accommodate changed traffic patterns. It noted that, in this case, it requires the developer to pay for the street changes and that it would be appropriate for the private developer to pay for costs of relocating the carriers's facilities.

FCM and municipalities supported Vancouver's position on relocation costs. FCM stated that, where relocation or adjustment is required for *bona fide* municipal purposes, the utility should be 100% responsible for the costs. In response to interrogatory FCM(CRTC) 28Feb00-5, FCM stated that a *bona fide* municipal purpose is any purpose that is authorized at common law or by statute, for example, bridge reconstructions, improvements such as road widenings and municipal landscaping, infrastructure replacements, transit lane relocations, and the burial of aerial lines for safety, municipal redevelopment, security or other reasons.

Carriers objected to Vancouver's proposal, arguing, among other things, that: (a) Vancouver's approach would eliminate an incentive to municipalities to behave reasonably and consult properly with respect to relocation matters; and (b) a satisfactory approach to the allocation of relocation costs should be sensitive to the facts of a particular situation.

Bell Canada/MTS submitted that they have not traditionally been required by municipalities, as of right, to assume costs to relocate their plant located in public rights-of-way when a municipality requires it, but have generally negotiated the assumption of such costs on a case-by-case basis, or if applicable, adopted mechanisms set out in provincial legislation or regulations. They added that their experience with case-by-case negotiations is that the process is administratively burdensome, for themselves as well as for the municipality. They considered that the existing process could be streamlined to the benefit of both themselves and the municipalities. Therefore, in their model municipal consent agreement filed in this proceeding, Bell Canada/MTS proposed an alternative mechanism which, they stated, Canadian carriers and municipalities could choose to adopt. They described that mechanism as follows:

Vancouver a déclaré que la majeure partie des travaux effectués dans les rues de la ville se rapportent au réaménagement de la propriété privée que la ville ne peut pas entièrement planifier ou pour lesquels elle ne peut donner de préavis. Vancouver a ajouté qu'un réaménagement d'une propriété privée, en vue d'un développement commercial par exemple, entraîne parfois une reconfiguration de la rue adjacente pour accommoder les changements apportés à la circulation routière. Elle a fait remarquer que, dans ce cas, elle exige que l'entrepreneur paie pour les changements en cause et que l'entrepreneur privé devrait payer les coûts de déplacement des installations de l'entreprise.

La FCM et les municipalités ont appuyé la position de Vancouver au sujet des coûts de déplacement. La FCM a indiqué que, lorsqu'un déplacement ou un rajustement est nécessaire à des fins légitimes pour la municipalité, le service public devrait être entièrement responsable des coûts. En réponse à la demande de renseignements FCM (CRTC) 28févr00-5, la FCM a fait savoir qu'une fin légitime pour la municipalité est une fin autorisée par une loi ou un statut, par exemple, la reconstruction de ponts, des améliorations comme l'élargissement de la chaussée et l'aménagement du paysage de la municipalité, des remplacements d'infrastructure, des déplacements de voies de transport en commun, l'enfouissement de lignes aériennes à des fins de sécurité, le réaménagement municipal, la sécurité ou d'autres raisons.

Les entreprises se sont opposées à la proposition de Vancouver, soutenant notamment que: (a) l'approche de Vancouver n'inciterait pas les municipalités à se comporter de façon raisonnable et à consulter pour les questions de déplacement; et (b) une approche satisfaisante à l'égard de l'attribution des coûts de déplacement tiendrait compte des particularités de la situation.

Bell Canada/MTS ont fait valoir que les municipalités ne les ont jamais obligées, de plein droit, à assumer les coûts du déplacement des installations se trouvant sur des servitudes exigé par une municipalité, mais qu'elles négocient généralement la responsabilité de ces coûts sur une base individuelle ou adoptent, lorsqu'il y a lieu, des mécanismes prévus par des lois ou des règlements provinciaux. Elles ont ajouté que leur expérience des négociations au cas par cas montre que le processus est lourd sur le plan administratif, pour elles-mêmes comme pour la municipalité. Il faudrait selon elles simplifier le processus actuel, à leur avantage et à l'avantage des municipalités. Par conséquent, dans le modèle d'accord relatif à l'approbation de la municipalité qu'elles ont déposé dans cette instance, Bell Canada/MTS ont proposé un autre mécanisme que les entreprises canadiennes et les municipalités pourraient, d'après elles, décider d'adopter. Voici comment elles l'ont décrit:

As municipalities have in place planning “windows” which typically span five or more years for projects of a scale which would require the relocation of underground utilities, relocations in the first five to ten years after construction of Canadian carrier plant are unusual. After this period, the allocation of relocation costs has typically been subject to negotiations. The mechanism put forward by the Companies in the model agreement codifies, on a going forward basis, such arrangements. Within an initial period which is well within municipal planning time frames, costs associated with relocation at the initiative of the municipality are allocated to the municipality. Following this period, a sliding scale is applied for a period of five years. Following the 9th year, the Canadian carrier would henceforward assume all the costs associated with the relocation of its plant. Since equipment is typically operated in rights-of-way for a period of decades once installed, the result is that for most of the useful life of its equipment, the Canadian carrier will be responsible for all costs associated with the relocation of its equipment in municipality initiated relocations. The Companies believe that the mechanism they have codified in the model agreement is fair to all parties, provides certainty as to the specific terms thereby simplifying administration and provides an incentive to municipalities to conduct advance planning. The Companies reiterate that such advance planning by municipalities is routinely conducted today.

The Commission considers that sections 42 to 44 of the Act give it the jurisdiction to impose conditions relating to relocation matters, whether at the time of construction or afterwards. The Commission also notes that its predecessor bodies have generally declined to impose terms and conditions relating to relocation at the time of construction, preferring instead to consider the matter at the time the requirement for relocation arises, having regard to the circumstances then applicable.

Consistent with the above, the Commission is not prescribing a mechanism governing the allocation of the cost of any future relocation of Leducor’s transmission lines. If Vancouver requires the relocation of these lines at some time in the future, the Commission considers that the parties should negotiate the allocation of costs, taking into account the factors noted below, or adopt some administratively simple mechanism such as that advanced by Bell Canada/MTS. Failing an agreement, either Vancouver or Leducor could apply to the Commission to resolve the dispute.

The Commission would generally consider it appropriate to take into account the following factors in allocating costs between the municipality and the carrier: (a) who has requested the relocation, i.e., the municipality, the carrier, or a third

[TRADUCTION]

Comme les municipalités ont mis en place des «fenêtres» de planification qui s’étendent sur cinq ans ou plus dans le cas de gros projets nécessitant le déplacement d’installations enfouies, les déplacements au cours des cinq à dix premières années après la construction d’une installation d’une entreprise canadienne sont inhabituels. Après cette période, l’attribution des coûts de déplacement a toujours fait l’objet de négociations. Le mécanisme mis de l’avant par les compagnies dans l’accord modèle codifie désormais ces arrangements. Au cours de la période initiale qui s’inscrit dans le délai normal de planification de la municipalité, les coûts de déplacement associés à l’initiative de la municipalité lui sont attribués. Après cette période, une échelle variable est appliquée pour une période de cinq ans. Après la 9^e année, l’entreprise canadienne assumerait tous les coûts associés au déplacement de son installation. Comme l’équipement, une fois installé, est habituellement exploité dans des servitudes pendant des décennies, il en résulte que pour la majeure partie de la vie utile de cet équipement, l’entreprise canadienne sera responsable de tous les coûts associés au déplacement de son équipement dans le cadre des déplacements effectués par la ville. Les compagnies estiment que le mécanisme qu’elles ont codifié dans le modèle d’accord est équitable pour toutes les parties, confirme les conditions particulières, ce qui simplifie l’administration et incite les municipalités à planifier. Les compagnies réitèrent qu’aujourd’hui, cette planification par les municipalités se fait systématiquement.

Le Conseil estime que les articles 42 à 44 de la Loi l’habilitent à imposer des conditions de déplacement, que ce soit pendant ou après la construction. Le Conseil souligne également que ses prédécesseurs ont généralement refusé d’assujettir les déplacements à des conditions lors de la construction, préférant plutôt étudier la question du déplacement lorsqu’elle se pose, en tenant compte des circonstances en cause.

Compte tenu de ce qui précède, le Conseil ne prescrit pas de mécanisme régissant l’attribution des coûts de déplacements futurs des lignes de transmission de Leducor. Si Vancouver exige le déplacement de ces lignes dans l’avenir, le Conseil estime que les parties devraient négocier l’attribution des coûts, en tenant compte des facteurs mentionnés ci-dessous, ou adopter un mécanisme administratif simple comme celui que Bell Canada/MTS ont proposé. Si elles ne réussissaient pas à s’entendre, Vancouver ou Leducor pourrait demander au Conseil de régler le différend.

Il y aurait généralement lieu, selon le Conseil, de tenir compte des facteurs suivants dans la répartition des coûts entre la municipalité et l’entreprise: (a) qui a demandé le déplacement, c.-à-d., la municipalité, l’entreprise ou une tierce partie; (b) la

party; (b) the reason for the requested relocation (e.g., safety reasons, aesthetic reasons, to better serve customers); and (c) when the request is made vis-à-vis the original date of construction (e.g., whether the request is made a considerable length of time after the original construction, or very shortly after that time).

...

The Commission rejects arguments by FCM (and others) as to limitations on the Commission's jurisdiction under sections 42 to 44 of the Act to prescribe terms and conditions relating to limitations of liability. As noted earlier, where a carrier cannot obtain consent from a municipality on acceptable terms, the Commission may grant the permission "subject to any conditions that the Commission determines" (section 43(4) of the Act). The only qualification in the subsection with respect to the scope of the Commission's jurisdiction is that the Commission must have due regard to the use and enjoyment of the highway or other public place by others.

The Commission notes that, under section 43, carriers have a qualified right to enter on and break up any highway or other public place for the purpose of constructing, maintaining or operating their transmission lines, subject to a duty not to unduly interfere with the public use and enjoyment of the highway or other public place. The Commission agrees with TELUS that one-sided liability provisions such as those proposed by Vancouver are not necessary in order to ensure that carriers fulfill this duty. The Commission also considers that there is merit to the arguments of TELUS, CCTA and others that the ordinary provincial principles of liability for negligence should apply to encourage all users of rights-of-way, including municipalities, to take care and ensure that their activities do not harm others.

The Commission notes Vancouver's argument that damage to carriers' facilities is often occasioned by inadequate protection, such as wooden ducts placed by BC TEL that are rotting away but are still in use in many locations in city street space. The Commission considers that such concerns should also be addressed pursuant to the ordinarily applicable provincial principles of liability.

The Commission considers conditions 27 and 28 of the Bell Canada/MTS model municipal consent agreement to be appropriately balanced. The Commission also notes that several participants in this proceeding argued that parties may wish to exclude consequential or economic losses, which is the effect of Bell Canada/MTS' proposed condition 29. The agreement between Group Telecom and Calgary, advanced as a model by Group Telecom, contains generally mutual liability provisions and excludes damages for consequential losses, but also adds the following:

raison du déplacement demandé (p. ex., sécurité, esthétique, service aux clients); et (c) quand la demande est faite par rapport à la date initiale de construction (p. ex., que la demande soit faite bien longtemps après la construction originale, ou très peu de temps après).

[...]

Le Conseil rejette les arguments de la FCM (et d'autres) au sujet des limitations des pouvoirs conférés au Conseil par les articles 42 à 44 de la Loi de prescrire les conditions de limitation de responsabilité. Tel que noté précédemment, lorsqu'une municipalité impose des conditions inacceptables aux entreprises, le Conseil peut accorder l'autorisation et «[l'] assortir des conditions qu'il juge indiquées» (article 43(4) de la Loi). Dans l'article, la seule réserve en ce qui a trait aux pouvoirs du Conseil est que celui-ci peut, compte tenu de la jouissance que d'autres ont des lieux, assortir l'autorisation des conditions qu'il juge indiquées.

Le Conseil souligne qu'en vertu de l'article 43, les entreprises ont un droit restreint en ce qui concerne l'accès à toute voie publique ou à tout autre lieu public ainsi qu'en ce qui a trait aux travaux de creusage afin de construire, d'entretenir ou d'exploiter leurs lignes de transmission, sous réserve de l'obligation d'éviter toute entrave abusive à la jouissance des lieux par le public. Le Conseil convient avec TELUS qu'une clause de responsabilité unilatérale du genre de celle que Vancouver propose ne garantit pas que les entreprises respectent cette obligation. Le Conseil estime également fondés les arguments de TELUS, de l'ACTC et d'autres voulant que les principes provinciaux de responsabilité pour négligence devraient s'appliquer afin d'encourager les utilisateurs de servitudes, y compris les municipalités, à s'assurer que leurs activités ne nuisent pas aux autres.

Le Conseil prend note de l'argument de Vancouver selon lequel les dommages aux installations des entreprises sont souvent causés par une protection inadéquate, comme des conduits en bois mis en place par BC TEL qui, même s'ils pourrissent, sont encore utilisés dans de nombreux espaces des rues de la ville. Le Conseil estime qu'il faudrait également examiner ces préoccupations au regard des principes de responsabilité provinciaux qui s'appliquent.

Le Conseil juge bien équilibrées les conditions 27 et 28 du modèle d'accord relatif à l'approbation de la municipalité de Bell Canada/MTS. Le Conseil souligne également que plusieurs participants à l'instance ont soutenu que les parties peuvent vouloir exclure des pertes consécutives ou économiques qui résultent du projet de condition 29 de Bell Canada/MTS. L'accord entre Group Telecom et Calgary, proposé comme modèle par Group Telecom, renferme des clauses de responsabilité mutuelle et exclut les dommages pour les pertes consécutives économiques, mais précise également ce qui suit:

The City shall not be liable to, nor indemnify and save harmless, Group Telecom, pursuant to subsection (2) where:

(a) the City has not been advised in writing of Group Telecom's Installations being placed in a Highway and Group Telecom has, following a request by the City or any other Party, failed to identify the location of its Installations; or

(b) the City has corrected a default of Group Telecom's pursuant to the provisions of this Agreement provided the City is not negligent in its corrective action.

The Commission sees no reason to object to the inclusion of such provisions.

In light of the above, the Commission is not prescribing terms and conditions related to liability in this decision. The Commission would have no objection if Vancouver and Leducor were to agree to provisions similar to those in Bell Canada/MTS's model municipal consent agreement or in Group Telecom's agreement with Calgary. Absent such agreement, provincial principles of liability for negligence would apply.

...

General security agreements, letters of credit

The SCA advanced by Vancouver during its negotiations with Leducor would have required Leducor to execute a General Security Agreement (GSA) with respect to its network in favour of the city.

In addition, it contains a requirement that, in order to obtain the city's permission for "new work" (e.g., construction), Leducor must submit a letter of credit, valid for at least one year, equal to 100% of the estimated cost of the relevant restoration work, as determined by City Engineer (applying generally applicable formulas and principles).

The SCA further specifies that the letter of credit be renewed and replaced as required during the time the work is on-going. After the new work is satisfactorily completed, the letter of credit would be replaced with a new letter of credit equal to 20% of the value of the initial work. This subsequent letter of credit would be valid for at least one year.

Leducor argued the following with respect to these requirements:

The Applicant considers these security obligations to be unduly burdensome, costly and restrictive requirements for

[TRADUCTION]

La ville ne sera pas responsable à l'égard de Group Telecom et elle ne le dédommagera pas pour préjudice, conformément à l'article (2) lorsque:

(a) la ville n'a pas été informée par écrit de la mise en place des installations de Group Telecom sur une voie publique et qu'après une demande de la ville ou de toute autre partie, Group Telecom n'a pas indiqué l'emplacement de ses installations; ou

(b) la ville a corrigé une inexécution de Group Telecom conformément aux clauses de cet accord, sous réserve que la ville ne fasse pas montre de négligence en appliquant cette mesure de redressement.

Le Conseil ne voit aucune raison de s'opposer à pareilles dispositions.

Compte tenu de ce qui précède, le Conseil ne prescrit pas dans la présente décision de conditions se rapportant à la responsabilité. Le Conseil n'aurait aucune objection à ce que Vancouver et Leducor acceptent des clauses semblables à celles du modèle d'accord relatif à l'approbation de la municipalité de Bell Canada/MTS ou de l'accord de Group Telecom avec Calgary. Sans cet accord, les principes provinciaux de responsabilité pour négligence s'appliqueraient.

[...]

Contrats de garantie générale, lettres de crédit

L'API proposé par Vancouver au cours de ses négociations avec Leducor aurait obligé Leducor à exécuter un contrat de garantie générale (CGG) concernant son réseau en faveur de la ville.

De plus, il renferme une exigence selon laquelle, si elle veut obtenir la permission de la ville pour effectuer de «nouveaux travaux» (p. ex., construction), Leducor doit soumettre une lettre de crédit, valide pour au moins un an, égale à 100 % du coût estimatif des travaux de réfection établi par l'ingénieur de la ville (en utilisant généralement les formules et les principes applicables).

L'API stipule également que la lettre de crédit doit être renouvelée et remplacée au besoin pendant l'exécution des travaux. Une fois les nouveaux travaux terminés, la lettre de crédit serait remplacée par une nouvelle, égale cette fois à 20 % de la valeur des travaux initiaux et valide pendant au moins un an.

Leducor a soutenu ce qui suit à propos de ces exigences:

[TRADUCTION]

La requérante considère ces obligations de garantie indûment lourdes, coûteuses et restrictives pour obtenir l'approbation de

municipal consent to cross a few streets on an existing railway right-of-way. Proper cost-based municipal access fees for access to such street crossings should be nominal, and security obligations minimal or non-existent. In fact, the applicant would consider prepaying the whole of a reasonable cost-based access charge in advance.

The Commission considers a requirement to enter into a GSA to be unduly onerous, and unnecessary to ensure that Ledcor will meet its obligations under the terms and conditions of the Commission's order.

With regard to letters of credit, the Commission considers it reasonable that municipalities would request some assurance that construction work (e.g., pavement restoration) will be completed satisfactorily. In the Commission's view, that assurance could be provided by various means, including a letter of credit or, for example, the deposit of a reasonable sum of money to ensure the satisfactory doing of the work.

The scope and future impact of the CRTC's decision

[19] The appellants have expressed serious concerns regarding the impact of the decision on future cases and negotiations between municipalities and carriers. There is one concern that I can dispel immediately by putting the decision under attack in its proper context.

[20] What was before the CRTC was a conflict between two parties: Ledcor and the City of Vancouver. In rendering its decision, the federal board made it clear that it was binding only on those two parties and that it was rendered only in respect of the existing litigation. At paragraphs 42 and 44 of its decision, the CRTC wrote:

In this decision, the Commission, by majority, is granting Ledcor permission to construct, maintain and operate transmission lines in 18 street crossings in Vancouver, and is establishing terms and conditions related to that permission. . . .

...

The Commission is not, in this decision, prescribing terms and conditions related to the future construction by Ledcor, or any other carrier, of transmission lines in Vancouver or elsewhere. [Emphasis added.]

Indeed, paragraphs 181 to 184 of the decision contain the disposition of the case and their contents, specifically

la municipalité pour croiser quelques rues à une emprise de chemin de fer. Il faudrait que les droits d'accessibilité municipale basés sur les coûts appropriés soient modiques, et que les obligations de garantie soient minimales, voire inexistantes. En fait, la requérante envisagerait de payer à l'avance la totalité des frais d'accès qui seraient basés sur des coûts raisonnables.

Le Conseil estime qu'il serait indûment onéreux d'exiger la signature d'un CGG et que ce dernier ne garantit pas que Ledcor honorera ses obligations suivant les conditions de l'ordonnance du Conseil.

Pour ce qui est des lettres de crédit, le Conseil juge raisonnable que les municipalités demandent une assurance que les travaux de construction (p. ex., réparation de la chaussée) seront réalisés à leur satisfaction. À son avis, divers moyens pourraient être utilisés pour donner cette assurance, dont une lettre de crédit ou, par exemple, le dépôt d'une somme d'argent raisonnable garantissant l'exécution satisfaisante des travaux.

La portée et les répercussions futures de la décision du CRTC

[19] Les appelantes ont exprimé de graves préoccupations en ce qui concerne l'impact de la décision sur de futures affaires et sur les négociations ultérieures entre les municipalités et les entreprises. Je peux immédiatement dissiper l'une d'elles en replaçant la décision contestée dans son contexte véritable.

[20] Le CRTC était saisi d'un conflit entre deux parties: Ledcor et la ville de Vancouver. En rendant sa décision, l'office fédéral a clairement indiqué que celle-ci ne liait que les deux parties devant lui et qu'elle ne s'appliquait qu'au litige dont il avait été saisi. Le CRTC s'est exprimé ainsi aux paragraphes 42 et 44 de sa décision:

Dans la présente décision, le Conseil, majoritairement, accorde à Ledcor la permission de construire, d'entretenir et d'exploiter des lignes de transmission à 18 intersections de Vancouver, et il établit les conditions de cette permission [. . .]

[. . .]

Dans la présente décision, le Conseil ne prescrit pas les conditions de la construction future par Ledcor, ou par toute autre entreprise, de lignes de transmission à Vancouver ou ailleurs. [Non souligné dans l'original.]

De fait, les paragraphes 181 à 184 de la décision, qui forment le dispositif, ne s'adressent spécifiquement qu'à

directed towards Leducor and the City of Vancouver, leave no doubt as to the limited scope of the decision.

[21] It is true that, in the context of settling the dispute before it, the CRTC elaborated a number of principles with a view to assisting carriers and municipalities in their future negotiations of terms and conditions of access. These principles are therefore not binding on anyone and the Commission expressly refrained from adopting “any particular model or agreement to serve as a starting point for discussions between municipalities and carriers”: see the end of paragraph 44 of the decision. It is possible that these principles, although well intended, may in effect turn out to be less helpful and more problematic than anticipated. However, it is not open to us in these appeals, nor would it be advisable to do so, to review or sanction the principles set forth by the CRTC.

[22] Counsel for the Federation, supported by the other appellants, submits that the CRTC, by asserting exclusive jurisdiction as it did in paragraph 34, previously cited, constitutionally eliminated the possibility for municipalities to regulate and manage in an orderly manner the rapidly increasing traffic on the roadways used by carriers. The deregulation of telecommunications, we are told, has substantially increased the number of carriers who want to access the limited roadways available in municipalities. The demand and the risks and inconveniences associated with it are on the rise across Canada. The need for control and rationalization is greater than ever. Control is better suited and more efficient if exercised at the local level of government. The appellants rely upon a dictum to that effect of L’Heureux-Dubé J. in *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, paragraph 3. It is in this context that the Federation fears the impact of the CRTC’s decision on future negotiations and disputes. More precisely, the Federation fears that municipalities, as a result of the CRTC’s decision, are now deprived of their constitutional power to enact by-laws to protect their property rights. The Attorney General for British Columbia expressed the same fear regarding the province’s power to legislate.

Leducor et à la ville de Vancouver, ne laissant ainsi aucun doute sur la portée limitée de la décision.

[21] Il est vrai que pour régler le litige dont il était saisi, le CRTC a établi un certain nombre de principes en vue de faciliter de futures négociations entre entreprises et municipalités au sujet des conditions d’accès. Ces principes ne lient donc personne et le Conseil s’est précisément abstenu d’adopter «un accord modèle ou standard particulier comme point de départ des discussions entre les municipalités et les entreprises»: voir la fin du paragraphe 44 de la décision. Il est possible que ces principes, quoique bien intentionnés, se révèlent moins utiles et plus problématiques que prévu. Toutefois, il ne nous appartient pas en l’espèce, et il ne serait pas opportun, de réviser ou de sanctionner les principes énoncés par le Conseil.

[22] Appuyé par les autres appelantes, l’avocat de la Fédération soutient que le CRTC a, en affirmant sa compétence exclusive au paragraphe 34 mentionné plus haut, privé les municipalités de leur pouvoir constitutionnel de réglementer et de gérer de façon ordonnée l’accroissement rapide de la circulation dans les rues empruntées par les entreprises. La déréglementation des télécommunications, nous dit-on, a entraîné une augmentation importante du nombre d’entreprises qui veulent avoir accès au nombre limité de rues encore disponibles dans les municipalités. Cette demande, ainsi que les risques et les inconvénients qui y sont associés, est en hausse dans l’ensemble du Canada. Le contrôle et la rationalisation sont plus que jamais nécessaires, et le contrôle est plus adéquat et plus efficace s’il s’exerce au niveau du gouvernement local. Les appelantes invoquent l’opinion incidente que le juge L’Heureux-Dubé a formulée en ce sens dans l’arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, au paragraphe 3. C’est dans ce contexte que la Fédération craint l’impact que pourrait avoir la décision du CRTC sur les négociations et conflits futurs. Elle craint plus précisément que, en raison de la décision du CRTC, les municipalités soient dorénavant privées de leur pouvoir constitutionnel de prendre des règlements pour protéger leurs droits de propriété. Le procureur général de la Colombie-Britannique a exprimé la même inquiétude relativement au pouvoir de légiférer de la province.

[23] I do not read the CRTC's decision as depriving the provinces and the municipalities of the legislative powers conferred upon them by the Constitution. Nor should that decision be read as altering or calling into question the existing constitutional principles applicable in such circumstances. Provincial authorities can legislate in matters constitutionally assigned to them, but such legislation is subject to the interjurisdictional immunity principle if the legislation affects a vital part of a federal undertaking or the paramountcy doctrine if it conflicts with a federal law: see for recent application of the principle *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641 (C.A.), P. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (loose-leaf) Toronto, Carswell, 1997, chapter 16, pages 16-1 and 16-2. The validity of any municipal by-law or provincial legislation purporting to manage the traffic on its roadways and protect property rights will remain subject to these constitutional limitations.

[24] The appellants argued forcefully that the issue in the present case is not one of access to municipal land, but rather one of control and management of traffic on municipal roadways and, therefore, one of property rights. They drew our attention to sections 290 and 291 of the *Vancouver Charter*, S.B.C. 1953, c. 55, Part VIII which, in essence, prohibit excavation in a street without Council's approval and enable the City's Council to regulate access to and traffic on the streets. I fully understand the appellants' point of view, but, with respect, I believe that they are looking at the issue from the wrong end of the telescope. The litigation between Ledcor and the City of Vancouver does not pertain to the scope and merits of provincial or municipal legislation. The CRTC was not called upon to interpret such legislation. The proceedings were initiated by the parties under subsection 43(4) and section 44 of the Act which establish a procedure by which a carrier may be granted access to municipal land, and by which a carrier or a municipality may have the terms and conditions of such access determined. It is the scope of these valid federal provisions as they relate to access which are the subject of interpretation herein. I fail to see how the dispute

[23] À mon avis, la décision du CRTC ne prive nullement les provinces et les municipalités des pouvoirs législatifs qui leur sont conférés par la Constitution. On ne devrait pas, non plus, considérer qu'elle a pour effet de modifier ou de remettre en question les principes constitutionnels existants applicables dans de telles circonstances. Les autorités provinciales peuvent légiférer dans les champs qui leur sont constitutionnellement assignés, mais les lois ainsi adoptées sont assujetties au principe de l'exclusivité des compétences si elles touchent à une partie essentielle d'une entreprise fédérale, ou à la théorie de la prépondérance si elles entrent en conflit avec une loi fédérale: pour une application récente du principe, voir *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641 (C.A.), P. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4^e éd. (feuilles mobiles), Toronto, Carwell, 1997, chapitre 16, pages 16-1 et 16-2. La validité de tout règlement municipal et de toute disposition législative provinciale en matière de gestion de la circulation dans les rues et de protection des droits de propriété demeure assujettie à ces restrictions constitutionnelles.

[24] Les appelantes ont soutenu avec vigueur que la question à trancher dans la présente instance ne porte pas sur l'accès aux propriétés municipales, mais plutôt sur la gestion et le contrôle de la circulation dans les rues appartenant à la municipalité et, par conséquent, sur les droits de propriété. Elles ont attiré notre attention sur les articles 290 et 291 de la *Vancouver Charter*, S.B.C. 1953, ch. 55, partie VIII, qui pour l'essentiel interdisent l'excavation dans une rue en l'absence d'autorisation du conseil municipal et qui habilite celui-ci à légiférer en matière d'accès aux rues et de circulation. Je comprends fort bien le point de vue des appelantes, mais, j'estime qu'elles considèrent cette question sous le mauvais angle. Le litige entre Ledcor et la ville de Vancouver ne met pas en cause la portée ou le bien-fondé de la législation provinciale ou municipale. Le CRTC n'était pas appelé à interpréter de telles lois. Les parties ont introduit l'instance en vertu du paragraphe 43(4) et de l'article 44 de la Loi qui prévoient la procédure par laquelle une entreprise peut se voir attribuer un accès aux propriétés municipales et par laquelle une entreprise ou une municipalité peut demander que les conditions d'un tel accès soient déterminées. C'est la portée de ces

between Ledcor and the City of Vancouver can legally be termed other than a case of access to municipal property. As the constitutional validity of sections 42 to 44 is no longer disputed by the appellants, all that is left for examination is the contents of these sections in order to determine whether the CRTC had jurisdiction to deal with the terms and conditions of access in the manner that it did.

The jurisdiction of the CRTC to adjudicate upon the terms and conditions sought to be imposed by the City of Vancouver

[25] It is important to state at the outset that the City of Vancouver was of the view, when the dispute arose between itself and Ledcor, that the CRTC had jurisdiction to review and determine the conditions of a carrier's access to its facilities. As previously mentioned in the summary of the facts, it applied to the CRTC pursuant to section 44 of the Act.

[26] It is therefore appropriate to refer to the terms then used by the City with respect to the jurisdictional issue that it now raises. In its reply to the answers filed with the CRTC by BCT.TELUS Communications Inc., Call-Net Enterprises Inc. and Bell Canada, the City of Vancouver wrote:

In reply to the submissions of the Respondents and Interveners, Vancouver wishes to make the following key points:

- (a) The *Telecommunications Act* explicitly provides to the Commission all the authority required to grant the relief requested in the city's Application.
- (b) There are no judicial or regulatory precedents which preclude the Commission from ordering compensation be paid by Canadian carriers or distribution undertakings to municipalities.
- (c) Vancouver is in agreement with the Respondents that the Commission should not set aside contracts entered into by Canadian carriers with municipalities.
- (d) Vancouver seeks in this proceeding recognition of the costs associated with the use of a scarce public resource. The granting of Vancouver's application would produce

dispositions fédérales valides, dans la mesure où elles se rapportent à l'accès, qui font l'objet d'interprétation en l'espèce. Je ne vois pas comment le conflit entre Ledcor et la ville de Vancouver peut, sur le plan juridique, être considéré autrement que comme une affaire d'accès à la propriété municipale. La constitutionnalité des articles 42 à 44 n'étant plus contestée par les appelantes, il ne me reste qu'à examiner le contenu de ces dispositions pour déterminer si le CRTC avait compétence pour fixer les conditions d'accès comme il l'a fait.

La compétence du CRTC pour statuer sur les conditions que la ville de Vancouver cherchait à imposer

[25] Il importe de préciser dès le départ que, lorsque le conflit est survenu entre elle et Ledcor, la ville de Vancouver était d'opinion que le CRTC avait compétence pour examiner et fixer les conditions d'accès de l'entreprise à ses installations. Tel que je l'ai mentionné précédemment dans l'exposé sommaire des faits, la ville a demandé au CRTC de se prononcer en vertu de l'article 44 de la Loi.

[26] J'estime par conséquent qu'il convient de se reporter aux termes alors utilisés par la ville relativement à la question de compétence qu'elle soulève aujourd'hui. Dans sa réplique aux réponses présentées au CRTC par BCT.TELUS Communications Inc., Call-Net Enterprises Inc. et Bell Canada, la ville de Vancouver a écrit:

[TRADUCTION] En réplique aux observations soumises par les intimés et les intervenants, la ville de Vancouver désire souligner les points suivants:

- a) La *Loi sur les télécommunications* prévoit expressément que le Conseil a tous les pouvoirs nécessaires pour accorder la réparation demandée par la ville dans sa demande.
- b) Il n'y a aucun précédent judiciaire ou réglementaire qui interdise au Conseil d'ordonner aux entreprises canadiennes ou aux entreprises de distribution de verser une indemnité aux municipalités.
- c) La ville de Vancouver convient avec les intimés que le Conseil ne devrait pas annuler les contrats passés entre les entreprises canadiennes et les municipalités.
- d) La ville de Vancouver demande en l'espèce que les coûts liés à l'usage d'une ressource publique rare soient reconnus. Une décision en faveur de la ville contribuerait

a fairer and a more efficient telecommunications environment in Canada.

...

The Respondents' Answers indicate significant confusion concerning the factual underpinning of the controversy between Ledcor and the city. In this proceeding before the Commission, the city seeks a determination of appropriate terms and conditions for the future, not only for itself, but as a benchmark for other municipalities in Canada. Nonetheless, in the interests of clarifying matters for the Respondents, the following discussion concerning the history of city negotiations with Ledcor may be of assistance.

...

The Commission's powers under section 44 are amply supplemented by the provisions of section 42. Subsection 42(1) provides that "the Commission may . . . in the exercise of its powers under this Act . . . require . . . any telecommunications facilities to be . . . operated, used, . . . or maintained . . . by any person interested in or affected by the order . . . subject to such conditions as to compensation or otherwise . . . as the Commission determines to be just and expedient".

For greater certainty, subsection 42(2) specifies that "the Commission may specify by whom and in what proportion . . . the cost of doing anything required or permitted to be done under subsection (1) shall be paid".

Section 42 is a provision to be used to assist the exercise of any other Commission power, as the Commission has recently determined in *Bell Canada v. Metrus et al.* In light of the proximity of section 42 to section 44, both appearing under the heading "Construction and Expropriation Powers", it would seem difficult to envisage more appropriate provisions than those contained in section 44 to which the provisions of section 42 may properly be joined.

...

Commission's Regulatory Role is Clear

As noted above, it is clear from a plain reading of sections 42 to 44 of the Telecommunications Act that the Commission has authority to pronounce upon all terms and conditions, including compensation and costs, that govern the relationship between Canadian municipalities and Canadian carriers and distribution undertakings.

...

It is difficult to envisage a more competent public body than the Commission to embark on the task of prescribing terms and conditions and an appropriate costing methodology. The Commission's comprehensive treatment of costs in the three

à rendre le marché des télécommunications canadien plus équitable et efficace.

[. . .]

Les réponses des intimés révèlent une confusion importante en ce qui concerne le fondement factuel du différend entre Ledcor et la ville. Dans la présente affaire, la ville demande au Conseil de déterminer les conditions appropriées à appliquer dans le futur, non seulement pour elle-même, mais également à titre de référence pour les autres municipalités canadiennes. Néanmoins, pour clarifier les faits pour les intimés, voici un exposé de l'historique des négociations entre la ville et Ledcor.

[. . .]

Les pouvoirs du Conseil prévus à l'article 44 sont amplement complétés par ceux de l'article 42. Le paragraphe 42(1) dispose que «[D]ans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la présente loi [. . .] le Conseil peut [. . .] enjoindre [. . .] à tout intéressé ou à toute personne touchée par l'ordonnance de procéder, selon les éventuelles modalités [. . .] d'indemnisation [. . .] ou autres qu'il estime justes et indiquées dans les circonstances [. . .] exploitation, usage [. . .] ou entretien d'installations de télécommunication».

Pour plus de certitude, le paragraphe 42(2) précise que «[L]e Conseil peut préciser à qui et dans quelle proportion les frais d'exécution de l'opération sont imputables».

Ainsi que l'a affirmé le Conseil dans sa décision *Bell Canada v. Metrus et al.*, l'article 42 doit être utilisé pour appuyer l'exercice de ses autres pouvoirs. Comme on retrouve cet article dans la même section que l'article 44, soit sous la rubrique «Construction et expropriation», il semble que ces dispositions soient plus appropriées que toutes autres pour compléter celles de l'article 44.

[. . .]

Le rôle de réglementation du Conseil est clair

Comme nous l'avons mentionné précédemment, il est manifeste, à la seule lecture des articles 42 et 44 de la Loi sur les télécommunications, que le Conseil a compétence pour déterminer les conditions qui régissent la relation entre les municipalités canadiennes, les entreprises canadiennes et les entreprises de distribution, y compris en matière d'indemnisation et de frais.

[. . .]

Il est difficile d'imaginer qu'un organisme public autre que le Conseil soit plus compétent pour déterminer les conditions et la méthodologie appropriée pour le calcul des coûts. L'analyse détaillée des coûts par le Conseil, effectuée en trois phases lors

phases of the Cost Inquiry is unrivalled in Canada and, indeed, in the world. [Emphasis added.]

(See compendium of the respondents at pages 475, 478, 484 and 485.)

[27] Now, unsatisfied with the CRTC's ruling on some of the conditions, such as the question of fixed common and relocation costs as well as that of compensation for use of municipal land by a carrier, the City of Vancouver contends that the CRTC did not have jurisdiction to deal with these matters or exceeded it in so doing. More precisely, as it appears in the notice of appeal, it alleges that the CRTC had no jurisdiction:

(a) to mandate the terms and conditions under which a carrier can use a highway for the purpose of operating transmission lines;

(b) to prevent municipalities from setting such terms and conditions; and

(c) to make an order under subsections 42(1), 43(4) and/or section 44 of the Act allowing a carrier to use or occupy municipal land without payment of full compensation to a municipality.

The City also says that the CRTC erred in law and exceeded its jurisdiction when it denied full compensation for occupancy and use of the municipal land. Finally, it also submits that the CRTC erred in law and exceeded its jurisdiction when it ruled that a municipality may not recover its normal charges because it derives the bulk of its revenues from taxpayers. Its contention is supported by the other appellants. Of course, if the CRTC's decision had been favourable to it and adverse to the carrier, I have every reason to believe, in light of the City's previous position and demand to the CRTC to determine the terms and conditions of access, that the discourse would be different. That being said, one fact remains: there is an undisputed principle of law that the jurisdiction of an administrative board is not conditional on a litigant's satisfaction or dissatisfaction with the decision the board has rendered.

de l'enquête sur le prix de revient, est sans égal au Canada, voire dans le monde. [Non souligné dans l'original.]

(Voir le compendium des intimés aux pages 475, 478, 484 et 485.)

[27] À présent, insatisfaite de la décision du CRTC concernant certaines conditions telles que la question des coûts communs fixes, des coûts de déplacement et de l'indemnité pour l'utilisation des propriétés municipales par une entreprise, la ville de Vancouver prétend que le CRTC n'avait pas compétence pour trancher ces questions ou que, ce faisant, il a excédé sa compétence. Elle soutient plus précisément, comme elle l'a indiqué dans l'avis d'appel, que le CRTC n'avait pas compétence:

a) pour prescrire les conditions d'utilisation d'une artère aux fins d'exploitation de lignes de transmission par une entreprise;

b) pour empêcher les municipalités de fixer de telles conditions;

c) pour rendre une ordonnance en vertu des paragraphes 42(1) et 43(4) et/ou de l'article 44 de la Loi permettant à une entreprise d'utiliser ou d'occuper une propriété municipale sans indemniser pleinement la municipalité.

La ville déclare également que le CRTC a commis une erreur de droit et qu'il a excédé sa compétence en refusant de l'indemniser pleinement pour l'utilisation et l'occupation d'une propriété municipale. Enfin, elle soutient aussi que le CRTC a commis une erreur de droit et qu'il a excédé sa compétence en décidant qu'une municipalité ne devait pas recouvrer ses frais réguliers puisqu'elle tire le gros de ses revenus des contribuables. Cette prétention est appuyée par les autres appelantes. Compte tenu de la position antérieure de la ville et de la demande qu'elle a présentée au CRTC pour déterminer les conditions d'accès, j'ai toutes les raisons de croire que, si la décision du CRTC avait été en sa faveur et contre l'entreprise, la ville aurait certainement tenu un discours différent. Cela dit, un fait demeure: suivant un principe de droit incontesté, la compétence d'un organisme administratif n'est pas subordonnée à la satisfaction ou au mécontentement d'une partie à l'égard de sa décision.

[28] Section 43 of the Act gives a carrier what the CRTC called a qualified right to access municipal property for the purpose of installing transmission lines. Subsection 43(3) puts in place a dispute resolution mechanism in case of conflict between a carrier and a municipality. Subsection 43(4) gives the CRTC a wide discretion, based on its expertise, to fix conditions of access so as to implement the objectives of the Act contained in section 7, one being “to facilitate the orderly development throughout Canada of a telecommunications system that serves to safeguard, enrich and strengthen the social and economic fabric of Canada and its regions”. In so doing, the CRTC has to strike a delicate balance between public, private and municipal interests.

[29] It cannot be doubted that the CRTC had jurisdiction to embark upon an inquiry into the terms and conditions sought to be imposed by the City of Vancouver: it did not lose or exceed its jurisdiction by rendering the decision that it did. A finding of a lack or an excess of jurisdiction is not a finding that can be made lightly because decisions made without jurisdiction can, at any time in any subsequent proceedings, be the subject of collateral attacks, thereby undermining the finality of decisions and jeopardizing the activities of those who acted pursuant to these decisions: see *Wilson v. R.*, [1983] 2 S.C.R. 594, at pages 599, 603-605; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223, at paragraphs 21 and 23; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, at page 348; *Antwerp Bulkcarriers N.V. (Re)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 106 (Que. C.A.), at paragraph 34; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustee of)* (1999), 173 D.L.R. (4th) 493 (F.C.A.), at paragraph 12.

[30] In the present instance, the exercise by the CRTC of its jurisdiction involved the exercise of a discretionary power to grant access to a carrier and to determine the conditions of such access. At most, it can be argued that the CRTC erred in law in the exercise of its jurisdiction or that it improperly exercised its discretion in granting access and fixing the conditions that it did. That being the case and since the decision relates to issues that fall squarely within the domain of expertise of the CRTC, this Court ought to defer to the CRTC. Consequently, this means the applicable standard of review of the

[28] L'article 43 de la Loi accorde à l'entreprise ce que le CRTC a qualifié de droit limité d'accès aux propriétés municipales pour installer des lignes de transmission. Le paragraphe 43(3) met en place un mécanisme de résolution des différends en cas de conflit entre une entreprise et une municipalité. Le paragraphe 43(4) accorde au CRTC un large pouvoir discrétionnaire, fondé sur son expertise, pour fixer des conditions d'accès propres à mettre en œuvre des objectifs de la Loi, énoncés à l'article 7, soit notamment de «favoriser le développement ordonné des télécommunications partout au Canada en un système qui contribue à sauvegarder, enrichir et renforcer la structure sociale et économique du Canada et de ses régions». Ce faisant, le CRTC doit trouver un équilibre délicat entre les intérêts publics, privés et municipaux.

[29] On ne peut douter de la compétence du CRTC pour mener une enquête sur les conditions que désirait imposer la ville de Vancouver: il n'a ni perdu ni excédé sa compétence en rendant sa décision. Il ne faut pas conclure trop vite à l'absence ou à l'excès de compétence, parce que les décisions rendues en l'absence de compétence peuvent faire l'objet d'attaques indirectes à tout moment lors de poursuites subséquentes, portant ainsi atteinte au caractère définitif des décisions et compromettant les activités de ceux qui ont agi en conformité avec ces décisions: voir *Wilson c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 594, aux pages 599 et 603 à 605; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223, aux paragraphes 21 et 23; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, à la page 348; *Antwerp Bulkcarriers N.V. (Re)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 106 (C.A.Q.), au paragraphe 34; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (syndic)* (1999), 173 D.L.R. (4th) 493 (C.A.F.), au paragraphe 12.

[30] En l'espèce, l'exercice de la compétence du CRTC comprenait le pouvoir discrétionnaire d'accorder l'accès à une entreprise et de fixer les conditions d'un tel accès. On peut, tout au plus, soutenir que le CRTC a commis une erreur de droit dans l'exercice de sa compétence ou qu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon irrégulière en accordant l'accès et en fixant les conditions qu'il a imposées. Cela étant, et la décision portant sur des questions qui relèvent clairement du domaine d'expertise du CRTC, la Cour doit faire montre de réserve envers lui. Par conséquent, cela signifie que

CRTC's legal conclusions on matters within its expertise is that of reasonableness: see *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739, at page 759; *Canadian Broadcasting Corp. v. Métromédia CMR Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266 (F.C.A.). Patent unreasonableness governs the review of its factual findings. With these standards in mind, I now turn to a review of the decision.

Whether the appeals should be allowed

[31] The decision granting the appellants leave to appeal authorized them to appeal against a ruling of the CRTC dismissing their request for disclosure, by some carriers, of financial details of their operations. This issue was not argued by the appellants at the hearing. The respondents in their oral submissions alluded to this ground of appeal only to say that they assumed that the appellants had abandoned it since they had not argued it. No objection was made by the appellants to the respondents' stated assumption. It is thus reasonable to conclude that this ground of appeal was abandoned.

[32] The appellants' main attack was directed at the CRTC's findings on costs and compensation, two matters squarely falling within the board's expertise. Whether or not such findings were findings of law, of fact or of mixed law and fact, I cannot conclude that they were unreasonable, let alone patently unreasonable. In addition, no evidence was adduced to show that the CRTC exercised its discretion capriciously or arbitrarily.

[33] For these reasons, I would dismiss all five appeals.

[34] At the hearing, the appellants indicated to the panel that they were prepared to make representations as to costs. The parties were invited to make these representations in writing. The submissions of the appellants and the respondents were respectively filed on November 4 and November 12, 2002.

la norme de contrôle applicable aux conclusions juridiques du CRTC sur des questions qui relèvent de son expertise est celle du caractère raisonnable: voir *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739, à la page 759; *Société Radio-Canada c. Métromédia CMR Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266 (C.A.F.). La norme de la décision manifestement déraisonnable régit l'examen de ses conclusions de fait. Je passe maintenant à l'examen de la décision en tenant compte de ces normes.

Opportunité d'accueillir les appels

[31] En autorisant l'appel des appelantes, la Cour leur a permis d'interjeter appel d'une ordonnance du CRTC qui rejetait leur demande de divulgation de renseignements financiers sur les opérations de certaines entreprises. Les appelantes n'ont pas présenté d'arguments sur cette question lors de l'audience. Les intimés y ont fait allusion dans leur plaidoirie simplement pour dire qu'ils supposaient que les appelantes y avaient renoncé étant donné qu'elles n'avaient pas argumenté sur cette question. Les appelantes n'ont pas formulé d'objection à cette prétention des intimés. Il est donc raisonnable de conclure que ce moyen d'appel a été abandonné.

[32] Les appelantes ont contesté principalement les conclusions du CRTC relativement aux frais et dépens et à l'indemnisation, deux questions qui relèvent clairement de l'expertise de l'office. Qu'il s'agisse de conclusions de fait ou de droit, ou de conclusions mixtes de fait et de droit, je ne peux conclure qu'elles étaient déraisonnables, et encore moins manifestement déraisonnables. De plus, aucune preuve n'a été présentée pour démontrer que le CRTC avait exercé son pouvoir discrétionnaire de manière capricieuse ou arbitraire.

[33] Pour ces motifs, je suis d'avis que les cinq appels doivent être rejetés.

[34] Lors de l'audience, les appelantes ont déclaré au tribunal qu'elles étaient disposées à présenter des observations au sujet des dépens. Les parties ont été invitées à présenter leurs observations par écrit. Les observations des appelantes et des intimés ont respectivement été présentées les 4 et 12 novembre 2002.

[35] After careful consideration of the parties' contentions, I have come to the conclusion that the respondents should be entitled to modulated costs. I cannot agree with the appellants' contention that this appeal raised issues of such novelty and importance so as to depart from the usual practice in such matters of awarding costs against the losing party in accordance with Column III of Tariff B of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106]. What the appellants have described as important novelty is, in fact, an ingenuous but erroneous qualification of the issues involved in these proceedings, along with a strained interpretation and a misconstruction of the CRTC's decision.

[36] However, since the five appeals were consolidated and argued together and since many of the respondents were represented by same counsel, costs should be allocated as follows:

(a) one set of costs to respondents AT&T Canada Corp., AT&T Canada Telecom Services Company, Canadian Cable Television Association, TELUS Communications Inc., TELUS Corporation, Call-Net Communications Inc., Call-Net Enterprises Inc. and Call-Net Technology Services Inc. and disbursements in each of the five files;

(b) one set of costs to respondents Bell Canada, Leducor Industries Limited, MTS Communications Inc. and WFI Urbanlink Ltd. and Aliant Telecom Inc. and disbursements in each of the five files; and

(c) one set of costs to respondents GT Group Telecom Services Corp. and Shaw Communications Inc. and disbursements in each of the five files.

There should be no costs against the Attorney General of British Columbia and no costs in favour of the Attorney General of Canada.

NADON J.A.: I agree.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[37] PELLETIER J.A. (dissenting in part): I have had the benefit of reading the reasons of my brother Létourneau

[35] Après avoir examiné attentivement les prétentions des parties, je suis arrivé à la conclusion que les intimés devaient avoir droit à des dépens modulés. Je ne peux être d'accord avec la prétention des appelantes voulant que le présent appel soulevait des questions si inédites et importantes qu'il était nécessaire de déroger à la pratique courante d'adjuger les dépens contre la partie perdante selon la colonne III du tarif B des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106]. Ce que les appelantes ont décrit comme étant une importante question inédite est, en fait, une qualification ingénieuse mais erronée des questions en cause en l'espèce, de même qu'une interprétation forcée et erronée de la décision du CRTC.

[36] Toutefois, comme les cinq appels ont été joints et plaidés en même temps et que plusieurs des intimés étaient représentés par les mêmes avocats, les dépens devraient être adjugés comme suit:

a) un seul mémoire de frais pour les intimées AT&T Canada Corp., AT&T Canada Telecom Services Company, Association canadienne de télévision par câble, TELUS Communications Inc., TELUS Corporation, Call-Net Communications Inc., Call-Net Enterprises Inc. et Call-Net Technology Services Inc., ainsi que les débours dans chacun des cinq dossiers;

b) un seul mémoire de frais pour les intimées Bell Canada, Leducor Industries Limited, MTS Communications Inc., WFI Urbanlink Ltd. et Aliant Telecom Inc., ainsi que les débours dans chacun des cinq dossiers;

c) un seul mémoire de frais pour les intimées GT Group Telecom Services Corp. et Shaw Communications Inc., ainsi que les débours dans chacun des cinq dossiers.

Aucuns dépens ne doivent être adjugés contre le procureur général de la Colombie-Britannique ni en faveur du procureur général du Canada.

LE JUGE NADON, J.C.A.: J'y souscris.

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

[37] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (dissident en partie): J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le

J.A., with whom I must respectfully disagree on two points. The first is the characterization of the appellants' position with respect to the constitutional validity of subsection 43(4) of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38 (the Act). The second is whether the CRTC's decision with respect to compensation to the appellant City of Vancouver (Vancouver) for the use and occupation of the subsurface below Vancouver's street crossings justifies this Court's intervention.

[38] I would add the following to Létourneau J.A.'s statement of the facts. For most of its length within the City of Vancouver, the portion of Leducor's transmission line which is in issue in these proceedings runs within the Canadian Pacific Railway (CPR) right of way, and not on municipal property. Leducor paid for the right to bury its cable under that right of way. Leducor's line only runs under City property at one street crossing and at 17 road allowances. Leducor's construction technique did not require it to open up the street crossing or the road allowances in order to cross them. It simply drilled through the City property from its position on the CPR right of way. The portion of the transmission line located on City property is a small part of the total length of the line.

[39] The notices of constitutional question filed by the appellants put into the question the validity of subsection 43(4) of the Act. However, in argument, the appellants took the position that subsection 43(4) could be construed in such a way as to avoid a finding of invalidity. In their view, subsection 43(4) was valid federal legislation if it was interpreted to allow the CRTC to make orders with respect to matters falling within provincial jurisdiction only if they affected a vital part of a federal undertaking. According to the appellants, subsection 43(4) gives the CRTC the power to settle questions which a federally regulated carrier and a municipality have been unable to negotiate if those questions are either otherwise within federal jurisdiction or if they are matters within provincial jurisdiction which affect a carrier in a vital aspect of its operation.

[40] I do not take this to be an abandonment of the constitutional challenge to the validity of subsection

juge Létourneau, J.C.A. avec lequel, en toute déférence, je ne suis pas d'accord sur deux points. Le premier est la qualification de la position des appelantes relativement à la validité constitutionnelle du paragraphe 43(4) de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38 (la Loi). Le second est la question de savoir si la décision du CRTC, au sujet de l'indemnisation de l'appelante, la ville de Vancouver, pour l'utilisation et l'occupation de la subsurface de ses intersections, justifie l'intervention de la Cour.

[38] J'ajouterais la remarque suivante à l'exposé des faits du juge Létourneau. Presque tout au long de la ville de Vancouver, la ligne de transmission de Leducor qui fait l'objet du présent litige passe sur l'emprise du Chemin de fer Canadien Pacifique (CFCP) et non sur la propriété municipale. Leducor a payé pour obtenir le droit d'enfouir son câble sous cette emprise. La ligne de Leducor ne passe sous la propriété municipale qu'à une intersection et à 17 réserves routières. Sa technique de construction n'obligeait pas Leducor à creuser à ces endroits pour les traverser. Elle n'avait qu'à forer la propriété municipale à partir de sa position sur l'emprise du CFCP. La partie de la ligne de transmission qui passe sur la propriété municipale est petite par comparaison à la pleine longueur de la ligne.

[39] Dans leurs avis de questions constitutionnelles, les appelantes remettent en question la validité du paragraphe 43(4) de la Loi. Dans leur plaidoirie, elles ont toutefois fait valoir que le paragraphe 43(4) pouvait être interprété de manière à éviter une conclusion d'invalidité. À leur avis, il constituait une disposition législative fédérale valide s'il était interprété de manière à autoriser le CRTC à rendre des ordonnances concernant des questions de compétence provinciale, pour autant qu'elles affectent une partie essentielle d'une entreprise fédérale. Selon les appelantes, le paragraphe 43(4) accorde au CRTC le pouvoir de trancher des questions sur lesquelles une entreprise assujettie à la législation fédérale et une municipalité n'ont pas réussi à s'entendre, dans la mesure où ces questions soit sont par ailleurs de compétence fédérale, soit sont de compétence provinciale et affectent une partie essentielle de ses opérations.

[40] Je n'interprète pas cela comme un abandon de la contestation constitutionnelle de la validité du

43(4). I think it is perhaps more appropriate to say that the appellants proposed an interpretation of subsection 43(4) which avoided the issue of validity by limiting its scope. If that limitation is maintained, then the subsection is valid federal legislation.

[41] This approach to the interpretation of a statute is not novel. The CRTC itself has resorted to it on occasion. In an application dealing with access to utility poles owned by provincial utilities, the CRTC was required to interpret subsection 43(5) of the Act. The language of that subsection is very broad and could be interpreted in such a way as to include persons and undertakings beyond the jurisdiction of the CRTC and perhaps Parliament itself. In *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2001] 4 F.C. 237 (C.A.), Rothstein J.A. described how the CRTC “read down” the broad language of subsection 43(5) so as to restrict it to matters within CRTC jurisdiction. At paragraph 25 of his reasons, my colleague observed that “reading down legislation to comply with jurisdictional limits is an acceptable interpretive strategy”.

[42] If, however, subsection 43(4) is given a broader scope than the interpretation favoured by the appellants, I understood them to maintain their position that it is constitutionally invalid. I did not understand the appellants to make an unqualified concession that subsection 43(4) is valid federal legislation.

[43] Similarly, I did not take the appellants’ concession that Parliament could validly legislate in relation to telecommunications to mean that every disposition of such a law was therefore valid. One can concede that Parliament can legislate in relation to criminal law without admitting that every section of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] is validly enacted. Consequently, I am of the view that if the construction of subsection 43(4) proposed by the appellants is rejected, this Court is called upon to deal with the question of the constitutional validity of

paragraphe 43(4). J’estime qu’il est peut-être plus approprié de dire que les appelantes ont proposé une interprétation du paragraphe 43(4) qui permettait d’éviter la question de la validité en restreignant sa portée. Si cette restriction est maintenue, alors ce paragraphe demeure une disposition fédérale valide.

[41] Cette méthode d’interprétation des lois n’est pas nouvelle. Le CRTC lui-même y a eu recours à l’occasion. Lors d’une demande concernant l’accès à des poteaux de services publics détenus par des entreprises de services publics provinciales, le CRTC a dû interpréter le paragraphe 43(5) de la Loi. Le libellé de ce paragraphe est très large et pourrait être interprété de manière à inclure des personnes et des entreprises non assujetties à la compétence du CRTC et peut-être du Parlement lui-même. Dans *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2001] 4 C.F. 237 (C.A.), le juge Rothstein, J.C.A. a expliqué comment le CRTC avait adopté une «interprétation atténuée» du libellé général du paragraphe 43(5) de façon à en restreindre l’application aux questions qui relèvent de sa compétence. Au paragraphe 25 de ses motifs, mon collègue a souligné que «l’interprétation atténuée d’une disposition législative visant à assurer le respect des limites juridictionnelles constitue une stratégie d’interprétation acceptable».

[42] J’ai toutefois cru comprendre que, si l’on donne au paragraphe 43(4) une interprétation plus large que celle qu’elles proposent, les appelantes maintenaient que cette disposition est constitutionnellement invalide. À mon avis, elles n’ont pas admis sans réserve que le paragraphe 43(4) constitue une disposition fédérale valide.

[43] De même, il ne m’est pas apparu que l’admission des appelantes selon laquelle le Parlement pouvait légiférer valablement sur les télécommunications, signifiait que toute disposition d’une telle loi est par conséquent valide. On peut admettre que le Parlement a le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel sans pour autant admettre que toutes les dispositions du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] sont valablement adoptées. Ainsi, je suis d’avis que si l’interprétation du paragraphe 43(4) proposée par les appelantes est rejetée, la Cour devra examiner la question de la validité

subsection 43(4) more broadly construed.

[44] The construction of subsection 43(4) proposed by the appellants necessarily leaves certain questions which the CRTC cannot address when granting permission for access to municipal streets under that clause, specifically, matters within provincial jurisdiction which do not affect a carrier in a vital part of its undertaking. The appellants say that such a gap is not unreasonable and simply requires the carrier to negotiate with the municipality. The respondents say that this interpretation of subsection 43(4) does not solve the problem which the subsection was designed to overcome, the inability of a municipality and a carrier to conclude an agreement. From the respondents' point of view, the CRTC must have jurisdiction to deal with all unresolved questions between the carrier and the municipality because of the necessity of resolving the impasse so as to allow construction of the transmission line to proceed.

[45] As a practical matter, both carriers and municipalities have a common interest in concluding an agreement. However, even the City of Vancouver's co-appellants conceded that the latter's demands in this case were excessive, so that common interest in arriving at an agreement is no guarantee that one will be reached. Consequently, the position advocated by the appellants leaves open the possibility that, failing agreement, a carrier could either bypass a municipality, putting into question the national character of the transmission line (in the sense of the area serviced by the transmission line), or be forced to accept conditions which it regarded as detrimental to its interests. The multiplication of such conditions at successive municipal boundaries could ultimately affect a carrier's undertaking in a vital aspect, even if no single imposition of those conditions could be said to do so.

[46] If the object of the subsection is to ensure that the construction of the transmission line is not frustrated by unreasonable demands, the CRTC must be able to decide any question which could result in an impasse, and its decision must bind both parties. This does not leave

constitutionnelle du paragraphe 43(4) interprété plus largement.

[44] L'interprétation du paragraphe 43(4) proposée par les appelantes fait nécessairement en sorte que le CRTC ne peut examiner certaines questions lorsqu'il accorde un droit d'accès aux propriétés municipales en vertu de cette disposition, plus précisément les questions de compétence provinciale qui n'affectent pas une entreprise dans une partie essentielle de ses opérations. Les appelantes soutiennent qu'un tel vide n'est pas déraisonnable et qu'il ne fait que rendre nécessaire la tenue de négociations entre l'entreprise et la municipalité. Les intimés prétendent que cette interprétation du paragraphe 43(4) ne résout pas le problème auquel il devait remédier, soit l'incapacité d'une municipalité et d'une entreprise d'en arriver à une entente. Selon les intimés, le CRTC doit avoir compétence pour connaître de toutes les questions qui demeurent irrésolues entre une entreprise et une municipalité parce qu'il faut résoudre les impasses pour permettre la construction des lignes de transmission.

[45] D'un point de vue pratique, les entreprises et les municipalités ont toutes deux intérêt à conclure une entente. Toutefois, même les coappelantes de la ville de Vancouver ont admis que les demandes de celle-ci étaient en l'espèce excessives, et donc que l'intérêt commun ne garantit pas que les parties parviendront effectivement à une entente. Par conséquent, la position des appelantes revient à admettre que, à défaut d'entente, une entreprise doit soit contourner le territoire d'une municipalité, remettant ainsi en cause le caractère national de la ligne de transmission (dans le sens de la région qu'elle dessert), soit accepter des conditions qu'elle considère préjudiciables à ses intérêts. La multiplication de telles conditions dans diverses municipalités avoisinantes pourrait finir par toucher une partie essentielle des opérations d'une entreprise, même si l'imposition de telles conditions dans une seule pourrait ne pas avoir ce résultat.

[46] Si l'objet du paragraphe est de faire en sorte que la construction de la ligne de transmission ne soit pas compromise par des demandes déraisonnables, le CRTC doit être en mesure de trancher toute question susceptible de mener à une impasse, et cette décision doit lier les

room for questions which are exempt from consideration and on which an impasse could continue to the point of frustrating the construction of the transmission line. In its simplest form, the thrust of the appellants' interpretation of subsection 43(4) is that Parliament is competent to create the conditions for an impasse by requiring the carrier to obtain the permission of the municipality but incompetent to provide for its resolution by giving the CRTC the power to dispose of all questions upon which the carrier and the municipality cannot agree. I have no difficulty concluding that the appellant's position cannot be correct.

[47] I have concluded that subsection 43(4) is valid federal legislation because it is necessarily incidental to the exercise of exclusive federal jurisdiction over telecommunications, which includes the construction of transmission lines. Subsection 43(4) is a response to the interlocking rights given to municipalities and carrier in the preceding paragraphs of the Act:

43. . . .

(2) Subject to subsections (3) and (4) and section 44, a Canadian carrier or distribution undertaking may enter on and break up any highway or other public place for the purpose of constructing, maintaining or operating its transmission lines and may remain there for as long as is necessary for that purpose, but shall not unduly interfere with the public use and enjoyment of the highway or other public place.

(3) No Canadian carrier or distribution undertaking shall construct a transmission line on, over, under or along a highway or other public place without the consent of the municipality or other public authority having jurisdiction over the highway or other public place.

[48] The policy behind the requirement that carriers obtain municipal permission to enter upon and break up municipal streets is clear. It is designed to ensure that there is consultation between the carriers and the municipal authorities. However, it is equally clear that carriers cannot be put in the position where they are subject to being held to ransom at each municipal boundary. The Privy Council came to the same conclusion with respect to Dominion railways and

deux parties. Il ne saurait y avoir de questions qui, échappant à l'examen, pourraient perpétuer l'impasse au point de compromettre la construction de la ligne de transmission. Dans sa plus simple expression, l'interprétation que font les appelantes du paragraphe 43(4) consiste à dire que le Parlement a compétence pour créer les conditions d'une impasse en exigeant que l'entreprise obtienne l'autorisation de la municipalité, mais qu'il n'est pas compétent pour permettre son dénouement en conférant au CRTC le pouvoir de trancher toutes les questions sur lesquelles l'entreprise et la municipalité ne peuvent s'entendre. Je n'ai aucun mal à conclure que la position des appelantes est mal fondée.

[47] Je suis parvenu à la conclusion que le paragraphe 43(4) constitue une disposition législative fédérale valide parce qu'elle est nécessairement accessoire à l'exercice de la compétence fédérale exclusive en matière de télécommunications, ce qui comprend la construction de lignes de transmission. Le paragraphe 43(4) se veut la réponse aux droits interreliés accordés aux municipalités et aux entreprises aux paragraphes précédents de la Loi:

43. [. . .]

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (4) et de l'article 44, l'entreprise canadienne et l'entreprise de distribution ont accès à toute voie publique ou tout autre lieu public pour la construction, l'exploitation ou l'entretien de leurs lignes de transmission, et peuvent y procéder à des travaux, notamment de creusage, et y demeurer pour la durée nécessaire à ces fins; elles doivent cependant dans tous les cas veiller à éviter toute entrave abusive à la jouissance des lieux par le public.

(3) Il est interdit à l'entreprise canadienne et à l'entreprise de distribution de construire des lignes de transmission sur une voie publique ou dans tout autre lieu public—ou au-dessus, au-dessous ou aux abords de ceux-ci—sans l'agrément de l'administration municipale ou autre administration publique compétente.

[48] Le principe qui sous-tend l'exigence que les entreprises obtiennent l'approbation de la municipalité pour avoir accès aux rues municipales et procéder à des travaux de creusage est clair. Il vise à assurer qu'il y ait consultation entre les entreprises et les autorités municipales. Il est toutefois tout aussi clair qu'on ne peut mettre les entreprises dans une situation où elles se retrouveraient à la merci de chacune des municipalités avec lesquelles elles doivent faire affaire. Le Conseil

provincial lands in *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Ry. Co.*, [1926] A.C. 715, at page 721 where the issue was the power of the federal Crown to take provincial Crown lands for railway purposes:

. . . but if any executive consent was to be required to the taking of Crown lands for the purposes of a Dominion railway, it was to be expected that the consent required would be that of the Dominion Government, for otherwise the construction of the railway would be dependent upon the consent of the Government of each Province through which it was intended to pass.

[49] As a result, I concluded that subsection 43(4) gives the CRTC the authority to decide any question upon which a carrier and a municipality are unable to agree, and to grant the carrier permission to enter upon and break up municipal streets for the purpose of constructing its transmission line upon such conditions as it considers appropriate.

[50] The difficulty with the appellants' argument is that there is no doctrine of intergovernmental immunity such as they propose which would result in a reading down of federal legislation so as to protect provincial jurisdiction except where a federal undertaking would be sterilized, or affected in a vital part of its undertaking. Such a doctrine was explicitly rejected in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pages 68-69:

That begs the question and posits an erroneous principle that seems to hold that there exists a general doctrine of interjurisdictional immunity to shield provincial works or undertakings from otherwise valid federal legislation. As Dickson C.J. remarked in *Alberta Government Telephones*, *supra*, at p. 275:

It should be remembered that one aspect of the pith and substance doctrine is that a law in relation to a matter within the competence of one level of government may validly affect a matter within the competence of the other. Canadian federalism has evolved in a way which [page 69] tolerates overlapping federal and provincial legislation in many respects, and in my view a constitutional immunity

privé est arrivé à la même conclusion en matière de chemins de fer du dominion et de terres provinciales dans *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Ry. Co.*, [1926] A.C. 715, à la page 721, où la question du pouvoir de la Couronne fédérale de s'approprier des terres appartenant à la Couronne provinciale pour la construction de chemins de fer a été débattue:

[TRADUCTION] [. . .] mais si le consentement d'une autorité exécutive était nécessaire pour l'appropriation de terres de la Couronne pour le chemin de fer du dominion, il fallait s'attendre à ce que ce soit le consentement du gouvernement fédéral, sinon la construction du chemin de fer dépendrait du consentement du gouvernement de chaque province à travers laquelle il doit passer.

[49] En conséquence, j'ai conclu que le paragraphe 43(4) confère au CRTC le pouvoir de trancher toute question sur laquelle une entreprise et une municipalité ne peuvent s'entendre et d'accorder à l'entreprise, aux conditions qu'il juge indiquées, l'autorisation d'accéder aux rues municipales et de procéder à des travaux de creusage pour construire sa ligne de transmission.

[50] La difficulté que pose l'argument des appelantes est que, contrairement à ce qu'elles avancent, il n'existe pas de théorie de l'exclusivité des compétences qui entraînerait l'interprétation atténuée d'une loi fédérale de façon à protéger la compétence provinciale sauf dans les situations où une entreprise fédérale serait paralysée ou affectée dans une partie essentielle de ses opérations. Une telle théorie a été rejetée explicitement dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pages 68 et 69:

C'est présumer de la réponse et poser un principe erroné qui semble accepter l'existence d'une théorie générale de l'exclusivité des compétences visant à exempter les ouvrages ou entreprises de nature provinciale de l'application de lois fédérales par ailleurs valides. Comme le fait remarquer le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Alberta Government Telephones*, précité, à la p. 275:

Il faut se rappeler que l'un des aspects de la théorie du caractère véritable est qu'une loi relative à un chef de compétence d'un palier de gouvernement peut valablement toucher un chef de compétence de l'autre palier. Le fédéralisme canadien a évolué [page 69] de façon à tolérer à plusieurs égards le chevauchement des lois fédérales et provinciales et, à mon avis, une théorie de l'immunité

doctrine is neither desirable nor necessary to accommodate valid provincial objectives.

(Note: A party may attempt to avoid a finding of constitutional invalidity by “reading down” a legislative provision, but the courts will not limit federal legislative jurisdiction by “reading down” federal legislation to avoid intruding upon areas of provincial jurisdiction.)

[51] In this case, once it is determined that a mechanism is required to resolve disputes arising by reason of the rights given to municipalities and carriers under section 43, there is no doctrine which would limit the scope of the questions which can be decided. For that reason, the appellants’ constitutional challenge to validity or operability of subsection 43(4) must fail.

[52] However, the fact that there are no constitutional limitations on the CRTC’s authority to impose conditions does not mean that its discretion to impose conditions is totally unfettered. The appellants’ attempt to circumscribe the CRTC’s jurisdiction appeared to be motivated, in part, by the CRTC’s claim that “[t]he only qualification . . . with respect to the scope of the Commission’s jurisdiction is that the Commission must have due regard to the use and enjoyment of the highway or other public place by others” (paragraph 150 of the CRTC’s decision).

[53] When one reads this passage in context, it is clear that the CRTC is rejecting the limits which the respondents sought to impose on its ability to deal with matters in issue between the parties. The CRTC was making the point that the statute which gave it the authority to decide questions between carriers and municipalities directed it to consider only the use and enjoyment of other users of streets and public spaces.

[54] However, the CRTC, like any other administrative tribunal, is bound to decide the matters before it by taking into account relevant considerations. While it is true that subsection 43(4) requires the CRTC to take into account the use and enjoyment of the streets by

constitutionnelle n’est ni souhaitable ni nécessaire à la réalisation d’objectifs provinciaux réguliers.

(Note: Une partie peut tenter d’éviter une conclusion d’inconstitutionnalité par «l’interprétation atténuée» d’une disposition législative, mais les tribunaux ne restreindront pas la compétence législative fédérale en «procédant à une interprétation atténuée» d’une loi fédérale dans le but d’éviter de s’ingérer dans des domaines de compétence provinciale.)

[51] Dans la présente affaire, à partir du moment où il est décidé qu’un mécanisme est nécessaire pour régler les différends issus de l’exercice des droits conférés aux municipalités et aux entreprises par l’article 43, aucune théorie ne peut limiter l’étendue des questions susceptibles d’examen. Pour ce motif, la contestation par les appelantes de la validité ou de l’applicabilité constitutionnelle du paragraphe 43(4) doit être rejetée.

[52] Toutefois, l’absence de limitations constitutionnelles au pouvoir du CRTC d’imposer des conditions ne signifie pas que son pouvoir discrétionnaire est absolu. La tentative des appelantes de circonscrire la compétence du CRTC semble motivée, en partie, par son affirmation portant que «la seule réserve en ce qui a trait aux pouvoirs du Conseil est que celui-ci peut, compte tenu de la jouissance que d’autres ont des lieux, assortir l’autorisation des conditions qu’il juge indiquées» (paragraphe 150 de la décision du CRTC).

[53] Il ressort de cet extrait, lu en contexte, que le CRTC rejette les limites que les intimés tentaient d’imposer à sa compétence eu égard aux questions en litige entre les parties. Le CRTC tentait de démontrer que la loi qui lui a conféré le pouvoir de trancher des questions conflictuelles entre les entreprises et les municipalités lui prescrivait uniquement de tenir compte de la jouissance que d’autres ont des rues et des lieux publics.

[54] Cependant, le CRTC, comme tout autre tribunal administratif, est tenu de trancher les questions dont il est saisi en prenant en compte les considérations pertinentes. Bien qu’il soit vrai que le paragraphe 43(4) exige que le CRTC tienne compte de la jouissance que

other users, it does not necessarily follow that there are no other relevant considerations to be taken into account.

[55] This brings me to the issue of compensation for the use and occupation of municipal land. Vancouver's notice of appeal contains the following:

The Appellant asks that:

a) the court allow this appeal

...

c) the CRTC erred in law and exceeded its jurisdiction in holding that it could make an order under ss. 42(1), 43(4) and/or 44 of the Act allowing a Canadian carrier to enter on, break up, occupy and use municipal lands without payment of full compensation to the municipality for the value of the interest or right in the municipal lands acquired by the Canadian carrier.

d) the CRTC erred in law and exceeded its jurisdiction by denying municipalities full compensation for the occupancy and use of municipal lands by Canadian carriers while refusing to admit evidence with respect to the financial impact on Canadian carriers, thereby failing to give any consideration to the financial impact on Canadian carriers of such payments.

[56] Each of the notices of appeal contains similar language. It is clear from this that the appellants understood the CRTC to have decided that they were entitled to no compensation whatsoever for the use and occupation of their land.

[57] The CRTC's conclusions with respect to this issue are reproduced below [at paragraphs 117-122]:

The Commission considers that, in most instances, it would be extremely difficult to establish a "market based" rate for the use of municipal property, as there is no "free market", consisting of totally willing buyers and sellers, for municipal consent to occupy and use municipal rights-of-way. The Commission is not satisfied that Vancouver's reference to adjacent lands is appropriate in these circumstances, given that the land in which the right-of-way is situate is a public street and in most instances will remain dedicated to that purpose. By contrast, adjacent lands are largely privately owned, are dedicated to diverse and essentially private uses and are freely traded. In addition, the Commission notes that much of the

d'autres ont des rues, cela ne signifie pas nécessairement qu'il n'y ait pas d'autres considérations pertinentes.

[55] Cela m'amène à la question de l'indemnisation pour l'utilisation et l'occupation de la propriété municipale. L'avis d'appel de Vancouver dit notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] L'appelante demande que la Cour:

a) accueille le présent l'appel

[. . .]

c) déclare que le CRTC a commis une erreur de droit et a excédé sa compétence en déterminant qu'il pouvait rendre une ordonnance en vertu des paragraphes 42(1), 43(4) et/ou de l'article 44 de la Loi et en permettant à une entreprise canadienne d'avoir accès aux propriétés municipales, de procéder à des travaux de creusage, de les occuper et de les utiliser sans verser une pleine indemnité en contrepartie de la valeur de l'intérêt ou du droit qu'elle a acquis.

d) déclare que le CRTC a commis une erreur de droit et a excédé sa compétence en refusant d'indemniser pleinement les municipalités pour l'occupation et l'utilisation des propriétés municipales par les entreprises canadiennes et en refusant d'entendre la preuve qui avait trait à l'impact financier sur les entreprises canadiennes, ignorant de ce fait l'impact financier de tels paiements sur les entreprises canadiennes.

[56] Les avis d'appel sont tous rédigés semblablement. Il ressort clairement de cet extrait que, selon les appelantes, le CRTC avait décidé qu'elles n'avaient droit à aucune indemnité, quelle qu'elle soit, pour l'utilisation et l'occupation de leurs propriétés.

[57] Voici les conclusions du CRTC sur cette question [aux paragraphes 117 à 122]:

Le Conseil estime que dans la plupart des cas, il serait extrêmement difficile d'établir, pour l'utilisation d'une propriété municipale, un taux basé sur le marché, parce qu'il n'y a pas de «libre marché» composé d'acheteurs et de vendeurs entièrement disposés, pour l'agrément de la municipalité à occuper et à utiliser une servitude municipale. Le Conseil n'est pas convaincu que la référence de Vancouver à des terrains adjacents soit pertinente, puisque le terrain sur lequel la servitude se trouve est une rue et que dans la plupart des cas, il sera réservé à cette fin. Par contre, les terrains adjacents sont pour la plupart privés et sont réservés à des usages divers, essentiellement privés et ils sont échangés

value of the adjacent land derives from the fact that the land is serviced by “utilities” such as communications carriers.

Further, the Commission considers that, provided the municipality’s causal costs are recovered from carriers, as discussed above with regard to other elements of Vancouver’s costing proposal, there is no issue of taxpayers “subsidizing” carriers, in that additional costs imposed by the construction, maintenance, and operation of the transmission lines would be absorbed by carriers, not taxpayers.

Finally, the Commission considers that many of the arguments and concerns raised by Vancouver and other municipalities in support of such fees (scarcity, congestion, etc.) can be addressed through improved planning (see *Joint planning issues*, above).

In light of the above, the Commission considers that the blanket imposition of “market based” charges is not necessary or appropriate.

The Commission considers that percentage of revenue fees raise the same concerns as land-based charges.

Accordingly, the Commission is not including a requirement for Leducor to pay a land-based charge in the terms and conditions of its permission to Leducor to construct, maintain and operate the transmission lines in question.

[58] While Vancouver’s submissions to the CRTC make it clear that it is asserting a claim to compensation, the CRTC appears to have disposed of the question on the basis of rejecting Vancouver’s proposals with respect to the manner in which the compensation is to be determined. It does not deal with the question of entitlement apart from the question of method of calculation. The two issues are obviously distinct; the rejection of particular methodologies does not necessarily lead to the conclusion that municipalities have no right to compensation for the use and occupation of their lands. On the other hand, a finding that municipalities are not entitled to compensation makes any discussion of the method of determining such compensation superfluous. Since the CRTC took the trouble to consider Vancouver’s proposals, it cannot be said to have dismissed the claim for compensation out of hand.

librement. Le Conseil ajoute que c’est le fait que les terrains en question soient desservis par des «services publics» comme des entreprises de communications qui en détermine en grande partie la valeur.

Le Conseil estime également qu’à la condition que les coûts causals de la municipalité soient recouverts des entreprises, tel qu’indiqué ci-dessus au sujet des autres éléments du calcul des frais proposé par Vancouver, il n’est pas question de contribuables «subventionnant» les entreprises, puisque les coûts additionnels occasionnés par la construction, l’entretien et l’exploitation de lignes de transmission seraient absorbés par les entreprises et non pas par les contribuables.

En dernier lieu, le Conseil estime qu’une meilleure planification permettrait de régler un grand nombre d’arguments et de préoccupations soulevés par Vancouver et d’autres municipalités à l’appui de ces frais (rareté, congestion, etc.) (voir la section *Questions concernant la planification conjointe* ci-dessus).

Compte tenu de ce qui précède, le Conseil conclut qu’il est aussi inutile qu’inapproprié d’imposer des frais basés sur les «forces du marché».

Le Conseil estime que les frais basés sur un pourcentage des revenus soulèvent les mêmes inquiétudes que les frais fonciers.

Par conséquent, le Conseil n’inclut pas d’obligation pour Leducor de payer des frais fonciers aux conditions de la permission qu’il a accordée à Leducor pour construire, entretenir et exploiter les lignes de transmission en question.

[58] Bien que dans ses prétentions la ville de Vancouver demande clairement une indemnisation, le CRTC paraît avoir tranché la question en rejetant ses propositions au sujet du mode de calcul de l’indemnité. Il n’a pas examiné la question du droit à l’indemnité séparément de la méthode de calcul. Or, les deux questions sont manifestement distinctes; le rejet de méthodes déterminées ne mène pas nécessairement à la conclusion que les municipalités n’ont pas le droit d’être indemnisées pour l’utilisation et l’occupation de leurs propriétés. D’autre part, une conclusion selon laquelle les municipalités n’ont pas le droit d’être indemnisées rend superflu tout examen de la méthode de calcul. Comme le CRTC a pris la peine d’examiner les propositions de la ville de Vancouver, on ne peut affirmer qu’il a rejeté d’emblée la demande d’indemnité.

[59] It will be recalled that the portion of Leducor's transmission line which intersected Vancouver's streets was located on the CPR right of way, and that Leducor had paid CPR a fee for the right to bury its transmission line on the latter's right of way. This means that every lineal foot (or metre) of Leducor's transmission line on the CPR right of way bore its *pro rata* share of the fee paid to CPR. On those facts, having dismissed Vancouver's proposals for compensation, the CRTC was still faced with the fact that each metre of Leducor's transmission line, except the street crossings, had a cost associated with land use. The question which arose was whether there was any reason in principle why those portions of the transmission line under the streets should not bear the same cost as the parts of the line on either side of the street. In saying this, I am not suggesting that the CRTC was bound to accept the CPR fee as setting the appropriate compensation rate for Vancouver. I am saying that the issue before the CRTC was compensation for the use of Vancouver land, and that the facts before the CRTC raised both the question of entitlement and an alternate way of determining the amount of compensation.

[60] In my view, the appellants read more into the CRTC's decision than appeared there. The CRTC rejected Vancouver's proposed methodology for calculating fees to be charged to carriers. It also rejected certain arguments as to management of scarce resources which the appellants had tied to "market based" compensation. And, in the end, it declined to order Leducor to compensate Vancouver for the use and occupation of its land. However, it did so on the basis of rejecting particular means of calculating that compensation rather than on the basis of a finding of an absence of entitlement to such compensation. The question of Vancouver's entitlement to compensation, however calculated, remains unanswered. It was a question which was clearly before it and which it was required to answer.

[61] The counter-argument is that the CRTC did exactly what it was required to do by the terms of

[59] Je rappelle que la partie de la ligne de transmission de Leducor qui traversait les rues de Vancouver était située sur l'emprise du CFCP, et que Leducor avait versé au CFCP une indemnité pour obtenir le droit d'enfouir sa ligne de transmission sur sa propriété. Cela signifie que chaque pied linéaire (ou mètre) de la ligne de transmission de Leducor situé sur l'emprise du CFCP comptait proportionnellement dans le calcul de cette indemnité. Vu ces faits, le CRTC, ayant rejeté les propositions d'indemnisation de la ville de Vancouver, devait toujours régler la question liée au fait que chaque mètre de la ligne de Leducor, mises à part les intersections, occasionnait des coûts d'utilisation. La question qui se posait était de savoir s'il y avait une raison de principe quelconque pour laquelle ces parties de la ligne de transmission ne devaient pas supporter les mêmes frais que les parties situées de part et d'autre de la rue. Je ne veux pas dire que le CRTC était tenu de considérer l'indemnité versée au CFCP comme le barème approprié pour la ville de Vancouver. Je dis que la question que devait trancher le CRTC était celle de la compensation pour l'utilisation des propriétés de la ville de Vancouver et que les faits dont le CRTC était saisi soulevaient à la fois la question du droit à l'indemnité et celle de la méthode alternative pour en déterminer le montant.

[60] À mon avis, les appelantes ont vu dans la décision du CRTC des choses qui n'y étaient pas. Le CRTC a rejeté la méthode proposée par la ville de Vancouver pour le calcul des frais facturables aux entreprises. Il a également rejeté certains arguments concernant la gestion de ressources rares que les appelantes avaient associée à une indemnité fondée sur la «valeur marchande». Et, enfin, le CRTC a refusé d'ordonner à Leducor de verser une indemnité à la ville pour l'utilisation et l'occupation de ses propriétés. Il l'a toutefois fait en rejetant des méthodes spécifiques de calcul de l'indemnité, plutôt qu'en statuant que la ville n'avait pas droit à une telle indemnité. La question du droit de la ville de Vancouver à l'indemnité, quelle que soit la méthode de calcul, demeure donc sans réponse. Le CRTC avait clairement été saisi de cette question et il devait y répondre.

[61] L'argument à l'encontre de cette thèse est que le CRTC a agi exactement de la façon prescrite par le

subsection 43(4): it determined the conditions of Ledcor's access to Vancouver's streets. Having done so, it had fulfilled its mandate. It was not obliged to go beyond Vancouver's demands to see if some other form or type of compensation was appropriate. If, on a subsequent application, a municipality proposes a different compensation formula, the merits of that proposal can be considered then.

[62] The difficulty is that the CRTC invited the participation of entities who were not implicated in the specific dispute, and then held its decision out as providing assistance to carriers and municipalities in negotiating the terms of access in the future. It is somewhat disingenuous, in that context, to argue that the decision should be treated as simply disposing of a specific demand for compensation. The respondents certainly supported the decision on the basis that municipalities have no right to compensation for the use of their streets by federally regulated entities. And the appellants approached the appeal on the basis that it was the right to compensation which was in issue. No one, not even Vancouver, argued that the CRTC erred in not accepting Vancouver's compensation proposals.

[63] The question of entitlement to compensation is implicit in a request for a particular form of compensation. Whether the question of entitlement must be specifically addressed depends upon the context. On the facts of this proceeding, I believe it was incumbent upon the CRTC to address the implicit as well as the explicit question before it.

[64] The failure to answer a question can be qualified as an error of law, in the same way as asking the wrong question was found to be an error of law in *Upper Lakes Group Inc. v. Canada (National Transportation Agency)*, [1995] 3 F.C. 395 (C.A.), at pages 423-424. Or, it can be treated as jurisdictional error as that term is used in the jurisprudence following *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.*, [1975] 1 S.C.R. 382. In either case, it is not a matter with respect to which the CRTC is due any deference since it represents a failure to exercise its discretion, as opposed to an alleged abuse of that discretion. As noted by Létourneau J.A. this

paragraphe 43(4): il a déterminé les conditions d'accès de Ledcor aux rues de Vancouver. Ce faisant, il avait rempli son mandat. Il n'était pas tenu d'aller au-delà des demandes de la ville de Vancouver pour vérifier si une autre forme d'indemnité était appropriée. Si, lors d'une demande subséquente, une municipalité propose une formule d'indemnité différente, le bien-fondé de celle-ci sera alors examiné.

[62] La difficulté réside dans le fait que le CRTC a convié d'autres entités non parties au conflit à participer à l'instance, puis a présenté sa décision comme étant susceptible de guider les entreprises et les municipalités pour la négociation future de conditions d'accès. Il est quelque peu fallacieux, dans ce contexte, de soutenir que la décision devrait être considérée comme disposant simplement d'une demande d'indemnité particulière. Les intimés ont bien sûr appuyé la décision au motif que les municipalités n'ont droit à aucune indemnité pour l'utilisation et l'occupation de leurs rues par des entités assujetties à la réglementation fédérale. Et les appelantes ont plaidé que c'était le droit à l'indemnité qui était en cause. Aucune partie, pas même la ville de Vancouver, n'a soutenu que le CRTC avait erré en rejetant les propositions d'indemnité de cette dernière.

[63] La question du droit à l'indemnité est implicite lorsqu'une forme particulière d'indemnité est demandée. Quant à savoir si l'examen de cette question doit être spécifiquement abordé, cela dépend du contexte. Vu les faits de la présente instance, j'estime qu'il incombait au CRTC de procéder tant à l'examen de la question implicite que de la question explicite dont il était saisi.

[64] L'omission de statuer sur une question peut être considérée comme une erreur de droit au même titre que le fait de poser la mauvaise question: voir *Upper Lakes Group Inc. c. Canada (Office national des transports)*, [1995] 3 C.F. 395 (C.A.), aux pages 423 et 424. Elle peut aussi être considérée comme une erreur juridictionnelle, selon le terme employé dans la jurisprudence qui a suivi l'arrêt *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et autres*, [1975] 1 R.C.S. 382. Dans les deux cas, ce n'est pas une question à l'égard de laquelle il faille faire preuve d'une réserve quelconque envers le CRTC, étant donné qu'elle constitue un défaut

decision binds only the parties to the original dispute. However, considering the CRTC's view that the terms of the decision "will also assist carriers and municipalities in negotiating the terms and conditions under which municipalities will grant carriers consent" to access its streets, the question of entitlement to compensation ought not to be allowed to go by default on the basis of the CRTC's rejection of Vancouver's overreaching demands. I would therefore allow the appeal on this issue only, and remit the matter to the CRTC for determination of the question of the entitlement of Vancouver to compensation for the use and occupation of its land.

d'exercer son pouvoir discrétionnaire, par opposition à une allégation d'abus de ce pouvoir. Comme le souligne le juge Létourneau, J.C.A., cette décision ne lie que les parties au différend initial. Toutefois, considérant l'opinion du CRTC portant que les principes de la décision «guideront les entreprises et les municipalités dans leurs négociations des conditions auxquelles les municipalités permettront aux entreprises» d'avoir accès à leurs rues, on ne devrait pas considérer que la question du droit à l'indemnité a été résolue par défaut sur la foi du rejet des demandes excessives de la ville de Vancouver par le CRTC. Par conséquent, je suis d'avis que l'appel doit être accueilli sur cette question seulement et que l'affaire doit être renvoyée au CRTC pour qu'il tranche la question du droit à l'indemnité de la ville de Vancouver pour l'utilisation et l'occupation de ses propriétés.

IMM-1367-02
2002 FCT 1259

IMM-1367-02
2002 CFPI 1259

Iraj Rezaei (*Applicant*)

Iraj Rezaei (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

and

et

The Immigration and Refugee Board (*Intervener*)

La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (*intervenante*)

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

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

Trial Division, Beaudry J.—Vancouver, November 6; Ottawa, December 5, 2002.

Section de première instance, juge Beaudry—Vancouver, 6 novembre; Ottawa, 5 décembre 2002.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Immigration consultant banned by Assistant Deputy Chairperson (ADC) from appearing before IRB — ADC delegated responsibility by IRB Chairperson to investigate consultant, take remedial action as necessary when concerns arose as to consultant's conduct — Consultant advised as to particulars of alleged misconduct but not complainants' names — Consultant advised of findings of fact, proposed sanctions — Following correspondence, hearing, ADC refused to reopen factual findings, indicated discipline imposed — Judicial review application rejected — Argued that Board lacking jurisdiction to impose general ban, could only ban in particular case — Question of applicant's capacity to act before IRB is procedural matter — At hearing, only substantive rights those of parties: claimant, MCI — S.C.C. decision in Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration) given broad judicial treatment, not distinguishable — Tribunals empowered to control own procedures — Impugned decision did not have to be made by Chairperson — Denying IRB jurisdiction to ensure integrity of process disservice to stakeholders: claimants, Canadian public — Delays, disruptions ensuing if applicant banned from specific hearings only — Applicant afforded adequate disclosure, not denied fair hearing — Names of complainants ascertainable from own files — Non-disclosure complaint untimely.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Consultant en immigration interdit de comparaître devant la CISR par la vice-présidente adjointe (VPA) — Le président de la CISR a délégué à la VPA la responsabilité de mener une enquête au sujet du consultant, de prendre les mesures correctives nécessaires, à la suite des doutes qui avaient surgi quant à la conduite du consultant — Le consultant a été avisé des faits qui lui étaient reprochés mais non des noms des plaignants — Le consultant a été avisé des conclusions de fait et des sanctions prévues — À la suite d'un échange de lettres et d'une audience, la VPA a refusé de rouvrir les conclusions factuelles et a mentionné qu'elle prenait des mesures disciplinaires — La demande de contrôle judiciaire est rejetée — Il a été soutenu que la Commission n'avait pas la compétence pour imposer une interdiction générale et qu'elle ne pouvait imposer une interdiction que pour une cause en particulier — La question relative à la capacité du demandeur d'agir devant la Commission constitue une question procédurale — À l'audience, les seuls droits substantiels sont ceux des parties: le revendicateur et le MCI — L'arrêt de la C.S.C. dans l'affaire Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) a reçu une interprétation judiciaire large et il n'y a pas lieu de faire une distinction d'avec la présente affaire — Les tribunaux ont le pouvoir de fixer leur propre procédure — La décision attaquée n'avait pas à être prise par le président — Nier à la CISR la compétence de protéger l'intégrité de son processus desservirait les intéressés: les revendicateurs et la population canadienne — Des délais et des perturbations s'ensuivraient si le demandeur ne se voyait interdire de comparaître que dans certaines audiences données — Le demandeur a reçu une communication adéquate de la preuve et on ne lui a pas refusé

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Assistant Deputy Chairperson (ADC) of Immigration and Refugee Board's Appeal Division refusing to reopen decision banning immigration consultant from practice before IRB — Whether Board having jurisdiction to impose blanket practice ban — Whether procedural fairness rules observed — Right to practice before Board is procedural matter, within Board's competence — Power not improperly delegated to ADC by Board Chairperson — S.C.C. decision in Prassad v. Canada (Minister of Employment and Immigration) given broad application in case law, administrative tribunals, in procedural matters, masters in own house — IRB may impose general ban if thought necessary to preserve integrity of tribunal process — No breach of procedural fairness herein — Unnecessary to disclose claimants' names as same revealed by search of consultant's own files — Not denied fair oral hearing.

This was an application for judicial review of the decision of the Assistant Deputy Chairperson (ADC) of the Immigration Appeal Division refusing to reopen factual findings concerning the practice before the Immigration and Refugee Board (IRB) of applicant, Iraj Rezaei, an immigration consultant. Rouleau J. granted the IRB intervener status on the jurisdictional issue: whether the ADC had jurisdiction to rule that applicant could not practice before the Convention Refugee Determination Division (CRDD) and to discipline applicant under a power delegated by the Chairperson. There was also an issue as to procedural fairness.

The applicant, a non-lawyer, acts for clients before the CRDD of the IRB and in late 2000 concerns began to arise regarding his conduct. Independently of the IRB investigation, applicant was charged with four counts of an offence against section 94.1 of the *Immigration Act*: attempting to organize entry to Canada by persons with false Canadian visas. His convictions, on all counts, were overturned upon appeal. The IRB Chairperson delegated to the ADC authority to investigate Rezaei and to take any remedial actions regarded as necessary to protect the integrity of CRDD proceedings. The ADC then wrote to Rezaei detailing his alleged misconducts, setting out particulars, dates and file numbers. The ADC later wrote again to Rezaei, with a copy to counsel, outlining her findings of fact and proposed sanctions. Counsel replied, providing letters from satisfied clients and suggesting that a three-year ban was

une audience équitable — Le demandeur pouvait trouver les noms des plaignants à partir de ses propres dossiers — La plainte relative à l'omission de communiquer n'a pas été faite en temps opportun.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — La vice-présidente adjointe (VPA) de la Section d'appel de la Commission de l'Immigration et du statut de réfugié a refusé de rouvrir la décision interdisant au consultant en immigration de pratiquer devant la CISR — La Commission avait-elle compétence pour imposer une interdiction générale de pratique? — Les règles d'équité procédurale ont-elles été observées? — Le droit de pratiquer devant la Commission est une question procédurale relevant de sa compétence — Pouvoir non irrégulièrement délégué à la VPA par le président de la Commission — L'arrêt de la C.S.C. dans l'affaire Prassad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) a reçu une application large dans la jurisprudence quant au fait que les tribunaux administratifs, sur des questions procédurales, sont maîtres chez eux — La CISR peut imposer une interdiction générale si elle l'estime nécessaire pour préserver l'intégrité du processus du tribunal — Aucune violation de l'équité procédurale en l'espèce — Non nécessaire de communiquer les noms des plaignants, parce qu'une recherche dans les propres dossiers du consultant permet de les trouver — Une audience équitable n'a pas été refusée.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la vice-présidente adjointe (VPA) de la Section d'appel de l'immigration refusant de rouvrir les conclusions factuelles relativement à la pratique devant la CISR du demandeur, Iraj Rezaei, un consultant en immigration. M. le juge Rouleau a accordé à la CISR le statut d'intervenante sur la question de compétence, à savoir si la VPA avait compétence pour décider que le demandeur ne pouvait pas pratiquer devant la Section du statut de réfugié (la SSR) et pour prendre, en vertu du pouvoir délégué par le président, des mesures disciplinaires à l'encontre du demandeur. Il y avait également une question en ce qui a trait à l'équité procédurale.

Le demandeur, qui n'est pas avocat, représente des clients devant la SSR de la CISR et, à la fin de 2000, sa conduite a fait surgir des doutes. Indépendamment de l'enquête de la CISR, le demandeur a été accusé de quatre chefs relatifs à l'article 94.1 de la *Loi sur l'immigration* pour tentative d'aide à des personnes devant leur permettre d'entrer au Canada au moyen de faux visas canadiens. Ses déclarations de culpabilité sur tous les chefs ont été annulées en appel. Le président de la CISR a délégué à la VPA le pouvoir d'enquêter au sujet de Rezaei et de prendre toute mesure corrective qu'elle pourrait estimer nécessaire pour protéger l'intégrité des instances de la SSR. La VPA a alors écrit à Rezaei énumérant ses inconnues présumées, précisant les faits, dates et numéros de dossier. La VPA a par la suite écrit une lettre à Rezaei, dont elle a envoyé une copie à son avocat, où elle exposait ses conclusions de fait

excessive by comparison with the suspensions imposed upon lawyers in disciplinary matters. In another letter, counsel again sought further and better particulars to which the ADC replied, stating that it was up to applicant to notify the IRB by whom he was represented in the current proceedings, an earlier Rule 39 Conference being considered a separate proceeding. Counsel then moved before the CRDD, seeking a declaration that either the Rule 39 Conference or the ADC's administrative inquiry be deemed abandoned as they were duplicate processes. Also sought were complainants' names along with a declaration that the Chairperson or his delegate lacked jurisdiction to suspend a consultant from practicing before the IRB. Following a hearing, attended by applicant and counsel, the ADC refused to reopen her factual findings and indicated that the discipline would be imposed. She found that adequate notice had been given as to the fact-finding proceedings and that procedural fairness requirements had been met. The submission, that a reasonable apprehension of bias resulted from her roles as "investigator, accuser and trier of fact", was rejected, the ADC taking the position that her only role had been as trier of facts. She denied involvement in the gathering of evidence.

Held, the application should be dismissed, counsel being allowed seven days from receipt of these reasons to serve and file submissions on certification.

Before this Court, it was argued on applicant's behalf that the powers of administrative officers are limited to those conferred upon them by statute. It was urged that there is no jurisdiction at large to ban someone from appearing before the CRDD; such an order can be made only with respect to a particular case. Furthermore, the Chairperson could not delegate his subsection 65(1) rule-making power. The Minister's argument was that applicant had failed to advance a principled basis for the proposition that the IRB cannot generally exclude someone from appearing if he has consistently demonstrated a disregard for the Board and the integrity of its process. The Board, as intervener, adopted the Minister's argument, that a tribunal, such as the IRB, is the master of its own procedure and must ensure the integrity and fairness of the hearing process.

Applicant was incorrect in suggesting that the question of his capacity to act before the Board was not a procedural

et les sanctions prévues. L'avocat a répondu, fournissant des lettres de clients satisfaits et laissant entendre qu'une interdiction de trois ans était excessive en comparaison avec les suspensions imposées aux avocats en matière disciplinaire. Dans une autre lettre, l'avocat a de nouveau demandé que des faits plus détaillés lui soient communiqués, ce à quoi la VPA a répondu en déclarant que c'était au demandeur d'aviser la CISR du nom de son représentant en la présente instance, une conférence R39 antérieure étant considérée comme une instance séparée. L'avocat a alors présenté une requête à la SSR visant à obtenir une déclaration selon laquelle l'une ou l'autre de la conférence R39 ou de l'enquête administrative de la VPA soit réputée abandonnée parce que cela constituait un dédoublement du processus. Il visait également à obtenir les noms des plaignants ainsi qu'une déclaration selon laquelle le président ou sa déléguée n'a pas compétence pour suspendre la pratique d'un consultant devant la CISR. À la suite d'une audience, à laquelle le demandeur et son avocat ont assisté, la VPA a refusé de rouvrir ses conclusions factuelles et a mentionné que la mesure disciplinaire serait imposée. Elle a conclu qu'un avis adéquat avait été donné en ce qui a trait à l'instance relative aux conclusions factuelles et que les exigences d'équité procédurale avaient été respectées. L'argument qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité du fait qu'elle était [TRADUCTION] «enquêteuse, accusatrice et juge des faits» a été rejeté, la VPA estimant que son seul rôle avait été celui de juge des faits. Elle a nié toute participation dans la cueillette des éléments de preuve.

Jugement: la demande est rejetée, l'avocat du demandeur peut signifier et déposer des observations concernant la certification dans les sept jours de la réception des présents motifs.

Devant la Cour, on a fait valoir au nom du demandeur que les pouvoirs des agents administratifs sont limités à ceux qui leur ont été conférés par la loi. On a insisté sur le fait qu'il n'existe pas de compétence générale pour empêcher quelqu'un de comparaître devant la SSR; une telle ordonnance ne peut être rendue que dans le contexte d'une cause en particulier. De plus, le président ne pouvait déléguer son pouvoir d'établir des règles en vertu du paragraphe 65(1). L'argument du ministre était que le demandeur n'avait pas réussi à présenter un fondement de principe permettant d'affirmer que la CISR ne peut pas, en général, empêcher quelqu'un de comparaître devant elle lorsqu'il a constamment démontré une indifférence à l'égard de la CISR et de l'intégrité de son processus. La Commission, à titre d'intervenante, a adopté l'argument du ministre selon lequel un tribunal, comme la CISR, est maître de sa propre procédure et a l'obligation de garantir l'intégrité et l'équité du processus d'audience.

Le demandeur avait tort de laisser entendre que la question relative à sa capacité d'agir devant la Commission ne

matter since it affected his substantive rights. At a hearing, the only substantive rights at issue are those of the parties: claimant and the Minister. Applicant sought to distinguish the decision of the Supreme Court of Canada in *Prassad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, arguing that it stood only for the proposition that an adjournment is within an adjudicator's discretion. But the precedential value of that case could not be so limited, given the broad judicial treatment it has since received. In *Prassad*, Sopinka J. stated that as "a general rule, these tribunals are considered to be masters in their own house. In the absence of specific rules laid down by statute or regulation, they control their own procedures subject to the proviso that they comply with the rules of fairness, and, where they exercise judicial or quasi-judicial functions, the rules of natural justice". There is no statutory provision or regulation limiting the ability of the ADC to suspend anyone from appearing before the IRB. The impugned decision was not one that could be made only by the Board Chairperson. The ADC did not have to adhere to some rigid procedure in making this decision. She obeyed the rules of fairness and natural justice and that is all that was required. The ADC had not acted without regard to the particular circumstances concerning applicant. A denial that the IRB has jurisdiction to ensure the integrity of its processes would be a disservice to its stakeholders, including claimants and the Canadian public. The Board is not limited to banning applicant on a case-by-case basis if of the view that a broader ban is necessary to preserve the integrity of its process as a tribunal. To ban applicant from specific hearings only would result in frequent disruptions of its process due to claimants having to seek adjournments to secure new representatives and delay in terms of the time taken in members advising applicant he will not be heard.

As to procedural fairness, applicant says that he was not told the names of individual complainants and was given but brief summaries of the allegations. The rules of disclosure established by the Supreme Court in *Stinchcombe* have been held to apply to the CRDD. He suggested that the IRB had a positive duty to disclose all documentation it might rely upon to impeach him, which duty had not been met. He further submitted that the procedure followed herein violated his right to a fair hearing. The Minister countered by asserting that applicant had been advised in writing, in very specific terms, of the IRB's concerns but did not bother to respond until after the decision was rendered and was thus the author of his own misfortune.

constituait pas une question procédurale parce que cela affectait ses droits substantiels. Lors d'une audience, les seuls droits substantiels en cause sont ceux des parties: le revendicateur et le ministre. Le demandeur a cherché à établir une distinction d'avec l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Prassad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, en soutenant qu'il ne faisait qu'établir le point limité que l'ajournement de l'instance fait partie du pouvoir discrétionnaire de l'arbitre. Mais la valeur jurisprudentielle de cet arrêt ne pouvait pas être restreinte de cette manière, étant donné l'interprétation judiciaire large qu'il a reçue depuis. Dans l'arrêt *Prassad*, M. le juge Sopinka a déclaré qu'«[c]n règle générale, ces tribunaux sont considérés maîtres chez eux. En l'absence de règles précises établies par loi ou règlement, ils fixent leur propre procédure à la condition de respecter les règles de l'équité et, dans l'exercice de fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, de respecter les règles de justice naturelle». Il n'existe aucune disposition légale ni aucun règlement restreignant la capacité de la VPA de suspendre le droit de quiconque de comparaître devant la CISR. La décision contestée n'est pas de la nature de celles qui ne peuvent être imposées que par le président de la CISR. La VPA n'était pas tenue de suivre quelque procédure stricte en prenant cette décision. Elle a obéi aux règles d'équité et aux principes de justice naturelle et c'est tout ce qui était exigé. La VPA a agi en tenant compte des circonstances particulières du demandeur. Nier à la CISR la compétence de protéger l'intégrité de ses processus desservirait ses intéressés, notamment les revendicateurs et la population canadienne. La Commission n'est pas, sur la base du cas par cas, limitée à interdire au demandeur d'agir, si elle est d'avis qu'une interdiction plus large est nécessaire afin de préserver l'intégrité de son processus en tant que tribunal. N'interdire au demandeur de comparaître que dans certaines audiences données causerait de fréquentes perturbations de son processus en raison du fait que les revendicateurs auraient à demander des ajournements afin de retenir les services de nouveaux représentants et causerait des délais vu le temps pris par les membres pour aviser le demandeur qu'il ne serait pas entendu.

En ce qui a trait à l'équité procédurale, le demandeur affirme qu'on ne lui a pas fourni le nom de chacun des plaignants et qu'on ne lui a donné que de brefs résumés des allégations. Il a été décidé que les règles de communication de la preuve énoncées par la Cour suprême dans l'arrêt *Stinchcombe* s'appliquaient à la SSR. Il a laissé entendre que la CISR avait une obligation positive de communiquer toute la documentation qu'elle pourrait utiliser dans la procédure de sa révocation, laquelle obligation n'avait pas été respectée. Il a ajouté que la procédure suivie en l'espèce a violé son droit à une audience équitable. Le ministre a répliqué en affirmant que le demandeur avait été avisé par écrit dans des termes très précis relativement aux soupçons de la CISR mais qu'il ne s'était soucié de répondre qu'après que la décision eut été prise et qu'il a donc été l'artisan de son propre malheur.

Applicant was provided with adequate disclosure and not denied a fair oral hearing. The faults regarding disclosure that resulted in a successful judicial review application in the Federal Court Trial Division in *Nrecaj v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* were not here present. Applicant could have figured out the complainants' names by a careful search of his own files. Furthermore, applicant's complaints regarding non-disclosure were not advanced in a timely manner. The merits of this application would have been better served had he sought disclosure prior to the ADC rendering her decision instead of waiting to denounce the non-disclosure in Federal Court.

Le demandeur a reçu une communication adéquate de la preuve et ne s'est pas vu refuser une audience équitable. Les fautes concernant la communication de la preuve qui ont fait en sorte que la demande de contrôle judiciaire soit accueillie par la Section de première instance de la Cour fédérale dans l'affaire *Nrecaj c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, n'étaient pas présentes en l'espèce. Le demandeur pouvait trouver les noms des plaignants en faisant une recherche attentive dans ses propres dossiers. De plus, les plaintes du demandeur concernant l'omission de communiquer les éléments de preuve n'ont pas été présentées en temps opportun. La présente demande aurait eu davantage de fondement s'il avait demandé la communication avant que la VPA prenne sa décision au lieu d'attendre d'être rendu à la Cour fédérale pour dénoncer l'omission de communiquer.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45, rr. 28, 39, 40.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 58(4) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 48), 65(1) (as am. *idem*, s. 55), 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73), 94.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 9; S.C. 1992, c. 49, s. 84).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1989] 1 S.C.R. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *Law Society of British Columbia v. Mangat* (1998), 167 D.L.R. (4th) 723; [1999] 6 W.W.R. 588; 115 B.C.A.C. 50; 58 B.C.L.R. (3d) 280; 48 Imm. L.R. (2d) 170 (B.C.C.A.); aff'd [2001] 3 S.C.R. 113; (2001), 205 D.L.R. (4th) 577; [2002] 2 W.W.R. 201; 157 B.C.A.C. 161; 96 B.C.L.R. (3d) 1; 16 Imm. L.R. (3d) 1; 276 N.R. 339.

APPLIED:

R. v. Romanowicz (1999), 45 O.R. (3d) 506; 178 D.L.R. (4th) 466; 138 C.C.C. (3d) 225; 26 C.R. (5th) 246; 45 M.V.R. (3d) 294; 124 O.A.C. 100 (C.A.); *Chong v. Canada (Attorney General)* (1995), 104 F.T.R. 253 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Nrecaj v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1993] 3 F.C. 630; (1993), 14 Admin. L.R.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 58(4) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 48), 65(1) (mod., *idem*, art. 55), 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73), 94.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 9; L.C. 1992, ch. 49, art. 84).
Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45, art. 28, 39, 40.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1989] 1 R.C.S. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *Law Society of British Columbia c. Mangat* (1998), 167 D.L.R. (4th) 723; [1999] 6 W.W.R. 588; 115 B.C.A.C. 50; 58 B.C.L.R. (3d) 280; 48 Imm. L.R. (2d) 170 (C.A.C.-B.); conf. par [2001] 3 R.C.S. 113; (2001), 205 D.L.R. (4th) 577; [2002] 2 W.W.R. 201; 157 B.C.A.C. 161; 96 B.C.L.R. (3d) 1; 16 Imm. L.R. (3d) 1; 276 N.R. 339.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. c. Romanowicz (1999), 45 O.R. (3d) 506; 178 D.L.R. (4th) 466; 138 C.C.C. (3d) 225; 26 C.R. (5th) 246; 45 M.V.R. (3d) 294; 124 O.A.C. 100 (C.A.); *Chong c. Canada (Procureur général)* (1995), 104 F.T.R. 253 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Nrecaj c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] 3 C.F. 630; (1993), 14 Admin.

(2d) 161; 65 F.T.R. 171; 20 Imm. L.R. (2d) 252 (T.D.).

REFERRED TO:

R. v. Lemonides (1997), 35 O.R. (3d) 611; 151 D.L.R. (4th) 546; 10 C.R. (5th) 135; 35 O.T.C. 23 (Gen. Div.); *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*, [1996] 2 F.C. 668; (1996), 133 D.L.R. (4th) 565; 37 Admin. L.R. (2d) 241; 109 F.T.R. 96 (T.D.); *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161.

AUTHORS CITED

Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Immigration Consultants: It's Time to Act: Ninth Report of the Standing Committee on Citizenship and Immigration*. Ottawa: Queen's Printer, 1995 (Chairperson: Eleni Bakopanos).

APPLICATION for judicial review of the decision of the Assistant Deputy Chairperson of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board banning an immigration consultant from practice before the Board. Application dismissed and question certified for consideration by the Federal Court of Appeal.

APPEARANCES:

Robert J. Kincaid for applicant.
Brenda Carbonell for respondent.
Joseph J. Arvay, Q.C. and *Mark G. Underhill* for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Robert J. Kincaid Law Corporation, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Arvay Finlay, Victoria, for intervener.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] BEAUDRY J.: This is an application for judicial review of a decision of the Immigration and Refugee

L.R. (2d) 161; 65 F.T.R. 171; 20 Imm. L.R. (2d) 252 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. v. Lemonides (1997), 35 O.R. (3d) 611; 151 D.L.R. (4th) 546; 10 C.R. (5th) 135; 35 O.T.C. 23 (Div. gén.); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada)*, [1996] 2 C.F. 668; (1996), 133 D.L.R. (4th) 565; 37 Admin. L.R. (2d) 241; 109 F.T.R. 96 (1^{re} inst.); *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161.

DOCTRINE

Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Les conseillers en immigration: le temps est venu d'agir: neuvième rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration*. Ottawa: Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1995 (Présidente: Eleni Bakopanos).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la vice-présidente adjointe de la section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié interdisant à un consultant en immigration de pratiquer devant la Commission. Demande rejetée et question certifiée pour examen par la Cour d'appel fédérale.

ONT COMPARU:

Robert J. Kincaid pour le demandeur.
Brenda Carbonell pour le défendeur.
Joseph J. Arvay, c.r. et *Mark G. Underhill* pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Robert J. Kincaid Law Corporation, Vancouver, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.
Arvay Finlay, Victoria, pour l'intervenante.

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

[1] LE JUGE BEAUDRY: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de

Board (IRB), pursuant to section 82.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the Act). The applicant seeks judicial review of a decision by Sherry Wiebe, Assistant Deputy Chairperson (ADC) of the Immigration Appeal Division (IAD), to refuse to reopen factual findings made with respect to the practice of the applicant before the IRB. The applicant seeks, among other relief, the quashing of her decision.

[2] The IRB obtained intervener status by order of Rouleau J., dated October 25, 2002, on the jurisdictional issue only.

ISSUES

Jurisdictional Issue

[3] Did the ADC err in its conclusion that she had jurisdiction to determine that the applicant could not practice before the Convention Refugee Determination Division (CRDD), and that she had the jurisdiction to discipline the applicant for alleged complaints pursuant to power delegated from the Chairperson?

Procedural Fairness Issue

[4] Did the ADC commit breaches of natural justice?

[5] For the following reasons, the judicial review shall be dismissed.

BACKGROUND

[6] The applicant acts as an immigration consultant, representing clients before the IRB, particularly before the Convention Refugee Determination Division (CRDD) of the IRB. He is not a member of the Bar and does not purport to be a member. He acts as a non-lawyer representative on behalf of clients.

[7] Beginning in late 2000, concerns began to arise with respect to the conduct of the applicant before the IRB. Independently of the investigation of the IRB into

l'immigration et du statut de réfugié (la CISR), présentée en vertu de l'article 82.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (la Loi). Le demandeur vise à obtenir le contrôle judiciaire d'une décision rendue par M^{me} Sherry Wiebe, vice-présidente adjointe (VPA) de la section d'appel de l'immigration (la SAI), refusant de rouvrir les conclusions factuelles formulées relativement à la pratique du demandeur devant la CISR. Le demandeur vise, entre autres réparations, l'annulation de sa décision.

[2] La CISR a obtenu le statut d'intervenante sur la question de compétence seulement, en vertu d'une ordonnance de M. le juge Rouleau, datée du 25 octobre 2002.

LES QUESTIONS EN LITIGE

La question de compétence

[3] Est-ce que la VPA a commis une erreur dans sa conclusion selon laquelle elle avait compétence pour décider que le demandeur ne pouvait pas pratiquer devant la section du statut de réfugié (la SSR) et qu'elle avait compétence, en vertu du pouvoir délégué par le président, pour prendre des mesures disciplinaires à l'encontre du demandeur concernant des plaintes qui auraient été déposées?

La question d'équité procédurale

[4] Est-ce que la VPA a commis une violation de la justice naturelle?

[5] Pour les motifs exposés ci-dessous, la demande de contrôle judiciaire sera rejetée.

LE CONTEXTE

[6] Le demandeur agit en tant que consultant en immigration, représentant des clients devant la CISR, en particulier devant la section du statut de réfugié (la SSR) de la CISR. Il n'est pas membre du Barreau et ne prétend pas l'être. Il agit comme représentant qui n'est pas avocat au nom de clients.

[7] À partir de la fin de 2000, la conduite du demandeur devant la CISR a fait surgir des doutes. Indépendamment de l'enquête de la CISR concernant la

the conduct of the applicant, the applicant was charged with four counts of attempting to organize the coming into Canada of certain persons by use of false Canadian visas, an offence under section 94.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 9; S.C. 1992, c. 49, s. 84] of the Act. He was convicted, but the convictions on all counts were subsequently overturned on appeal.

[8] On March 8, 2001, Peter Showler, Chairperson of the IRB (Chairperson), notified the applicant that the IRB had concerns regarding his practice, and that the ADC was being delegated the authority to investigate this matter:

In my capacity as Chairperson . . . , I have delegated to Ms. Sherry Wiebe, Assistant Deputy Chairperson of the Immigration Appeal Division in Vancouver, my authority to find facts and take any remedial actions with respect to your practice before the Board that she may regard as necessary to safeguard and protect the integrity and effectiveness of [CRDD] proceedings.

[9] The ADC followed up on this with a letter of her own dated March 21, 2001. In this letter, she enumerated files on which the applicant worked. The applicant was alleged to have engaged in acts or omissions constituting misconduct in connection with those files. Particulars of these allegations were indicated by file number and the date of the alleged act or omission.

[10] On July 23, 2001, counsel for the applicant wrote to the Chairperson, with a copy to the ADC. In his letter, he acknowledged the March 8 letter, indicated that the convictions against the applicant were under appeal at the time, and denounced defamatory conduct in which IRB staff were alleged to have engaged with respect to the applicant.

[11] On August 2, 2001, the ADC addressed to the applicant, with a copy to counsel for the applicant, a letter outlining her findings of fact with respect to the alleged acts or omissions. She concluded the letter by stating the remedial sanctions that she proposed, and invited the applicant to respond by August 20, 2001.

[12] Counsel for the applicant responded to the ADC on August 9, 2001, with a preliminary reply addressing

conduite du demandeur, celui-ci a été accusé de quatre chefs de tentative d'aide à certaines personnes devant leur permettre d'entrer au Canada au moyen de faux visas canadiens, une infraction prévue par l'article 94.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 9; L.C. 1992, ch. 49, art. 84] de la Loi. Il a été déclaré coupable, mais les déclarations de culpabilité sur tous les chefs ont été par la suite annulées en appel.

[8] Le 8 mars 2001, Peter Showler, président de la CISR (le président), a avisé le demandeur que la CISR avait des réserves concernant sa pratique et qu'il déléguait à la VPA le pouvoir d'enquêter à ce sujet:

[TRADUCTION] En ma qualité de président [. . .], j'ai délégué à M^{me} Sherry Wiebe, vice-présidente adjointe de la section d'appel de l'immigration à Vancouver, mon pouvoir d'enquêter sur les faits et de prendre toute mesure corrective qu'elle peut estimer nécessaire relativement à votre pratique devant la Commission afin de sauvegarder et de protéger l'intégrité et l'efficacité des instances [de la SSR].

[9] La VPA a donné suite à cela en envoyant une lettre datée du 21 mars 2001. Dans cette lettre, elle énumérait les dossiers dans lesquels le demandeur avait travaillé. Par ses actes ou ses omissions, le demandeur se serait rendu coupable d'inconduite relativement à ces dossiers. Chacune des fautes alléguées renvoyait au numéro de dossier et à la date de l'omission ou de l'acte présumé.

[10] Le 23 juillet 2001, l'avocat du demandeur a écrit au président et il a fait parvenir une copie de cette lettre à la VPA. Dans sa lettre, il a accusé réception de la lettre du 8 mars, mentionné que les déclarations de culpabilité à l'encontre du demandeur faisaient alors l'objet d'un appel et a dénoncé le comportement diffamant que le personnel de la CISR aurait adopté envers le demandeur.

[11] Le 2 août 2001, la VPA a expédié une lettre au demandeur, dont elle a envoyé une copie à son avocat, où elle exposait ses conclusions de fait relativement aux omissions ou aux actes reprochés. Elle concluait sa lettre en énonçant les sanctions réparatrices qu'elle se proposait d'adopter et invitait le demandeur à lui répondre au plus tard le 20 août 2001.

[12] L'avocat du demandeur a répondu à la VPA le 9 août 2001. Sa réponse préliminaire traitait de

some of the jurisdictional and procedural concerns that the applicant has brought to the judicial review application before me.

[13] Further submissions by counsel for the applicant were made in a letter dated August 17, 2001, which he sent to the ADC. Under cover of that letter were several letters purported to be letters of reference from satisfied clients of the applicant or others in his community who could speak to his qualifications or character. Counsel for the applicant also enclosed two examples of disciplinary decisions released by the Law Society of British Columbia in support of the argument that the proposed three-year ban against the applicant from appearing before the IRB was unduly long in light of the suspensions handed down to members of the Bar for disciplinary infractions. Counsel also requested disclosure of information that would help him to understand the conduct which is the subject of the complaint and the identity of those behind the complaints.

[14] On October 3, 2001, counsel for the applicant reiterated his request for particulars of the conduct alleged against him. Counsel indicated that without such particulars, the applicant could not reply as requested.

[15] On October 11, 2001, the ADC replied, stating that although counsel represented the applicant in proceedings known as a Rule 39 Conference at an earlier time, the current factual determination process was a separate proceeding. It was the responsibility of the applicant to notify the IRB of his representation in these proceedings.

[16] On October 25, 2001, counsel served the following on the Refugee Claims Officer (RCO), CRDD: a notice of motion, the affidavit of the applicant and a written summary of facts and law. The motion sought relief pursuant to rules 28, 39 and 40 of the *Convention Refugee Determination Division Rules* [SOR/93-45] (the Rules).

[17] Among the relief sought before the CRDD was a declaration that either the Rule 39 Conference alluded to

quelques-unes des questions de compétence et de procédure que le demandeur a soulevées dans sa demande de contrôle judiciaire dont je suis saisi.

[13] D'autres observations ont été formulées par l'avocat du demandeur dans une lettre envoyée à la VPA le 17 août 2001. Jointes à cette lettre, il y avait plusieurs lettres censées être des lettres de référence de clients satisfaits du demandeur ou d'autres personnes dans sa collectivité pouvant parler de ses qualifications ou de sa réputation. L'avocat du demandeur a également joint deux exemples de décisions disciplinaires rendues par la Law Society of British Columbia, afin d'appuyer l'argument selon lequel l'interdiction de comparaître devant la CISR pendant trois ans que l'on se proposait d'imposer au demandeur était excessivement longue comparée aux suspensions prononcées contre les membres du Barreau pour des infractions disciplinaires. L'avocat a également demandé la communication des renseignements qui l'aideraient à comprendre la conduite faisant l'objet de la plainte et lui feraient connaître l'identité de ceux qui ont déposé les plaintes.

[14] Le 3 octobre 2001, l'avocat du demandeur a de nouveau demandé que lui soient communiqués les faits détaillés de la conduite reprochée à son client. L'avocat a mentionné que sans les renseignements demandés, le demandeur ne pourrait pas répondre comme on l'a invité à le faire.

[15] Dans sa réponse du 11 octobre 2001, la VPA a déclaré que, bien que l'avocat ait antérieurement représenté le demandeur dans une instance appelée conférence R39, le processus de détermination des faits alors en cours constituait une instance séparée et qu'il était de la responsabilité du demandeur d'aviser la CISR qu'il était représenté dans cette instance.

[16] Le 25 octobre 2001, l'avocat a fait signifier ce qui suit à l'agent chargé de la revendication (l'ACR), à la SSR: un avis de requête, l'affidavit du demandeur et un exposé sommaire des faits et du droit. La requête visait à obtenir réparation en vertu des articles 28, 39 et 40 des *Règles de la section du statut de réfugié* [DORS/93-45] (les Règles).

[17] Parmi les mesures de réparation demandées devant la SSR, il y avait une déclaration selon laquelle

above or the administrative inquiry of the ADC be deemed abandoned or withdrawn because they were duplicate processes. The applicant also sought disclosure of the names of the complainants whose complaints were mentioned in the March 21 letter, as well as prior correspondence referred to in the October 3 letter.

[18] The applicant also wanted a declaration that the Chairperson and his delegate do not have the jurisdiction to suspend or deny a consultant the ability to practice before the IRB. The applicant also sought a declaration that if such jurisdiction exists, the ADC lost that jurisdiction due to violations of procedural fairness.

CONTESTED DECISION

[19] Following a hearing held December 4, 2001, at which the applicant and his counsel were present before the ADC, the ADC issued a decision on March 14, 2002. In her decision, she expressed her refusal to reopen the factual findings that had been made against the applicant, and expressed her intention to exercise the proposed disciplinary action.

[20] The ADC found that the CRDD had the jurisdiction to exclude anyone from appearing before it on behalf of claimants. It was not necessary to await specific hearings to exclude representatives on a case-by-case basis.

[21] Procedural fairness and natural justice were discussed on two fronts. One was the adequacy of the notice of the proceedings given to the applicant and the other was the apprehension of bias.

[22] The ADC found that adequate notice was given to the applicant of the proceedings by which factual findings were being made and the date by which he was to respond. The ADC found that his explanations for his failure to respond were unacceptable, and that adequate notice was given. It could therefore not be said on this basis that procedural fairness was lacking.

l'une ou l'autre de la conférence R39 dont il a été question plus haut ou de l'enquête administrative de la VPA soit réputée abandonnée ou retirée, parce que cela constituait un dédoublement du processus. Le demandeur visait également à obtenir la communication des noms des plaignants dont les plaintes avaient été mentionnées dans la lettre du 21 mars, de même que la correspondance antérieure dont il avait été question dans la lettre du 3 octobre.

[18] Le demandeur désirait aussi une déclaration selon laquelle le président et sa déléguée n'ont pas compétence pour suspendre un consultant ou pour lui refuser la capacité de pratiquer devant la CISR. En outre, le demandeur visait à obtenir une déclaration selon laquelle, si une telle compétence existe, la VPA l'avait perdue du fait des violations à l'équité procédurale.

LA DÉCISION CONTESTÉE

[19] À la suite d'une audience tenue devant la VPA le 4 décembre 2001, à laquelle le demandeur et son avocat étaient présents, la VPA a rendu une décision le 14 mars 2002. Dans sa décision, elle a exprimé son refus de rouvrir les conclusions factuelles qui avaient été formulées à l'encontre du demandeur et a exprimé son intention de prendre la mesure disciplinaire prévue.

[20] La VPA a conclu que la SSR avait compétence pour empêcher quiconque de comparaître devant elle au nom des revendicateurs. Il n'était pas nécessaire d'attendre certaines audiences pour exclure des représentants sur la base du cas par cas.

[21] L'équité procédurale et la justice naturelle ont été discutées sur deux fronts. L'un avait trait au caractère adéquat de l'avis de l'instance donné au demandeur et l'autre, à la crainte de partialité.

[22] La VPA a conclu que le demandeur avait reçu un avis adéquat de l'instance où des conclusions factuelles avaient été formulées et de la date à laquelle il devait répondre. La VPA a conclu que les explications du demandeur concernant son omission de répondre n'étaient pas acceptables et qu'un avis adéquat avait été donné. On ne pouvait donc pas prétendre, de ce fait, qu'il y avait eu un manquement à l'équité procédurale.

[23] The ADC rejected the argument that there would be a reasonable apprehension of bias by virtue of her being “investigator, accuser and trier of fact” (decision of the ADC, March 14, 2002, page 13). The ADC ruled that her only role was the trier of facts, and that she was not involved in any aspect of the gathering of evidence. Concerns were brought to the attention of the CRDD and she had been delegated the responsibility for this proceeding and provided supporting materials. Roles were therefore divided in a way that alleviated any reasonable apprehension of bias.

[24] The applicant was given an opportunity to respond before the deadline imposed by the ADC. If he desired an oral hearing at which he could confront and cross-examine his accusers, he had ample opportunity to do so by making requests of that nature before the deadline to respond. His failure to respond to the initial letters of March 2001 in a timely manner was responsible for any procedural gaps he now alleges.

[25] The ADC concluded on the above basis that the factual findings were carried out in a procedurally fair manner and within the jurisdiction of the CRDD. The motion to reopen the factual findings was therefore denied.

RELEVANT RULES AND STATUTORY PROVISIONS

[26] Rule 28 allows motions which are not otherwise contemplated in the Rules to be raised:

28. (1) Every application that is not provided for in these Rules shall be made by a party to the Refugee Division by motion, unless, where the application is made during a hearing, the members decide that, in the interests of justice, the application should be dealt with in some other manner.

(2) The motion shall consist of

(a) a notice specifying the grounds on which the motion is made;

(b) an affidavit setting out the facts on which the motion is based; and

[23] La VPA a rejeté l’argument qu’il y aurait une crainte raisonnable de partialité du fait qu’elle était [TRADUCTION] «enquêteuse, accusatrice et juge des faits» (décision de la VPA, 14 mars 2002, à la page 13). La VPA a tranché que son seul rôle avait été celui de juge des faits et qu’elle n’avait pas participé de quelque façon que ce soit à la cueillette des éléments de preuve. Des soupçons avaient été portés à l’attention de la SSR et on lui avait délégué la responsabilité de l’instance en cause et fourni les documents constituant la preuve. Les rôles étaient donc divisés d’une manière qui apaisait toute crainte raisonnable de partialité.

[24] Le demandeur a eu l’occasion de répondre dans le délai imposé par la VPA. S’il désirait une audience au cours de laquelle il pourrait confronter et contre-interroger ses accusateurs, il avait amplement l’occasion de le faire; il lui suffisait de faire des demandes en ce sens avant l’expiration du délai pour répondre. Son omission de répondre en temps opportun aux premières lettres de mars 2001 a été la cause des lacunes procédurales qu’il allègue maintenant.

[25] La VPA a conclu, en se fondant sur ce qui est mentionné ci-dessus, que les conclusions factuelles avaient résulté d’une procédure équitable et qu’elles relevaient de la compétence de la SSR. La requête visant à faire rouvrir les conclusions a donc été rejetée.

LES RÈGLES ET LES DISPOSITIONS LÉGALES PERTINENTES

[26] L’article 28 des Règles permet les requêtes qui ne sont pas prévues autrement dans les Règles:

28. (1) Toute demande d’une partie qui n’est pas prévue par les présentes règles est présentée à la section du statut par voie de requête, sauf si elle est présentée au cours d’une audience et que les membres décident d’une autre façon de procéder dans l’intérêt de la justice.

(2) La requête consiste en:

a) un avis précisant les motifs de la requête;

b) un affidavit énonçant les faits sur lesquels repose la requête;

(c) a concise statement of the law and of the arguments that are relied on by the applicant.

c) un exposé succinct du droit et des arguments sur lesquels le requérant se fonde.

[27] The remaining subsections in rule 28, subsections (3) through (9), provide additional rules governing such motions whose reproduction here is not necessary. Rules 39 and 40 are general “catch-all” provisions for the Rules:

[27] Les autres paragraphes de l'article 28, les paragraphes (3) à (9), prévoient des règles additionnelles régissant ces requêtes et il n'est pas nécessaire de les reproduire ici. Les articles 39 et 40 sont des dispositions «fourre-tout»:

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.

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.

40. Where a party or a refugee hearing officer does not comply with a requirement of these Rules, the Refugee Division, on application made by the party or refugee hearing officer in accordance with rule 27, may permit the party or refugee hearing officer to remedy the non-compliance or may waive the requirement, where it is satisfied that no injustice is thereby likely to be caused to any party or the proceeding will not be unreasonably impeded.

40. En cas d'inobservation d'une exigence des présentes règles par une partie ou l'agent d'audience, la section du statut peut, sur réception d'une demande de la partie ou de l'agent d'audience, conforme à l'article 27, soit lui permettre de remédier au défaut, soit le dispenser de l'exigence, si elle est convaincue qu'une telle mesure ne risque pas de causer d'injustice aux parties ni d'entrave sérieuse à la procédure.

[28] The applicant cites subsection 65(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 55] of the Act and submits that this provision does not allow the Chairperson to delegate rule-making authority. The provision reads as follows:

[28] Le demandeur cite le paragraphe 65(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 55] de la Loi et soumet que cette disposition ne permet pas au président de déléguer son pouvoir d'établissement de règles. Cette disposition prévoit:

65. (1) Subject to the approval of the Governor in Council, the Chairperson, in consultation with the Deputy Chairperson (Convention Refugee Determination Division), the Deputy Chairperson (Immigration Appeal Division) and the Director General (Adjudication Division) may make rules

65. (1) Le président peut, sous réserve de l'agrément du gouverneur en conseil et en consultation avec le vice-président de la section du statut, le vice-président de la section d'appel et le directeur général de la section d'arbitrage, établir des règles:

(a) governing the activities of, and the practice and procedure in, the Refugee Division, the Appeal Division and the Adjudication Division, including the functions of counsel employed by the Board;

a) régissant les travaux, la procédure et la pratique de chacune des sections et définissant les fonctions des conseils de la Commission;

(b) prescribing a system of priorities for dealing with matters before the Refugee Division, Appeal Division or Adjudication Division;

b) fixant un ordre de priorité pour l'étude des cas;

(c) prescribing the information that may be required under subsection 46.03(2) and the manner and the time within which it must be provided;

c) précisant la teneur, la forme, le délai de présentation et les modalités d'examen des renseignements prévus au paragraphe 46.03(2);

(d) governing the determination under subsection 69.1(7.1) of claims of persons who claim to be Convention refugees; and

d) régissant la procédure de reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention prévue au paragraphe 69.1(7.1);

(e) prescribing any matter that is authorized by this Act to be prescribed by the rules.

e) en vue des autres mesures à prendre par ce moyen aux termes de la présente loi.

SUBMISSIONS

Jurisdiction—Applicant

[29] Powers of administrative officers are defined by the statute creating their office and must be found in that statute expressly or by necessary implication. There is no jurisdiction at large to prevent someone from appearing before the CRDD; such an order can only be made in the context of a particular case. In addition, the Chairperson cannot delegate the power to make rules under subsection 65(1) of the Act governing the practice and procedure of the IRB.

[30] *Prassad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560 was invoked by the ADC in support of a finding that the CRDD is the master of its own procedure. However, *Prassad, supra*, itself held only that the adjournment of proceedings is in the discretion of the adjudicator. In addition, there are limitations, including the Constitution and natural justice, affecting the authority of an agency to determine its procedure.

[31] *R. v. Lemonides* (1997), 35 O.R. (3d) 611 (Gen. Div.) involved the power of agents to appear in summary conviction matters before criminal courts. Contrary to what the decision of the ADC suggests, *Lemonides, supra* did not state that the issue of whether a specific person could be barred from appearing before a court was simply a matter of procedure. Such a matter would have to be considered in each case before the court.

[32] Overall, a decision regarding who can appear before a board or tribunal is not a simple matter of procedure. It is a quasi-judicial decision, as it is a binding decision which affects the substantive rights of an individual. The ADC therefore misinterpreted the nature of the decision.

LES OBSERVATIONS

La compétence—le demandeur

[29] Les pouvoirs des agents administratifs sont définis par la loi créant leur fonction et se trouvent nécessairement dans cette loi, de manière expresse ou implicite. Il n'existe pas de compétence générale pour empêcher quelqu'un de comparaître devant la SSR; une telle ordonnance ne peut être rendue que dans le contexte d'une cause en particulier. En plus, le président ne peut déléguer son pouvoir d'établir des règles en vertu du paragraphe 65(1) de la Loi relativement à la pratique et à la procédure de la CISR.

[30] VPA a invoqué l'arrêt *Prassad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560, à l'appui de la conclusion selon laquelle la SSR est maître de sa propre procédure. Cependant, l'arrêt *Prassad*, précité, n'a fait qu'établir que l'ajournement d'une instance faisait partie du pouvoir discrétionnaire de l'arbitre. En plus, il existe des restrictions, y compris la Constitution et la justice naturelle, affectant le pouvoir d'un organisme de décider de sa procédure.

[31] La décision *R. v. Lemonides* (1997), 35 O.R. (3d) 611 (Div. gén.) concernait le pouvoir des représentants de comparaître dans les poursuites par procédure sommaire devant les cours criminelles. Contrairement à ce que donne à entendre la décision de la VPA, la décision *Lemonides*, précitée, n'a pas établi que la question de savoir si une personne en particulier pouvait être empêchée de comparaître devant un tribunal constituait simplement une question de procédure. Il revient au tribunal d'examiner cette question dans chaque cause.

[32] En général, la décision quant à savoir qui peut comparaître devant une commission ou un tribunal ne constitue pas une simple question de procédure. Il s'agit d'une décision quasi judiciaire, puisqu'il s'agit d'une décision exécutoire qui affecte les droits substantiels d'une personne. La VPA a donc mal interprété la nature de la décision.

Jurisdiction—Respondent

[33] The applicant has not provided a principled basis for asserting that the IRB cannot generally exclude a representative from appearing before it where that representative has consistently demonstrated a disregard for the IRB and the integrity of its process.

[34] It is trite law that a tribunal is the master of its own procedure and has an obligation to ensure the integrity and fairness of the hearing process. The applicant has not adequately provided authority for his own position in this regard. Mere assertions do not constitute a reasonably arguable case.

[35] The respondent cites *Law Society of British Columbia v. Mangat* (1998), 167 D.L.R. (4th) 723 (B.C.C.A.); aff'd [2001] 3 S.C.R. 113; *Prassad*; and *R. v. Romanowicz* (1999), 45 O.R. (3d) 506 (C.A.).

[36] The respondent also argues that the IRB has an implicit jurisdiction to maintain its dignity and respect.

[37] The respondent asserts that to adopt the applicant's arguments would make no practical sense, and that it would be an abuse of process if each board member would have to deal with incompetence case by case.

[38] The delegation of power from the Chairperson to ADC is legal.

Jurisdiction—Intervener

[39] The intervener adopts the respondent's argument that the IRB is the master of its own procedure and can control the process.

[40] The IRB has the authority to examine the conduct of a person to ensure the integrity of the IRB also because an agent can appear on all divisions of the IRB. The best way to do so is to delegate its power to the ADC as was done in the case at bar.

La compétence—le défendeur

[33] Le demandeur n'a pas fourni de fondement de principe permettant d'affirmer que la CISR ne peut pas, en général, empêcher un représentant de comparaître devant elle lorsque ce représentant a constamment démontré une indifférence à l'égard de la CISR et de l'intégrité de son processus.

[34] Il est bien établi en droit qu'un tribunal est maître de sa propre procédure et a l'obligation de garantir l'intégrité et l'équité du processus d'audience. Le demandeur n'a pas fourni de jurisprudence adéquate pour justifier sa position à cet égard. De simples affirmations ne peuvent constituer une cause raisonnablement défendable.

[35] Le défendeur renvoie aux arrêts *Law Society of British Columbia v. Mangat* (1998), 167 D.L.R. (4th) 723 (C.A.C.-B.); conf. par [2001] 3 R.C.S. 113; *Prassad*; et *R. c. Romanowicz* (1999), 45 O.R. (3d) 506 (C.A.).

[36] Le défendeur soutient également que la CISR possède la compétence inhérente de maintenir sa dignité et d'imposer le respect.

[37] Le défendeur affirme que d'adopter les arguments du demandeur n'aurait aucun sens en pratique et que cela constituerait un abus de procédure si chaque membre de la Commission devait régler les cas d'incompétence un à un.

[38] La délégation de pouvoir du président vers la VPA est légale.

La compétence—l'intervenante

[39] L'intervenante adopte l'argument du défendeur selon lequel la CISR est maître de sa propre procédure et de son processus d'audience.

[40] La CISR possède le pouvoir d'examiner la conduite d'une personne afin de garantir son intégrité et aussi parce qu'un représentant peut comparaître devant toutes les sections de la CISR. La meilleure façon de le faire est de déléguer son pouvoir à la VPA comme cela a été fait en l'espèce.

[41] It is not necessary to have a statutory provision because it is in the inherent jurisdiction of the IRB to do what it did.

Procedural Fairness

Applicant

[42] Several principles of natural justice were outlined in *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*, [1996] 2 F.C. 668 (T.D.). The applicant was never provided with the names of individual complainants; he was only given brief summaries of the allegations against him.

[43] The principles of disclosure set out in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326 were confirmed in *Nrecaj v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 630 (T.D.) as applying to the IRB and, in particular, to the CRDD. The IRB has a positive duty to disclose all documentation that it will or may use to impeach the applicant or that forms the basis of the complaint. This duty was not met.

[44] The factors which, according to judicial precedents, suggest that an oral hearing is a necessary element of procedural fairness, are present in this case. The procedure adopted by the Tribunal in the March 21, 2001 letter violated the right of the applicant to a fair hearing. His right to full answer and defence was limited to an opportunity to respond to written summaries of what was alleged against him. It was not a necessary condition that he request that the proper elements of fundamental justice be applied.

[45] It is also a breach of natural justice to rely on evidence from other proceedings. By noting what complainants stated in their own hearings and invoking those statements in the letter to the applicant, the ADC committed such a breach.

[46] The IRB indicated in one of its communications that it would be in touch with counsel regarding a matter

[41] Une disposition légale n'est pas nécessaire, puisqu'il est de la compétence inhérente de la CISR de faire ce qu'elle a fait.

L'équité procédurale

Le demandeur

[42] Plusieurs principes de justice naturelle ont été exposés dans la décision *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada)*, [1996] 2 C.F. 668 (1^{re} inst.). On n'a jamais fourni au demandeur le nom de chacun des plaignants; on ne lui a donné que de brefs résumés des allégations soulevées contre lui.

[43] Les principes de communication de la preuve énoncés dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, ont été confirmés dans la décision *Nrecaj c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 630 (1^{re} inst.) comme s'appliquant à la CISR et, en particulier, à la SSR. La CISR a une obligation positive de communiquer toute la documentation qu'elle utilisera ou qu'elle pourra utiliser dans la procédure de révocation du demandeur ou qui constitue le fondement de la plainte. Cette obligation n'a pas été respectée.

[44] Les facteurs qui, selon la jurisprudence, donnent à penser qu'une audience constitue un élément nécessaire de l'équité procédurale, sont présents en l'espèce. La procédure adoptée par le tribunal dans la lettre du 21 mars 2001 violait le droit du demandeur à une audience équitable. Son droit à une défense pleine et entière a été limité à une possibilité de répondre à des résumés écrits de ce qui était allégué contre lui. Il n'était pas absolument nécessaire qu'il demande que les éléments de justice fondamentale adéquats soient appliqués.

[45] Le fait d'invoquer des éléments de preuve provenant d'autres instances constitue également une violation des principes de justice naturelle. La VPA a commis une telle violation en notant ce que les plaignants avaient déclaré lors de leurs propres audiences et en invoquant ces déclarations dans la lettre adressée au demandeur.

[46] La CISR a mentionné dans une de ses communications qu'elle serait en contact avec l'avocat

originally scheduled for November 2000, then subsequently cancelled it. The IRB breached this undertaking, and cannot now simply say that this is a new proceeding and that it cannot guess who the applicant would retain as counsel. The IRB is bound by its undertakings.

Respondent

[47] The arguments with respect to natural justice are without foundation in law or fact. The applicant was advised in writing in very specific terms of the concerns of the IRB and the information on which the ADC would be relying in its fact finding. The applicant made no effort to respond until after a decision was rendered. The ADC did not breach the principles of natural justice; rather, this is a case of the applicant being derelict in looking after his interests. The applicant is the “author of his own misfortune in this matter”. The application should be dismissed.

ANALYSIS

[48] It clearly makes intuitive sense that a tribunal such as the IRB or any of its constituent divisions ought to be able to regulate its own procedure. It ought also to regulate the privilege of appearing before the tribunal to represent a claimant.

[49] With all due respect to the submissions by the counsel for the applicant, it cannot be said that the question of capacity to serve as a representative of a claimant is not procedural because it affects the substantive rights of the person who is seeking to act as counsel. During the course of a particular hearing, the only substantive rights with which the tribunal is concerned are those of the parties; that is, the claimant and the Minister. To the extent that representation by counsel affects the procedure by which the substantive rights at the heart of the case are determined, that matter is procedural and is therefore within the competence of the IRB.

[50] In its submissions, the IRB submitted that it had the jurisdiction, as master of its own procedure, to bar counsel appearing before the IRB. This particular power,

concernant une affaire qui était d’abord prévue pour novembre 2000, puis s’est désistée par la suite. La CISR a brisé cet engagement et elle ne peut pas simplement dire qu’il s’agit d’une nouvelle instance et qu’elle ne pouvait pas deviner qui le demandeur retiendrait comme avocat. La CISR est liée par ses engagements.

Le défendeur

[47] Les arguments ayant trait à la justice naturelle sont sans fondement en fait ou en droit. Le demandeur a été avisé par écrit dans des termes très précis relativement aux soupçons de la CISR et aux renseignements que la VPA invoquerait dans son enquête sur les faits. Le demandeur ne s’est donné la peine de répondre qu’après qu’une décision a été rendue. La VPA n’a pas violé les principes de justice naturelle; il s’agit plutôt d’une cause où le demandeur a négligé de voir à ses intérêts. Le demandeur est l’[TRADUCTION] «artisan de son propre malheur dans cette affaire». La demande devrait être rejetée.

ANALYSE

[48] Il va clairement de soi qu’un tribunal comme la CISR, ou l’une ou l’autre de ses sections constituantes, doit être en mesure de régler sa propre procédure. La Commission doit également régler le privilège de comparaître devant elle pour la représentation d’un revendicateur.

[49] En toute déférence pour les observations de l’avocat du demandeur, on ne peut pas dire que la question relative à la capacité de servir de représentant pour un revendicateur n’est pas procédurale parce que cela affecte les droits substantiels de la personne qui vise à agir à ce titre. Au cours d’une audience donnée, les seuls droits qui préoccupent le tribunal, ce sont ceux des parties; c’est-à-dire, le revendicateur et le ministre. Dans la mesure où la représentation par avocat affecte la procédure qui conduira à une décision relative aux droits substantiels au cœur du litige, cette question est de nature procédurale et est donc de la compétence de la CISR.

[50] Dans ses observations, la CISR a soumis qu’elle avait compétence, en tant que maître de sa propre procédure, pour interdire au représentant de comparaître

the IRB submitted, was part of its general power to protect the integrity of its process.

[51] The IRB cited *Prassad* in support of its submission that a tribunal has control of its own procedural rules. It submits that despite the absence of any specific authority, it can exclude a person from appearing as counsel if that is necessary in order to maintain the integrity of its process.

[52] In exercising the power to control its process, the IRB must judicially exercise its power on the basis of the circumstances present in a given case. The IRB submits that it has done so here. To the extent that the protection of the integrity of the processes the IRB requires a more general ban, it submits that it has the power to impose such a sanction, and need not wait for specific hearings to ban the applicant at those hearings. To do so would be highly disruptive.

[53] The Chairperson may delegate any of his powers or functions, with certain exceptions. One of those exceptions is the power to make rules under subsection 65(1). The authority for the power to delegate is found in subsection 58(4) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 48] of the Act:

58. . . .

(4) The Chairperson may authorize any Deputy Chairperson or Assistant Deputy Chairperson of the Refugee Division or Appeal Division and any coordinating member of the Refugee Division to exercise any power or perform any duty or function of the Chairperson under this Act, other than

(a) the power to make rules under subsection 65(1),

(b) any power, duty or function in relation to the Adjudication Division, or

(c) the power to delegate under this subsection,

and, if so exercised or performed, the power, duty or function shall be deemed to have been exercised or performed by the Chairperson.

devant la CISR. Ce pouvoir particulier, selon la CISR, faisait partie de son pouvoir général de protéger l'intégrité de son processus.

[51] La CISR a cité l'arrêt *Prassad* à l'appui de son observation selon laquelle un tribunal a le contrôle de ses propres règles de procédure. Elle soutient qu'en dépit de l'absence de tout pouvoir qui lui aurait été conféré expressément, elle peut empêcher une personne de comparaître comme représentant si cela s'avère nécessaire dans le but de maintenir l'intégrité de son processus.

[52] En exerçant le pouvoir de contrôler son processus, la CISR doit l'exercer de manière impartiale au regard des circonstances présentes dans une cause donnée. La CISR soutient que c'est ce qu'elle a fait en l'espèce. Dans la mesure où la protection de l'intégrité du processus de la CISR exige une interdiction plus générale, elle soutient qu'elle possède le pouvoir d'imposer une telle sanction et qu'elle n'a pas besoin d'attendre des audiences particulières pour interdire au demandeur l'accès à ces audiences. Faire cela perturberait beaucoup le processus.

[53] Le président peut déléguer n'importe lequel de ses pouvoirs ou fonctions, sauf certaines exceptions. Une de celles-ci est le pouvoir d'établir des règles en vertu du paragraphe 65(1). C'est le paragraphe 58(4) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 48] de la Loi qui confère au président le droit de déléguer ses pouvoirs:

58. [. . .]

(4) Le président peut déléguer ses pouvoirs, à l'exception du pouvoir conféré par le paragraphe 65(1), des pouvoirs en matière d'arbitrage et du pouvoir de délégation visé au présent paragraphe, aux vice-président et vice-présidents adjoints de la section du statut et de la section d'appel et aux membres coordonnateurs de la section du statut.

[54] Two issues are discussed below: whether the natural justice obligations of the IRB were fulfilled and whether the IRB has the jurisdiction to take the course of action that it took in this instance.

Procedural Fairness

[55] I cannot accept the submissions of the applicant that he was not provided with adequate disclosure or that he was unduly denied an opportunity for a full and fair oral hearing. The faults with respect to disclosure that led to a successful judicial review application in *Nrecaj*, *supra* are not present here.

[56] The applicant was given clear indication regarding the complaints against him. The information provided by the ADC included particulars with respect to file numbers and hearing dates in connection with which questionable conduct on the part of the applicant was alleged. It was not necessary to go further and provide the names of claimants. Such information could have been garnered by the applicant through a more careful search of his files.

[57] Furthermore, in *Nrecaj*, disclosure was refused despite having been requested in a timely manner. In contrast, the conduct of the applicant with respect to the process he now impugns has been far from timely. He did not reply in any manner to the concerns of the IRB until August 9, 2001. He had been advised to respond before April 23, 2001. If disclosure of particulars was of sufficient importance to the applicant, the merits of this application would have been better served had he requested that disclosure prior to the rendering of the decision of the ADC, rather than awaiting this forum to denounce the absence of that disclosure.

[58] The course of conduct of the applicant betrays his lack of diligence in responding to the correspondence of the IRB. He claims to have relied on his counsel to handle this matter on his behalf, but did not contact his counsel prior to the stated deadline in order to ensure

[54] Deux questions sont abordées ci-dessous: la CISR a-t-elle rempli ses obligations relatives à la justice naturelle; la CISR a-t-elle compétence pour prendre les mesures qu'elle a prises en l'espèce?

L'équité procédurale

[55] Je ne peux pas accepter les observations du demandeur selon lesquelles il n'a pas reçu une communication adéquate de la preuve ou qu'il s'est vu refuser sans droit la possibilité d'avoir une audience complète et équitable. Les fautes relatives à la communication de la preuve qui avaient justifié que la demande de contrôle judiciaire soit accueillie dans l'affaire *Nrecaj*, précitée, ne sont pas présentes en l'espèce.

[56] Le demandeur a été clairement informé des plaintes déposées contre lui. Les renseignements reçus de la VPA comprenaient les numéros de dossier et les dates d'audience en rapport avec lesquels une conduite suspecte de la part du demandeur était alléguée. Cela était suffisant et il n'était pas nécessaire de fournir les noms des revendicateurs. Le demandeur aurait pu recueillir ces renseignements en faisant une recherche plus approfondie dans ses dossiers.

[57] De plus, dans la décision *Nrecaj*, la communication avait été refusée malgré le fait qu'elle avait été demandée en temps opportun. Par contre, dans sa conduite à l'égard du processus qu'il conteste maintenant, le demandeur est loin d'avoir agi en temps opportun. Il n'a répondu d'aucune façon aux observations de la CISR avant le 9 août 2001. Il avait été avisé de répondre avant le 23 avril 2001. Si la communication des renseignements demandés était si importante pour le demandeur, la présente demande aurait eu davantage de fondement s'il avait demandé cette communication avant que la décision de la VPA ne soit rendue, plutôt que d'attendre le présent contrôle judiciaire pour dénoncer l'absence de cette communication.

[58] La ligne de conduite du demandeur laisse voir son manque de diligence à répondre à la correspondance de la CISR. Il prétend s'être fié à son avocat pour s'occuper de cette affaire en son nom, mais il n'a pas communiqué avec son avocat avant le délai fixé afin de s'assurer qu'il

that he would act on the matter. His explanations for failing to act sooner were found to be implausible given his experience in appearing before the IRB.

[59] In conclusion, the applicant received clear notice of the concerns of the IRB regarding his conduct. To the extent that the applicant did not have an opportunity to present his case to the IRB, it is due to omissions for which he is responsible. Accordingly, I find that there was no breach of procedural fairness.

Jurisdiction

[60] The applicant claims that the ADC exceeded her jurisdiction when she imposed upon him a ban from appearing before the IRB. Among other submissions, it is the view of the applicant that the ADC improperly exercised a power that could not be delegated to her. He also contended that in the absence of an express authorization by statute or regulation, the proposed sanction was not available to her.

[61] The applicant submitted that the ADC incorrectly applied *Prassad*, in support of her conclusion that the CRDD is master of its own procedure. According to the applicant, *Prassad* stands only for the limited notion that adjournment of proceedings is within the discretion of the adjudicator.

[62] It is true that the immediate practical effect of the decision of the Supreme Court in *Prassad* was to confirm that the adjudicator had the discretion to grant or refuse an adjournment. However, to limit the precedential value of this decision to such a specific point flies in the face of the broad judicial treatment that the case has been given since its release.

[63] The decision of Sopinka J., for the majority, in *Prassad*, has been mentioned in several other decisions. One of the decisions which followed the ruling in that decision was the holding of McKeown J. in *Chong v. Canada (Attorney General)* (1995), 104 F.T.R. 253 (F.C.T.D.). In that decision at paragraph 40, the Court

s'en occuperait. Les explications qu'il a données quant au fait d'avoir omis d'agir plus tôt n'étaient pas plausibles, compte tenu de son expérience de comparution devant la CISR.

[59] En conclusion, le demandeur a reçu un avis clair relativement aux réserves de la CISR au sujet de sa conduite. Dans la mesure où le demandeur n'a pas eu la possibilité de présenter sa cause à la CISR, cela est dû aux omissions dont il est responsable. Par conséquent, je conclus qu'il n'y a pas eu de violation de l'équité procédurale.

La compétence

[60] Le demandeur prétend que la VPA a outrepassé sa compétence lorsqu'elle lui a imposé une interdiction de comparaître devant la CISR. Il a exprimé l'avis, entre autres observations, que la VPA avait exercé sans droit un pouvoir qui ne pouvait pas lui être délégué. Il a également prétendu qu'en l'absence d'une autorisation expresse, légale ou réglementaire, la VPA ne pouvait pas lui imposer la sanction prévue.

[61] Le demandeur a soumis que la VPA s'était appuyée sur l'arrêt *Prassad* de manière incorrecte pour justifier sa conclusion selon laquelle la SSR est maître de sa propre procédure. Selon le demandeur, l'arrêt *Prassad* n'a fait qu'établir le point limité que l'ajournement de l'instance fait partie du pouvoir discrétionnaire de l'arbitre.

[62] Il est exact que l'effet immédiat, en pratique, de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Prassad* a été de confirmer le fait que l'arbitre avait le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser un ajournement. Toutefois, restreindre la valeur jurisprudentielle de cet arrêt à ce seul point précis va à l'encontre de l'interprétation judiciaire large qui a été donnée à cette cause depuis le prononcé de l'arrêt.

[63] L'opinion que M. le juge Sopinka a exprimée au nom de la majorité dans l'arrêt *Prassad* a été mentionnée dans plusieurs autres décisions. Parmi celles-ci, il faut mentionner la conclusion de M. le juge McKeown dans la décision *Chong c. Canada (Procureur général)* (1995), 104 F.T.R. 253 (C.F. 1^{re} inst.). Au paragraphe

understood *Prassad* as a comprehensive examination of the content of the duty of procedural fairness:

In my view, the procedures provided by the Treasury Board here meet the requirements of fairness as set out by Sopinka J. in *Prassad*, *supra*. The grievors are given an opportunity to be heard. There is no restriction on their participation.

[64] With respect to jurisdiction, Sopinka J. enunciated and applied a general principle of jurisdiction in arriving at the specific conclusion with respect to the jurisdiction of adjudicators. He states at pages 568-569:

In order to arrive at the correct interpretation of statutory provisions that are susceptible of different meanings, they must be examined in the setting in which they appear. We are dealing here with the powers of an administrative tribunal in relation to its procedures. As a general rule, these tribunals are considered to be masters in their own house. In the absence of specific rules laid down by statute or regulation, they control their own procedures subject to the proviso that they comply with the rules of fairness and, where they exercise judicial or quasi-judicial functions, the rules of natural justice. [Emphasis added.]

[65] The jurisdictional context in which *Prassad* was decided was simply one of the contexts contemplated by this general statement by Sopinka J.

[66] In the case at bar, no specific statutory provisions or regulations limit the ability of the ADC to suspend anyone from appearing before the IRB on behalf of another person. Subsection 65(1) does not apply to bar the ADC from imposing a ban on the applicant. Her decision is not a rule of the type which can only be imposed by the Chairperson of the IRB. Examples of such rules would include the *Convention Refugee Determination Division Rules*, which apply to all parties and counsel appearing before the IRB. The decision of the ADC is an individual one in connection with a matter that was specifically delegated to her by the Chairperson.

[67] Accordingly, the ADC was not bound to carry out the process which led to the contested decision in a

40, il a interprété *Prassad* comme étant un examen complet du contenu de l'obligation relative à l'équité procédurale:

À mon avis, la procédure établie par le Conseil du Trésor est conforme aux conditions d'équité définies par le juge Sopinka dans *Prassad*, précité. Les plaignants ont la possibilité de se faire entendre. Leur participation n'est soumise à aucune restriction.

[64] En ce qui a trait à la compétence, le juge Sopinka a énoncé et appliqué un principe général relatif à la compétence en arrivant à la conclusion précise s'appliquant à la compétence des arbitres. Aux pages 568 et 569, il a déclaré:

Afin d'interpréter correctement des dispositions législatives susceptibles de sens différents, il faut les examiner en contexte. Nous traitons ici des pouvoirs d'un tribunal administratif à l'égard de sa procédure. En règle générale, ces tribunaux sont considérés maîtres chez eux. En l'absence de règles précises établies par loi ou règlement, ils fixent leur propre procédure à la condition de respecter les règles de l'équité et, dans l'exercice de fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, de respecter les règles de justice naturelle. [Non souligné dans l'original.]

[65] Le contexte de compétence dans lequel l'arrêt *Prassad* a été prononcé était simplement l'un de ceux envisagés par cet énoncé général du juge Sopinka.

[66] En l'espèce, aucune disposition légale précise ni aucun règlement ne restreint la capacité de la VPA de suspendre le droit de quiconque de comparaître devant la CISR au nom d'une autre personne. Le paragraphe 65(1) ne peut avoir pour application d'empêcher la VPA d'imposer une interdiction à l'égard du demandeur. Sa décision n'est pas de la nature d'une règle qui ne peut être imposée que par le président de la CISR. Entre autres exemples de telles règles, les *Règles de la section du statut de réfugié*, lesquelles s'appliquent à toutes les parties et leurs représentants comparaisant devant la CISR. La décision de la VPA est une décision individuelle rendue en relation avec une affaire qui lui a été expressément déléguée par le président.

[67] Par conséquent, la VPA n'était pas tenue de suivre d'une manière stricte le processus qui a conduit à

rigidly defined manner. She was only subject to comply with the rules of fairness and the rules of natural justice. As discussed above, she did so.

[68] With particular regard to the withdrawal of the privilege of representing others, the applicant cited *R. v. Romanowicz, supra*. He noted that the Court in that case stated that the power to disqualify agents, such as himself, should be exercised judicially, based on the circumstances present in a given case. His claim was that the IRB failed to consider the circumstances in his particular case.

[69] I find that the ADC adequately considered the circumstances regarding the conduct of the applicant before rendering her decision. She also pondered the evidentiary value of the explanations of the applicant for his tardy action before decided whether or not to grant his motion to reopen the case. I find that the IRB did not lose the jurisdiction, as exercised by the ADC, to disqualify the applicant from acting as an agent, on the basis that it did so without regard to the particular circumstances concerning the applicant.

[70] Given the procedural framework of the IRB, I accept its submission as intervener that it has the inherent jurisdiction to monitor its own procedures in order to ensure its integrity. Indeed, denial of the jurisdiction of the IRB to ensure the integrity of its processes would be a disservice to its stakeholders. These stakeholders include not only the claimants who appear before the Board and its divisions, but also the Canadian public at large, which is served by effective mechanisms for the application of immigration policy. In this vein, see *Immigration Consultants: It's Time to Act: Ninth Report of the Standing Committee on Citizenship and Immigration* (Eleni Bakopanos, Chairperson; December 1995) (motion record of the IRB, Tab 2, page 37).

[71] I also accept the submission of the intervener that it is not limited to banning the applicant from specific hearings on a case-by-case basis, contrary to what the

la décision contestée. Sa seule obligation était de respecter les règles d'équité et les principes de justice naturelle. Comme je l'ai mentionné ci-dessus, c'est ce qu'elle a fait.

[68] Sur la question précise du retrait du privilège de représenter d'autres personnes, le demandeur a renvoyé à l'arrêt *R. c. Romanowicz*, précité. Il a noté que la Cour dans cette cause-là avait déclaré que le pouvoir de rendre inhabiles des représentants, tels que lui-même, devrait être exercé de manière impartiale, selon les circonstances de l'espèce. Sa prétention était que la CISR avait omis de tenir compte des circonstances dans son cas à lui.

[69] Je conclus que la VPA a examiné correctement les circonstances entourant la conduite du demandeur avant de rendre sa décision. Elle a également considéré la valeur probante des explications du demandeur concernant le fait qu'il avait tardé à agir, avant de prendre la décision d'accueillir ou non sa requête en réouverture de sa cause. Je conclus que la CISR n'a pas perdu la compétence, telle qu'elle a été exercée par la VPA, de rendre inhabile le demandeur à agir à titre de représentant, compétence qu'elle aurait perdue parce qu'elle aurait rendu le demandeur inhabile sans tenir compte de ses circonstances particulières.

[70] Étant donné le cadre procédural de la CISR, j'accepte son observation comme intervenante sur le fait qu'elle possède la compétence inhérente pour contrôler sa propre procédure dans le but d'en assurer l'intégrité. En fait, nier à la CISR la compétence de protéger l'intégrité de ses processus desservirait ses intéressés. Ceux-ci sont non seulement les revendicateurs qui comparaissent devant la Commission et ses sections, mais également les membres de la population canadienne en général, qui a un intérêt dans l'efficacité des mécanismes d'application de la politique d'immigration. À cet égard, voir *Les conseillers en immigration: le temps est venu d'agir: neuvième rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration* (Eleni Bakopanos, présidente; décembre 1995) (dossier de requête de la CISR, onglet 2, page 37).

[71] J'accepte également l'observation de l'intervenante selon laquelle elle n'est pas limitée à interdire au demandeur des audiences particulières sur la

applicant suggests in his submissions. If the IRB is of the view that a broader ban on the applicant is necessary to preserve the integrity of its process as a tribunal, such a remedy is open to it. It may impose a general ban provided that its conclusion that the sanction is necessary is based on consideration of all the evidence before it.

[72] In the case at bar, the ADC, acting for the IRB, gave ample proof of the rigour with which she considered the evidence before her in rendering her decision. A ban prohibiting the applicant from appearing before the IRB was therefore a remedy that was available to her.

[73] To restrict the IRB to precluding the applicant only from appearing at specific hearings would cause frequent disruptions to its process. Such disruptions would run counter to the purpose of allowing the IRB to exercise jurisdiction over its own procedure. There is no principled reason why the IRB should have to mete out this sanction against the applicant by having members of its divisions refuse to hear him at every appearance when the ban proposed by the ADC would have the same effect in a more efficient manner.

[74] There are at least two deleterious effects of forcing the IRB to issue case-by-case refusals to hear the applicant instead of issuing a ban over a period of time. It would add unnecessary delays in terms of the time spent by members advising the applicant that he will not be heard. It would also cause disruptions due to claimants having to seek adjournments to retain replacement counsel after retaining the applicant without knowing that he would not be allowed to appear. Such an approach would therefore be untenable.

[75] For the above reasons, I conclude that the application should be dismissed.

[76] Counsel requested the opportunity to provide submissions in writing on certification with the benefit of

base du cas par cas, contrairement à ce que laisse entendre le demandeur dans ses observations. Si la CISR est d'avis qu'une interdiction plus large est nécessaire afin de préserver l'intégrité de son processus en tant que tribunal, elle peut utiliser un tel recours. Elle peut imposer une interdiction générale pourvu que sa conclusion selon laquelle la sanction est nécessaire soit basée sur l'examen de tous les éléments de preuve qui lui ont été présentés.

[72] En l'espèce, la VPA, agissant au nom de la CISR, a donné, en rendant sa décision, amplement de preuves de la rigueur avec laquelle elle a examiné les éléments de preuve qui lui ont été présentés. Elle pouvait donc avoir recours à une interdiction empêchant le demandeur de comparaître devant la CISR.

[73] Ne permettre à la CISR d'empêcher le demandeur de comparaître que dans certaines audiences donnerait de fréquentes perturbations de son processus. De telles perturbations iraient à l'encontre du but qui est de permettre à la CISR d'exercer sa compétence quant à sa propre procédure. Il n'existe aucune raison de principe selon laquelle la CISR devrait infliger cette sanction au demandeur en demandant aux membres de ses sections de refuser de l'entendre à chaque comparution, alors que l'interdiction proposée par la VPA aurait le même effet, mais d'une manière plus efficace.

[74] Forcer la CISR à délivrer des refus de comparaître cas par cas au demandeur au lieu d'une interdiction pour une période déterminée a au moins deux effets nuisibles. Cela ajouterait des délais inutiles vu le temps passé par les membres à aviser le demandeur qu'il ne serait pas entendu et cela occasionnerait également des perturbations en raison du fait que les revendicateurs auraient à demander des ajournements afin de retenir les services de représentants remplaçants, après avoir retenu ceux du demandeur sans savoir qu'il ne lui serait pas permis de comparaître. Une telle méthode serait alors intenable.

[75] Pour les motifs mentionnés ci-dessus, je conclus que la demande sera rejetée.

[76] L'avocat du demandeur a demandé qu'on lui permette de fournir, en se fondant sur les présents motifs,

these reasons. Therefore, counsel may serve and file submissions on certification within seven days of the receipt of these reasons. Thereafter, reply submissions may be served and filed within three days of service of the opposing party's submission.*

[77] Following consideration of those submissions, an order will be issued dismissing the application for judicial review.

* Editor's Note: Supplementary reasons for order and order concerning questions proposed for consideration by the Federal Court of Appeal are published immediately following these reasons for order at [2003] 3 F.C. 444 (T.D.).

des observations écrites concernant la certification. Par conséquent, l'avocat peut faire signifier et déposer des observations concernant la certification dans les sept jours de la réception des présents motifs. Par la suite, des observations en réponse pourront être signifiées et déposées dans les trois jours de la signification des observations de la partie adverse.*

[77] Après examen de ces observations, une ordonnance sera délivrée rejetant la demande de contrôle judiciaire.

* Note de l'arrêtiste: Des motifs supplémentaires de l'ordonnance et une ordonnance concernant des questions qui pourraient être soumises à l'examen de la Cour d'appel fédérale sont publiés à la suite des présents motifs d'ordonnance à [2003] 3 F.C. 444 (1^{re} inst.).

IMM-1367-02
2002 FCT 1259

IMM-1367-02
2002 CFPI 1259

Iraj Rezaei (*Applicant*)

Iraj Rezaei (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

and

et

The Immigration and Refugee Board (*Intervener*)

La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (*intervenante*)

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

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

Trial Division, Beaudry J.—Vancouver, November 6, 2002; Ottawa, January 21, 2003.

Section de première instance, juge Beaudry—Vancouver, 6 novembre 2002; Ottawa, 21 janvier 2003.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Supplementary reasons for order — In dismissing application for judicial review of Immigration and Refugee Board (IRB) decision banning immigration consultant from practice before Board, reported at [2003] 3 F.C. 421 (T.D.), Judge allowed time to submit questions proposed for consideration by F.C.A. — Applicant submitting four questions — Judge agreeing to certify one question: can IRB through Chairperson initiate and delegate to subordinate inquiry into conduct and possible discipline of lawyer or consultant who appears before one of divisions of IRB?

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Motifs supplémentaires de l'ordonnance — En rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) interdisant au consultant en immigration de se présenter devant la Commission, (publié: [2003] 3 C.F. 421 (1^{re} inst.)), le juge a accordé du temps pour le dépôt de questions à présenter pour fins d'examen par la C.A.F. — Le demandeur soumet quatre questions — Le juge accepte de certifier une question: la CISR, par l'entremise de son président, peut-elle instituer une enquête sur la conduite d'un avocat ou d'un consultant qui comparait devant l'une des sections de la CISR, lui imposer des mesures disciplinaires et déléguer cette responsabilité à un subordonné?

SUPPLEMENTARY reasons for order and order.
Question certified.

MOTIFS SUPPLÉMENTAIRES de l'ordonnance
et ordonnance. Question certifiée.

APPEARANCES:

Robert J. Kincaid for applicant.
Brenda Carbonell for respondent.
Joseph J. Arvay, Q.C. and *Mark G. Underhill* for
intervener.

ONT COMPARU:

Robert J. Kincaid pour le demandeur.
Brenda Carbonell pour le défendeur.
Joseph J. Arvay, c.r. et *Mark G. Underhill* pour
l'intervenante.

SOLICITORS OF RECORD:

Robert J. Kincaid Law Corporation, Vancouver, for
applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Arvay Finlay, Victoria, for intervener.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Robert J. Kincaid Law Corporation, Vancouver,
pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le
défendeur.
Arvay Finlay, Victoria, pour l'intervenante.

The following are the supplementary reasons for order and order rendered in English by

[1] BEAUDRY J.: Following my reasons for order signed on December 5, 2002 (2002 FCT 1259) [[2003] 3 F.C. 421], the Court has received the following questions from the applicant for proposed certification:

- (a) Can the Immigration and Refugee Board (IRB) through the Chairperson initiate and delegate to a subordinate an inquiry into the conduct of (*sic*) and possible discipline of a lawyer or consultant who appears before one of the divisions of the IRB outside of the Rules and procedures of one of the Divisions of the IRB or an actual hearing of one of the divisions of the IRB?
- (b) Can a tribunal (of the IRB) undertake to provide counsel appearing before it with the opportunity to comment on and distinguish the case authorities to be relied on by the tribunal in a hearing and then not provide counsel with that opportunity without breaching the rules of natural justice or procedural fairness?
- (c) Can the Federal Court in hearing an application for judicial review on the issue of a denial of the tribunal to provide counsel with the case authorities it intends to rely on to comment on or distinguish, which issue forms part of the issues set forth in the order granting leave for judicial review and which is part of the written and oral submissions of the applicant at his hearing for judicial review not rule on the issue without breaching the rules of natural justice or procedural fairness?
- (d) Does the Immigration and Refugee Board owe a duty of full disclosure to a person who is the subject of an inquiry into their right to practice prior to calling on that person to respond whether he/she asks for further disclosure of material in the hands of the IRB or not?

[2] The respondent's position is that none of the above-mentioned questions raise a serious question of general importance.

[3] After a careful analysis of both submissions, I agree to certify the following question:

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

[1] LE JUGE BEAUDRY: Par suite des motifs de mon ordonnance signée le 5 décembre 2002 (2002 CFPI 1259) [[2003] 3 C.F. 421], la Cour a reçu les questions suivantes que le demandeur propose de faire certifier:

- a) La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR), par l'entremise de son président, peut-elle instituer une enquête sur la conduite d'un avocat ou d'un consultant qui comparaît devant l'une des sections de la CISR en dehors des règles et procédures de l'une des sections de la CISR ou sans qu'il y ait eu une audience devant l'une de ces sections de la CISR, imposer des mesures disciplinaires à cet avocat ou consultant, et déléguer cette responsabilité à un subordonné?
- b) Un tribunal (de la CISR) peut-il s'engager à offrir à un avocat qui comparaît devant lui la possibilité de faire des observations sur les précédents jurisprudentiels sur lesquels s'appuiera le tribunal au cours d'une audience et de faire des distinctions sur ces précédents et ensuite refuser cette possibilité à l'avocat sans manquer aux règles de justice naturelle ou à l'équité procédurale?
- c) En entendant une demande de contrôle judiciaire sur la question d'un refus du tribunal de fournir à un avocat les précédents jurisprudentiels sur lesquels le tribunal entend s'appuyer afin que l'avocat puisse formuler ses observations ou établir les distinctions qui s'imposent, question qui fait partie des questions en litige énoncées dans l'ordonnance octroyant l'autorisation de déposer un contrôle judiciaire et qui fait partie des observations écrites et verbales du demandeur à l'audition du contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut-elle ne pas se prononcer sur la question sans contrevenir aux règles de justice naturelle ou d'équité procédurale?
- d) La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a-t-elle l'obligation de communiquer pleinement la preuve à une personne qui fait l'objet d'une enquête sur son droit d'exercice avant de demander à cette personne de répondre à la question de savoir si elle demande que lui soient communiqués d'autres documents qui sont en possession de la CISR ou non?

[2] Selon la position du défendeur, aucune des questions susmentionnées ne soulève de question grave de portée générale.

[3] Après une analyse approfondie des observations des deux parties, j'accepte de certifier la question suivante:

Can the Immigration and Refugee Board (IRB) through the Chairperson initiate and delegate to a subordinate an inquiry into the conduct and possible discipline of a lawyer or consultant who appears before one of the divisions of the IRB?

[4] Questions (b), (c) and (d) primarily concern facts related to the case at bar. These questions were answered in the disposition of this matter. Accordingly, they do not raise a serious question of general importance and will not be certified.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The application for judicial review is dismissed.
2. The following question is certified:

Can the Immigration and Refugee Board (IRB) through the Chairperson initiate and delegate to a subordinate an inquiry into the conduct and possible discipline of a lawyer or consultant who appears before one of the divisions of the IRB?

La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR), par l'entremise de son président, peut-elle instituer une enquête sur la conduite d'un avocat ou d'un consultant qui comparaît devant l'une des sections de la CISR, lui imposer des mesures disciplinaires et déléguer cette responsabilité à un subordonné?

[4] Les questions b), c) et d) concernent principalement des faits ayant trait à l'affaire en cause. On a répondu à ces questions dans le règlement de cette affaire. Par conséquent, elles ne soulèvent pas de question grave de portée générale et ne seront pas certifiées.

ORDONNANCE

LA PRÉSENTE COUR ORDONNE:

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. La question suivante est certifiée:

La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR), par l'entremise de son président, peut-elle instituer une enquête sur la conduite d'un avocat ou d'un consultant qui comparaît devant l'une des sections de la CISR, lui imposer des mesures disciplinaires et déléguer cette responsabilité à un subordonné?

A-106-02
2003 FCA 35

A-106-02
2003 CAF 35

Gulf Log Salvage Co-Operative Association, Her Majesty in Right of the Province of British Columbia, and Jim Doyle, Minister of Forests (*Appellants*)

Gulf Log Salvage Co-Operative Association, Sa Majesté du chef de la province de la Colombie-Britannique et Jim Doyle, ministre des Forêts (*appelants*)

v.

c.

Early Recovered Resources Inc. (*Respondent*)

Early Recovered Resources Inc. (*intimée*)

and

et

Coast Forest and Lumber Association and Independent Timber Marketing Association (*Interveners*)

Coast Forest and Lumber Association et Independent Timber Marketing Association (*intervenantes*)

INDEXED AS: EARLY RECOVERED RESOURCES INC. v. GULF LOG SALVAGE CO-OPERATIVE ASSN. (C.A.)

RÉPERTORIÉ: EARLY RECOVERED RESOURCES INC. c. GULF LOG SALVAGE CO-OPERATIVE ASSN. (C.A.)

Court of Appeal, Rothstein, Pelletier and Malone J.J.A. — Vancouver, December 18, 2002; Ottawa, January 24, 2003.

Cour d'appel, juges Rothstein, Pelletier et Malone, J.C.A. — Vancouver, 18 décembre, 2002; Ottawa, 24 janvier 2003.

Constitutional Law -- Distribution of Powers — Provincial statutory scheme for log salvage — Whether outside scope of maritime law, federal jurisdiction — Declaration provincial legislation invalid sought — Canada indifferent — Motions Judge concluding once found subject-matter of Forest Act, Part IX within International Convention on Salvage, 1989 definition of salvage, no provincial jurisdiction — That subject-matter of legislation within salvage definition not conclusive of constitutional competence — Salvage under federal jurisdiction as within enumerated head “shipping” — Convention salvage definition not altering constitutional division of powers — Real question: whether provincial log recovery scheme sufficiently connected to shipping for salvage definition to apply — Pith and substance analysis — On record, Court unable to find whether sufficient connection between log recovery, shipping to justify federal jurisdiction — Courts not to rule on constitutional validity of legislation absent adequate factual record — Matter must go to trial.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Régime législatif provincial concernant la récupération de billots — Ce régime relève-t-il de la compétence fédérale en matière de droit maritime? — Jugement déclaratoire recherché selon lequel la législation provinciale est invalide — Indifférence du Canada — Le juge des requêtes a conclu qu'une fois qu'il est décidé que l'objet de la partie IX de la Forest Act est visé par la définition d'assistance au sens de la Convention internationale de 1989 sur l'assistance, il n'y a pas de compétence provinciale — Le fait que l'objet de la législation soit visé par la définition de sauvetage n'est pas concluant quant à la compétence constitutionnelle — Le sauvetage est de compétence fédérale, parce qu'il entre sous la rubrique énumérée «bâtiments ou navires» — La définition d'assistance dans la Convention ne modifie pas la répartition des compétences dans le cadre de la Constitution — Véritable question: le régime provincial de récupération de billots est-il suffisamment lié aux bâtiments ou navires pour que la définition élargie de sauvetage s'applique? — Analyse du caractère véritable — Au vu du dossier, la Cour n'est pas en mesure de décider s'il existe un lien suffisant entre la récupération de billots et les bâtiments ou navires pour justifier une compétence fédérale — Les cours ne doivent pas se prononcer sur la validité constitutionnelle d'une législation en l'absence d'un dossier factuel adéquat — L'affaire doit faire l'objet d'un procès.

Maritime Law—Salvage—Salvage of logs in Fraser River, B.C. — Province enacted licensing scheme — Respondent of view amount paid for recovery too low, preferring more generous scheme under International Convention on Salvage, 1989 as incorporated into Canada Shipping Act — “Salvage” not defined in Canada Shipping Act, so Convention definition applies — Salvage under federal jurisdiction as within enumerated head “shipping” — Convention definition of salvage not altering constitutional distribution of powers — Disputed facts raising genuine issues for trial — Court unable to resolve constitutional issues due to inadequate factual record.

This was an appeal by the Crown in right of British Columbia from the decision of Hugessen J., denying a motion for summary judgment dismissing an action regarding the salvage of logs in the Fraser River. The position taken by the Province was that provincial legislation and regulations provided a comprehensive scheme for the salvage of logs so that such claim fell outside the scope of Canadian maritime law and Federal Court jurisdiction. The Trial Division Judge, while stopping short of declaring the provincial statute invalid, made it clear that he considered the legislation *ultra vires*.

The activity at issue is the recovery of logs left behind in coastal waters and rivers by logging operations. The Province has enacted a licensing scheme governing the business of recovering these logs. Respondent, Early Recovered Resources Inc., considers the amount paid to those who recover logs is too low and so a declaration that the provincial legislation was invalid was sought in order to take advantage of the more generous scheme contemplated by the *International Convention on Salvage, 1989* as incorporated into the *Canada Shipping Act*. Canada's disinterest in asserting jurisdiction was revealed by its failure to appear in this proceeding. The word “salvage” not being defined in the *Canada Shipping Act*, the Convention definition of “salvage operation” applies in this litigation: “any act or activity undertaken to assist a vessel or any other property in danger in navigable waters or in any other waters whatsoever”. The conclusion of the Motions Judge was that once it was found that the subject-matter of Part IX of the *Forest Act* falls within the Convention definition of salvage, the Province cannot assert jurisdiction. By the Convention's incorporation into domestic law, Parliament had extended marine salvage to include such property as logs and booms of logs.

Droit maritime—Sauvetage—Récupération de billots dans la rivière Fraser (C.-B.) — La province a adopté un régime de délivrance de permis — L'intimée croit que les sommes payées pour la récupération sont trop faibles et préfère le régime plus généreux de la Convention internationale de 1989 sur l'assistance qui a été intégrée dans la Loi sur la marine marchande du Canada — La Loi sur la marine marchande du Canada ne définit pas la notion d'«assistance» de sorte que la définition de la Convention s'applique — Le sauvetage est de compétence fédérale, parce qu'il entre dans la rubrique énumérée «bâtiments ou navires» — La définition d'assistance dans la Convention ne modifie pas la répartition des compétences dans le cadre de la Constitution — Les faits contestés soulèvent des questions sérieuses à instruire — La Cour n'est pas en mesure de trancher les questions constitutionnelles en raison du dossier factuel inadéquat.

Il s'agit d'un appel interjeté par la Couronne du chef de la province de la Colombie-Britannique d'une décision de M. le juge Hugessen de rejeter une requête en jugement sommaire qui avait rejeté une action concernant la récupération de billots dans la rivière Fraser. La province a soutenu que la loi et le règlement provinciaux prévoyaient un régime complet pour la récupération de billots de sorte qu'une telle demande ne relevait pas du droit maritime canadien ni de la compétence de la Cour fédérale. Le juge de première instance, bien qu'il n'ait pas déclaré l'invalidité comme telle, a clairement indiqué qu'il considérait la législation *ultra vires*.

L'activité en cause est la récupération de billots laissés dans les eaux côtières et les rivières à la suite d'opérations forestières. La province a adopté un régime qui prévoit la délivrance de permis à ceux qui se livrent à la récupération des billots. L'intimée, Early Recovered Resources Inc., croit que les sommes payées à ceux qui récupèrent les billots sont trop faibles et elle cherche à obtenir un jugement déclarant invalide la législation provinciale afin de tirer avantage du régime plus généreux envisagé par la *Convention internationale de 1989 sur l'assistance* qui a été intégrée dans la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Le Canada manifeste peu d'intérêt à faire valoir cette compétence, puisqu'il n'a pas comparu en la présente instance. La *Loi sur la marine marchande du Canada* ne définit pas la notion d'«assistance» de sorte que la définition d'«opération d'assistance» prévue dans la Convention s'applique au présent litige: «tout acte ou activité entrepris pour assister un navire ou tout autre bien en danger dans des eaux navigables ou dans n'importe quelles autres eaux». Le juge des requêtes a conclu qu'une fois qu'il est décidé que l'objet de la partie IX de la *Forest Act* est visé par la définition d'assistance au sens de la Convention, la province ne peut pas faire valoir sa compétence. Par l'intégration de la Convention dans le droit interne, le législateur a étendu la notion de sauvetage maritime pour y inclure les biens comme les billots et les estacades.

Held, the appeal should be dismissed.

Salvage not being an enumerated head of power under *Constitution Act, 1867*, section 91, the fact that the subject-matter of the legislation falls within the definition of salvage is not conclusive of constitutional competence. Salvage comes under federal jurisdiction because it is within an enumerated head: shipping. The Convention definition of salvage cannot alter the division of powers under the Constitution. So the real question is whether the provincial log recovery scheme has a sufficient connection to shipping such that the expanded definition of salvage would apply to it.

The question as to the validity of the provincial legislation is to be determined by the pith and substance analysis recently set out by the Supreme Court of Canada in *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*. That analysis is composed of three questions: (1) Does the impugned provision intrude into a federal head of power, and if so, to what extent? (2) If it intrudes, is it nevertheless part of a valid provincial legislative scheme? (3) If part of such a scheme, is it sufficiently integrated therewith? To dispose of this matter in favour of the Province, would require a finding that there is no sufficient connection between log recovery and shipping to justify federal jurisdiction. Such determination could not be made on the record before the Court. While this was a summary judgment application and it is up to each side to put its best foot forward, courts are not to rule upon the constitutional validity of legislation absent an adequate factual record. The matter must, therefore, go on to trial, it being understood that the validity of the provincial legislation remains to be decided.

Per Malone J.A.: Apart from the constitutional validity of the legislation, during argument it became apparent that there are disputed facts that will bear upon the ultimate disposition of this action should the federal legislation and the Convention ultimately prevail. These disputed facts raise genuine issues for trial as to the applicability of Chapter 3 of the Convention dealing with the rights of salvors and log recovery on the Fraser River. These issues include: is a log boom from which logs escape a vessel within the Convention definition; does the Province's ownership claim satisfy the ownership requirements of Article 8 dealing with the duties of the owner of a salvaged vessel or property; do the logs threaten the environment thus giving rise to a claim under Articles 13 and 14; and could a claim for special compensation assessable under Article 14 be successfully advanced against the Province?

Arrêt: l'appel est rejeté.

Le sauvetage n'étant pas une compétence énumérée à l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le fait que l'objet de la législation soit visé par la définition de sauvetage n'est pas concluant quant à la compétence constitutionnelle. Le sauvetage est un objet de compétence fédérale, parce qu'il entre dans une rubrique énumérée: les bâtiments ou navires. La définition d'assistance dans la Convention ne peut pas modifier la répartition des compétences dans le cadre de la Constitution. Donc, la véritable question est de savoir si le régime provincial de récupération de billots est suffisamment lié aux bâtiments ou navires pour que la définition élargie de sauvetage s'y applique.

Pour trancher la question de la validité de la législation provinciale, il faut se servir de l'analyse du caractère véritable décrite récemment par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*. Cette analyse comporte trois questions: 1) la disposition contestée empiète-t-elle sur une compétence fédérale et, si oui, dans quelle mesure? 2) s'il y a empiètement, la disposition contestée fait-elle néanmoins partie d'un régime législatif provincial valide? 3) si elle fait partie d'un tel régime, y est-elle suffisamment intégrée? Pour décider de cette affaire en faveur de la province, il faudrait en arriver à la conclusion qu'il n'existe pas un lien suffisant entre la récupération de billots et les bâtiments ou navires pour justifier une compétence fédérale. Le dossier dont la Cour dispose ne lui permet pas de rendre une telle décision. Bien qu'il s'agisse d'une demande en jugement sommaire et que chaque partie se doive de présenter sa cause sous son meilleur jour, les cours ne doivent pas se prononcer sur la validité constitutionnelle d'une législation en l'absence d'un dossier factuel adéquat. L'affaire doit donc être instruite, mais il est entendu que la question de la validité constitutionnelle de la législation provinciale n'a pas encore été tranchée.

Le juge Malone, J.C.A.: Hormis la validité constitutionnelle de la législation, au cours de l'argumentation, il est devenu évident qu'il y avait des faits contestés qui influenceraient l'issue de l'action si la législation fédérale et la Convention devaient prévaloir au bout du compte. Ces faits contestés soulèvent des questions sérieuses à instruire se rapportant à l'applicabilité du chapitre 3 de la Convention traitant des droits des assistants et à la récupération de billots sur la rivière Fraser. Il faudrait se pencher notamment sur les questions suivantes: une estacade, de laquelle se sont échappés les billots, est-elle un navire selon la définition donnée par la Convention; la revendication de propriété faite par la province satisfait-elle aux exigences de propriété découlant de l'article 8, qui traite des obligations du propriétaire d'un navire ou de biens sauvés; les billots menacent-ils l'environnement de manière à donner ouverture à une réclamation en vertu des articles 13 et 14; et, une réclamation pour une indemnité

spéciale calculée en vertu de l'article 14 et présentée à l'encontre de la province peut-elle être accueillie?

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 449.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 36, s. 1).

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91.

Forest Act, R.S.B.C., 1996, c. 157, ss. 122–126.

International Convention on Salvage, 1989, being Schedule V of *An Act to amend the Canada Shipping Act and to amend another Act in consequence thereof*, S.C. 1993, c. 36, Arts. 1 “property”, “salvage operation”, 8, 13, 14.

Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District, B.C. Reg. 220/81.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture), [2002] 2 S.C.R. 146; (2002), 210 D.L.R. (4th) 577; [2002] 6 W.W.R. 1; 1 B.C.L.R. (4th) 1; [2002] 2 C.N.L.R. 143; 165 B.C.A.C. 1; 286 N.R. 131.

DISTINGUISHED:

Feoso Oil Ltd. v. Sarla (The), [1995] 3 F.C. 68; (1995), 184 N.R. 307 (C.A.).

APPEAL from the decision of a Motions Judge ([2002] 4 F.C. 626) dismissing a motion for summary judgment regarding the constitutional validity of Part IX of a British Columbia statute, the *Forest Act*. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Timothy Leadem, Q.C. and *Nancy Brown* for appellants.

Angela McCue and *Margot Venton* for respondent.

David F. McEwen for interveners.

SOLICITORS OF RECORD:

Ministry of Attorney General Legal Services Branch, Victoria, B.C., for appellants.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Convention internationale de 1989 sur l'assistance, qui constitue l'annexe V de la *Loi modifiant la Loi sur la marine marchande du Canada et une autre loi en conséquence*, L.C. 1993, ch. 36, art. 1 «bien», «opération d'assistance», 8, 13, 14.

Forest Act, R.S.B.C., 1996, ch. 157, art. 122–126.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91.

Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 449.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 36, art. 1).

Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District, B.C. Reg. 220/81.

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture), [2002] 2 R.C.S. 146; (2002), 210 D.L.R. (4th) 577; [2002] 6 W.W.R. 1; 1 B.C.L.R. (4th) 1; [2002] 2 C.N.L.R. 143; 165 B.C.A.C. 1; 286 N.R. 131.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Feoso Oil Ltd. c. Sarla (Le), [1995] 3 C.F. 68; (1995), 184 N.R. 307 (C.A.).

APPEL à l'encontre de la décision d'un juge des requêtes ([2002] 4 C.F. 626) qui a rejeté une requête en jugement sommaire concernant la validité constitutionnelle de la partie IX d'une loi de la Colombie-Britannique, la *Forest Act*. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Timothy Leadem, c.r., et *Nancy Brown* pour les appellants.

Angela McCue et *Margot Venton* pour l'intimée.

David F. McEwen pour les intervenantes.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Direction des services juridiques du ministère du procureur général, Victoria (C.-B.), pour les appelants.

Sierra Legal Defence Fund, Vancouver, for respondent.
McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, for interveniers.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] PELLETIER J.A.: This is an appeal by Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia (the Province) from the dismissal of her motion for summary judgment. The plaintiff (respondent in the appeal) has brought an action seeking a declaration of invalidity of Part IX [sections 122-126] of the *Forest Act*, R.S.B.C., 1996, c. 157, dealing with marine log salvage, and its associated regulation (*Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District*, B.C. Reg. 220/81), on the ground that they are legislation in relation to salvage, a matter within exclusive federal jurisdiction. The Province sought to put an early end to the litigation by moving for summary judgment, asserting the constitutional validity of its legislation. However, its motion was dismissed for reasons which, while stopping short of a declaration of invalidity, left no doubt as to the Motion Judge's conclusion that the provincial legislation was *ultra vires*. That decision is reported at [2002] 4 F.C. 626 (T.D.).

[2] The activity in issue is the recovery of logs left behind in coastal waters and rivers as a result of logging operations. The Province has enacted a scheme which provides for licensing of those who engage in log recovery, the establishment of a body to receive and dispose of the logs, and the distribution of the proceeds of the sale of the recovered logs to those who recovered them, and to those who claim an interest in them. The legislation describes all of this in terms of log salvage but on my reading of it, the legislative purpose could have been accomplished just as easily had the word recovery been used instead of the word salvage. All of which is to say that I attach no significance to the use of the word "salvage" in the legislation.

[3] The respondent believes that the amounts paid to those who recover logs under the provincial scheme are

Sierra Legal Defence Fund, Vancouver, pour l'intimée.
McEwen, Schmitt & Co., pour les intervenantes.

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

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté par Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique (la province) à l'encontre du rejet de sa requête en jugement sommaire. La demanderesse (intimée dans l'appel) a intenté une action sollicitant un jugement déclarant invalide la partie IX [articles 122 à 126] de la *Forest Act*, R.S.B.C., 1996, ch. 157, portant sur la récupération maritime des billots, et son règlement d'application (*Log Salvage Regulation for the Vancouver Log Salvage District*, B.C. Reg. 220/81), au motif qu'ils constituent une législation liée au sauvetage, soit une matière relevant de la compétence exclusive du gouvernement fédéral. La province a cherché à abrégé le litige en présentant une requête en jugement sommaire, faisant valoir la validité constitutionnelle de sa législation. Sa requête a toutefois été rejetée pour des motifs qui, bien que n'étant pas une déclaration d'invalidité comme telle, ne laissent aucun doute sur la conclusion du juge des requêtes selon laquelle la législation provinciale était *ultra vires*. Cette décision est publiée à [2002] 4 C.F. 626 (1^{re} inst.).

[2] L'activité en cause est la récupération de billots laissés dans les eaux côtières et les rivières à la suite d'opérations forestières. La province a adopté un régime qui prévoit la délivrance de permis à ceux qui se livrent à la récupération des billots, l'établissement d'un organisme qui reçoit et vend les billots ainsi que la distribution du produit de la vente des billots récupérés à ceux qui les ont récupérés et à ceux qui revendiquent un intérêt dans ces billots. La législation utilise comme terme «récupération de billots» (*log salvage*), mais selon moi, l'objectif de la législation aurait été atteint aussi aisément si le mot «recovery» avait été utilisé au lieu du mot «salvage». Ceci étant dit, je n'attache aucune importance à l'utilisation du mot «salvage» dans la législation.

[3] L'intimée croit que les sommes payées à ceux qui récupèrent les billots dans le cadre du régime provincial

too low and, by way of a declaration of invalidity of the provincial legislation, seeks to bring itself within the more generous scheme contemplated by the *International Convention on Salvage, 1989* [being Schedule V of *An Act to amend the Canada Shipping Act and to amend another Act in consequence thereof*, S.C. 1993, c. 36] to which Canada is a signatory and which has been incorporated into the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985 c. S-9 (the Shipping Act). If it is successful, responsibility for an activity which the Province has regulated for some considerable time will pass to the Government of Canada which evinces little interest in assuming this burden as it has not appeared in these proceedings to assert the jurisdiction which the plaintiffs seek to bestow upon it.

[4] Section 449.1 [as enacted by S.C. 1993, c. 36, s. 1] of the Shipping Act declares the *International Convention on Salvage, 1989* (the Convention) to have the force of law in Canada. The Convention [at Article 1] defines “salvage operation” as “any act or activity undertaken to assist a vessel or any other property in danger in navigable waters or in any other waters whatsoever”. Property is defined as “any property not permanently and intentionally attached to the shoreline and includes freight at risk”. Salvage is not defined in the Shipping Act so that the definition in the Convention applies for purposes of this litigation.

[5] The learned Motions Judge concluded that once it is found that the subject-matter of Part IX of the *Forest Act* and its associated regulation falls within the definition of salvage in the Convention, there is no room for the Province to assert jurisdiction in relation to that subject-matter. He concluded [at paragraph 5], on the strength of the wording of the Convention and its incorporation into domestic law, that “Parliament has clearly legislated so as to extend the scope of marine salvage to include ‘property’ such as logs and booms of logs within the scope of the law of salvage”. He observed that when the drafters of the Convention made it applicable to “property of any kind”, they did not intend any restriction on the nature of the property.

sont trop faibles et elle cherche, par un jugement déclarant invalide la législation provinciale, à s’assujettir au régime plus généreux envisagé par la *Convention internationale de 1989 sur l’assistance* [qui constitue l’annexe V de la *Loi modifiant la Loi sur la marine marchande du Canada et une autre loi en conséquence*, L.C. 1993, ch. 36], de laquelle le Canada est signataire et qui a été intégrée dans la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9 (la Loi sur la marine marchande). Si elle a gain de cause, la responsabilité d’une activité que la province réglemente depuis longtemps se retrouvera entre les mains du gouvernement du Canada, lequel manifeste peu d’intérêt à assumer cette charge, puisqu’il n’a pas comparu en la présente instance afin de faire valoir la compétence qui, selon ce que prétend la demanderesse, lui revient.

[4] L’article 449.1 [édicte par L.C. 1993, ch. 36, art. 1] de la Loi sur la marine marchande prescrit que la *Convention internationale de 1989 sur l’assistance* (la Convention) a force de loi au Canada. La Convention [à l’article premier] définit «opération d’assistance» comme «tout acte ou activité entrepris pour assister un navire ou tout autre bien en danger dans des eaux navigables ou dans n’importe quelles autres eaux». «Bien» est défini comme «tout bien qui n’est pas attaché de façon permanente et intentionnelle au littoral et comprend le fret en risque». «Assistance» n’est pas définie dans la Loi sur la marine marchande de sorte que la définition de la Convention s’applique dans le cadre du présent litige.

[5] Le juge des requêtes a conclu qu’une fois qu’il est décidé que l’objet de la partie IX de la *Forest Act* et de son règlement d’application est visé par la définition d’assistance au sens de la Convention, la province ne peut pas, d’aucune façon, faire valoir sa compétence à l’égard de cet objet. Il a conclu [au paragraphe 5], sur la foi du libellé de la Convention et de son intégration dans le droit interne, que «le législateur a clairement légiféré de manière à ce que la notion de sauvetage maritime du droit du sauvetage vise les “biens” comme les billots et les estacades». Il a fait remarquer que lorsque les rédacteurs de la Convention ont fait en sorte qu’elle s’applique aux [TRADUCTION] «biens de toutes sortes», ils n’avaient pas l’intention d’imposer des restrictions quant à la nature des biens.

[6] Salvage is not itself an enumerated head of power under section 91 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [(as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] so that the fact that the subject-matter of the legislation falls within the definition of salvage is not conclusive of constitutional competence. Salvage is matter of federal jurisdiction because it comes within one of the enumerated heads, namely shipping. The definition of salvage in the Convention cannot alter the division of powers under the Constitution. Consequently, the question is not whether the provincial log recovery scheme falls within the expanded definition of salvage but whether that scheme has a sufficient connection to shipping such that the expanded definition of salvage would apply to it. In other words, log recovery is not an aspect of shipping (and subject to federal jurisdiction) simply because it falls within the definition of salvage. If the provincial scheme falls within federal jurisdiction, it is because it is necessarily ancillary to shipping and is therefore properly characterized as salvage.

[7] The question of the validity of the provincial legislation is to be decided by employing the pith and substance analysis as set out in *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, at paragraph 58:

1. Do the impugned provisions intrude into a federal head of power, and to what extent?
2. If the impugned provisions intrude into a federal head of power, are they nevertheless part of a valid provincial legislative scheme?
3. If the impugned provisions are part of a valid provincial legislative scheme, are they sufficiently integrated with the scheme?

[8] The Province has set out its position with respect to the connection between log recovery and logging and forestry. However to dispose of this matter in the manner sought by the Province would require me to find that there is no sufficient connection between log recovery

[6] Le sauvetage n'est pas en soi une compétence énumérée à l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [(mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], de sorte que le fait que l'objet de la législation soit visé par la définition de sauvetage n'est pas concluant quant à la compétence constitutionnelle. Le sauvetage est un objet de compétence fédérale, parce qu'il entre dans l'une des rubriques énumérées, à savoir les bâtiments ou navires. La définition d'assistance dans la Convention ne peut pas modifier la répartition des compétences dans le cadre de la Constitution. Par conséquent, la question n'est pas de savoir si le régime provincial de récupération des billots est visé par la définition élargie de sauvetage, mais plutôt de savoir si ce régime est suffisamment lié aux bâtiments ou navires pour que la définition élargie de sauvetage s'y applique. En d'autres mots, la récupération de billots n'est pas un aspect des notions de bâtiments ou de navires (et soumise à la compétence du gouvernement fédéral) du seul fait qu'elle soit visée par la définition de sauvetage. Si le régime provincial relève de la compétence du gouvernement fédéral, c'est parce qu'il est nécessairement accessoire aux bâtiments ou aux navires et qu'il est donc à juste titre qualifié de sauvetage.

[7] Pour trancher la question de la validité de la législation provinciale, il faut se servir de l'analyse du caractère véritable, qui a été établie dans l'arrêt *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, au paragraphe 58:

1. Les dispositions contestées empiètent-elles sur une compétence fédérale et dans quelle mesure?
2. Si les dispositions contestées empiètent sur une compétence fédérale, font-elles néanmoins partie d'un régime législatif provincial valide?
3. Si les dispositions contestées font partie d'un régime provincial valide, y sont-elles suffisamment intégrées?

[8] La province a établi sa position en relation avec le lien existant entre la récupération de billots et l'exploitation forestière et la foresterie. Pour décider dans le sens souhaité par la province, il faudrait toutefois que j'en arrive à la conclusion qu'il n'existe pas un lien

and shipping to justify federal jurisdiction. I do not have before me a record upon which I could make such a determination. Even though this is an application for summary judgment where the onus is on each party “to put their best foot forward” (see *Feoso Oil Ltd. v. Sarla (The)*, [1995] 3 F.C. 68 (C.A)), a court ought not to rule upon the constitutional validity of legislation except upon an adequate factual record.

[9] Consequently, I am unable to dispose of the question which was before the Motions Judge. The matter will therefore have to be decided by the Trial Judge on a fully developed record. The matter must proceed to trial, as the learned Motions Judge directed, but on the understanding that the constitutional validity of the provincial legislation has yet to be decided. Since this results in the same disposition of the motion for summary judgment as was arrived at by the Motions Judge, the appeal must be dismissed. By agreement of the parties, all will bear their own costs.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[10] MALONE J.A.: I concur with the reasons of Pelletier J.A. in this appeal but wish to add the following observations.

[11] Aside from the constitutional validity of the legislation one further matter must be addressed. In bringing her motion for summary judgment, the Province relied on undisputed constitutional facts agreed to by the respondent. However, during the course of argument, it became clear that there are other relevant but disputed facts that will bear upon the ultimate disposition of the action should the federal legislation and the Convention ultimately prevail.

suffisant entre la récupération de billots et les bâtiments ou navires pour justifier une compétence fédérale. Le dossier dont je dispose ne me permet pas de rendre une telle décision. Bien qu'il s'agisse d'une demande en jugement sommaire où chaque partie se doit de [TRADUCTION] «présenter [sa] cause sous son meilleur jour» (voir *Feoso Oil Ltd. c. Sarla (Le)*, [1995] 3 C.F. 68 (C.A)), une cour ne doit pas se prononcer sur la validité constitutionnelle d'une législation à moins de disposer d'un dossier factuel adéquat.

[9] Par conséquent, je ne peux pas me prononcer sur la question qui a été soumise au juge des requêtes. Il reviendra au juge qui présidera le procès de trancher l'affaire au vu d'un dossier complet. L'affaire doit être instruite, comme en a décidé le juge des requêtes, mais il est entendu que la question de la validité constitutionnelle de la législation provinciale n'a pas encore été tranchée. Comme la présente décision sur la requête en jugement sommaire est au même effet que celle du juge des requêtes, l'appel doit être rejeté. Selon ce que les parties ont convenu, chacune assumera ses propres frais.

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

* * *

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

[10] LE JUGE MALONE, J.C.A.: Je souscris aux motifs de M. le juge Pelletier au sujet du présent appel, mais j'aimerais ajouter les observations suivantes.

[11] Hormis la validité constitutionnelle de la législation, il y a lieu d'aborder une autre question. Lors de la présentation de sa requête en jugement sommaire, la province a invoqué des faits constitutionnels dont l'intimée a convenu. Toutefois, au cours de l'argumentation, il est devenu évident qu'il y avait d'autres faits pertinents quoique contestés qui influenceraient l'issue de l'action si la législation fédérale et la Convention devaient prévaloir au bout du compte.

[12] These disputed facts raise genuine issues for trial in connection with the applicability of Chapter 3 of the Convention dealing with the rights of salvors and log recovery on the Fraser River. Without limiting in any way the issues for trial, these would include whether a log boom from which the floating logs escape is a vessel as that term is defined in the Convention; whether the Province's ownership claim satisfied the ownership requirements of Article 8 dealing with the duties of the owner of a salvaged vessel or salvaged property; whether the subject logs threaten the environment so as to give rise to a claim under Articles 13 and 14; and, finally, whether a claim for special compensation assessable under Article 14 could successfully be advanced against the Province in these circumstances.

[13] While the record is unclear as to whether all of these issues were canvassed before the Motions Judge, collectively, they give rise to genuine issues for trial.

[12] Ces faits contestés soulèvent des questions sérieuses à instruire se rapportant à l'applicabilité du chapitre 3 de la Convention traitant des droits des assistants et à la récupération de billots sur la rivière Fraser. Sans limiter d'aucune manière les questions à instruire, il faudrait se pencher sur les questions suivantes, à savoir: si une estacade, de laquelle se sont échappés les billots flottants, est un navire selon la définition donnée par la Convention à ce mot; si la revendication de propriété faite par la province satisfait aux exigences de propriété découlant de l'article 8, qui traite des obligations du propriétaire d'un navire ou de biens sauvés; si les billots en cause menacent l'environnement de manière à donner ouverture à une réclamation en vertu des articles 13 et 14 et, en dernier lieu, si une réclamation pour une indemnité spéciale calculée en vertu de l'article 14 et présentée à l'encontre de la province peut être accueillie dans ces circonstances.

[13] Bien que le dossier ne soit pas clair quant à savoir si toutes ces questions ont été examinées minutieusement devant le juge des requêtes, elles soulèvent collectivement des questions sérieuses à instruire.

A-680-01
2003 FCA 40

A-680-01
2003 CAF 40

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

v.

c.

Rose Bear (*Respondent*)

Rose Bear (*intimée*)

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

RÉPERTORIÉ: BEAR c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)

Court of Appeal, Strayer, Nadon and Evans J.J.A.—
Vancouver, November 14, 2002; Ottawa, January 27,
2003.

Cour d'appel, juges Strayer, Nadon et Evans, J.C.A.—
Vancouver, 14 novembre 2002; Ottawa, 27 janvier 2003.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Crown appealing F.C.T.D. decision granting declaration certain Canada Pension Plan (CPP) provisions violating Charter, s. 15 — Respondent, Indian, having tax-exempt income as employed on reserve — Minister denying request to make retroactive CPP contributions — Issue: whether exclusion from CPP participation during years 1966-1988 discrimination, contrary to Charter, s. 15(1) — Nature, history of CPP legislation, why certain Indians excluded from participation, explained — Once Charter, s. 15 in force, Indians having tax-exempt income allowed to join CPP — F.C.T.D. holding discrimination based on race, impugned legislation not saved by Charter, s. 1 — Appeal allowed — Law v. Canada leading case on required steps in Charter, s. 15 analysis — CPP, s. 12(1) read with Income Tax Act, Indian Act, does draw distinction between respondent, other workers — Distinction based on race, contrary to s. 15(1) — Most difficult question: whether differential treatment discrimination in substantive sense — Purpose of s. 15(1): protection of human dignity — Test both subjective, objective — In absence of evidence, analysis can be carried out on judge's intuition, S.C.C. suggests — Word "dignity" absent from Charter — Untrue that all attenuation of personal dignity is prohibited discrimination — S. 15(1) not intended to eradicate all slights to human dignity, all differential treatment of categories of people under distributive justice social programmes — "Mischief" aimed at by Charter: blatant, profound attacks on equality often enacted for purpose involving such consequences — Essential human dignity to be safeguarded — Respondent arguing feelings of dignity undermined as will have to accept social assistance (Old Age Security) — Stereotype of Indians said to be reinforced — Appropriate comparator group discussed — Tax exemption not "historical disadvantage" — Respondent free to join comparator group by working off reserve — Irrelevant that ability to choose may be illusory in particular case — No evidence purpose of legislation to demean Indians' dignity — Parliament not assaulting dignity of some status Indians in selecting income tax law, administration as method for introducing CPP — Political climate of 1965 taken into

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La Couronne interjette appel d'un jugement rendu par la Section de première instance déclarant que certaines dispositions du Régime de pensions du Canada (RPC) contrevenaient à l'art. 15 de la Charte — L'intimée est une Indienne dont les revenus étaient exonérés d'impôt parce qu'elle travaillait dans une réserve — Le ministre avait refusé de permettre à l'intimée de verser rétroactivement des cotisations au RPC — Question en litige: l'interdiction de cotiser au RPC entre 1966 et 1988 constituait-elle de la discrimination en violation de l'art. 15(1) de la Charte? — Nature, historique de la Loi sur le RPC, raison pour laquelle certains Indiens étaient exonérés de cotisation — À la suite de l'entrée en vigueur de l'art. 15 de la Charte, les Indiens ayant des revenus exonérés d'impôts ont reçu la permission d'adhérer au RPC — La Section de première instance a conclu qu'il y avait discrimination fondée sur la race, que la législation contestée n'est pas justifiée en vertu de l'art. premier de la Charte — Appel accueilli — L'arrêt Law c. Canada est l'arrêt de principe dans lequel on trouve des lignes directrices sur l'interprétation de l'art. 15(1) de la Charte — L'art. 12(1) du RPC lu en corrélation avec la Loi de l'impôt sur le revenu et la Loi sur les Indiens établit une distinction entre l'intimée et les autres travailleurs — Distinction fondée sur la race en contravention de l'art. 15(1) — Question la plus difficile: la différence de traitement était-elle réellement de la discriminatoire? — L'objet de l'art. 15(1): la préservation de la dignité humaine — Le critère est à la fois objectif et subjectif — Selon la Cour suprême, faute de preuve, le juge peut procéder à l'analyse en se fiant à son intuition — Le mot «dignité» ne figure nulle part dans la Charte — Il n'est pas vrai que toute atteinte à la dignité de la personne constitue une forme de discrimination interdite — L'art. 15(1) ne visait pas à éradiquer toutes les atteintes à la dignité humaine, à faire disparaître toute différence de traitement des diverses catégories de personnes visées par des programmes sociaux de justice distributive — Le «problème» que visait à corriger l'adoption de la Charte: les atteintes les plus flagrantes et les plus graves portées aux droits à l'égalité par des dispositions législatives habituellement édictées dans un but qui comportait

account — CPP then lacking universal public support — Not demeaning to receive OAS benefits for which even Prime Minister, judges eligible.

Bill of Rights — F.C.A. reversing F.C.T.D. decision exclusion of Indians employed on reserve from CPP participation during years 1966-1988 as having tax-exempt income, contravening Canadian Bill of Rights, s. 1(b) — S.C.C. decisions post-Drybones holding s. 1(b), unlike 14th Amendment to U.S. Constitution, not guaranteeing equal benefit of law — Only guaranteeing equality in law administration by police, courts — No relief for respondent under Bill of Rights as law not differently administered, enforced in her case — Political will to guarantee equality under law, equal benefit of law only given constitutional effect with Charter.

Pensions — Canada Pension Plan — Crown appealing F.C.T.D. decision declaring invalid, as violating Charter, Bill of Rights, certain provisions of CPP — Issue: whether exclusion from CPP participation during 1966-1988 of those with tax-exempt income (Indians working on reserves) invalid — Nature of CPP explained — Relation to Income Tax Act, Indian Act — CPP legislation based on administrative, policy considerations — In 1965 Indians not having consensus on whether CPP should be imposed on them — How situation changed by Charter, s. 15 — Indians with tax-exempt income since allowed to join CPP — Minister denying respondent's request to make retroactive contributions — F.C.T.D. Judge correct in concluding legislation created distinction based on race, contrary to Charter — But distinction not based on stereotypical application of presumed group or personal characteristics — Purpose of Charter, s. 15 not to eradicate differential treatment of various categories of people under

de telles conséquences — La dignité humaine essentielle doit être protégée — L'intimée prétend que le fait qu'elle reçoit des prestations d'assistance sociale (Sécurité de la vieillesse) mine sérieusement ses sentiments de dignité personnelle — Son avocat a soutenu que le stéréotype des Indiens est renforcé — Discussion sur le choix du groupe de comparaison approprié — L'exemption d'impôt ne constitue pas un «désavantage historique» — Il était loisible à l'intimée de travailler à l'extérieur de la réserve et de joindre les rangs du groupe de comparaison — Il importe peu que dans certains cas la capacité d'exercer un choix puisse être illusoire — Il n'y a pas d'éléments de preuve qui appuient la thèse que la loi avait pour objet de saper la dignité des Indiens — Le législateur fédéral ne porte pas atteinte à la dignité de certains Indiens inscrits en optant pour une loi et un mécanisme administratif d'impôt sur le revenu pour mettre sur pied un RPC — Le climat politique qui régnait en 1965 doit être pris en compte — Le RPC ne recueillait pas alors l'assentiment universel de la population — La réception de prestations de SV n'est pas dégradante car même le Premier ministre et certains juges sont admissibles.

Déclaration des droits — La C.A.F. a renversé la décision rendue par la Section de première instance selon laquelle l'exclusion du RPC entre 1966 à 1988 des Indiens travaillant dans des réserves et ayant des revenus exonérés d'impôts contrevenait à l'art. 1b) de la Déclaration canadienne des droits — Les arrêts que la Cour suprême a rendus après l'arrêt Drybones démontrent que l'art. 1b), contrairement au 14^e amendement de la Constitution des États-Unis, ne garantit pas le droit à la protection égale de la loi — Il ne garantit que l'égalité dans l'administration de la loi par la police, les tribunaux — L'intimée ne bénéficie d'aucun recours en vertu de la Déclaration des droits car la loi n'est pas appliquée différemment dans son cas — La volonté politique de garantir l'égalité devant la loi et d'assurer la protection égale de la loi s'est matérialisée sur le plan constitutionnel avec l'adoption de la Charte.

Pensions — Régime de pensions du Canada — La Couronne interjette appel d'un jugement rendu par la Section de première instance déclarant que certaines dispositions du RPC contrevenaient à la Charte et à la Déclaration des droits — Question en litige: l'interdiction de cotiser au RPC entre 1966 et 1988 qui frappait les personnes ayant des revenus exonérés d'impôts (Indiens travaillant dans une réserve) était-elle invalide? — Explications sur la nature du RPC — Corrélation avec la Loi de l'impôt sur le revenu et la Loi sur les Indiens — La loi sur le RPC a été fondée sur des considérations administratives et politiques — En 1965, il n'y avait pas de consensus chez les Indiens à savoir s'ils devaient être assujettis au RPC — Effet de l'art. 15 de la Charte sur la situation — Les Indiens ayant des revenus exonérés d'impôts peuvent désormais cotiser au RPC — Le ministre n'a pas permis à l'intimée de cotiser rétroactivement — Le juge de première instance a eu raison de déclarer que la disposition

distributive justice social programmes — That, having less CPP benefits, respondent will need to accept social assistance benefits (Old Age Security) should not undermine her dignity: even Prime Minister, judges eligible therefor — Purpose of CPP not to demean Indians' dignity — Good faith reasons for basing definition of eligible income, on which CPP contributions paid, on Income Tax Act definitions — Contextual factors of 1965 taken into account: CPP did not then enjoy universal support among public, Indians — Arguable Indians' autonomy enhanced in not being forced to join CPP — Bill of Rights inapplicable as law not administered, enforced differently in respondent's case.

Native Peoples — Taxation — Indian employed on reserve enjoying tax-exempt status — Excluded from CPP participation during 1966-1988 — Whether Charter, s. 15(1), Canadian Bill of Rights, s. 1(b) contravened — Under Indian Act, s. 87 personal property of Indian situated on reserve exempt from taxation — At time CPP launched, no consensus on Indians' part whether should be forced to join CPP — After enactment of Charter, s. 15 tax-exempt Indians allowed to join CPP — Respondent's request to make retroactive contributions denied — F.C.T.D. Judge correctly held legislation made distinction based on race, but differential treatment not amounting to discrimination in substantive sense — Distinction not based on stereotypical application of presumed group or personal characteristics — Respondent's choice of comparator group not addressing full range of traits, history, circumstances of her group — Indians' tax exemption not "historical disadvantage" — Benefit reflecting obligation recognized by Crown since 1763 Royal Proclamation — Respondent could have joined comparator group by working off reserve — Up to Indian whether to remain in protected reserve system or integrate with commercial world — Purpose of CPP not to demean Indians' dignity — Impugned CPP provision not offending respondent's human dignity — No relief under Bill of Rights as law not differently administered, enforced in respondent's case.

contestée créait une distinction qui repose sur la race, et ce, en contravention de la Charte — Cette distinction n'est cependant pas fondée sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe — L'art. 15 de la Charte ne visait pas à éradiquer les différences de traitement des diverses catégories de personnes visées par des programmes sociaux de justice distributive — Le fait que l'intimée ait accumulé moins de prestations de retraite de sorte qu'elle devra s'en remettre à des prestations d'assistance sociale (Sécurité de la vieillesse) ne devrait pas miner sa dignité: même le Premier ministre et certains juges sont admissibles — L'objet du RPC n'était pas de saper la dignité des Indiens — Il existait des raisons valables de faire coïncider la définition de revenu admissible en fonction duquel les cotisations devaient être versées au RPC avec les définitions que l'on trouve dans la Loi de l'impôt sur le revenu — Les facteurs contextuels qui existaient en 1965 doivent être pris en compte: le RPC ne recueillait pas l'assentiment universel de la population et des Indiens — Il est discutable de prétendre que les Indiens jouissent d'une plus grande autonomie parce qu'ils ne sont pas obligés de cotiser au RPC — La Déclaration des droits est inapplicable, la loi n'ayant pas été appliquée différemment dans le cas de l'intimée.

Peuples autochtones — Taxation — Indienne travaillant dans une réserve dont les revenus étaient exonérés d'impôt — Il lui était interdit de cotiser au RPC entre 1966 et 1988 — Cela contrevenait-il à l'art. 15(1) de la Charte et à l'art. 1(b) de la Déclaration canadienne des droits? — En vertu de l'art. 87 de la Loi sur les Indiens, les biens meubles d'un Indien situé sur une réserve sont exemptés de taxation — À l'époque où le RPC est entré en vigueur, il n'y avait pas de consensus parmi les Indiens au sujet de l'opportunité d'assujettir les travailleurs indiens au RPC — Après l'adoption de l'art. 15 de la Charte, les Indiens ayant des revenus exonérés d'impôts ont obtenu le droit de cotiser au RPC — L'intimée s'est vu refuser l'autorisation de cotiser rétroactivement au RPC — Le juge de première instance a eu raison de conclure que la loi établissait une distinction fondée sur la race mais que la différence de traitement ne constituait pas de la discrimination au sens fondamental — La distinction n'était pas fondée sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe — Le choix de groupe de comparaison qu'a fait l'intimée ne tient pas compte de la diversité des traits, de l'histoire et de la situation des membres du groupe de comparaison — L'exemption fiscale dont bénéficient les Indiens ne constitue pas un «désavantage historique» — Cet avantage fait état d'une obligation envers les peuples autochtones dont la Couronne a reconnu l'existence depuis la signature de la Proclamation royale de 1763 — L'intimée aurait pu joindre les rangs du groupe de comparaison en se trouvant un emploi à l'extérieur de la réserve — Il appartient à l'Indien de décider s'il désire bénéficier du système de protection que constitue la réserve ou s'il veut s'intégrer davantage dans l'ensemble du monde des affaires — Le RPC n'a pas pour objet de saper la dignité des

Income Tax — Exemptions — Whether exclusion from CPP participation of Indians employed on reserve, having tax-exempt status, contravening Charter, s. 15 or Canadian Bill of Rights — Under Income Tax Act (ITA), s. 81(1)(a), amount exempt under another federal statute not included in computing income — Under Indian Act, s. 87, personal property of Indian on reserve tax-exempt — CPP contributions could not be based on, required from tax-exempt Indian income — Once Charter, s. 15 enacted, Indians with tax exempt income allowed to join CPP — Crown arguing respondent not prevented from contributing due to personal characteristic (race) but for lack of taxable income as defined by ITA — Indians' tax exemption a benefit, not "historical disadvantage" — Good faith reasons for basing definition of eligible income, on which CPP contributions paid, on ITA definitions of income — Parliament not assaulting dignity of some Indians by selecting income tax law, administration as methods for introducing CPP.

This was an appeal by the Crown from a Trial Division decision in an application for judicial review of the Minister's refusal to permit respondent to make retroactive contributions to the *Canada Pension Plan* (CPP). At issue was whether exclusion from CPP participation during the years 1966-1988 by those having tax-exempt income—such as Indians employed on a reserve—was discrimination, contrary to Charter, subsection 15(1) or *Canadian Bill of Rights*, paragraph 1(b).

The CPP came into force in 1965. It is a federal law which established a partially funded national pension plan (except for Quebec, which at that time set up a separate plan) to which contributions have to be made by both employers and employees, or by the self-employed where there is no contract of employment. Under *Income Tax Act*, paragraph 81(1)(a), an amount declared exempt by any other federal statute is not to be included in computing a taxpayer's income. Section 87 of

Indiens — La disposition contestée du RPC ne porte pas atteinte à la dignité humaine de l'intimée — La Déclaration des droits est inapplicable, la loi n'ayant pas été appliquée différemment dans le cas de l'intimée.

Impôt sur le revenu — Exemptions — L'interdiction de cotiser au RPC qui frappait des Indiens travaillant dans une réserve et dont les revenus étaient exonérés d'impôts, contrevenait-elle à l'art. 15 de la Charte ou à la Déclaration canadienne des droits? — En vertu de l'art. 81(1)a de la Loi de l'impôt sur le revenu, une somme exonérée de l'impôt sur le revenu par toute autre loi fédérale n'est pas incluse dans le calcul du revenu d'un contribuable — En vertu de l'art. 87 de la Loi sur les Indiens, les biens meubles d'un Indien situés sur une réserve sont exemptés de taxation — Les cotisations au RPC ne pouvaient être calculées d'après les revenus exonérés d'impôts des Indiens et ces derniers ne pouvaient être forcés de cotiser au RPC — Ce n'est que lorsque que l'art. 15 de la Charte a été adopté que les Indiens ayant des revenus exonérés d'impôts ont été autorisés à cotiser au RPC — La Couronne prétend que la possibilité de cotiser au RPC a été refusée à l'intimée non pas en raison d'une caractéristique personnelle (race) mais plutôt parce qu'elle n'avait aucun revenu imposable au sens de la Loi de l'impôt sur le revenu — L'exemption fiscale dont bénéficient les Indiens est un avantage et non pas un «désavantage historique» — Il existait des raisons valables de faire coïncider la définition du revenu admissible en fonction duquel les cotisations devaient être versées au RPC avec les définitions du revenu que l'on trouve dans la Loi de l'impôt sur le revenu — Le choix qu'a fait le législateur en optant pour une loi et un mécanisme administratif d'impôt sur le revenu pour mettre sur pied le RPC ne constitue pas une atteinte à la dignité de certains Indiens.

La Cour statue sur l'appel d'un jugement rendu par la Section de première instance, qui était saisie d'une demande de contrôle judiciaire visant une décision par laquelle un représentant du ministre du Revenu national avait refusé de permettre à l'intimée de verser rétroactivement des cotisations au *Régime de pensions du Canada* (le RPC). La question en litige est celle de savoir si l'interdiction de cotiser au RPC qui, entre 1966 et 1988, frappait les personnes dont les revenus étaient exonérés d'impôts—tels que les Indiens travaillant dans une réserve—constituait de la discrimination envers ces personnes, en violation du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou de l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Le RPC est entré en vigueur en 1965. Il s'agit d'une loi fédérale qui a créé un régime national de pensions par capitalisation partielle (sauf dans le cas du Québec, qui instituait au même moment son propre régime) qui obligeait les employeurs et les employés, de même que les travailleurs autonomes non liés par un contrat de travail, à cotiser à parts égales à ce régime. En vertu de l'alinéa 81(1)a de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une somme exonérée de l'impôt sur le

the *Indian Act* provides that the personal property of an Indian situated on a reserve is exempt from taxation. Accordingly, while Indians were not specifically excluded from CPP participation, Plan contributions were based on income as defined by and calculated under the *Income Tax Act*. Contributions to the CPP could neither be based on nor required from tax-exempt Indian income. Income earned by an Indian on a reserve is tax exempt under *Indian Act*, section 87.

The Government realized that Indians working on a reserve would be excluded from the Plan but the legislation was based on administrative and policy considerations. For their part, the Indians had not reached a consensus as to whether the Plan should be imposed on them. But following enactment of the Charter, and in particular section 15 (equality rights), it was decided to allow individual Indians having tax-exempt income to voluntarily join the CPP. This was achieved by amending subsection 6(2) of the CPP by adding a paragraph making tax-exempt Indian employment "excepted employment", thereby removing it from "pensionable employment" under the CPP and giving the Governor in Council power to include this "excepted employment" as pensionable employment for CPP purposes. In December, 1988 the *Canada Pension Plan Regulations* were amended to provide for elections and the collection of contributions.

Respondent, an employee of a First Nation since 1966, applied in 1987 to make CPP contributions on her non-taxable reserve income but was refused. In 1989 pursuant to an election made on her behalf by her employer, both have since contributed. Then, in 1992, she applied to make retroactive contributions for the period 1966-1988 but was advised that retroactive payments could not be accepted. Respondent made application for judicial review, seeking declarations that the CPP was in breach of Charter, sections 6 and 15, Bill of Rights, section 1, that her employment since 1966 be deemed "pensionable employment" and that she be permitted to contribute retroactively as well as an order for the payment of damages under Charter, subsection 24(1).

The Judge below concluded that there could be no Charter entitlement prior to April 17, 1985 (when section 15 came into

revenu par toute autre loi fédérale n'est pas incluse dans le calcul du revenu d'un contribuable. L'article 87 de la *Loi sur les Indiens* prévoit que les biens meubles d'un Indien situés sur une réserve sont exemptés de taxation. Par conséquent, bien que le RPC n'exclue pas expressément les Indiens de son champ d'application, ses dispositions ont pour effet de baser le calcul des cotisations au RPC sur le revenu défini et calculé à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les cotisations au RPC ne pouvaient être calculées d'après les revenus exonérés d'impôts des Indiens et ces derniers ne pouvaient être forcés de cotiser au RPC. Le revenu gagné par un Indien dans une réserve est exonéré d'impôts en vertu de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*.

Le gouvernement du Canada était conscient que les Indiens travaillant dans une réserve ne seraient pas visés par le Régime mais la loi était fondée sur des considérations administratives et politiques. De plus, il n'y avait pas de consensus parmi les Indiens au sujet de l'opportunité d'assujettir les travailleurs indiens au RPC. Mais à la suite de l'entrée en vigueur de la Charte, en particulier l'article 15 (droits à l'égalité), des mesures ont été prises pour permettre aux Indiens ayant des revenus exonérés d'impôts d'adhérer à titre individuel et de leur plein gré au RPC. À cette fin, le paragraphe 6(2) du RPC a été modifié par l'insertion d'un alinéa faisant de l'emploi exonéré d'impôts par un Indien un «emploi excepté», c'est-à-dire soustrayant explicitement cet emploi aux «emplois ouvrant droit à pension» au sens du RPC et conférant au gouverneur en conseil le pouvoir d'ajouter ce type d'«emploi excepté» à la liste des «emplois ouvrant droit à pension» au sens du RPC. En décembre 1988, des modifications ont été apportées au *Règlement sur le Régime de pensions du Canada* afin de prévoir des dispositions concernant l'exercice du choix et la perception des cotisations.

L'intimée travaille pour une Première nation depuis 1966 et, en 1987, a demandé de pouvoir cotiser au RPC en fonction des revenus non imposables qu'elle avait gagnés dans la réserve. Sa demande a été refusée. En 1989, par suite du choix exercé par son employeur en son nom, l'intimée et son employeur ont commencé à cotiser au RPC. En 1992, l'intimée a demandé d'être autorisée à cotiser rétroactivement au Régime pour la période allant de 1966 à la fin de 1988. Elle a été informée qu'il ne lui était pas permis de cotiser rétroactivement. L'intimée a déposé un avis de demande de contrôle judiciaire dans lequel elle demandait notamment à la Cour de déclarer que le *Régime de pensions du Canada* contrevenait aux articles 6 et 15 de la Charte et à l'article premier de la Déclaration des droits, de présumer que son emploi était un «emploi ouvrant droit à pension» depuis 1966, de l'autoriser à cotiser rétroactivement au Régime et de condamner la défenderesse à lui verser des dommages-intérêts en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte.

Le juge de première instance a conclu que la demanderesse n'avait pas droit à une réparation au titre de la Charte avant le

effect). The effective exclusion from CPP participation of Indians employed on reserves was discriminatory based on race. The Charter violation could not be justified under section 1. It was further held that the impugned provisions violate Bill of Rights, paragraph 1(b). Payment of damages was the only claimed relief not granted.

Upon appeal, the arguments for the Crown were: the pre-1989 CPP provisions did not violate Charter, section 15; the Charter should not be given retroactive application; even if section 15 was infringed, it was justified under section 1; the Bill of Rights was not infringed; in any event, the remedies granted were inappropriate.

Held, the appeal should be allowed with costs at both Court levels.

In view of the growing multitude of factors which have now been identified by the Supreme Court of Canada as having to be taken into consideration, the most difficult issue raised by this appeal was as to whether Charter, subsection 15(1) had been infringed. The leading case on the three required steps in an application of this provision is *Law v. Canada (Minister of Citizenship and Employment)*.

(1) The impugned legislation—CPP, subsection 12(1)—read in association with the relevant provisions of the *Income Tax Act* and *Indian Act*, does draw a distinction between respondent and other Canadian workers.

(2) The second inquiry is as to whether claimant was subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds. On this issue, the Crown's submission was that respondent was prevented from contributing not based on a personal characteristic (race) but for lack of taxable "income" as defined by the *Income Tax Act*. It was, however, to be observed that claimant's disqualification resulted from a combination of facts: she was an Indian and earned her income on a reserve. Thus, the Trial Division Judge did not err in concluding that the distinction complained of was based on claimant's race, contrary to Charter, subsection 15(1). A non-Indian employed on a reserve would have been entitled and indeed obliged to participate in the CPP.

(3) Even more difficult was the inquiry into whether this differential treatment based on race amounted to discrimination

17 avril 1985, date à laquelle l'article 15 est entré en vigueur. L'exclusion effective du RPC des Indiens travaillant dans des réserves constituait une mesure discriminatoire fondée sur la race. La contravention à la Charte ne peut être justifiée en vertu de l'article premier. Le juge de première instance a déclaré que les dispositions contestées contrevenaient à l'alinéa 1b) de la Déclaration des droits. Le versement de dommages-intérêts est la seule réparation sollicitée qui n'a pas été accordée.

L'appelante invoque les moyens suivants au soutien de l'appel qu'elle interjette de cette décision: les dispositions du RPC en vigueur avant 1989 ne portaient pas atteinte à l'article 15 de la Charte; l'on ne devrait pas appliquer la Charte rétroactivement; toute atteinte à l'article 15 est justifiable en vertu de l'article premier de la Charte; de toute façon, les réparations accordées ne conviennent pas.

Arrêt: l'appel doit être accueilli et les dépens adjugés à l'appelante tant en appel qu'en première instance.

Compte tenu du nombre croissant de facteurs dont, selon la jurisprudence de la Cour Suprême, il faut tenir compte, la question la plus épineuse soulevée dans le présent appel est de savoir si le paragraphe 15(1) de la Charte a été violé. L'arrêt de principe dans lequel on trouve des lignes directrices sur l'application de cette disposition est l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*.

1) La disposition contestée—le paragraphe 12(1) du RPC—lue en corrélation avec les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la *Loi sur les Indiens*, établit une distinction entre l'intimée et les autres travailleurs canadiens.

2) La deuxième question est celle de savoir si le demandeur a subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues. La Couronne soutient que la possibilité de cotiser au RPC a été refusée à l'intimée non pas en raison d'une caractéristique personnelle telle que la race, mais plutôt parce qu'elle n'avait aucun «revenu» imposable au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Toutefois, il y a lieu de faire remarquer que la demanderesse n'avait pas le droit d'adhérer au RPC en raison d'une combinaison de facteurs, en l'occurrence le fait qu'elle était une Indienne et le fait qu'elle gagnait son revenu dans une réserve. Par conséquent, le juge de première instance ne s'est pas trompé en affirmant que la distinction dont l'intimée se plaint en l'espèce repose sur une distinction fondée sur la race, distinction qui est interdite par le paragraphe 15(1) de la Charte. Si l'intimée n'était pas une Indienne, même si elle travaillait dans une réserve, elle aurait non seulement eu droit de cotiser au RPC mais elle aurait été obligée de le faire.

3) La question la plus difficile est celle de savoir si la différence de traitement fondé sur la race était réellement

in a substantive sense. The Court's duty was to determine whether the distinction was based on "the stereotypical application of presumed group or personal characteristics". It was held in *Law* that the purpose of subsection 15(1) was "the protection of human dignity". The test for determining whether a claimant's dignity has been undermined by a law in manner contrary to Charter, subsection 15(1) has been held to be both subjective and objective. Supreme Court case law suggests that this analysis can, in the absence of evidence (which is usually lacking), be confidently carried out by a court largely on the strength of the judge's intuition. It was noteworthy that the word "dignity" nowhere appears in the Charter. The proposition that, because all discrimination prohibited by the language of subsection 15(1) attenuates the dignity of its victims, therefore all attenuation of personal dignity is a prohibited form of discrimination, is a false syllogism. To follow that logic would be to trivialize the great purposes of the Charter. The subsection was not intended to stamp out all slights to human dignity in general, or in particular to eradicate all differential treatment of various categories of people under social programmes of distributive justice. Rather, the "mischief" aimed at by the Charter was the more blatant and profound attacks on equality most often enacted for a purpose that would involve such consequences. It was essential human dignity that the provision sought to safeguard.

Respondent's affidavit in the Trial Division indicated that her feelings of self-worth and dignity were severely undermined by the fact that, having accumulated fewer pension benefits than other working Canadians, she will be forced to collect social assistance benefits such as Old Age Security. This was said to reinforce a stereotype of Indians as incapable of providing for their future security. The dissimilarities between two comparator groups (Indians earning income on reserves and "other working Canadians") are, however, greater than respondent assumes. Her choice of comparator group failed to adequately address the full range of traits, history, and circumstances of the comparator group of which she is a member. Her group would be more accurately described as "status Indians earning tax exempt income on a reserve". The tax exemption is hardly an "historical disadvantage". It is rather a benefit connected with the protection of Indians on lands reserved for them and reflects an obligation recognized by the Crown since the signing of the Royal Proclamation of 1763. That respondent is a beneficiary of this exemption makes her comparator group dissimilar to "other working Canadians"—many of whom are also status Indians. She had a choice to accept employment off-reserve thereby joining the comparator group. As pointed out by Gonthier J. in *Williams*

discriminatoire. Le tribunal est invité à déterminer si la distinction reprochée est fondée sur «l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe». Dans l'arrêt *Law*, on a décidé que l'objectif général du paragraphe 15(1) était «la préservation de la dignité humaine». Le critère permettant de déterminer si la dignité d'un demandeur a été bafouée par une loi en violation du paragraphe 15(1) de la Charte est à la fois objectif et subjectif. Il ressort de la jurisprudence de la Cour suprême que, faute de preuve (ce qui est habituellement le cas), le juge peut avec confiance procéder à cette analyse en se fiant à son intuition. Il est frappant de constater que le mot «dignité» ne figure nulle part dans la Charte. On doit prendre garde de ne pas tomber dans un faux syllogisme en concluant que, parce que tous les actes discriminatoires interdits par le libellé du paragraphe 15(1) ont pour effet de porter atteinte à la dignité des personnes qui en sont victimes, en conséquence, toute atteinte à la dignité de la personne constitue une forme de discrimination interdite. Suivre une telle logique aurait pour effet de banaliser les grands objectifs de la Charte. Ce paragraphe ne visait pas à éradiquer toutes les atteintes à la dignité humaine en général ou en particulier à faire disparaître toute différence de traitement des diverses catégories de personnes visées par des programmes sociaux de justice distributive. La Charte visait plutôt à réparer les atteintes plus flagrantes et plus graves portées aux droits à l'égalité par des dispositions législatives qui étaient habituellement édictées dans un but qui comportait de toute évidence de telles conséquences. Le paragraphe 15(1) a pour objet d'empêcher toute atteinte à la dignité humaine essentielle.

L'intimée a déposé un affidavit devant la Section de première instance dans lequel elle affirme que ses sentiments de valeur et de dignité personnelle étaient sérieusement minés par le fait qu'elle avait accumulé moins de prestations de retraite que les autres travailleurs canadiens, de sorte qu'elle devra s'en remettre à des prestations d'assistance sociale telles que celles de la sécurité de la vieillesse. On a soutenu que cette conclusion renforce le stéréotype que les Indiens sont incapables de pourvoir à leur sécurité future. Les dissemblances entre les deux groupes de comparaison (les Indiens qui gagnent leur revenu dans des réserves et les «autres Canadiens qui travaillent») sont plus prononcées que ce que l'intimée suppose. Son groupe de comparaison ne tient pas adéquatement compte de la diversité des traits, de l'histoire et de la situation des membres du groupe de comparaison auquel elle appartient. On peut qualifier son groupe comme étant composé d'«Indiens inscrits gagnant un revenu exonéré d'impôts dans une réserve». L'exemption fiscale ne constitue pas un «désavantage historique». Elle est plutôt un avantage lié à la protection des Indiens sur les terres qui leur sont réservées et fait état d'une obligation dont la Couronne a reconnu l'existence tout au moins depuis la signature de la Proclamation royale de 1763. Le fait que l'intimée a bénéficié

v. *Canada*, “[w]hether the Indian wishes to remain within the protected reserve system or integrate more fully into the larger commercial world is a choice left to the Indian”. While in particular cases the ability to exercise a choice may be illusory, there is, in principle, a choice.

There was no evidence that the purpose of the legislation was to demean the Indians’ dignity. There were good faith reasons for basing the definition of eligible income, on which contributions would have to be paid to the CPP, on the definitions of income in the *Income Tax Act*. Perhaps the scheme could have been arranged otherwise, but it cannot be said that Parliament, in 1965, did not have the right to proceed as it did. It could not be concluded that, in selecting income tax law and administration as the method for introducing this ambitious mandatory pension plan, Parliament had assaulted the dignity of some status Indians. Thousands of status Indians working off reserves were not excluded; many thousands of non-Indians remain excluded because they have had little, if any, taxable income in their entire lives. Given that there was not, in 1965, universal support for the CPP, it would be historic revisionism to assume that one in respondent’s circumstances, rationally taking into account the contextual factors of the time, would have concluded that her human dignity was attacked because neither she nor her Indian employer was compelled to make CPP contributions. It could even be argued that those in respondent’s position are allowed an enhanced degree of personal autonomy than that possessed by most Canadians in not being forced to make provision for their future through the CPP, like it or not.

While respondent will receive less income from CPP due to not having contributed during her whole career, her total income from all provincial and federal programmes will exceed that of other Canadians who have made maximum CPP contributions. Respondent, however, maintains that these other benefits are in the nature of “social assistance payments”, the receipt of which will undermine her feelings of self-worth and dignity. But how can OAS benefits—payable to those 65 and

de cette exemption rend son groupe de comparaison différent de celui des «autres Canadiens qui travaillent», dont bon nombre sont également des Indiens inscrits. Il était loisible à l’intimée de se trouver un emploi à l’extérieur de la réserve et de joindre ainsi les rangs du groupe de comparaison. Comme l’a souligné le juge Gonthier dans l’arrêt *Williams c. Canada*: «Il appartient à l’Indien de décider s’il désire bénéficier du système de protection que constitue la réserve ou s’il veut s’intégrer davantage dans l’ensemble du monde des affaires». Bien qu’il fut reconnu que, dans certains cas, la capacité d’exercer un choix peut être illusoire, il existe néanmoins en principe un choix.

Il n’y a pas d’éléments de preuve qui appuient la thèse voulant que la loi avait pour objet de saper la dignité des Indiens. Il existait des raisons valables de faire coïncider la définition du revenu admissible, en fonction duquel les cotisations devaient être versées au RPC, avec les définitions du revenu que l’on trouve dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Peut-être que cet ambitieux régime aurait pu être instauré autrement, mais on ne peut pas prétendre que le législateur fédéral n’avait pas le droit d’agir comme il l’a fait en 1965. On voit mal comment on pourrait considérer que le choix qu’a fait le législateur en optant pour une loi et un mécanisme administratif d’impôt sur le revenu pour mettre sur pied un régime de retraite à participation obligatoire aussi ambitieux constitue une atteinte à la dignité de certains Indiens inscrits. Des milliers d’Indiens inscrits qui travaillent à l’extérieur des réserves n’ont jamais été exclus; des milliers de Canadiens qui ne sont pas des Indiens demeurent inadmissibles parce qu’ils n’ont pas eu de revenu imposable au cours de leur vie active ou parce que leur revenu imposable était trop faible. Compte tenu qu’en 1965 le RPC ne recueillait pas l’assentiment universel de la population, on tomberait dans le révisionnisme historique si l’on tenait pour acquis qu’une personne se trouvant dans une situation semblable à celle de l’intimée aurait conclu que sa dignité humaine serait attaquée du simple fait que ni elle, ni son employeur indien, n’étaient obligés de commencer à cotiser au RPC. On pourrait d’ailleurs avancer que les personnes qui se trouvent dans une situation semblable à celle de l’appelante jouissent d’une plus grande autonomie personnelle en ce qui concerne la gestion de leurs ressources parce qu’elles ne sont pas tenues, contrairement à la plupart des Canadiens, de subvenir à leurs besoins et d’assurer bon gré mal gré leur sécurité future par le biais du RPC.

Bien que l’intimée reçoive moins de prestations du RPC parce qu’elle n’y a pas cotisé pendant toute la durée de sa vie active, elle recevra un montant plus élevé de l’ensemble des programmes fédéraux et provinciaux que les autres Canadiens qui ont versé les cotisations maximales au RPC. L’intimée qualifie toutefois ces paiements de «prestations d’assistance sociale» et affirme que le fait de recevoir ces prestations mine sérieusement ses sentiments de valeur et de dignité

older—be thought of as demeaning when even the Prime Minister and some of Her Majesty’s judges are eligible?

Taking into account both respondent’s perspective and the “subjective-objective” perspective of one in similar circumstances rationally considering the contextual factors, it could not be concluded that CPP, subsection 12(1) offended respondent’s human dignity during the period in question or contravened Charter, subsection 15(1). If that conclusion is in error, certainly the Charter would have no application prior to April 17, 1985 (the day that subsection 15(1) came into effect).

The Judge below also granted relief under section 1 of the *Canadian Bill of Rights*, relying in particular on the Supreme Court decision in *R. v. Drybones*. But subsequent judgments of that Court made it clear that paragraph 1(b) neither explicitly nor implicitly guaranteed equal benefit of the law. Unlike the 14th Amendment to the American Constitution, it merely guaranteed equality in the administration of the law by law enforcement authorities and the ordinary courts: *Attorney General of Canada v. Lavell*. Thus, in *Bliss v. Attorney General (Can.)*, the Supreme Court declined to apply paragraph 1(b) to invalidate certain provisions of the *Unemployment Insurance Act, 1971* which gave benefits to one class of women but not to others. It was against this background that Charter, subsection 15(1) was drafted, providing for equal benefit of the law. Thus, respondent could have no relief under the Bill of Rights, the law not having been differently administered or enforced in her case. Not until the coming into force of the Charter was the political will to guarantee equality under the law and equal benefit of the law given constitutional effect.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 2(1) “contributory salary and wages”, “pensionable employment”, 6(1),(2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 2), 7(1), 12(1), 108(4).

Canada Pension Plan, S.C. 1964-65, c. 51.

Canada Pension Plan Regulations, C.R.C., c. 385, s. 29.1 (as enacted by SOR/88-631, s. 1).

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 1(b).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of

personnelles. Il est difficile d’accepter que la réception de prestations de SV, payables à toute personne âgée d’au moins 65 ans, soit considérée comme dégradante alors que même le Premier ministre et certains juges sont admissibles.

Compte tenu du point de vue de l’intimée et du point de vue «subjectif-objectif» d’une personne se trouvant dans une situation semblable à celle de l’intimée et qui prend en considération de façon rationnelle les divers facteurs contextuels, on ne peut conclure que le paragraphe 12(1) du RPC portait atteinte à la dignité humaine de l’intimée au cours de la période en question ou que le RPC contrevenait au paragraphe 15(1) de la Charte. Si cette conclusion est erronée, tout effet que la Charte pourrait avoir eu sur la situation ne pourrait remonter à une date antérieure au 17 avril 1985 (date à laquelle le paragraphe 15(1) est entré en vigueur).

Le juge de première instance a accordé une réparation en vertu de l’article premier de la Déclaration des droits en se fondant sur l’arrêt rendu par la Cour suprême dans l’affaire *R. c. Drybones*. Les arrêts que la Cour suprême a rendus après l’arrêt *Drybones* démontrent que l’alinéa 1b) ne garantissait pas explicitement ou implicitement le droit à la protection égale de la loi. Contrairement au 14^e Amendement de la Constitution des États-Unis, il ne garantit que l’égalité dans l’administration ou l’application de la loi par les fonctionnaires chargés de son application et par les tribunaux de droit commun du pays: *Procureur général du Canada c. Lavell*. Par conséquent, dans l’arrêt *Bliss c. Procureur général du Canada*, la Cour suprême a refusé d’appliquer l’alinéa 1b) de manière à invalider certaines dispositions de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage* qui conféraient certains avantages à une catégorie de femmes mais pas à d’autres. C’est en tenant compte de cette jurisprudence que le législateur a rédigé le paragraphe 15(1) en y ajoutant les notions de droit à l’égalité devant la loi. Par conséquent, la Déclaration des droits n’est d’aucun secours à l’intimée, la loi n’ayant pas été appliquée différemment dans le cas de l’intimée. Ce n’est que lorsque la Charte a été adoptée que la volonté politique de garantir l’égalité devant la loi et d’assurer la protection égale de la loi s’est matérialisée sur le plan constitutionnel.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 6, 15, 24(1).

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III, art. 1b).

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 125.

the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 6, 15, 24(1).
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 125.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4).
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 81(1)(a).
Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, s. 94(b).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 87.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48.

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 81(1)a).
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 87.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 94b).
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 2(1) «emploi ouvrant droit à pension», «traitement et salaire sur lesquels a été versée une cotisation», 6(1),(2) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 2), 7(1), 12(1), 108(4).
Régime de pensions du Canada, S.C. 1964-65, ch. 51.
Règlement sur le Régime de pensions du Canada, C.R.C., ch. 385, art. 29.1 (édicte par DORS/88-631, art. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 60 C.R.R. (2d) 1; 236 N.R. 1; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh* (2002), 210 N.S.R. (2d) 273; 221 D.L.R. (4th) 1; 102 C.R.R. (2d) 1; 297 N.R. 203 32 R.F.L. (5th) 81 (S.C.C.); *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877; (1992), 90 D.L.R. (4th) 129; 41 C.C.E.L. 1; [1992] 3 C.N.L.R. 181; [1992] 1 C.T.C. 225; 92 DTC 6320; 136 N.R. 161; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; (1973), 38 D.L.R. (3d) 481; 7 C.N.L.C. 236; 23 C.R.N.S. 197; 11 R.F.L. 333; *Bliss v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 183; (1978), 92 D.L.R. (3d) 417; [1978] 6 W.W.R. 711; 78 CLLC 14,175; 23 N.R. 527; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; 26 C.R.R. 59; 70 N.R. 1; *Babcock v. Canada (Attorney General)* (2002), 214 D.L.R. (4th) 193; [2002] 8 W.W.R. 585; 3 B.C.L.R. (4th) 1; 168 B.C.A.C. 50; 3 C.R. (6th) 1; 289 N.R. 341 (S.C.C.).

APPLIED:

Singh v. Canada (Attorney General), [2000] 3 F.C. 185; (2000), 183 D.L.R. (4th) 458; 20 Admin. L.R. (3d) 168; 251 N.R. 318 (C.A.).

CONSIDERED:

R. v. Drybones, [1970] S.C.R. 282; (1969), 9 D.L.R. (3d) 473; 71 W.W.R. 161; [1970] 3 C.C.C. 355; 6 C.N.L.C. 273; 10 C.R.N.S. 334.

REFERRED TO:

Nowegijick v. The Queen, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20;

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 60 C.R.R. (2d) 1; 236 N.R. 1; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, (2002), 210 N.S.R. (2d) 273; 221 D.L.R. (4th) 1; 102 C.R.R. (2d) 1; 297 N.R. 203 32 R.F.L. (5th) 81 (C.S.C.) CSC 83; [2002] A.C.S. n° 84 (QL); *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877; (1992), 90 D.L.R. (4th) 129; 41 C.C.E.L. 1; [1992] 3 C.N.L.R. 181; [1992] 1 C.T.C. 225; 92 DTC 6320; 136 N.R. 161; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; (1973), 38 D.L.R. (3d) 481; 7 C.N.L.C. 236; 23 C.R.N.S. 197; 11 R.F.L. 333; *Bliss c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 183; (1978), 92 D.L.R. (3d) 417; [1978] 6 W.W.R. 711; 78 CLLC 14,175; 23 N.R. 527; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; 26 C.R.R. 59; 70 N.R. 1; *Babcock c. Canada (Procureur général)* (2002), 214 D.L.R. (4th) 193; [2002] 8 W.W.R. 585; 3 B.C.L.R. (4th) 1; 168 B.C.A.C. 50; 3 C.R. (6th) 1; 289 N.R. 341 (C.S.C.).

DÉCISION APPLIQUÉE:

Singh c. Canada (Procureur général), [2000] 3 C.F. 185; (2000), 183 D.L.R. (4th) 458; 20 Admin. L.R. (3d) 168; 251 N.R. 318 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

R. c. Drybones, [1970] R.C.S. 282; (1969), 9 D.L.R. (3d) 473; 71 W.W.R. 161; [1970] 3 C.C.C. 355; 6 C.N.L.C. 273; 10 C.R.N.S. 334.

DÉCISIONS CITÉES:

Nowegijick c. La Reine, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20;

83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

APPEAL from a decision of the Trial Division ([2002] 2 F.C. 356; [2002] 1 C.N.L.R. 17; 89 C.R.C. (2d) 113; 212 F.T.R. 208), apparently declaring invalid for violation of Charter, section 15 and the Bill of Rights, paragraph 1(b), those provisions of the Canada Pension Plan which had the effect of excluding those such as respondent from making contributions from 1966 to 1988. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Donald J. Rennie and *Brian H. Hay* for appellant.
Timothy J. Valgardson and *Michelle S. Pollock-Kohn* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Levene Tadman Gutkin Golub, Winnipeg, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRAYER J.A.:

Introduction

[1] This is an appeal from a judgment of the Trial Division [[2002] 2 F.C. 356 (T.D.)] in an application for judicial review of a decision made on behalf of the Minister of National Revenue and sent to the respondent on December 9, 1992 rejecting her request to make contributions to the Canada Pension Plan (CPP) retroactively for a period prior to January 1, 1989 going back to the commencement of the CPP in 1966. The essential issue is whether the exclusion from participation in the CPP during the period 1966-1988 of persons with tax-exempt incomes, such as Indians employed on reserves, amounted to discrimination against such persons contrary to subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act*

83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

APPEL d'un jugement rendu par la Section de première instance ([2002] 2 C.F. 356; [2002] 1 C.N.L.R. 17; 89 C.R.C. (2d) 113; 212 F.T.R. 208), apparemment déclarant invalides, parce qu'elles contrevenaient à l'article 15 de la Charte et à l'alinéa 1b) de la Déclaration des droits, certaines dispositions du *Régime de pensions du Canada* qui avaient eu pour effet d'empêcher des personnes comme l'intimée de cotiser entre 1966 et 1988. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Donald J. Rennie et *Brian H. Hay* pour l'appelante.
Timothy J. Valgardson et *Michelle S. Pollock-Kohn* pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Levene Tadman Gutkin Golub, Winnipeg, pour l'intimée.

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

LE JUGE STRAYER, J.C.A.:

Introduction

[1] La Cour statue sur l'appel d'un jugement rendu par la Section de première instance [[2002] 2 C.F. 356 (1^{re} inst.)], qui était saisie d'une demande de contrôle judiciaire visant une décision envoyée à l'intimée le 9 décembre 1992 par laquelle un représentant du ministre du Revenu national avait refusé de permettre à l'intimée de verser rétroactivement des cotisations au Régime de pensions du Canada (le RPC) pour une période antérieure au 1^{er} janvier 1989 et remontant à l'entrée en vigueur du RPC, en 1966. La question essentielle en litige est celle de savoir si l'interdiction de cotiser au RPC qui, entre 1966 et 1988, frappait les personnes dont les revenus étaient exonérés d'impôts, tels que les Indiens travaillant dans une réserve, constituait de la discrimination envers ces personnes, en violation du

1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (Charter) or paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III] (Bill of Rights).

Facts

[2] The CPP, a federal law of Canada, came into force in 1965 [*Canada Pension Plan*, S.C. 1964-65, c. 51]. It created a partially funded national pension plan (except for Quebec which at the same time created its own plan) to which mandatory contributions would be made by employers and employees, or by the self-employed where there was no contract of employment.

[3] In the CPP statute as it stood until 1987 (R.S.C., 1985, c. C-8) “contributory salary and wages,” was defined as “an amount calculated in accordance with section 12”; “pensionable employment” was defined as “employment specified in subsection 6(1)” (subsection 2(1)). By subsection 6(1) “pensionable employment” was *inter alia* defined as “employment in Canada that is not excepted employment” and “employment included in pensionable employment by a regulation made under section 7”. Subsection 12(1) provided as follows:

12. (1) The amount of the contributory salary and wages of a person for a year is his income for the year from pensionable employment, computed in accordance with the *Income Tax Act*. . . .

[4] Paragraph 81(1)(a) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, provided:

81. (1) There shall not be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year,

(a) an amount that is declared to be exempt from income tax by any other enactment of Parliament

It is interesting to note that many other categories of revenue are exempted by the *Income Tax Act* from calculation as part of a taxpayer’s income, such as pensions from foreign countries for war service, pension payments from the Halifax Relief Commission, awards

paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) ou de l’alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III] (la Déclaration des droits).

Faits

[2] Le RPC, une loi fédérale du Canada, est entrée en vigueur en 1965 [*Régime de pensions du Canada*, S.C. 1964-65, ch. 51]. Il créait un régime national de pensions par capitalisation partielle (sauf dans le cas du Québec, qui instituait au même moment son propre régime) qui obligeait les employeurs et les employés— de même que les travailleurs autonomes non liés par un contrat de travail— à cotiser à parts égales à ce régime.

[3] Dans sa rédaction en vigueur jusqu’en 1987 (L.R.C. (1985), ch. C-8), la Loi sur le RPC définissait l’expression «traitement et salaire cotisables» comme le «montant calculé en conformité avec l’article 12» et l’expression «[e]mploi ouvrant droit à pension» comme l’«[e]mploi spécifié au paragraphe 6(1)» (paragraphe 2(1)). Le paragraphe 6(1) définissait notamment l’«emploi ouvrant droit à pension» comme suit: «emploi au Canada qui n’est pas un emploi excepté» et «emploi assimilé à un emploi ouvrant droit à pension par un règlement pris en vertu de l’article 7». Le paragraphe 12(1) prévoyait ce qui suit:

12. (1) Le montant des traitement et salaire cotisables d’une personne pour une année est le revenu qu’elle retire pour l’année d’un emploi ouvrant droit à pension, calculé en conformité avec la *Loi de l’impôt sur le revenu* [. . .]

[4] L’alinéa 81(1)a) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, était ainsi libellé:

81. (1) Ne sont pas inclus dans le calcul du revenu d’un contribuable pour une année d’imposition:

a) une somme exonérée de l’impôt sur le revenu par toute autre loi fédérale, [. . .]

Il est curieux de constater que la *Loi de l’impôt sur le revenu* exclut du calcul de revenu du contribuable un grand nombre d’autres catégories de revenus, notamment les pensions de guerre versées par un pays étranger, les pensions versées par la Commission de secours

for personal injuries, revenues of Canadian corporations from interests in certain foreign corporations, the salary of the Governor General of Canada, receipts by a beneficiary under an education savings plan, expense allowances of members of provincial legislative assemblies or of municipal councils, etc.

[5] By section 87 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, it is provided:

87. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83, the following property is exempt from taxation, namely,

(a) the interest of an Indian or a band in reserve lands or surrendered lands; and

(b) the personal property of an Indian or a band situated on a reserve.

(2) No Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use of any property mentioned in paragraph (1)(a) or (b) or is otherwise subject to taxation in respect of any such property.

[6] Thus it will be seen that while there is no specific exclusion of Indians in the CPP, the effect is to base CPP contributions on income defined by and calculated under the *Income Tax Act*. By the effects of section 81 of the *Income Tax Act* and section 87 of the *Indian Act*, contributions to the CPP could not be based on, nor required from, Indian income exempt from taxation. For present purposes it is now clear that income earned by an Indian on a reserve is exempt from taxation by virtue of section 87 of the *Indian Act*.

[7] According to the evidence, the Government of Canada was aware when the CPP was enacted that if it adopted taxable income as the base for compulsory contributions, Indians employed on reserves would not be covered by the Plan. The evidence also indicates that the Government thought it administratively essential to have CPP contributions administered by the Department of National Revenue as part of the income tax system

d'Halifax, le revenu tiré de dommages-intérêts pour préjudice corporel, les revenus tirés par des sociétés canadiennes de leur participation dans certaines sociétés étrangères, le revenu tiré de la charge de gouverneur général du Canada, les sommes reçues par un bénéficiaire en vertu d'un régime enregistré d'épargne-études, les allocations de frais des députés élus à une assemblée législative provinciale ou des conseillers municipaux, etc.

[5] L'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 dispose:

87. (1) Nonobstant toute autre loi fédérale ou provinciale, mais sous réserve de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation:

a) le droit d'un Indien ou d'une bande sur une réserve ou des terres cédées;

b) les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve.

(2) Nul Indien ou bande n'est assujéti à une taxation concernant la propriété, l'occupation, la possession ou l'usage d'un bien mentionné aux alinéas (1)a) ou b) ni autrement soumis à une taxation quant à l'un de ces biens.

[6] Force est donc de constater que, bien que le RPC n'exclue pas expressément les Indiens de son champ d'application, ses dispositions ont pour effet de baser le calcul des cotisations au RPC sur le revenu défini et calculé conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il résulte du rapprochement de l'article 81 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* que les cotisations au RPC ne pouvaient être calculées d'après les revenus exonérés d'impôt des Indiens et que ces derniers ne pouvaient être forcés de cotiser au RPC. Il est par ailleurs acquis aux débats que le revenu gagné par un Indien dans une réserve est exonéré d'impôt en vertu de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*.

[7] Suivant la preuve, lorsque le RPC a été institué, le gouvernement du Canada était conscient du fait que, s'il retenait le revenu imposable comme base de calcul des cotisations obligatoires, les Indiens travaillant dans une réserve ne seraient pas visés par le Régime. Il ressort également de la preuve que le gouvernement jugeait essentiel, sur le plan administratif, de faire gérer les cotisations au RPC par le ministère du Revenu national

and using established definitions of income under the *Income Tax Act*. The evidence also suggests that there was concern about imposing the CPP on Indians employed on reserves, considering that this would involve a government levy on income that was otherwise exempt from taxation and would also impose a financial burden on Indian employers where the person in question worked for the band council or an Indian business on the reserve. Further, there is evidence that at that time there was no consensus among recognized representatives of the Indian community as to whether the CPP should be imposed on it. It is equally useful to note that the CPP was deliberately designed as a universal, mandatory, pension scheme to which, with few exceptions, anyone 18 years of age or over would have to contribute if they had taxable income. There was no provision for individuals to opt in. Those with taxable income who were excluded were defined by categories, such as employees of foreign or provincial governments. In the latter case, while it was thought inappropriate and probably unconstitutional to impose pension contributions on provincial governments (their property being immune from taxation by section 125 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]) provision was made for provincial governments to agree to inclusion of their employees and this was in fact what happened. The underlying principle was that coverage would be universal or determined by such categories without regard to personal choice. This was no doubt important actuarially to the success of the scheme as it was, and remains, self-sustaining, wholly dependent on contributions and investment revenue. It cannot be supplemented by money from general revenues found in the Consolidated Revenue Fund. (CPP, subsection 108(4)).

dans le cadre du régime fiscal déjà existant et d'utiliser les définitions établies du revenu que l'on trouvait dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La preuve permet aussi de penser que le gouvernement craignait d'imposer le RPC aux Indiens travaillant dans des réserves, compte tenu du fait qu'il frapperait ainsi d'un impôt des revenus qui seraient autrement exonérés d'impôt et qu'il imposerait un fardeau financier aux employeurs indiens dans le cas où la personne visée travaillerait pour le conseil de bande ou pour une entreprise indienne située sur le territoire de la réserve. De plus, suivant la preuve, à l'époque il n'y avait pas de consensus parmi les représentants reconnus de la collectivité indienne au sujet de l'opportunité d'assujettir les travailleurs indiens au RPC. Il est par ailleurs utile de signaler que le RPC a été délibérément conçu comme un régime de pensions universel à participation obligatoire auquel, à quelques exceptions près, toute personne de 18 ans ayant un revenu imposable serait tenue de cotiser. Le RPC ne renfermait pas de disposition reconnaissant à des particuliers la faculté d'adhérer volontairement au régime. Les personnes ayant un revenu imposable qui étaient exclues étaient définies par catégories, telles que les employés d'un gouvernement étranger ou d'un gouvernement provincial. Dans ce dernier cas, malgré le fait qu'on estimait inconvenant et probablement inconstitutionnel de forcer les gouvernements provinciaux à cotiser à un régime de pension (leurs biens étant exempts d'impôt aux termes de l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]]), on a prévu la possibilité pour les gouvernements provinciaux de permettre à leurs employés d'être inclus et c'est effectivement ce qui s'est produit. Le principe sous-jacent était que la protection serait universelle ou qu'elle serait déterminée en fonction des catégories en question indépendamment de tout choix personnel. Cet aspect était sans doute important du point de vue actuariel pour assurer le succès du régime puisqu'il s'agissait et qu'il s'agit toujours d'un système autonome qui dépend entièrement des cotisations et des revenus de placements. Le financement du régime ne peut être complété par de l'argent provenant des recettes générales du Trésor (paragraphe 108(4) du RPC).

[8] After some 20 years of internal debate within the federal government, and after the coming into force of section 15 of the Charter in 1985, steps were taken to allow individual Indians with tax-exempt income voluntarily to join the CPP. In 1987 subsection 6(2) of the CPP was amended to add paragraph (j.1) [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 2] making tax-exempt Indian employment “excepted employment”, that is specifically removing it from “pensionable employment” under the CPP. This put into the hands of the Governor in Council the power to include this “excepted employment” as pensionable employment for purposes of the CPP, a general power which it had in subsection 7(1) to include in pensionable employment “any excepted employment”. Subsequently, by an amendment to the CPP Regulations [*Canada Pension Plan Regulations*, C.R.C., c. 385, s. 29.1] on December 7, 1988 (SOR/88-631, section 1), the Governor in Council included as pensionable employment such Indian employment as had been excepted from that category, either where his or her employer so elects in respect of such Indian employee or, where the employer does not elect, the Indian so elects. In the former case the employer would have to make satisfactory arrangements with the Minister of National Revenue to collect the required contributions. In the latter case the employee would be obliged to pay both the employee’s and the employer’s share of contributions.

[9] The respondent has been a full-time employee of the Brokenhead Ojibway First Nation in Scantebury, Manitoba since July 1966. In 1987 she applied to make contributions to the CPP based on her non-taxable reserve income and was refused. Beginning in 1989 as a result of an election made on her behalf by her employer, she and her employer have contributed to the CPP pursuant to the 1988 amendments to the Act and the Regulations. In 1992 she applied to make retroactive contributions covering the period from 1966 to the end of 1988 and was advised by the letter referred to above that there was no provision for making payments into the plan retroactively.

[8] Après une vingtaine d’années de débats internes au sein du gouvernement fédéral, et à la suite de l’entrée en vigueur de l’article 15 de la Charte en 1985, des mesures ont été prises pour permettre aux Indiens exonérés d’impôt sur le revenu d’adhérer à titre individuel et de leur plein gré au RPC. En 1987, le paragraphe 6(2) du RPC a été modifié par l’insertion de l’alinéa j.1) [L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 2], faisant de l’emploi exonéré d’impôt exercé par un Indien un «emploi excepté», c’est-à-dire soustrayant explicitement cet emploi aux «emplois ouvrant droit à pension» au sens du RPC. Le législateur a ainsi conféré au gouverneur en conseil le pouvoir d’ajouter ce type d’«emploi excepté» à la liste des «emplois ouvrant droit à pension» au sens du RPC. Le gouverneur général possédait déjà, en vertu du paragraphe 7(1), le pouvoir général d’assimiler «tout emploi excepté» à un emploi ouvrant droit à pension. Plus tard, par suite des modifications apportées par le gouverneur en conseil le 7 décembre 1988 (DORS/88-631, article 1) au *Règlement sur le Régime de pensions du Canada* [C.R.C., ch. 385, art. 29.1], les revenus gagnés par les Indiens travaillant dans les réserves qui avaient été exclus de cette catégorie ont été assimilés à des revenus ouvrant droit à pension si l’employeur exerçait ce choix à l’égard de l’employé indien en question ou, dans l’hypothèse où l’employeur ne choisissait pas d’adhérer au Régime, si l’employé indien exerçait ce choix. Dans le premier cas, l’employeur devait prendre des dispositions satisfaisantes avec Revenu Canada au sujet de la perception des cotisations. Dans le second cas, l’employé était tenu de payer tant sa quote-part des cotisations que celle de son employeur.

[9] L’intimée travaille à temps plein pour la Première nation Ojibway de Brokenhead à Scantebury, au Manitoba, depuis juillet 1966. En 1987, elle a demandé au Ministère de pouvoir cotiser au RPC en fonction des revenus non imposables qu’elle avait gagnés dans la réserve. Sa demande a été refusée. À compter de 1989, par suite du choix exercé par son employeur en son nom, l’intimée et son employeur ont commencé à cotiser au RPC en vertu des modifications apportées à la Loi et au Règlement en 1988. En 1992, l’intimée a demandé à Revenu Canada de l’autoriser à cotiser rétroactivement au Régime pour la période allant de 1966 à la fin de 1988. Le Ministère l’a informée, par la lettre

[10] On January 13, 2000 she filed a notice of application for judicial review seeking a series of orders or declarations to the effect that the *Canada Pension Plan* be declared in breach of section 15 of the Charter, section 1 of the Bill of Rights, and section 6 of the Charter; that her employment be deemed to have been “pensionable employment” since 1966; that she be permitted to contribute retroactively to 1966; and that the respondent pay damages to her pursuant to subsection 24(1) of the Charter.

[11] Although the named respondent in the notice of application is “Her Majesty” the Applications Judge treated this as judicial review of a decision consisting of the position taken by the representative of the Minister of National Revenue in the letter of December 9, 1992 referred to above. The notice of application is not framed in that way and it is not clear to me how an application for judicial review of that “decision” could be brought over seven years after its communication to the applicant. Further, no issue was raised before us as to the appropriateness of an application for judicial review for a declaration of the validity of laws when no decision, order, act or proceeding of a “federal board, commission or other tribunal” is put in issue by the notice of application. That is, however, the scope of the judicial review jurisdiction granted by subsection 18(1) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)]. As the appellant raised no objections on procedural grounds, and as the subject-matter is otherwise within our jurisdiction, I will proceed to deal with the substance of the case.

[12] The learned Applications Judge concluded that there could be no Charter entitlement prior to April 17, 1985, the date when section 15 came into effect. He found, however, that the effective exclusion of Indians employed on reserves from CPP participation was

susmentionnée, qu’il ne lui était pas permis de cotiser rétroactivement au Régime.

[10] Le 13 janvier 2000, l’intimée a déposé un avis de demande de contrôle judiciaire dans lequel elle priait notamment la Cour de déclarer que le *Régime de pensions du Canada* contrevenait à l’article 15 de la Charte, à l’article premier de la Déclaration des droits, et à l’article 6 de la Charte, de présumer que son emploi était un «emploi ouvrant droit à pension» depuis 1966, de l’autoriser à cotiser rétroactivement au Régime depuis 1966 et, finalement, de condamner la défenderesse à lui verser des dommages-intérêts en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte.

[11] Bien que la défenderesse nommément désignée dans l’avis de demande soit «Sa Majesté», le juge de première instance a considéré la demande dont il était saisi comme une demande de contrôle judiciaire d’une décision faisant état de la position prise par le représentant du ministre du Revenu national dans la lettre du 9 décembre 1992 susmentionnée. L’avis de demande n’est pas libellé de cette manière et je ne comprends pas comment une demande de contrôle judiciaire portant sur une telle «décision» pourrait être introduite plus de sept ans après sa communication à la demanderesse. De plus, nul n’a soulevé devant nous la question de la régularité de la procédure consistant à présenter une demande de contrôle judiciaire pour obtenir un jugement déclaratoire portant sur la constitutionnalité de certaines lois alors que l’avis de demande en question ne fait état d’aucune décision, mesure, ordonnance, acte ou instance émanant d’un «office fédéral». Voilà pourtant l’étendue de la juridiction qui est conférée à la Cour en matière de contrôle judiciaire aux termes du paragraphe 18(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)]. Comme l’appelante n’a pas soulevé d’objection fondée sur la procédure, et comme l’objet du litige relève par ailleurs de notre compétence, je vais statuer sur le fond de l’affaire.

[12] Le juge de première instance a conclu que la demanderesse n’avait pas droit à une réparation au titre de la Charte avant le 17 avril 1985, date à laquelle l’article 15 est entré en vigueur. Il a toutefois conclu que l’exclusion effective du RPC des Indiens travaillant dans

discriminatory on the basis of race and could therefore have no validity after the coming into force of section 15. He found such distinction to be discriminatory as offensive to human dignity. With respect to section 1 of the Charter, he rejected the justification advanced that the exclusion of tax-exempt Indian income from compulsory levies under the CPP was connected with the protection of Indian property, the rationale for the income tax exemption. He also appears to have rejected the respondent's argument that section 6, mobility rights, would be violated by these provisions of the CPP. (This issue was not pursued in the argument of the appeal). In any event, he held that the impugned provisions violate paragraph 1(b) of the Bill of Rights which declares the existence "without discrimination by reason of race . . . the right of the individual to equality before the law and the protection of the law."

[13] The learned Applications Judge granted all the relief requested by the applicant except an order for the respondent to pay damages. The relief as requested, and as granted by the Applications Judge was as follows:

- (a) An order that the *Canada Pension Plan*, R.S., Chap. C-5, section 1, be declared to be in breach of section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by prohibiting Indians as defined by the *Indian Act* from contributing into the Canada Pension Plan;
- (b) An order that the *Canada Pension Plan*, R.S., Chap. C-5, section 1, as amended, be declared to be in breach of section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by prohibiting Indians as defined by the *Indian Act* from contributing into the Canadian Pension Plan retroactively to its inception in 1966;
- ...
- (d) An order that the *Canada Pension Plan*, R.S., Chap. C-5, section 1, be declared to be in breach of section 1 of the *Canadian Bill of Rights* by prohibiting Indians as defined by the *Indian Act* from contributing into the Canada Pension Plan;

des réserves constituait une mesure discriminatoire fondée sur la race et qu'elle ne pouvait donc pas être valide après l'entrée en vigueur de l'article 15. Il a conclu que cette distinction était discriminatoire parce qu'elle portait atteinte à la dignité humaine. En ce qui concerne l'article premier de la Charte, le juge a écarté la justification avancée suivant laquelle l'exclusion des revenus exonérés d'impôt des Indiens de l'obligation de cotiser au RPC était liée à la protection des biens des Indiens, laquelle protection était invoquée comme étant la raison d'être de l'exemption fiscale. Il semble également qu'il a jugé mal fondé l'argument que les dispositions en question du RPC violeraient l'article 6 (liberté de circulation et d'établissement). (Cette question n'a pas été reprise au cours des débats, lors de l'instruction du présent appel.) En tout état de cause, le juge de première instance a déclaré que les dispositions contestées contrevenaient à l'alinéa 1b) de la Déclaration des droits, qui reconnaît et déclare l'existence «quels que soient sa race» du «droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi».

[13] Le juge de première instance a accordé à la demanderesse toutes les réparations qu'elle sollicitait, à l'exception de celle relative à la condamnation de la défenderesse à lui verser des dommages-intérêts. Voici les réparations que la demanderesse a réclamées et que le juge de première instance lui a accordées:

- a) [...] une ordonnance déclarant que le *Régime de pensions du Canada*, L.R., ch. C-5, article 1, contrevient à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'il interdit aux Indiens, au sens de la *Loi sur les Indiens*, de cotiser au Régime de pensions du Canada;
- b) [...] une ordonnance déclarant que le *Régime de pensions du Canada*, L.R., ch. C-5, article 1, et modifications, contrevient, avec effet rétroactif au jour de son entrée en vigueur en 1966, à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, parce qu'il interdit aux Indiens, au sens de la *Loi sur les Indiens*, de cotiser au Régime de pensions du Canada;
- [...]
- d) [...] une ordonnance déclarant que le *Régime de pensions du Canada*, L.R., ch. C-5, article 1, contrevient à l'article 1 de la *Déclaration canadienne des droits*, parce qu'il interdit aux Indiens, au sens de la *Loi sur les Indiens*, de cotiser au Régime de pensions du Canada;

(e) An order that the *Canada Pension Plan*, R.S., Chap. C-5, section 1, as amended be declared to be in breach of section 1 of the *Canadian Bill of Rights* by prohibiting Indians as defined by the *Indian Act* from contributing into the Canada Pension Plan retroactively to its inception in 1966;

...

(h) An order that the applicant's employment since 1966 be deemed to have been "pensionable employment" within the meaning of the *Canada Pension Plan*, R.S., Chap. C-5, section 1, as amended;

(i) An order that the applicant be permitted to contribute retroactively into the Canada Pension Plan in an amount equal to that which she would have been required to contribute had the plan not discriminated against her on the basis of race, and that she be entitled to participate fully in the benefits of the Canada Pension Plan on the basis [on which] she would have benefited had she and her employer made her maximum contributions annually since 1966;

(Counsel for the applicant had abandoned paragraphs (c), (f) and (g) of her prayer for relief at the Trial Division hearing.)

[14] The Applications Judge went on to order as follows:

THIS COURT FURTHER ORDERS and declares that insofar as they have or had the effect of excluding Rose Bear from participating as a "beneficiary", "contributor", with "pensionable employment", or "with total pensionable earnings of a contributor" under both rubrics thereof, or with "unadjusted pensionable earnings" of a contributor, or otherwise being a contributor under section 2, or being deemed to be in pensionable employment under section 6, of the *Canada Pension Plan*, and

Insofar as they had or have the effect of excluding Rose Bear from participating, as do all Canadians not in "excepted employment", in the said pension plan, the provisions of section 87 of the *Indian Act*, and

Insofar as they had or have the effect of excluding Rose Bear from participating, as do all Canadians not in "excepted employment", in the said pension plan, the provisions of section 81 of the *Income Tax Act*, they are hereby

e) [...] une ordonnance déclarant que le *Régime de pensions du Canada*, L.R., ch. C-5, article 1, et modifications, contrevient, avec effet rétroactif au jour de son entrée en vigueur en 1966, à l'article 1 de la *Déclaration canadienne des droits*, parce qu'il interdit aux Indiens, au sens de la *Loi sur les Indiens*, de cotiser au Régime de pensions du Canada;

[...]

h) [...] une ordonnance déclarant que l'emploi de la demanderesse depuis 1966 est réputé avoir constitué un «emploi ouvrant droit à pension» au sens du *Régime de pensions du Canada*, L.R., ch. C-5, article 1, et modifications;

i) [...] une ordonnance autorisant la demanderesse à cotiser au Régime de pensions du Canada, avec effet rétroactif, selon une somme égale aux cotisations qu'elle aurait été tenue de verser au Régime si le Régime n'avait pas exercé contre elle une discrimination fondée sur la race, et lui conférant le droit de bénéficier pleinement des prestations du Régime de pensions du Canada selon la mesure dans laquelle elle en aurait bénéficié si elle-même et son employeur avaient versé chaque année les cotisations maximales depuis 1966;

(L'avocat de la demanderesse avait abandonné les alinéas c), f) et g) de ses conclusions lors de l'audience qui s'est déroulée devant la Section de première instance.)

[14] Le juge qui a instruit la demande a poursuivi en ordonnant ce qui suit:

LA COUR DÉCLARE AUSSI que, dans la mesure où les dispositions du Régime de pensions du Canada ont, ou ont eu, pour effet d'empêcher Rose Bear de participer à titre de «bénéficiaire» ou «cotisant», avec un «emploi ouvrant droit à pension», ou avec un «total des gains d'un cotisant ouvrant droit à pension» selon ces deux rubriques, ou avec des «gains non ajustés ouvrant droit à pension» d'un cotisant, ou pour effet de l'empêcher d'être un cotisant à un autre titre selon l'article 2 du *Régime de pensions du Canada*, ou pour effet de l'empêcher d'être réputée exercer un emploi ouvrant droit à pension aux termes de l'article 6 dudit régime, et que

Dans la mesure où les dispositions de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* ont, ou ont eu, pour effet d'empêcher Rose Bear de participer audit régime de pensions, au même titre que tous les Canadiens qui n'exercent pas un «emploi excepté», et que

Dans la mesure où les dispositions de l'article 81 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ont, ou ont eu, pour effet d'empêcher Rose Bear de participer audit régime de pensions, au même titre que tous les Canadiens qui n'exercent pas un «emploi excepté»,

DECLARED to be of no force and effect in order that the three above designated statutes of Canada can hereafter and throughout their currency from the date of the initial inception of the *Canada Pension Plan* in 1966, operate and be interpreted in accord with each other and in accord with Order-in-Council P.C. 1988-2640, *Canada Pension Plan Regulations, Amendment* of December 7, 1988, Registration SOR/88-631, and its regulatory impact analysis statement published on even date in *Canada Gazette Part II, Vol. 122, N° 26*, now

[15] The apparent intended effect of this rather discursive order is to declare invalid those provisions of the CPP which have the effect of excluding persons such as the respondent from making contributions from 1966 to 1988. (I assume that the references to "section 1" of the CPP as set out in paragraphs (a), (b), (d) and (e) of the prayer for relief, and adopted by the Applications Judge in his order, are to subsection 12(1) of the CPP.) The Applications Judge, by adopting the language of paragraph 1(b) has also applied the Charter retroactively to 1966, a step which he seemingly eschewed elsewhere (see reasons, at paragraph 22, vol. 1, A.B., page 21).

[16] The appellant appeals from this decision arguing that: the CPP provisions prior to 1989 did not violate section 15 of the Charter, nor should the Charter be made to apply retroactively, at least not prior to the coming into force of section 15 in 1985; if section 15 is infringed this is justifiable under section 1; paragraph 1(b) of the Bill of Rights has a much narrower application than section 15 of the Charter and it would not be infringed by the CPP provisions; and in any event the remedies given by the learned Applications Judge are inappropriate.

Issues

[17] The issues, then, are as follows:

(1) Did the provisions of the law which excluded the respondent from participating in the CPP from 1966 to 1988 infringe on rights guaranteed under subsection 15(1) of the Charter?

Les dispositions mentionnées précédemment sont nulles et de nul effet, de sorte que les trois lois fédérales ci-dessus désignées puissent pour l'avenir et depuis la date de l'entrée en vigueur initiale du *Régime de pensions du Canada* en 1966 être appliquées et interprétées en conformité les unes avec les autres, et en conformité avec le décret C.P. 1988-2640, du 7 décembre 1988, DORS/88-631, qui modifiait le *Règlement sur le Régime de pensions du Canada*, et en accord avec son résumé de l'étude d'impact de la réglementation publié le même jour dans la *Gazette du Canada, partie II, vol. 122, n° 26*, [. . .]

[15] Il semble que, par cette ordonnance plutôt décousue, le juge de première instance avait l'intention d'invalider les dispositions du RPC qui avaient eu pour effet d'empêcher des personnes comme l'intimée de cotiser au RPC entre 1966 et 1988. (Je suppose que «l'article 1» du RPC dont il est question aux alinéas a), b), d) et e) des conclusions de la demande et que le juge de première instance a retenu dans son ordonnance est en réalité le paragraphe 12(1) du RPC.) En adoptant tel quel le texte de l'alinéa 1b), le juge de première instance a également appliqué la Charte rétroactivement à 1966, une démarche qu'il semble avoir évitée partout ailleurs dans son ordonnance (voir les motifs de l'ordonnance, au paragraphe 22, dossier d'appel, vol. 1, page 21).

[16] L'appelante invoque les moyens suivants au soutien de l'appel qu'elle interjette de cette décision: les dispositions du RPC dans leur rédaction en vigueur avant 1989 ne portaient pas atteinte à l'article 15 de la Charte, et l'on ne devrait pas appliquer la Charte rétroactivement, du moins pas avant l'entrée en vigueur de l'article 15 en 1985. Toute atteinte à l'article 15 est justifiable en vertu de l'article premier de la Charte. L'alinéa 1b) de la Déclaration des droits a une application beaucoup plus restreinte que l'article 15 de la Charte et les dispositions du RPC ne lui porteraient pas atteinte. Et, de toute façon, les réparations que le juge de première instance a accordées ne conviennent pas.

Questions en litige

[17] Voici donc les questions en litige en l'espèce:

1) Les dispositions législatives qui empêchaient l'intimée entre 1966 et 1988 de participer au RPC portent-elles atteinte aux droits garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte?

(2) If so can they be justified under section 1 of the Charter?

(3) Did those provisions infringe on rights recognized and declared by paragraph 1(b) of the Bill of Rights?

(4) If the Charter or the Bill of Rights were infringed, what is the appropriate remedy?

2) Dans l'affirmative, cette atteinte peut-elle se justifier en vertu de l'article premier de la Charte?

3) Les dispositions en question portent-elles atteinte aux droits reconnus et déclarés à l'alinéa 1b) de la Déclaration des droits?

4) Si les dispositions en question portent atteinte à la Charte ou à la Déclaration des droits, quelle est la réparation appropriée?

Analysis

(1) An Infringement of Subsection 15(1) of the Charter?

[18] This is the most difficult issue involving, as it does, a growing multitude of factors identified in the Supreme Court jurisprudence as requiring consideration.

[19] Both parties accept, as did the Applications Judge, that the leading source of guidelines on interpretation and application of subsection 15(1) is now *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. At paragraph 39 Iacobucci J. summarized the steps required in determining whether a law contravenes subsection 15(1) of the Charter:

First, does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage? The second and third inquiries are concerned with whether the differential treatment constitutes discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).

[20] With respect to the first issue I conclude that the impugned law, subsection 12(1) of the *Canada Pension*

Analyse

1) Violation du paragraphe 15(1) de la Charte

[18] Il s'agit là de la question la plus épineuse, car elle fait intervenir un nombre croissant de facteurs dont, d'après la jurisprudence de la Cour suprême, il faut tenir compte.

[19] Les deux parties acceptent, tout comme le juge de première instance, que l'arrêt de principe dans lequel on trouve des lignes directrices sur l'interprétation et l'application du paragraphe 15(1) est maintenant l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. Au paragraphe 39, le juge Iacobucci résume la démarche à suivre pour déterminer si une loi contrevient au paragraphe 15(1) de la Charte.

Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a une différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique? Les deuxième et troisième questions servent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du par. 15(1).

[20] En ce qui concerne la première question, je conclus que les dispositions contestées, en l'occurrence

Plan as read in association with paragraph 81(1)(a) of the *Income Tax Act* and section 87 of the *Indian Act*, does draw a distinction between the respondent and other Canadians who do not earn their income on an Indian reserve (what she calls “other working Canadians”). In her case until 1989 she was unable to contribute to the *Canada Pension Plan* or to have her employer contribute, whereas non-Indians or Indians not employed on Indian reserves would, together with their employers, be obliged to contribute. As the two tests enunciated by Iacobucci J. as part of the first inquiry are disjunctive it suffices, as I understand it, if I am able to answer the first question in the affirmative, namely whether a formal distinction is drawn between the claimant and others on the basis of a personal characteristic. What that characteristic is will be examined more thoroughly under the second inquiry.

[21] The second inquiry, that is, “was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds?”, may require more reflection. The Trial Judge concluded, as I understand it, that the respondent was subjected to “differential treatment premised on the grounds of race” (reasons, at paragraph 26), thus answering both the first and second inquiry under the *Law* test. The appellant, however, argues that the respondent was denied the possibility of contributing to the CPP from 1966 to 1988, not on the basis of a personal characteristic such as race but because she had no taxable “income” as defined by the *Income Tax Act*. In this respect she was like any other Canadian without income or with an income so low as not to attract taxation. As noted above in paragraph 4, paragraph 81(1)(a) of the *Income Tax Act* exempts certain other forms of income which exemptions have nothing to do *per se* with Indian status. On the other hand it must be observed that Indians earning income other than on a reserve have always been subject to income taxation and therefore to the mandatory contribution requirements of the CPP. In other words the claimant was disqualified from joining the CPP because of a combination of the fact that she was an Indian and that she earned her income on a reserve.

le paragraphe 12(1) du *Régime de pensions du Canada*, lu en corrélation avec l’alinéa 81(1)a) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et avec l’article 87 de la *Loi sur les Indiens*, établit effectivement une distinction entre l’intimée et les autres Canadiens qui ne gagnent pas leur revenu dans une réserve indienne (ce qu’elle appelle [TRADUCTION] «les autres Canadiens qui travaillent»). Dans son cas, jusqu’en 1989, l’intimée ne pouvait ni cotiser au Régime de pensions du Canada ni obliger son employeur à y cotiser, tandis que les non-Indiens et les Indiens qui ne travaillaient pas dans des réserves indiennes étaient, de même que leur employeur, tenus de cotiser au Régime. Comme les deux critères qu’énonce le juge Iacobucci lorsqu’il pose la première question sont dissociables, il suffit, à mon sens, d’être en mesure de répondre par l’affirmative au premier volet, en déterminant si la loi établit une distinction formelle entre l’intimée et d’autres personnes en raison de caractéristiques personnelles. La nature exacte de ces caractéristiques personnelles sera analysée plus à fond lors de l’examen de la deuxième question.

[21] La deuxième question, celle de savoir si «le demandeur a subi un traitement différent en raison d’un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues», nécessite peut-être une réflexion plus approfondie. Le juge de première instance a, si je ne m’abuse, conclu que l’intimée avait fait l’objet d’une «différence de traitement fondée sur des motifs raciaux» (motifs, au paragraphe 26), répondant ainsi à la première et à la deuxième questions du critère posé dans l’arrêt *Law*. L’appelante soutient toutefois que la possibilité de cotiser au RPC entre 1966 et 1988 a été refusée à l’intimée non pas en raison d’une caractéristique personnelle telle que la race, mais plutôt parce qu’elle n’avait aucun «revenu» imposable au sens de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. À cet égard, elle se trouvait dans la même situation que tout autre Canadien sans revenu ou ayant un revenu trop faible pour pouvoir être assujéti à l’impôt. Ainsi que je l’ai déjà fait remarquer au paragraphe 4, l’alinéa 81(1)a) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* exempte certaines autres formes de revenus et ces exemptions n’ont en soi rien à voir avec le statut d’Indien. En revanche, il y a lieu de faire remarquer que les Indiens qui gagnent un revenu ailleurs que dans une réserve ont toujours dû payer l’impôt sur le revenu et ont par conséquent toujours été obligés de cotiser au RPC.

[22] In the *Law* case itself the Crown argued that the claimant was not disentitled to a survivor's allowance under the CPP simply because of her age (30). The CPP disqualified from survivors' benefits those spouses of a deceased contributor who were less than 35 years of age only if they were able-bodied and without dependent children. Iacobucci J. did not accept this position. He stated [*Law, supra*, at paragraph 91]:

In my opinion, it does not follow from the fact that any one of several criteria, including age, might determine entitlement to a survivor's pension, that the legislation does not draw a distinction on the basis of age.

I am therefore respectfully in agreement with the Applications Judge that the distinction complained of in the present case is based in part on the fact that the claimant is an Indian and therefore it is a distinction based on "race" as proscribed in subsection 15(1). If the respondent were not an Indian, even if she were working on a reserve she would have been not only entitled but obliged to belong to the CPP because her income would not have been tax exempt. Because of this finding I need not see whether there is also some analogous ground for the distinction such as "aboriginal-employment site".

[23] The most difficult inquiry is the third as proscribed in *Law*: namely whether this differential treatment based on race amounts to discrimination in a substantive sense. Here the Court is enjoined to give effect to the purpose of subsection 15(1) by determining whether the distinction complained of is based on "the stereotypical application of presumed group or personal characteristics" (*Law, supra*, at paragraph 33). In this respect we are told that the purpose of subsection 15(1) "is the protection of human dignity" (*Law, supra*, at paragraph 48). We are further guided as follows [*Law, supra*, at paragraph 53]:

En d'autres termes, la demanderesse n'avait pas le droit d'adhérer au RPC en raison d'une combinaison de facteurs, en l'occurrence le fait qu'elle était une Indienne et le fait qu'elle gagnait son revenu dans une réserve.

[22] Dans l'affaire *Law* elle-même, la Couronne soutenait que ce n'était pas uniquement en raison de son âge (30 ans) que la demanderesse était inadmissible aux prestations de survivant prévues par le RPC. Le RPC prévoyait que les prestations de survivant ne pouvaient être versées au conjoint sans enfant à charge, qui n'était pas invalide et qui était âgé de moins de 35 ans au moment du décès du cotisant. Le juge Iacobucci n'a pas retenu cette thèse. Il a déclaré [*Law, précité*, au paragraphe 91]:

À mon avis, le fait qu'il existe plusieurs critères, notamment l'âge, dont n'importe lequel peut servir à déterminer le droit à une pension de survivant, ne signifie pas que la loi n'établit pas une distinction fondée sur l'âge.

Je suis par conséquent d'accord avec le juge de première instance pour dire que la distinction dont l'intimée se plaint en l'espèce repose en partie sur le fait qu'elle est une Indienne et qu'il s'agit en conséquence d'une distinction fondée sur la «race», distinction qui est interdite par le paragraphe 15(1). Si l'intimée n'était pas une Indienne, même si elle travaillait dans une réserve, elle aurait non seulement eu le droit de cotiser au RPC mais elle aurait été obligée de le faire parce que son revenu n'aurait pas été exonéré d'impôt. Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de déterminer si la distinction en question est fondée sur un motif analogue, tel que le «fait de travailler dans un milieu de travail autochtone».

[23] La question la plus difficile est la troisième question prescrite par l'arrêt *Law*, en l'occurrence celle de savoir si la différence de traitement fondée sur la race était réellement discriminatoire. Ici, le tribunal est invité à donner effet à l'objet du paragraphe 15(1) de la Charte pour déterminer si la distinction reprochée est fondée «sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe» (*Law, précité*, au paragraphe 33). À cet égard, l'objectif général du paragraphe 15(1) serait «la préservation de la dignité humaine» (*Law, précité*, au paragraphe 48). La Cour suprême nous donne quelques autres indications sur le sujet [*Law, précité*, au paragraphe 53]:

Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences.

In determining whether a claimant's dignity has been undermined by a law in a manner contrary to subsection 15(1) of the Charter, the test is both subjective and objective. One must examine "from the perspective of the claimant" (that is, on a subjective test) whether in relation to a comparator identified by the claimant she has had her dignity demeaned. The test is also objective in that the Court must examine a larger context of the legislation, of society's past and present treatment of the claimant or of his or her group similarly situated, taking the point of view of the reasonable person and assessing the situation objectively to determine whether [*Law*, *supra*, at paragraph 60]:

... a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant would find that the legislation which imposes differential treatment has the effect of demeaning his or her dignity.

But we are warned that the appropriate perspective here is actually "subjective-objective" and is "concerned with the perspective of a person in circumstances similar to those of the claimant, who is informed of and rationally takes into account the various contextual factors which determine whether an impugned law infringes human dignity" (see generally *Law*, *supra*, at paragraphs 56-61). It is apparent from reading Supreme Court jurisprudence that this "objective" or "subjective-objective" analysis, in the absence of evidence (which is usually lacking) can be confidently carried out by a court largely on the strength of the judge's intuition.

[24] As *Law* indicates, it is necessary in carrying out this analysis to have regard to the purpose of subsection 15(1). It is, I venture to say, not inappropriate to look at

La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences.

Le critère permettant de déterminer si la dignité d'un demandeur a été bafouée par une loi en violation du paragraphe 15(1) de la Charte est à la fois objectif et subjectif. Il faut se placer «dans la perspective du demandeur» (c'est-à-dire en appliquant un critère subjectif) pour déterminer si la mesure législative sape sa dignité en tenant compte de l'élément de comparaison proposé par le demandeur. Le critère est également objectif en ce sens que le tribunal doit tenir compte du contexte global des dispositions en question et du traitement passé et actuel réservé par la société au demandeur et aux personnes qui se trouvent dans une situation semblable à la sienne, en se plaçant du point de vue d'une personne raisonnable et en évaluant la situation de façon objective pour déterminer [*Law*, précité, au paragraphe 60]:

[. . .] si une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur estimerait que la mesure législative imposant une différence de traitement a pour effet de porter atteinte à sa dignité.

Mais la Cour précise que la perspective appropriée est «subjective-objective» et qu'elle «tient compte de la perspective d'une personne qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur, qui est informée et qui prend en considération de façon rationnelle les divers facteurs contextuels servant à déterminer si la loi contestée porte atteinte à la dignité humaine» (voir, de façon générale, l'arrêt *Law*, précité, aux paragraphes 56 à 61). Il ressort à l'évidence de la jurisprudence de la Cour suprême que, faute de preuve—ce qui est habituellement le cas—, le juge peut avec confiance procéder à cette analyse en se fiant à son intuition.

[24] Comme la Cour suprême l'a précisé dans l'arrêt *Law*, il est nécessaire, lorsqu'on procède à cette analyse, de tenir compte de l'objet du paragraphe 15(1). J'irais

the actual language employed in that subsection as a guide to its meaning. It is striking to note that the word “dignity” does not appear anywhere in subsection 15(1), nor for that matter any place else in the Charter. One must take care not to be drawn into a false syllogism that because all discrimination prohibited by the language of subsection 15(1) attenuates the dignity of its victims, therefore all attenuation of personal dignity is a prohibited form of discrimination. To follow that logic is to trivialize the great purposes of the Charter. It is difficult to believe that this subsection was intended to stamp out all slights to human dignity in general, or in particular to eradicate all differential treatment of various categories of people under social programmes of distributive justice. The history of the Charter and the “mischief” it was to correct would suggest instead that it was designed to remedy more blatant and profound attacks on equality usually, though not always, enacted for a purpose that would clearly involve such consequences. I believe this to be consonant with the statement of Iacobucci J. in *Law, supra*, at paragraph 51) that the purpose of subsection 15(1) “is to prevent the violation of essential human dignity” (emphasis added).

jusqu’à dire qu’il n’y a rien de répréhensible à examiner le libellé même de ce paragraphe pour y chercher des indications sur son sens. Or, il est frappant de constater que le mot «dignité» ne figure nulle part dans le paragraphe 15(1), ni à vrai dire nulle part ailleurs dans la Charte. On doit prendre garde de ne pas tomber dans un faux syllogisme en concluant que, parce que tous les actes discriminatoires interdits par le libellé du paragraphe 15(1) ont pour effet de porter atteinte à la dignité des personnes qui en sont victimes, en conséquence, toute atteinte à la dignité de la personne constitue une forme de discrimination interdite. Suivre une telle logique aurait pour effet de banaliser les grands objectifs de la Charte. Il est difficile de croire que ce paragraphe visait à éradiquer toutes les atteintes à la dignité humaine en général, ou en particulier à faire disparaître toute différence de traitement des diverses catégories de personnes visées par des programmes sociaux de justice distributive. L’historique de l’adoption de la Charte et le «problème» qu’elle visait à corriger permettent plutôt de penser que la Charte visait à réparer les atteintes plus flagrantes et plus graves portées aux droits à l’égalité par des dispositions législatives qui étaient habituellement édictées, mais pas dans tous les cas, dans un but qui comportait de toute évidence de telles conséquences. Je crois que mon analyse de la question s’accorde avec les propos du juge Iacobucci dans l’arrêt *Law*, lorsqu’il affirme, au paragraphe 51, que le paragraphe 15(1) «a pour objet d’empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles» (non souligné dans l’original).

[25] Looking first at the claimant’s subjective view of substantive discrimination, she filed an affidavit in the Trial Division which identifies her complaint as that of a “status Indian”. The comparator group she selects consists of “other working Canadians”. Her complaints are, I think, essentially found in the following paragraphs of her affidavit:

18. The effect of the CPP denying me the right to contribute has affected my mobility rights as because I continued to reside in my community I was prohibited from contributing into CPP until 1988 and receiving the same

[25] En ce qui a trait tout d’abord à l’opinion subjective de la demanderesse au sujet de la discrimination réelle dont elle affirme être victime, signalons qu’elle a déposé devant la Section de première instance un affidavit dans lequel elle se présente comme une «Indienne inscrite». Le groupe de comparaison qu’elle a retenu est composé des «autres Canadiens qui travaillent». Ses griefs se retrouvent essentiellement à mon avis dans les paragraphes suivants de son affidavit:

[TRADUCTION]

18. Le refus de me permettre de cotiser au RPC a porté atteinte à ma liberté de circulation et d’établissement en raison du fait que, comme je continuais à résider dans ma communauté, il m’était interdit de cotiser au RPC

benefits as other working Canadians.

19. As a result of the Respondent failing to allow me to contribute into CPP like all other working Canadians, I have accumulated fewer pension benefits than other working Canadians. Consequently, I will be forced to collect social assistance benefits such as Old Age Security instead of relying substantially on the pension benefits I have rightfully earned.
20. The CPP violates my human dignity and freedom by imposing limitations and disadvantages by not allowing me to contribute to the CPP as human beings equally capable and equally deserving. Aboriginal peoples employed on reserves have been discriminated against and been made to feel by virtue of the CPP that they are less capable and less worthy of recognition or value as human beings and as members of Canadian society equally deserving of concern, respect, and consideration.
21. The effect of receiving social assistance payments instead of pension plan benefits severely undermines my feelings of self-worth and dignity.

She concludes by stating that “This application is a matter of human dignity” (see generally Appeal Book, Vol. 3, at pages 600-603). On her behalf it was further argued that this conclusion from the CPP reinforced a stereotype of Indians that they are incapable of providing for their future security.

[26] The learned Trial Judge readily accepted that the differential treatment amounted to discrimination in a substantive sense “in a manner contrary to human dignity, based on race” (reasons, at paragraph 27). In his view, the tax exemptions for “status Indians residing and working on reserves” is an integral part of their identity and the differential treatment here was premised on that identity. Further, he was unable to conclude that the disentitlement to CPP participation from 1966 to 1988 was connected with the purpose of the tax exemption upon which it was based, as tax exemption was simply intended to protect the property of Indians from dispossession.

jusqu’en 1988 et de recevoir les mêmes prestations que les autres Canadiens qui travaillent.

19. En raison du refus de la défenderesse de me permettre de cotiser au RPC au même titre que tous les autres Canadiens qui travaillent, j’ai accumulé moins de prestations de retraite que les autres travailleurs canadiens, de sorte que je vais devoir m’en remettre à des prestations d’assistance sociale telles que celles de la sécurité de la vieillesse au lieu de m’en remettre pour l’essentiel aux prestations de retraites que j’ai légitimement gagnées.
20. Le RPC porte atteinte à ma dignité humaine et à ma liberté en imposant des restrictions et en me défavorisant du fait qu’il ne me permet pas de cotiser en tant qu’être humain tout aussi capable et méritant que le reste de la population. Les autochtones qui travaillent dans des réserves ont été victimes de discrimination et le RPC a eu pour effet de leur faire sentir qu’ils sont moins capables et moins dignes d’être reconnus ou valorisés en tant qu’êtres humains et membres de la société canadienne qui méritent le même souci, le même respect et la même considération que les autres citoyens.
21. Le fait que je reçoive des prestations d’assistance sociale plutôt que des prestations de retraite mine sérieusement mes sentiments de valeur et de dignité personnelles.

Elle conclut en affirmant que [TRADUCTION] «la présente demande soulève une question de dignité humaine» (voir, de façon générale, le dossier d’appel, volume 3, aux pages 600 à 603). Son avocat a soutenu que cette conclusion au sujet du RPC renforce le stéréotype que les Indiens sont incapables de pourvoir à leur sécurité future.

[26] Le juge de première instance a accepté sans hésiter que la différence de traitement dont la demanderesse faisait l’objet constituait de la discrimination au sens fondamental «d’une manière contraire à la dignité humaine, en raison de sa race» (motifs, au paragraphe 27). À son avis, les exemptions fiscales accordées aux «Indiens inscrits qui résident et travaillent dans des réserves» tiennent intégralement à leur identité et, suivant le juge, la différence de traitement qui existe en l’espèce reposait sur cette identité. Le juge de première instance s’est dit par ailleurs incapable de conclure que l’inadmissibilité au RPC qui frappait l’intimée entre 1966 à 1988 était liée à l’objectif visé par l’exemption fiscale sur laquelle elle

[27] In my view the dissimilarities between the two comparator groups, for purposes of a discrimination analysis, are greater than the respondent assumes. It appears to her that Indians earning income on reserves (her group) are for all practical purposes similar to “other working Canadians”, the only difference being that the former were, prior to 1989, disadvantaged by being denied participation in the CPP. As was said recently by the Supreme Court in *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh* (2002), 210 N.S.R. (2d) 273, such a choice of comparator group “does not adequately address the full range of traits, history, and circumstances of the comparator group of which the claimant is a member” (at paragraph 39). In the present case, the group to which the respondent belongs which was deprived of CPP participation can be more accurately described as “status Indians earning tax exempt income on a reserve”. This tax exemption, as Gonthier J. said for the Supreme Court of Canada in *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877, at page 886:

... bears the impress of an obligation to native peoples which the Crown has recognized at least since the signing of the Royal Proclamation of 1763.

It is intimately connected to the protection of Indians on lands reserved for them. It is not an “historical disadvantage” or a mark of shame. But the fact that the respondent is one of those entitled to, and an actual beneficiary of, this exemption makes her comparator group dissimilar to “other working Canadians”, many of whom, it must be remembered, are also status Indians.

[28] It is also important to note, as did the Supreme Court in the *Walsh* case at paragraphs 40-62, that the respondent would have a choice to take employment off the reserve and in effect join the comparator group who, she says, enjoys advantages denied to her. This choice was explained as follows by Gonthier J. in the *Williams*

était fondée, puisque les exemptions fiscales visaient simplement à protéger les Indiens contre toute dépossession de leurs biens.

[27] À mon avis, les dissemblances entre les deux groupes de comparaison retenus dans le cadre de l'analyse de la discrimination sont plus prononcées que ce que l'intimée suppose. Elle présume en effet que les Indiens qui gagnent leur revenu dans des réserves (son groupe) sont, à toutes fins utiles, semblables aux «autres Canadiens qui travaillent», la seule différence étant que les premiers étaient, avant 1989, défavorisés en raison du fait qu'ils ne pouvaient participer au RPC. Comme la Cour suprême l'a récemment déclaré dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh* (2002), 210 N.S.R. (2d) 273, un tel choix de groupe de comparaison ne tient pas «adéquatement compte de la diversité des traits, de l'histoire et de la situation des membres du groupe de comparaison auquel appartient l'auteur de l'allégation» (au paragraphe 39). En l'espèce, on peut qualifier avec plus d'exactitude le groupe dont l'intimée fait partie comme étant composé d'«Indiens inscrits gagnant un revenu exonéré d'impôt dans une réserve». Ainsi que la Cour suprême du Canada l'a déclaré, sous la plume du juge Gonthier, dans l'arrêt *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877, à la page 886, cette exemption fiscale:

[...] fait état d'une obligation envers les peuples autochtones, dont la Couronne a reconnu l'existence tout au moins depuis la signature de la Proclamation royale de 1763.

Elle est intimement liée à la protection des Indiens sur les terres qui leur sont réservées. Elle ne constitue pas un «désavantage historique» ou une marque de déshonneur. Mais le fait que l'intimée soit au nombre des personnes qui ont droit à cette exemption et qu'elle en ait effectivement bénéficié rend son groupe de comparaison différent de celui des «autres Canadiens qui travaillent», dont bon nombre, faut-il le rappeler, sont également des Indiens inscrits.

[28] Il est également important de souligner, comme la Cour suprême l'a fait dans l'arrêt *Walsh*, aux paragraphes 40 à 62, qu'il serait loisible à l'intimée de se trouver un emploi à l'extérieur de la réserve et de joindre ainsi les rangs du groupe de comparaison qui jouit, selon elle, d'avantages qui lui sont refusés. Le juge Gonthier

case, at page 887:

Therefore, under the *Indian Act*, an Indian has a choice with regard to his personal property. The Indian may situate this property on the reserve, in which case it is within the protected area and free from seizure and taxation, or the Indian may situate this property off the reserve, in which case it is outside the protected area, and more fully available for ordinary commercial purposes in society. Whether the Indian wishes to remain within the protected reserve system or integrate more fully into the larger commercial world is a choice left to the Indian.

Income earned from an employer situated on a reserve is personal property situated on a reserve: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29. While it was recognized in *Walsh* that in particular cases the ability to exercise a choice (in that case to choose, instead of simply living together, to marry or make a contract conferring the equivalent of property rights of married parties) may be illusory, nevertheless in principle there was a choice.

[29] It appears to me that all these considerations militate against the respondent's true comparator group—that is, status Indians earning tax exempt income on reserves—being seen as a group historically disadvantaged, the victims of prejudice and stereotype, as compared to “other working Canadians”.

[30] There is no evidence to support the view that the purpose of this legislation when first adopted was to demean the dignity of Indians. Instead, the terms of the legislation itself, as well as ministerial statements about it, confirm that there were good faith reasons for basing the definition of eligible income, on which contributions would have to be paid to the CPP, on the definitions of income in the *Income Tax Act*. Not only were those definitions complex and the result of years of legislation and litigation, but there was already a system of administration for gathering information from Canadians on their income and for imposing a levy on that income. It of course may be argued, with the 20/20 vision of hindsight, that this ambitious income insurance scheme

explique ce choix dans les termes suivants dans l'arrêt *Williams* à la page 887:

En conséquence, en vertu de la *Loi sur les Indiens*, un Indien jouit d'un choix en ce qui concerne ses biens personnels. L'Indien peut situer ces biens sur la réserve, auquel cas les biens sont protégés contre la saisie et la taxation, ou il peut les situer hors de la réserve, auquel cas les biens sont situés à l'extérieur de la zone protégée et peuvent davantage être utilisés dans le cours des opérations commerciales ordinaires dans la société. Il appartient à l'Indien de décider s'il désire bénéficier du système de protection que constitue la réserve ou s'il veut s'intégrer davantage dans l'ensemble du monde des affaires.

Le revenu provenant d'un emploi exercé dans une réserve constitue un bien meuble situé dans une réserve (*Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29). Bien que la Cour suprême ait reconnu, dans l'arrêt *Walsh*, que, dans certains cas, la capacité d'exercer un choix (dans cette affaire, la capacité des conjoints de choisir de se marier au lieu de se contenter de faire vie commune ou encore de conclure un contrat conférant l'équivalent des droits de propriété reconnus aux personnes mariées) peut être illusoire, il existe néanmoins en principe un choix.

[29] Il me semble qu'en raison de tous ces facteurs, il n'y a pas lieu de considérer que le véritable groupe de comparaison de l'intimée—c'est-à-dire les Indiens inscrits gagnant des revenus exonérés d'impôts dans une réserve—constitue un groupe historiquement désavantagé qui est victime de préjugés et de stéréotypes par rapport aux «autres Canadiens qui travaillent».

[30] Il n'y a pas d'éléments de preuve qui appuient la thèse que, lorsqu'elle a été édictée, la loi avait pour objet de saper la dignité des Indiens. Les dispositions de la loi elle-même, ainsi que les déclarations ministérielles qui ont été faites à son sujet, confirment plutôt qu'il existait des raisons valables de faire coïncider la définition du revenu admissible en fonction duquel les cotisations devaient être versées au RPC avec les définitions du revenu que l'on trouve dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Non seulement ces définitions sont-elles complexes et sont-elles le fruit d'années de débats judiciaires et de mesures législatives, mais elles constituaient déjà un mécanisme administratif permettant de recueillir des renseignements des Canadiens au sujet

could have been launched in some other way, for example by a separate administration unconnected to the tax system; or only after an arrangement was negotiated with Indians which would be consistent with their special rights. But this is not to say that Parliament did not have the right to choose as it did in 1965. With respect, I find it difficult to conclude that the choice of income tax law and administration as the administrative means for launching a very ambitious mandatory pension plan could reasonably be seen as an assault on the dignity of some (but not all) status Indians. This conclusion is strongly reinforced by the fact that Indians were neither expressly nor implicitly barred from all participation in the CPP: those thousands of status Indians employed off reserves were not excluded. Further, many thousands of non-Indian Canadians were and remain excluded in whole or in part from the benefits of the CPP because they have had no, or only very limited, taxable income during their working lives. In this respect the comparator as chosen by the respondent, “other working Canadians”, is to be understood as including *inter alia* Indians working off reserves as well as non-Indians; and the specification of “working” persons must be understood to be limited to those who work and earn enough to be mandatory contributors to CPP.

[31] The claimant nevertheless avers in her affidavit that discrimination existed in effect because status Indians employed on reserves had been made to feel “that they are less capable and less worthy of recognition or value as human beings and as members of Canadian society equally deserving of concern, respect, and consideration” (see paragraph 25, *supra*). With respect, it appears to me that this completely overlooks the circumstances in which Indians employed on reserves were exempted from the CPP. Not only was the exemption causally linked to tax-exempt status of individual Indians, but the record shows that it was

de leurs revenus et d'imposer ces revenus. On peut évidemment faire valoir, avec le recul, que cet ambitieux régime d'assurance-revenu aurait pu être instauré autrement, par exemple au moyen d'un mécanisme distinct qui n'aurait eu aucun lien avec le régime fiscal ou uniquement après la conclusion avec les Indiens d'une entente qui aurait tenu compte de leurs droits particuliers. Mais on ne peut toutefois pas prétendre que le législateur fédéral n'avait pas le droit d'agir comme il l'a fait en 1965. En toute déférence, je vois mal comment on pourrait en toute logique considérer que le choix qu'a fait le législateur en optant pour une loi et un mécanisme administratif d'impôt sur le revenu pour mettre sur pied un régime de retraite à participation obligatoire aussi ambitieux constitue une atteinte à la dignité de certains Indiens inscrits (mais pas de tous). Cette conclusion est considérablement renforcée par le fait que les Indiens n'ont jamais été déclarés expressément ou implicitement inadmissibles à participer au RPC: les milliers d'Indiens inscrits qui travaillent à l'extérieur des réserves n'ont jamais été exclus. Qui plus est, des milliers de Canadiens qui ne sont pas des Indiens étaient et demeurent inadmissibles en tout ou en partie aux prestations du RPC parce qu'ils n'ont pas eu de revenu imposable au cours de leur vie active ou parce que leur revenu imposable était trop faible. À cet égard, le groupe de comparaison choisi par l'intimée, «des autres Canadiens qui travaillent» doit être interprété comme comprenant notamment les Indiens qui travaillent à l'extérieur des réserves ainsi que les non-Indiens, et la mention «qui travaillent» doit être interprétée comme se limitant à ceux qui travaillent et gagnent un revenu suffisant pour être tenus de cotiser au RPC.

[31] La demanderesse affirme néanmoins dans son affidavit que les Indiens inscrits travaillant dans des réserves ont été victimes de discrimination et que le RPC a eu pour effet de leur faire sentir «qu'ils sont moins capables et moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains et membres de la société canadienne qui méritent le même souci, le même respect et la même considération que les autres citoyens» (voir plus haut, au paragraphe 25). À mon humble avis, la demanderesse méconnaît complètement les circonstances dans lesquelles les Indiens travaillant dans des réserves ont été soustraits à l'application du RPC. Non seulement

clearly also motivated by a concern not to impose compulsory levies on either Indians employed on a reserve or on their Indian employers. I am at a loss to know what “unfair social characterization” this respect for existing tax exemptions was thought to enhance or perpetuate. As the respondent herself states in her affidavit “the exemption from taxation . . . is based on the recognition of the special status which the Indian people have in Canada” (affidavit, at paragraph 5). Possibly in the context of 2002, some 13 years after Parliament and the Government introduced the system allowing Indians with tax-free earnings and their employers to opt into the CPP, it can be seen that their exclusion was not a necessary part of the CPP in 1965. However, there were certainly plausible and generally understood reasons for commencing the CPP on that basis. Among other reasons was the fact that, according to the evidence, Indian representatives were divided at that time as to whether they wished to participate in the CPP. Also, it should not be overlooked, by those who have no recollection of the political events of the introduction of the CPP, that there were thousands of employers and employees who would happily have been excluded from mandatory contributions to the Plan. There was certainly no universal acceptance of the proposition that the Government should force employees and their employers, or self-employed persons, to insure their income by having to make payments to a government-operated pension plan over which the contributors would have no control or management. As noted above (paragraph 7), it was contrary to the perceived requirements of an actuarially sound pension plan that individual opting-in (which has now been permitted since 1989 on a limited basis for persons in the position of the respondent) might be allowed. Without more evidence, I believe it would be historic revisionism to assume that a person in circumstances similar to those of the claimant, rationally taking into account the various contextual factors of 1966, would have concluded that his or her human dignity was being attacked, just because neither that person nor his Indian employer was obliged to start making payments to the Government of Canada in respect of the *Canada Pension Plan*.

existait-il un lien de cause à effet entre cette exemption et l'exonération d'impôts dont bénéficient les Indiens à titre individuel, mais il ressort par ailleurs du dossier que cette mesure était manifestement motivée par le souci de ne pas assujettir à un impôt obligatoire les Indiens qui travaillent dans une réserve et leur employeur. Je n'arrive pas à comprendre en quoi l'application régulière des exemptions fiscales existantes pourrait être considérée comme la promotion d'une «caractérisation sociale injuste». Comme l'intimée elle-même le déclare dans son affidavit: [TRADUCTION] «l'exemption d'impôts [. . .] est fondée sur la reconnaissance du statut spécial dont jouissent les Indiens au Canada» (affidavit, au paragraphe 5). Il se peut qu'en 2002, une douzaine d'années après que le législateur et le gouvernement fédéral ont mis sur pied un système permettant aux Indiens qui ont des revenus exonérés d'impôts et à leurs employeurs de choisir d'adhérer au RPC, force soit de constater qu'il n'était pas nécessaire de soustraire ces personnes à l'application du RPC en 1965. Il existait toutefois sûrement des raisons plausibles et généralement admises de retenir cette formule lors de l'entrée en vigueur du RPC. Parmi les raisons invoquées, mentionnons le fait que, suivant la preuve, les représentants autochtones ne s'entendaient pas à l'époque sur l'opportunité de participer au RPC. De plus, ceux qui ont oublié les événements politiques ayant entouré l'introduction du RPC doivent aussi tenir compte du fait qu'il y avait des milliers d'employeurs et d'employés qui auraient été heureux de se soustraire à l'obligation de cotiser au Régime. Le projet du gouvernement de forcer les employés et leurs employeurs de même que les travailleurs autonomes à assurer leur revenu en cotisant à un régime de retraite administré par l'État sur lequel les cotisants n'exerceraient aucun contrôle ne recueillait certainement pas l'assentiment universel de la population. Ainsi que je l'ai déjà signalé (voir le paragraphe 7), l'idée de permettre l'adhésion individuelle au régime était perçue comme allant à l'encontre des exigences d'un régime de retraite fondé sur des bases actuarielles solides (or, l'adhésion individuelle est autorisée depuis 1989 de façon limitée pour les personnes se trouvant dans la situation de l'intimée). Sans plus d'éléments de preuve et en tenant logiquement compte de divers contextes factuels qui existaient en 1966, je crois qu'on tomberait

[32] As noted above, the respondent argues also that, as a corollary of not being required to contribute to the *Canada Pension Plan*, she is treated stereotypically as a member of a group which is not inclined to make provision for its own security. For the reasons already given, I am unable to see how a fair-minded person would take that from a legislative arrangement that excluded status Indians with tax-exempt income from contributing involuntarily to a government imposed and administered pension plan. Indeed there might be some who would consider that persons enjoying an income tax exemption based on the recognition of their special status were being accorded a higher degree of self-management of their resources, a greater degree of personal autonomy, by not being required like most Canadians to make provision for their future through the CPP whether they wanted to or not.

[33] A more cogent complaint by the respondent is that because she was only allowed to start making contributions in 1989 she will have fewer CPP benefits than other working Canadians who have been making contributions throughout their working career. She recognizes that she will receive retirement income under other programmes such as Old Age Security (OAS) and the Guaranteed Income Supplement (GIS). These she characterizes as “social assistance payments” and she says to receive them instead of pension plan benefits “severely undermines my feelings of self-worth and dignity”. According to the evidence, when the respondent is eligible for retirement benefits in the year 2004, her benefits compared to those receivable by a person who had made the maximum allowable contributions to CPP during that person’s career (assuming no other taxable retirement income in either case) would be as follows:

dans le révisionnisme historique si l’on tenait pour acquis qu’une personne se trouvant dans une situation semblable à celle de la demanderesse aurait conclu que sa dignité humaine serait attaquée du simple fait que ni elle ni son employeur indien n’étaient obligés de commencer à cotiser au *Régime de pensions du Canada* du gouvernement du Canada.

[32] Ainsi que je l’ai déjà signalé, l’intimée soutient aussi qu’en corollaire du fait qu’elle n’est pas tenue de cotiser au *Régime de pensions du Canada*, elle est victime de stéréotypes parce qu’elle est considérée comme faisant partie d’un groupe de personnes qui ne sont pas enclines à pourvoir à leur propre sécurité. Pour les motifs déjà exposés, je ne vois pas comment une personne impartiale pourrait en arriver à une telle conclusion au sujet d’une mesure législative qui dispense les Indiens inscrits ayant des revenus exonérés d’impôts de cotiser contre leur gré à un régime de retraite imposé et administré par le gouvernement. D’ailleurs, il pourrait se trouver des gens qui considéreraient que les personnes qui bénéficient d’une exemption d’impôt sur le revenu fondée sur la reconnaissance de leur statut spécial jouissent d’une plus grande autonomie personnelle en ce qui concerne la gestion de leurs ressources parce qu’elles ne sont pas tenues, contrairement à la plupart des Canadiens, de subvenir à leurs besoins et d’assurer bon gré mal gré leur sécurité future par le biais du RPC.

[33] Un grief plus solide que formule l’intimée est le fait que, comme elle n’a été autorisée à commencer à verser des cotisations qu’en 1989, elle touchera moins de prestations de retraite que les autres Canadiens qui travaillent et qui ont cotisé au Régime pendant toute la durée de leur vie active. Elle reconnaît qu’elle touchera un revenu de retraite en vertu d’autres programmes tels que la Sécurité de la vieillesse (SV) et le Supplément de revenu garanti (SRG), mais elle qualifie ses paiements de «prestations d’assistance sociale» et elle affirme que le fait de recevoir des prestations d’assistance sociale plutôt que des prestations de retraite «mine sérieusement mes sentiments de valeur et de dignité personnelles». Suivant la preuve, lorsque l’intimée deviendra admissible à des prestations de retraite en 2004, les prestations auxquelles elle aura droit par rapport à celles que recevrait une personne qui aurait versé au RPC la cotisation maximale admissible durant toute sa vie professionnelle (en supposant qu’il n’y ait pas d’autre revenu de retraite

imposable dans un cas comme dans l'autre) s'établiraient comme suit:

Source of Benefit	Respondent to receive monthly in 2004 under existing regime	Other Canadian with Maximum CPP contributions would receive monthly in 2004	Origine de la prestation	Mensualité que recevrait l'intimée en 2004 selon le régime actuel	Mensualité que recevrait en 2004 un autre Canadien ayant versé la cotisation maximale au RPC
CPP	\$378.36	\$788.33	RPC	378,36 \$	788,33 \$
OAS	455.82	455.82	SV	455,82	455,82
GIS	535.75	143.46	SRG	535,75	143,46
Provincial Supplement	39.93	0.00	Supplément provincial	39,93	0,00
Total	\$1,409.86	\$1,387.61	Total	1,409,86 \$	1 387,61 \$

(See Appeal Book, at page 652)

(Dossier d'appel, à la page 652)

[34] It will be seen from the above table that although the respondent will receive less in CPP benefits because she has not contributed for the whole of her working career, she will have more revenue from GIS and from a provincial supplement to the GIS because GIS and provincial supplement eligibility is tested by taxable income. As her CPP will be tax free she would receive more in GIS and the provincial supplement. As a result she would receive some \$22 a month more than would the person who had made maximum contributions to CPP. Nevertheless it is the character of the OAS and GIS source which she says diminishes her. She characterizes these as "social assistance payments" and says their receipt instead of pension plan benefits "severely undermines my feelings of self-worth and dignity". It is difficult to accept that the receipt of OAS and GIS benefits must be regarded *per se* as demeaning. OAS benefits are payable to anyone 65 years of age or older who has lived in Canada for at least ten years. Among those eligible for OAS are the Prime Minister and other seniors who continue working, including some of Her Majesty's judges. Although it is "clawed-back" in income tax from higher income earners, eligibility for OAS shared by several million Canadians can hardly be seen as a humiliation. Further, some 37% of those in receipt of OAS also receive the GIS. It will be seen, for example, in the table above that even a person who has made maximum contributions to the CPP, if he or she has no other retirement income, would still be in receipt of OAS and GIS although the "mix" would be somewhat different. Respondent's counsel argued, however, that if

[34] On constate, à la lecture de ce tableau, que bien que l'intimée reçoive moins de prestations du RPC parce qu'elle n'y a pas cotisé pendant toute la durée de sa vie active, elle recevra une prestation de SRG plus élevée à laquelle s'ajoutera un supplément provincial de revenu, parce que l'admissibilité au SRG et au supplément de revenu provincial est fonction du revenu imposable. Comme son RPC sera exempt d'impôt, elle recevra un montant de SRG et de supplément provincial plus élevé. En conséquence, elle recevrait environ 22 \$ par mois de plus que les personnes qui ont versé les cotisations maximales au RPC. Quoi qu'il en soit, c'est la nature de la SV et la provenance du SRG qui, selon elle, ont pour effet de l'humilier. Elle qualifie ses paiements de «prestations d'assistance sociale» et affirme que le fait de recevoir ces prestations au lieu de prestations de retraite «mine sérieusement mes sentiments de valeur et de dignité personnelles». Il est difficile d'accepter que la réception de prestations de SV et de SRG doive être considérée en soi comme dégradante. Les prestations de SV sont payables à toute personne âgée d'au moins 65 ans qui a vécu au Canada pendant au moins dix ans. Parmi les personnes qui sont admissibles à la SV, il y a lieu de mentionner le Premier ministre et d'autres personnes plus âgées qui continuent à travailler, dont certains juges. Bien que le fisc «récupère» la SV en forçant certains contribuables à revenu élevé à lui rendre cette prestation sociale par le biais de l'impôt sur le revenu, l'admissibilité à la SV que partagent des millions de Canadiens ne saurait guère être considérée comme une humiliation. Qui plus est, quelque 37 pour 100 de

she should decide to retire before age 65 she would not be entitled to OAS or GIS and would have only a small CPP pension, limited in amount because she had not been able to contribute before 1989. It appears from the file that she was born on January 16, 1939, so that she is now 64 years old. It is true that, if she were to retire now she would have to wait part of a year for OAS and GIS. It is also true that she would be saved the very considerable expenditure that would be required to pay the contributions in respect of the years 1966 to 1988 as authorized by the Applications Judge. Once it is determined, as I have, that the original exclusion in 1965 from the CPP was valid, this incidental consequence (which is in no way an unqualified disadvantage to her) cannot invalidate the whole scheme.

[35] The other practical disadvantage which counsel for the respondent pointed to in argument would arise if she wanted to spend more than six months a year “down south”, that is to live outside the country for long periods. While anyone who has lived in Canada for 20 years or more, as has the respondent, can live permanently outside Canada and continue to receive the OAS, the GIS is payable outside the country for only up to six months after departure from Canada. This would mean that those going “down south” would have to return within six months to continue to receive GIS. Again as the above table indicates, this would be equally true of a person who had made maximum contributions to CPP but who would still be in receipt of a small amount of GIS. I find it difficult to conclude objectively that this was the kind of inequality which subsection 15(1) of the Charter was designed to eradicate.

ceux qui reçoivent des prestations de SV reçoivent aussi le SRG. On constatera, par exemple, en prenant connaissance du tableau qui précède, que même la personne qui a versé des cotisations maximales au RPC recevra quand même des prestations de SV et de SRG, même si elle n’a pas d’autres revenus de retraite, bien que la «répartition» de ces prestations soit différente. L’avocat de l’intimée soutient toutefois que si cette dernière décidait de prendre sa retraite avant l’âge de 65 ans, elle n’aurait pas droit à la SV ou au SRG et qu’elle ne recevrait que des prestations de pension de RPC dont le montant sera limité parce qu’elle n’a pas pu cotiser au RPC avant 1989. Il ressort du dossier que l’intimée est née le 16 janvier 1939 et qu’elle est donc maintenant âgée de 64 ans. Il est vrai que, même si elle prenait sa retraite maintenant, il lui faudrait attendre quelques mois avant de pouvoir toucher des prestations de SV et de SRG. Il est également vrai qu’elle aurait épargné les dépenses considérables qu’elle aurait été tenue d’engager si elle avait dû verser les cotisations des années 1966 à 1988 comme le juge de première instance le lui a permis. Une fois qu’on a conclu, comme je l’ai fait, que l’exclusion initiale de l’intéressée du RPC en 1965 était valide, cette conséquence accessoire (qui est loin de constituer un désavantage absolu pour elle), ne saurait rendre tout le système invalide.

[35] L’autre désavantage pratique auquel s’exposerait l’intimée et que l’avocat de l’intimée a signalé lors des débats est celui qu’elle subirait si elle voulait passer plus de six mois par année «dans le Sud», c’est-à-dire si elle décidait de vivre à l’étranger pendant des périodes prolongées. Bien que toute personne qui, comme l’intimée, a vécu au Canada pendant une vingtaine d’années puisse vivre en permanence à l’extérieur du Canada tout en continuant à recevoir des prestations de SV, le SRG ne peut être payé à un Canadien qui réside à l’étranger que pour une période maximale de six mois après son départ du Canada. Il s’ensuit que ceux qui vont «dans le Sud» seraient obligés de rentrer au Canada dans les six mois pour continuer à recevoir le SRG. Là encore, comme le tableau qui précède le montre, il en serait de même pour la personne qui a versé les cotisations maximales au RPC mais qui ne toucherait quand même qu’un faible montant de SRG. J’ai du mal à conclure objectivement que c’est le genre d’inégalité que le paragraphe 15(1) de la Charte visait à supprimer.

[36] Having regard to all the circumstances, and keeping in mind both the perspective of the claimant and the “subjective-objective” perspective of a person in circumstances similar to those of the claimant rationally taking into account the various contextual factors “which determine whether an impugned law infringes human dignity”, I am unable to conclude that subsection 12(1) of the CPP offended the human dignity of the claimant during the period in question. I am therefore of the view that the CPP scheme in effect from 1966 to 1988, which excluded contributions and participation of those with no taxable income including Indians employed on a reserve, did not contravene subsection 15(1) of the Charter either before or after it came into effect. If I have erred in this respect I would further hold that any effect the Charter might have on the situation could not go back beyond April 17, 1985, the day that subsection 15(1) came into effect. In this I respectfully concur with the findings of the Applications Judge, at paragraph 22 of his reasons.

(2) If Subsection 15(1) is Infringed, is this Justified under Section 1?

[37] Given my conclusion that subsection 15(1) is not infringed it is not necessary to answer this question.

(3) An Infringement of Paragraph 1(b) of the Bill of Rights?

[38] Section 1 of the *Canadian Bill of Rights* provides as follows:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

...

(b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

The respondent relied on this before the Applications Judge, presumably to strengthen her case for a remedy

[36] Compte tenu de l'ensemble des circonstances, abordant la question à la fois du point de vue de la demanderesse et du point de vue «subjectif-objectif» d'une personne se trouvant dans une situation semblable à celle de la demanderesse, et prenant en considération de façon rationnelle les divers facteurs contextuels «servant à déterminer si la loi contestée porte atteinte à la dignité humaine», je suis incapable de conclure que le paragraphe 12(1) du RPC portait atteinte à la dignité humaine de la demanderesse au cours de la période en question. Je suis par conséquent d'avis que le RPC qui était en vigueur entre 1966 et 1988 et qui empêchait ceux qui n'avaient pas de revenus imposables, dont les Indiens travaillant dans une réserve, de participer à ce régime et d'y cotiser, ne contrevenait pas au paragraphe 15(1) de la Charte tant avant qu'après l'entrée en vigueur de ce dernier. Si je me trompe à cet égard, je statue en outre que tout effet que la Charte pourrait avoir eu sur la situation ne pourrait remonter à une date antérieure au 17 avril 1985, date où le paragraphe 15(1) est entré en vigueur. À cet égard, je souscris aux conclusions tirées par le juge de première instance au paragraphe 22 de ses motifs.

2) Si l'on a porté atteinte au paragraphe 15(1), cette atteinte est-elle justifiée en vertu de l'article premier?

[37] Vu ma conclusion que le RPC ne porte pas atteinte au paragraphe 15(1), il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3) A-t-on portée atteinte à l'alinéa 1b) de la Déclaration des droits?

[38] L'article premier de la *Déclaration des droits* porte:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

[. . .]

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

L'intimée a invoqué cette disposition devant le juge de première instance, vraisemblablement pour renforcer ses

which would cover the whole of the period in question, the Bill of Rights having been adopted in 1960. The Applications Judge accepted this argument and granted a remedy accordingly. In doing so he particularly relied on the case of *R v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282 in which it was held that paragraph 94(b) of the *Indian Act* [R.S.C. 1952, c. 149], by making it an offence for an Indian (but no one else) to be intoxicated anywhere off an Indian reserve, infringed “equality before the law” as guaranteed by paragraph 1(b).

[39] With respect, I believe that the Supreme Court jurisprudence following *Drybones* adequately demonstrated that paragraph 1(b) did not either explicitly or implicitly guarantee equal benefit of the law. In *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349 it was stated, in a judgment supported by the majority of the Court, that paragraph 1(b) did not “invoke the egalitarian concept exemplified by the 14th Amendment of the U.S. Constitution” but guaranteed only “equality in the administration or application of the law by the law enforcement authorities and the ordinary courts of the land” (*Lavell*, at pages 1365-1366). Thus *Drybones* was explained as prohibiting the creation of offences for a category of persons defined by race for which other persons could not be brought before the courts. The Court likened this guarantee to the traditional concept of the “rule of law” which in its traditional sense has been taken to mean that everyone, whether citizen or ruler, is subject to the law and the courts. In *Bliss v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 183 the Supreme Court declined to apply paragraph 1(b) so as to invalidate certain provisions of the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48] which gave some benefits to one class of women but not to others. The Court distinguished the situation in *Drybones*, involving the imposition of a penalty on one racial group which was not imposed on anyone else, from the situation in *Bliss* involving entitlement to benefits. It was not prepared to find a guarantee in paragraph 1(b) of equal benefit of the law. It was indeed against this jurisprudential background that subsection 15(1) of the Charter was drafted with the addition of “equality under the law” and “equal protection” and

arguments en vue d’obtenir une réparation qui couvrirait toute la période en question, vu que l’adoption de la Déclaration des droits remonte à 1960. Le juge de première instance a accepté cet argument et a accordé en conséquence la réparation demandée. Pour ce faire, il s’est notamment fondé sur l’arrêt *R c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, dans lequel la Cour suprême du Canada a statué qu’en déclarant que commettait une infraction tout Indien (mais personne d’autre) qui était trouvé ivre à quelque endroit en dehors d’une réserve, l’alinéa 94b) de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1952, ch. 149] portait atteinte à l’«égalité devant la loi» garantie par l’alinéa 1b) de la Déclaration des droits.

[39] En toute déférence, j’estime que les arrêts que la Cour suprême a rendus après l’arrêt *Drybones* démontrent de façon éloquente que l’alinéa 1b) ne garantissait pas explicitement ou implicitement le droit à la protection égale de la loi. Dans l’arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, un des juges de la Cour suprême a déclaré, dans un jugement qui a recueilli l’appui de la majorité de ses collègues, que l’alinéa 1b) ne permettait pas d’«invoker le concept égalitaire illustré par le 14^e Amendement de la Constitution des États-Unis», mais qu’il ne garantissait que l’«égalité dans l’administration ou l’application de la loi par les fonctionnaires chargés de son application et par les tribunaux» de droit commun du pays (*Lavell*, aux pages 1365 et 1366). Ainsi, la Cour suprême a expliqué que l’arrêt *Drybones* interdisait au législateur de créer une infraction pour une catégorie de personnes définies en fonction de la race pour laquelle d’autres personnes ne pourraient pas être traduites en justice. La Cour a assimilé cette garantie au concept traditionnel de la «primauté du droit» qui, sans son sens traditionnel, est interprété comme signifiant que chacun—qu’il s’agisse d’un simple citoyen ou d’une autorité publique—est subordonné à la loi et aux tribunaux. Dans l’arrêt *Bliss c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 183, la Cour suprême a refusé d’appliquer l’alinéa 1b) de manière à invalider certaines dispositions de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, ch. 48] qui conféraient certains avantages à une catégorie de femmes mais pas à d’autres. La Cour a établi une distinction entre la situation en cause dans l’affaire *Drybones*, qui portait sur l’imposition à un groupe racial d’une peine qui n’était infligée à personne d’autre, et la situation en

“equal benefit of the law”. (See the discussion of this in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at page 170). In the post-Charter era when an attempt was made to invoke paragraph 1(b) of the Bill of Rights in respect of legislation differentiating among federally-appointed judges with respect to pension contributions, the Supreme Court declined to revisit this issue. In *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at page 90, Dickson C.J. after reviewing the jurisprudence on “equality before the law” under paragraph 1(b) of the Bill of Rights and noting the narrow interpretation which had been given to it, concluded as follows:

I believe the day has passed when it might have been appropriate to re-evaluate those concerns and to reassess the direction this Court has taken in interpreting that document.

[40] I must therefore with respect disagree with the Applications Judge in his conclusion that the failure to extend CPP entitlement to the respondent was a denial of equality before the law within the meaning of paragraph 1(b) of the Bill of Rights. There was nothing here involving a difference in administration or enforcement of the law in respect of the respondent as compared to other Canadian workers in a manner analogous to the situation in *Drybones*. I believe it is fair to conclude from the jurisprudential history that it was not until the adoption of the Charter, and the coming into force of subsection 15(1) thereof in 1985, that a political will to guarantee equality under the law and equal benefit of the law was given constitutional effect.

[41] The Applications Judge was also asked to consider whether the legislative scheme here violated the rule of law. He appears to treat this as ancillary to the issue of the applicability of paragraph 1(b) of the Bill of

cause dans l'affaire *Bliss*, qui concernait l'admissibilité à des prestations. La Cour n'était pas disposée à conclure que l'alinéa 1b) garantissait le droit à la protection égale de la loi. C'est d'ailleurs en tenant compte de cette jurisprudence que le législateur a rédigé le paragraphe 15(1) de la Charte en y ajoutant les notions de «droit à l'égalité devant la loi», de «droit à la même protection de la loi» et de «droit au même bénéfice de la loi» (voir l'analyse de cette question dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la page 170). Depuis l'adoption de la Charte, alors qu'on a essayé d'invoquer l'alinéa 1b) de la Déclaration des droits relativement à une loi qui établissait une distinction entre les juges nommés par le gouvernement fédéral en ce qui concerne les cotisations versées à leur régime de retraite, la Cour suprême a refusé de revoir la question. Dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, à la page 90, après avoir examiné la jurisprudence sur le droit à «l'égalité devant la loi» reconnu par l'alinéa 1b) de la Déclaration des droits et après avoir signalé l'interprétation étroite qui lui avait été donné, le juge en chef Dickson a conclu ce qui suit:

Or, je crois que le temps est révolu où il aurait pu convenir de procéder à une réévaluation de ces préoccupations et de l'orientation que la Cour a adoptée dans l'interprétation de ce document.

[40] Contrairement au juge de première instance, je ne crois pas que l'impossibilité pour l'intimée de cotiser au RPC constituait un déni de son droit à l'égalité devant la loi garanti par l'alinéa 1b) de la Déclaration des droits. Il n'y avait rien en l'espèce qui permettait de conclure que la loi était appliquée différemment dans le cas de l'intimée par rapport aux autres travailleurs canadiens d'une façon qui s'apparenterait à la situation en cause dans l'affaire *Drybones*. Je crois qu'on peut raisonnablement conclure de ce survol de la jurisprudence que ce n'est que lorsque la Charte a été adoptée et que son paragraphe 15(1) est entré en vigueur en 1985 que la volonté politique de garantir l'égalité devant la loi et d'assurer la protection égale de la loi s'est matérialisée sur le plan constitutionnel.

[41] Le juge de première instance était également appelé à se demander si le régime législatif en cause contrevenait au principe de la primauté du droit. Il semble que le juge ait considéré cette question comme

Rights and presumably found the provisions in question did violate the rule of law. For the reasons which I have stated above concerning the rather narrow meaning given to equality before the law, and to the Supreme Court's likening of that to the rule of law (see *Lavell, supra*, at page 1365) I need not comment on this further. I would only emphasize that, in my view, the rule of law does not require that the law produce the same outcomes for every person in the country. What it does mean is that the relationship between the state and the individual must be regulated by law (see *Singh v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 185 (C.A.), at paragraphs 33-34; approved in *Babcock v. Canada (Attorney General)* (2002), 214 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.), at paragraphs 56-57).

(4) What are the Appropriate Remedies?

[42] Having regard to my conclusions that neither the Charter nor the Bill of Rights applies so as to invalidate this legislative scheme, I need not consider remedies. I would only note that the remedy requested by the respondent, and which the Applications Judge seems to have ordered, goes well beyond equal treatment for the respondent: for example, it is silent as to what the present day value of contributions missed in the past would be; and it says nothing of retroactive employer contributions for all those years. Further, it would judicially permit an opting-in scheme for those in the respondent's circumstances compared to the compulsory scheme imposed on "other working Canadians".

Section 6 of the Charter

[43] In her original application for judicial review the respondent had also relied on section 6 of the Charter (mobility rights). It appears that the Applications Judge rejected this argument because the distinction

un aspect accessoire de la question de l'applicabilité de l'alinéa 1b) de la Déclaration des droits et qu'il ait vraisemblablement conclu que les dispositions en question contrevenaient effectivement au principe de la primauté du droit. Pour les motifs que j'ai déjà exposés au sujet du sens plutôt étroit qui a été donné au concept d'égalité devant la loi, et compte tenu du fait que la Cour suprême a assimilé ce concept à celui de la primauté du droit (voir *Lavell*, précité, à la page 1365), il n'est pas nécessaire que je formule d'autres commentaires à ce sujet. Je tiens seulement à signaler qu'à mon avis, le principe de la primauté du droit n'exige pas que la loi produise les mêmes effets à l'égard de tout citoyen. Ce que ce principe signifie, c'est que les rapports entre l'État et les particuliers doivent être régis par le droit (voir l'arrêt *Singh c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 185 (C.A.), aux paragraphes 33 et 34; approuvé dans l'arrêt *Babcock c. Canada (Procureur général)* (2002), 214 D.L.R. (4th) 193 (C.S.C.), aux paragraphes 56 et 57).

4) Quelles sont les réparations appropriées en l'espèce?

[42] Compte tenu de ma conclusion que ni la Charte ni la Déclaration des droits ne s'appliquent de manière à invalider le régime législatif en cause, il n'est pas nécessaire que j'aborde la question des réparations à accorder. Je tiens seulement à signaler que les réparations que l'intimée a réclamées et que le juge de première instance semble lui avoir accordées vont bien au-delà de l'égalité de traitement pour l'intimée. Ainsi, le jugement de première instance ne précise pas quelle serait la valeur actuelle des cotisations que l'intimée n'a pas pu verser dans le passé. Et il est muet sur les cotisations rétroactives de l'employeur pour toutes les années en cause. Qui plus est, il accorderait par voie judiciaire aux personnes se trouvant dans la situation de l'intimée la faculté d'adhérer volontairement au régime alors que «les autres Canadiens qui travaillent» n'ont d'autre choix que d'y participer.

L'article 6 de la Charte

[43] Dans sa demande de contrôle judiciaire initiale, l'intimée invoquait également l'article 6 de la Charte (liberté de circulation et d'établissement). Il semble que le juge de première instance ait rejeté cet argument parce

complained of was not related to provincial borders. He made no order based on section 6. The matter was not pursued before us.

Disposition

[44] I would therefore allow the appeal, set aside the decision of the Trial Judge, and award costs of the appeal to the appellant here and in the Trial Division.

NADON J.A.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

que la distinction reprochée ne concernait pas les frontières provinciales. Il n'a pas rendu d'ordonnance fondée sur l'article 6. La question n'a pas été débattue devant nous.

Dispositif

[44] Je suis par conséquent d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la décision du juge de première instance et d'adjuger les dépens à l'appelante tant en appel qu'en première instance.

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

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

A-666-01
2003 FCA 38

A-666-01
2003 CAF 38

Larry W. Rich (*Appellant*)

v.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)

INDEXED AS: RICH v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Décary, Rothstein and Evans JJ.A.—
Toronto, October 29, 2002; Ottawa, January 27, 2003.

Income Tax — Income Calculation — Capital Gains and Losses — Allowable business investment loss (ABIL) — Special type of capital loss given preferential treatment — 75% of loss deductible against income from any source — Unpaid debt owed by corporation operated by taxpayer's son — Appeal from decision of T.C.J. debt not proven bad in 1995, tax year for which deduction claimed — ABIL rules explained — Whether loan made to gain, produce income — Need not be primary purpose of loan — Predominant purpose was to help out son — Taxpayer was 25% owner of debtor company — Interest-bearing loan — Court not to second-guess taxpayer's business acumen — As to whether debt bad in 1995, T.C.J. held taxpayer took early opportunity to write off — Seven factors considered in determining whether debt bad — Creditor need not exhaust all possible collection recourses — Non-arm's length situation justifying closer scrutiny, not in itself supporting finding creditor dishonest in concluding debt bad — All evidence as to debtor's financial condition negative — Loss of account of major customer — Negative cash flow — In debt to major supplier — No evidence workout, refinancing possible — No reasonable collection possibility had taxpayer taken proactive steps — Overriding error by T.C.J. by inferring collection resulting from proactive steps.

This was an appeal from the decision of a Tax Court Judge, reported at 2001 DTC 985, holding taxpayer not entitled to an allowable business investment loss (ABIL) on his 1995 income tax return. The loss arose due to an unpaid debt owed to taxpayer by DSM Foods Inc, a company operated by taxpayer's

Larry W. Rich (*appelant*)

c.

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

RÉPERTORIÉ: RICH c. CANADA (C.A.)

Cour d'appel, juges Décary, Rothstein et Evans, J.C.A.—
Toronto, 29 octobre 2002; Ottawa, 27 janvier 2003.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains et pertes en capital — Perte déductible au titre d'un placement d'entreprise (PDPE) — Genre spécial de perte en capital qui bénéficie d'un traitement préférentiel — 75 p. 100 de la perte est déductible du revenu tiré de toutes sources — La somme impayée était due par la société exploitée par le fils du contribuable — Appel à l'encontre d'une décision d'un juge de la Cour de l'impôt selon laquelle la créance n'était pas devenue irrécouvrable en 1995, année d'imposition pour laquelle la déduction était réclamée — Explication des règles de la PDPE — Le prêt avait-il été consenti pour produire un revenu? — Il n'est pas nécessaire que l'objet premier du prêt soit de tirer un revenu — L'objet prédominant du prêt du contribuable était d'aider son fils — Le contribuable était propriétaire de 25 p. 100 du capital de la société débitrice — Le prêt portait intérêt — La Cour n'a pas à comprendre après coup le sens des affaires que peut avoir un contribuable — S'agissant de savoir si la créance était devenue irrécouvrable en 1995, le juge de la Cour de l'impôt avait estimé que le contribuable avait été prompt à radier la créance — Sept facteurs servent à déterminer si une créance est devenue irrécouvrable — Il n'est pas nécessaire que le créancier épuise tous les moyens possibles de recouvrement — Une relation de dépendance peut justifier un examen plus attentif, bien qu'une telle relation ne permette pas à elle seule d'affirmer que le créancier n'a pas décidé honnêtement que la créance était irrécouvrable — Toute la preuve relative à la situation financière de la société débitrice était négative — Perte d'un client important — Trésorerie négative — Endettement à l'égard d'un important fournisseur — Absence de preuve qu'un sauvetage financier ou un refinancement était possible — Aucune possibilité raisonnable de recouvrement, le contribuable eût-il pris des mesures proactives — Le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur décisive lorsqu'il a supposé que des mesures proactives auraient permis un recouvrement.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre de la décision d'un juge de la Cour de l'impôt, publiée à 2001 DTC 985, selon laquelle le contribuable n'avait pas droit, dans sa déclaration de revenus de 1995, à une perte déductible au titre d'un placement d'entreprise (PDPE). La perte résultait d'une créance du

son and of which taxpayer was a 25% owner. The conclusions of the Judge below were that, while there was a debt, the predominant purpose of the loan was to help taxpayer's son rather than to gain income. And, although DSM qualified in 1995 as a small business, taxpayer had not made an honest and reasonable determination that the debt had become bad.

The ABIL is a special type of capital loss that receives preferential treatment for income tax purposes. It arises on the disposition of shares or a debt of a "small business corporation" which is defined as a Canadian-controlled private corporation that uses substantially all of its assets in an active business in Canada. Unlike ordinary capital losses, which may be deducted only against capital gains, an ABIL may be deducted from income from any source. In 1995, the ABIL was 75% of the business investment loss. Taxpayer's counsel pointed out that loans are frequently made to small business corporations other than at arm's length.

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

Per Rothstein J.A. (Décary J.A. concurring): The initial question for determination was whether the debt was incurred for the purpose of gaining income. This requirement is imposed by *Income Tax Act*, subparagraph 40(2)(g)(ii). Gaining income need not, however, be the exclusive—or even the primary—purpose of the loan, so long as it was one of its purposes. The evidence was that it was an interest-bearing loan and there was no finding of a sham. The Judge did, however, find that there had been but a faint hope that taxpayer would reap interest and dividends. Even so, it is not for the Court to second-guess the business acumen of taxpayers.

As to whether the debt became bad in 1995, the question is whether, having considered the relevant factors, the creditor honestly and reasonably determined the debt to be bad. In making that determination, a taxpayer should take into account the following factors: (1) history and age of the debt; (2) debtor's financial situation (revenues and expenses, whether earning income or incurring losses, cash flow and assets, liabilities and liquidity); (3) total sales in comparison with those of prior years; (4) debtor's cash, accounts receivable, and other current assets compared with prior years; (5) debtor's accounts payable and other liabilities compared with prior years; (6) general business conditions in the country, debtor's community and in the debtor's line of business;

contribuable que le contribuable n'avait pu recouvrer auprès de DSM Foods Inc, une société qui était exploitée par le fils du contribuable et dont le contribuable détenait 25 p. 100 du capital. Les conclusions du juge de la Cour de l'impôt étaient que, même s'il y avait une créance, la raison première du prêt était que l'appelant voulait aider son fils et non tirer un revenu. Et, bien que DSM fût en 1995 une petite entreprise, le contribuable n'avait pas conclu honnêtement et à juste titre que la créance était devenue irrécouvrable.

La PDPE est un genre spécial de perte en capital qui bénéficie d'un traitement préférentiel aux fins de l'impôt sur le revenu. Une PDPE se produit lorsqu'il est disposé d'actions ou de créances d'une «société exploitant une petite entreprise», expression définie comme une société privée sous contrôle canadien qui utilise la totalité ou presque de ses actifs dans une entreprise active au Canada. Contrairement aux pertes en capital ordinaires, qui ne peuvent être déduites que de gains en capital, une PDPE peut être déduite du revenu tiré de toutes sources. En 1995, la PDPE correspondait à 75 p. 100 de la perte au titre d'un placement d'entreprise. L'avocat du contribuable a fait observer que les prêts aux sociétés exploitant des petites entreprises étaient souvent consentis dans un contexte marqué par un lien de dépendance.

Arrêt (le juge Evans, J.C.A., étant dissident): l'appel doit être accueilli.

Le juge Rothstein, J.C.A. (le juge Décary, J.C.A., souscrivant à ses motifs): Le premier point à décider était de savoir si le prêt avait été consenti en vue de gagner un revenu. Cette exigence est imposée par le sous-alinéa 40(2)g(ii) de la Loi de l'impôt sur le revenu. Il n'est pas nécessaire cependant que l'objet exclusif ni même l'objet premier du prêt soit de tirer un revenu, dans la mesure où il s'agit de l'un des objets du prêt. Selon la preuve, le prêt devait porter intérêt, et l'on n'a conclu à l'existence d'aucun maquillage. Le juge de la Cour de l'impôt a cependant estimé que le contribuable n'avait eu qu'un faible espoir de toucher des intérêts et des dividendes. Quoi qu'il en soit, il n'appartient pas à la Cour de deviner après coup le sens des affaires que peuvent avoir les contribuables.

Pour savoir si la créance était devenue irrécouvrable en 1995, il faut se demander si, après examen des facteurs applicables, le créancier a honnêtement et avec raison décidé que la créance était irrécouvrable. Lorsqu'il décide de la sorte, le contribuable doit tenir compte des facteurs suivants: 1) l'historique et l'âge de la créance; 2) la situation financière du débiteur (ses revenus et ses dépenses, gagne-t-il un revenu ou essuie-t-il des pertes?, sa trésorerie et son actif, son passif et les liquidités dont il dispose); 3) l'évolution du chiffre d'affaires total du débiteur par rapport aux années antérieures; 4) l'encaisse, les comptes clients et autres disponibilités du débiteur à l'époque pertinente et par rapport aux années antérieures; 5) les comptes fournisseurs et autres exigibilités du

and (7) taxpayer's experience in writing off bad debts. The debtor's future prospects could be relevant if there is evidence of some future event that will probably occur which might render the debt collectible. It is, of course, otherwise if such future event is mere speculation. There is no requirement that a creditor exhaust all possible recourses of collection. While a non-arm's length situation may justify closer scrutiny, that alone does not support a finding that the creditor did not honestly and reasonably determine the debt to be bad. The evidence was that, by the end of 1995, debtor had a negative cash flow and lost its Costco account which, while actually a money loser, did provide two-thirds of debtor's cash flow. As the Tax Court Judge put it to counsel for the Minister "do you have to flog a dead horse...?" Upon a consideration of the seven above-mentioned factors, all of the evidence regarding debtor's financial and business circumstances was negative. The debt to taxpayer was some years old and no payment thereon made in recent years. This debt was postponed to that of another creditor while a bank held an assignment of book debts on receivables. 85% of debtor's accounts payable was owing to its major supplier. Two-thirds of its revenues disappeared when the Costco account was lost.

The Tax Court Judge nevertheless concluded that taxpayer "took an early opportunity to write-off this debt" in not having taken any proactive steps. But none of the evidence suggested that more could have been productively done herein. What could the Judge have had in mind in indicating the necessity for more proactive steps? Perhaps the Judge's view was based on the facts that taxpayer's accounting firm was also that of debtor and that taxpayer owned 25% of the debtor company. This intimate knowledge might have allowed taxpayer to undertake proactive steps. There is, however, no legal requirement to take proactive steps where the evidence is not to the effect that collection is reasonably possible. There was here no evidence to suggest that a workout or refinancing was possible. There was simply no evidence to support the inference drawn by the Tax Court Judge that additional steps could reasonably have resulted in collection. Indeed, the evidence was all to the contrary. There is no obligation upon a taxpayer to think up every conceivable proactive step and demonstrate that none would be productive. On the evidence, it could not be concluded that taxpayer had taken an early

débiteur à l'époque pertinente et par rapport aux années antérieures; 6) les conditions économiques générales ayant cours dans le pays, parmi l'ensemble des débiteurs et dans la branche d'activités du débiteur; et 7) les antécédents du contribuable en matière de radiation de créances irrécouvrables. Les perspectives du débiteur peuvent présenter un intérêt s'il est établi qu'un événement se produira probablement dans l'avenir et que cet événement donne à penser que la créance sera recouvrable lorsqu'il surviendra. Il en ira bien sûr différemment si cet événement futur n'est qu'une simple conjecture. Il n'est pas nécessaire pour un créancier d'épuiser tous les moyens possibles de recouvrement. Une relation de dépendance pourra justifier un examen plus attentif, mais l'existence d'une telle relation ne permet pas à elle seule, sans plus, d'affirmer que le créancier n'a pas décidé honnêtement et avec raison que la créance était irrécouvrable. Il se trouve que, à la fin de 1995, la société débitrice avait une trésorerie négative et avait perdu son client Costco, un compte qui, même s'il était en réalité déficitaire, représentait tout de même les deux tiers de la trésorerie de la société débitrice. Comme l'avait dit le juge de la Cour de l'impôt à l'avocat du ministre: «Doit-on perdre sa peine et son temps. . .?» Après examen des sept facteurs susmentionnés, l'ensemble de la preuve touchant la situation commerciale et financière de la société débitrice était négatif. La créance du contribuable avait quelques années, et aucune partie de cette créance n'avait été recouvrée au cours des années récentes. La créance prenait rang après celle d'un autre créancier, tandis que les comptes clients avaient été cédés par nantissement à une banque. 85 pour cent des comptes fournisseurs de la société débitrice étaient attribuables à son principal fournisseur. Les deux tiers de son chiffre d'affaires avaient disparu lorsqu'elle avait perdu le compte Costco.

Néanmoins, le juge de la Cour de l'impôt a conclu que le contribuable «avait été prompt à radier cette créance», parce que des mesures proactives n'avaient pas été prises. Mais la preuve ne dit pas que d'autres moyens auraient pu utilement être pris ici. On ne sait trop ce que le juge de la Cour de l'impôt a pu avoir à l'esprit lorsqu'il a dit que d'autres mesures proactives étaient nécessaires. La position du juge était peut-être motivée par le fait que le cabinet d'experts-comptables du contribuable s'occupait de la comptabilité de la société débitrice et que le contribuable détenait 25 p. 100 du capital de la société débitrice. En raison de cette connaissance intime, le contribuable était à même de prendre des mesures proactives. Cependant, il n'y a pas d'obligation légale de prendre des mesures proactives lorsqu'il y a lieu de croire qu'un recouvrement n'est pas raisonnablement possible. Rien ne donnait ici à entendre qu'un sauvetage ou un refinancement était possible. Aucune preuve n'autorisait la conclusion tirée par le juge de la Cour de l'impôt selon laquelle d'autres mesures auraient sans doute permis de recouvrer la créance. La preuve indiquait plutôt le contraire. Un

opportunity of writing off the loan. There was sufficient evidence that, at the end of 1995, the indebtedness amounted to \$125,000 and, under the ABIL, taxpayer is entitled to claim a deduction of 75% of that amount.

Per Evans J.A. (dissenting): Admirable as it is that parents assist their children in getting established, if they expect other taxpayers to share the burden of helping out a child's struggling business, they can anticipate close scrutiny by both the tax collector and the courts.

There was evidence before the Judge below on which he could conclude that, in all the circumstances, a reasonable person, acting in a businesslike manner, would have further explored repayment possibilities.

In reviewing the record to ascertain whether the Judge fell into error, three general considerations had to be taken into account. First, the loan was not at arm's length. Given that taxpayer's predominant purpose was to assist his son's business, why would he try to recover the loan debt if able to deduct a substantial portion thereof from his own income tax? Secondly, in discharging the burden of proof on the balance of probabilities, taxpayer was well placed to adduce evidence as to the futility of making further inquiries about loan repayment possibilities. The final consideration is that appellate courts are to give a high degree of deference to the findings of fact by trial judges.

When asked why he had sent him a demand letter, taxpayer testified he supposed his son would come to him and propose a long-term loan repayment. Taxpayer must, therefore, have believed that the debtor company was in a position to make some such proposal. Indeed, he testified as to his surprise at being told the debtor was unable to repay any portion of the loan. It was open for the Judge to have considered it unreasonable that taxpayer accepted at face value his son's curt response that no repayment was possible. Even if taxpayer did not wish to push the debtor into bankruptcy, that does not explain why he failed to pursue a financial workout. In view of the absence of supporting documentation and bookkeeping errors, it was not unreasonable that the Judge did not regard the corporate records as definitive of its financial position. Added to that, the auditor testified that taxpayer had been less than forthcoming and had initially failed to disclose a material fact: that the DSM Foods president was his son. Nor was it irrelevant that, by November 1996, debtor had been able to

contribuable n'est pas tenu d'envisager mille et un moyens imaginables et de montrer qu'aucun d'eux ne donnera de résultat. Au vu de la preuve, il était impossible de conclure que le contribuable avait été prompt à radier sa créance. Il était suffisamment démontré que la créance se chiffrait à 125 000 \$ à la fin de 1995, et, selon la règle applicable à la PDPE, l'appelant était fondé à déduire de son revenu 75 p. 100 de cette somme.

Le juge Evans, J.C.A. (dissent): Il est admirable que des parents aident leurs enfants à s'établir, mais, s'ils demandent aux autres contribuables de les aider à maintenir hors de l'eau l'entreprise défaillante de leur progéniture, ils peuvent compter que l'administration fiscale et les tribunaux voudront examiner avec soin la déduction demandée.

La preuve dont disposait le juge de la Cour de l'impôt l'autorisait à dire que, en tout état de cause, une personne raisonnable, agissant avec professionnalisme, aurait exploré plus avant les possibilités d'un remboursement.

Dans l'examen entrepris pour voir si le juge de la Cour de l'impôt avait commis une erreur, trois considérations générales devaient être prises en compte. D'abord, le prêt avait été consenti dans une relation de dépendance. Puisque l'intention première du contribuable était de venir en aide à l'entreprise de son fils, pourquoi tenterait-il de recouvrer la créance s'il était à même d'en déduire une partie substantielle de son propre revenu? Deuxièmement, lorsqu'il s'est acquitté du fardeau de la preuve, selon la prépondérance des probabilités, le contribuable avait beau jeu de produire une preuve de l'inutilité d'explorer davantage comment le prêt pouvait être remboursé. La considération finale est que les juridictions d'appel doivent montrer un niveau de retenue élevé à l'égard des conclusions de fait tirées par les juridictions de première instance.

Prié de dire pourquoi il avait envoyé à son fils une mise en demeure, le contribuable avait déclaré qu'il supposait que son fils viendrait alors le trouver pour examiner avec lui un remboursement à long terme. Il faut donc en conclure que le contribuable croyait que la société débitrice était en état de faire une telle proposition. Il a même dit durant son témoignage qu'il avait été surpris d'apprendre que la société débitrice n'était pas en mesure de rembourser une partie quelconque du prêt. Il était loisible au juge de la Cour de l'impôt de dire qu'il était excessif de la part du contribuable d'accepter telle quelle la déclaration laconique de son fils selon laquelle aucun remboursement du prêt n'était possible. Même si le contribuable ne souhaitait pas acculer l'entreprise à la faillite, cela ne le dispensait pas d'explorer la possibilité d'un sauvetage financier. Vu l'absence de documents justificatifs et les erreurs d'écriture, il n'était pas déraisonnable pour le juge de ne pas voir dans les registres financiers de l'entreprise la preuve de sa véritable situation financière. Il faut ajouter à cela

repay almost all of its rather substantial old debt to its principal supplier.

le témoignage du vérificateur selon lequel le contribuable n'avait pas été très communicatif avec lui et ne lui avait pas au départ divulgué un fait important, à savoir que le président de la société débitrice, DSM Foods., était son fils. Il n'était pas non plus sans intérêt de constater que, en novembre 1996, la société débitrice avait été en mesure de rembourser à son principal fournisseur la quasi-totalité de ses anciennes dettes, plutôt substantielles.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 38(c), 40(2)(g), 248(1) "small business corporation" (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 192; Sch. VIII, s. 139).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Geoffrey Hogan v. Minister of National Revenue (1956), 56 DTC 183 (T.A.B.); *No. 81 v. Minister of National Revenue* (1953), 53 DTC 98 (T.A.B.).

REFERRED TO:

Ludco Enterprises Ltd. v. Canada, [2001] 2 S.C.R. 1082; (2001), 204 D.L.R. (4th) 590; [2002] 1 C.T.C. 95; 2001 DTC 5505; 275 N.R. 90; *Stewart v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 645; (2002), 212 D.L.R. (4th) 577; [2002] 3 C.T.C. 439; 2002 DTC 6969; 288 N.R. 297; 50 R.P.R. (3d) 157; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1.

AUTHORS CITED

Krishna, V. *Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2000.

APPEAL from a decision of the Tax Court of Canada (2001 DTC 985), that taxpayer was disentitled to claim an allowable business investment loss in his 1995 income tax return for failure to prove the debt was bad in that year. Appeal allowed.

APPEARANCES:

David J. Rotfleisch and *William I. Innes* for appellant.
Bobby Sood for respondent.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 38c), 40(2)g), 248(1) «société exploitant une petite entreprise» (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 192; ann. VIII, art. 139).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Geoffrey Hogan v. Minister of National Revenue (1956), 56 DTC 183 (C.A.I.); *No. 81 v. Minister of National Revenue* (1953), 53 DTC 98 (C.A.I.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Ludco Enterprises Ltd. c. Canada, [2001] 2 R.C.S. 1082; (2001), 204 D.L.R. (4th) 590; [2002] 1 C.T.C. 95; 2001 DTC 5505; 275 N.R. 90; *Stewart c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 645; (2002), 212 D.L.R. (4th) 577; [2002] 3 C.T.C. 439; 2002 DTC 6969; 288 N.R. 297; 50 R.P.R. (3d) 157; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1.

DOCTRINE

Krishna, V. *Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2000.

APPEL à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2001 DTC 985), qui avait dénié au contribuable le droit de réclamer, dans sa déclaration de revenus de 1995, une perte déductible au titre d'un placement d'entreprise, parce qu'il n'avait pas prouvé que la créance était devenue irrécouvrable cette année-là. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

David J. Rotfleisch et *William I. Innes* pour l'appellant.
Bobby Sood, pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD:

Rotfleisch & Samulovitch, Toronto, and *Fraser Milner Casgrain*, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROTHSTEIN J.A.:

ISSUE

[1] The issue in this appeal is whether the appellant is entitled to an allowable business investment loss (ABIL) of \$93,758 (75% of an indebtedness of \$125,000) on his 1995 income tax return. The loss arose from an unpaid debt owed to the appellant from DSM Foods Inc., a company operated by the appellant's son. The appellant is entitled to the ABIL of \$93,758 provided:

1. there was a debt of \$125,000 owed to the appellant by DSM;
2. the debt was incurred for the purpose of gaining or producing income;
3. DSM was an eligible small business in 1995; and
4. the debt became bad in 1995.

DECISION OF THE TAX COURT JUDGE

[2] The learned Tax Court Judge found [2001 DTC 985]:

1. there was a debt;
2. the predominant purpose of the loan was the appellant helping his son, not the reaping of interest or dividends (the appellant was a 25% owner of DSM);
3. it had been agreed that DSM was a small business in 1995; and
4. the appellant's assessment of the debt fell short of an honest and reasonable determination that the debt had become bad.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Rotfleisch & Samulovitch, Toronto, et *Fraser Milner Casgrain*, Toronto, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

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

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.:

POINT EN LITIGE

[1] Il s'agit de savoir, dans le présent appel, si l'appelant a droit, dans sa déclaration de revenus de 1995, à une perte déductible au titre d'un placement d'entreprise (PDPE), perte qui se chiffre à 93 758 \$ (75 p. 100 d'une créance de 125 000 \$). La perte résultait d'une créance de l'appelant que l'appelant n'avait pu recouvrer auprès de la débitrice, DSM Foods Inc., une société exploitée par le fils de l'appelant. L'appelant a droit à la déduction de 93 758 \$ aux conditions suivantes:

1. DSM devait 125 000 \$ à l'appelant;
2. la dette avait été contractée en vue de tirer un revenu;
3. DSM était en 1995 une petite entreprise admissible; et
4. la créance est devenue irrécouvrable en 1995.

DÉCISION DU JUGE DE LA COUR DE L'IMPÔT

[2] Le juge de la Cour de l'impôt a statué ainsi [2001 DTC 985]:

1. il y avait une créance;
2. la raison première du prêt était que l'appelant voulait aider son fils et non recueillir des intérêts ou des dividendes (l'appelant était propriétaire de 25 p. 100 du capital de DSM);
3. il avait été admis que DSM était une petite entreprise en 1995; et
4. l'évaluation que l'appelant avait fait de sa créance ne permettait pas de dire que l'appelant avait conclu honnêtement et à juste titre que la créance était devenue irrécouvrable.

[3] The Tax Court Judge extensively reviewed the accounting evidence over the period from 1989 to 1995 inclusive, but, in view of his finding that the debt was not proven to be bad in 1995, found it unnecessary to “grapple further with the determination of the amount of the loan”.

THE ABIL RULES

[4] In *Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. (Toronto: Carswell, 2000), at page 423, Professor Krishna explains that an ABIL is a special type of capital loss that receives preferential treatment for income tax purposes. An ABIL arises on the disposition of shares or a debt of a small business corporation. A “small business corporation” is a Canadian-controlled private corporation that uses all or substantially all of its assets in an active business in Canada (see *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, subsection 248(1) [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 192; Sch. VIII, s. 139]).

[5] Unless a lender is in the money-lending business, a bad debt would normally be treated as a capital loss. However, unlike ordinary capital losses, which may be deducted only against capital gains, an ABIL may be deducted against income from any source.

[6] In 1995, the ABIL was 75% of the business investment loss (see *Income Tax Act*, paragraph 38(c)).

[7] Counsel for the appellant explained that the purpose of the ABIL rules was to encourage investments in small business corporations. A bad debt from a small business corporation could be deducted from the lender's income from any source, although the amount of the deduction was limited as indicated in paragraph 6. Counsel also pointed out that loans to small business corporations were frequently made on non-arm's length bases. The appellant in this case did not claim to be a money lender and only sought to deduct the ABIL arising from his loss on the DSM loan.

[3] Le juge de la Cour de l'impôt a examiné minutieusement la preuve comptable englobant la période de 1989 à 1995 inclusivement, mais, puisqu'à son avis la preuve n'avait pas été faite que la créance était devenue irrécouvrable en 1995, il a jugé inutile de «débattre plus longuement de la détermination du montant de la créance».

LES RÈGLES RELATIVES À LA PDPE

[4] Dans son ouvrage intitulé *Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6^e éd. (Toronto: Carswell, 2000), à la page 423, le professeur Krishna explique qu'une PDPE est un genre spécial de perte en capital qui bénéficie d'un traitement préférentiel aux fins de l'impôt sur le revenu. Une PDPE se produit lorsqu'il est disposé d'actions ou de créances d'une société exploitant une petite entreprise. Une «société exploitant une petite entreprise» est une société privée sous contrôle canadien qui utilise la totalité ou presque de ses actifs dans une entreprise active au Canada (voir *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), (5^e suppl.), ch. 1, paragraphe 248(1) [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 192; ann. VIII, art. 139]).

[5] À moins que le prêteur n'ait pour métier de prêter de l'argent, une créance irrécouvrable sera en général considérée comme une perte en capital. Cependant, contrairement aux pertes en capital ordinaires, qui ne peuvent être déduites que de gains en capital, une PDPE peut être déduite du revenu tiré de toutes sources.

[6] En 1995, la PDPE représentait 75 p. 100 de la perte au titre d'un placement d'entreprise (voir *Loi de l'impôt sur le revenu*, alinéa 38c)).

[7] L'avocat de l'appelant a expliqué que l'objet des règles relatives à la PDPE était d'encourager les investissements dans les sociétés exploitant des petites entreprises. Lorsqu'une créance ne peut être recouvrée d'une société exploitant une petite entreprise, elle peut être déduite du revenu du prêteur tiré de toutes sources, bien que le montant de la déduction soit limité comme il est indiqué au paragraphe 6. L'avocat a aussi fait observer que les prêts aux sociétés exploitant des petites entreprises étaient souvent consentis dans un contexte marqué par un lien de dépendance. En l'espèce, l'appelant ne prétendait pas être un prêteur et voulait

WAS THE LOAN MADE FOR THE PURPOSE OF GAINING OR PRODUCING INCOME?

[8] Subparagraph 40(2)(g)(ii) of the *Income Tax Act* requires that the debt be incurred for the purpose of gaining or producing income in order for the ABIL to apply. Subparagraph 40(2)(g)(ii) provides:

40. (1) . . .

(2) Notwithstanding subsection (1),

. . .

(g) a taxpayer's loss, if any, from the disposition of a property, to the extent that it is

(i)

. . .

(ii) a loss from the disposition of a debt or other right to receive an amount, unless the debt or right, as the case may be, was acquired by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from a business or property (other than exempt income) or as consideration for the disposition of capital property to a person with whom the taxpayer was dealing at arm's length,

The Minister agrees that, though gaining or producing income need not be the exclusive or even the primary purpose of the loan, as long as it was one of its purposes, that is sufficient to meet the requirements of subparagraph 40(2)(g)(ii) (see *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, at paragraph 50). I believe the Tax Court Judge was also of that view, from comments he made during the argument before him, at page 388 of the transcript:

His Honour: Mr. Sood, are you suggesting that the familial relationship was the only purpose for the advance of these funds?

Mr. Sood: Well, Your Honour, if not the only purpose, then the primary purpose indeed.

His Honour: Well, there is [*sic*] a big difference there, whether it's the primary purpose or the only purpose, I mean there can be a number of purposes.

[9] The documentary evidence indicates that the loan was intended to bear interest and there was no finding of

simplement déduire la PDPE résultant de sa perte sur le prêt consenti à DSM.

LE PRÊT A-T-IL ÉTÉ CONSENTI DANS LE DESSEIN DE TIRER UN REVENU?

[8] Le sous-alinéa 40(2)g(ii) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que, pour qu'il y ait PDPE, la créance doit avoir été acquise dans le dessein de tirer un revenu. Voici le texte du sous-alinéa 40(2)g(ii):

40. (1) [. . .]

(2) Malgré le paragraphe (1):

[. . .]

g) est nulle la perte subie par un contribuable et résultant de la disposition d'un bien, dans la mesure où elle est:

(i)

[. . .]

(ii) une perte résultant de la disposition d'une créance ou d'un autre droit de recevoir une somme, sauf si la créance ou le droit a été acquis par le contribuable en vue de tirer un revenu (qui n'est pas un revenu exonéré) d'une entreprise ou d'un bien, ou en contrepartie de la disposition d'une immobilisation en faveur d'une personne avec qui le contribuable n'avait aucun lien de dépendance,

Le ministre concède que, bien qu'il ne soit pas nécessaire que l'objet exclusif ni même l'objet premier du prêt soit de tirer un revenu, cela suffit, dans la mesure où il s'agit de l'un des objets du prêt, pour que soient remplies les conditions du sous-alinéa 40(2)g(ii) (voir l'arrêt *Ludco Enterprises Ltd. c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, au paragraphe 50). Je crois que le juge de la Cour de l'impôt était lui aussi de cet avis, d'après les observations qu'il a faites au cours des arguments exposés devant lui, à la page 388 de la transcription:

[TRADUCTION]

Le juge: M. Sood, donnez-vous à entendre que les sommes ont été avancées en raison uniquement du lien de parenté?

M. Sood: M. le juge, si ce n'est pas la seule raison, alors c'est effectivement la raison principale.

Le juge: Mais il y a une différence de taille ici, entre la raison principale et la seule raison, je veux dire qu'il peut y avoir un grand nombre de raisons.

[9] Selon la preuve documentaire, le prêt devait porter intérêt, et l'on n'a conclu à l'existence d'aucune opération

sham or “window dressing”. In addition, the appellant was a 25% shareholder of DSM.

[10] The Tax Court Judge found that the predominant purpose of the loan was to help the appellant's son and his son's company. At paragraph 31, he stated:

Dad was helping his son and his son's company with an expectation to be repaid. This, I find was the predominant purpose, while the normal purpose of a *bona fide* commercial investor to reap interest and dividends was, in this situation, a faint hope.

The finding of the Tax Court Judge that the “predominant purpose” of the loan was to help his son necessarily implies that there was another subordinate purpose. The evidence was that the loan was to bear interest. In addition, the appellant was a shareholder of DSM entitling him to dividends. The Court is not to second-guess the business acumen of taxpayers (see *Stewart v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 645 (S.C.C.), at paragraph 55). The subordinate purpose is sufficient. The requirement of subparagraph 40(2)(g)(ii) is satisfied.

DID THE DEBT BECOME BAD IN 1995?

[11] The Tax Court Judge found that the appellant took an early opportunity to write off the debt, which on balance he found was not reasonable. He was of the view that the appellant had to make a concrete effort to deal with the debt prior to declaring it bad. His reasons at paragraphs 28 and 29 state:

Was the Appellant's assessment at December 31, 1995 honest and reasonable and conducted in a pragmatic businesslike approach? Firstly, the Appellant could not have relied on the October 31, 1995 statements as it appears the first version of those were not released until July, 1996. Those statements showed a net loss of approximately \$65,000, but also showed the write off of the \$125,000 shareholder loan. These are subsequently revised by the Appellant to indicate that the loan had not in fact been written off. Reliance on the loss of the Costco contract is also somewhat suspect, as Michael Rich's testimony was that that particular contract was too costly to maintain in any event. So what we really have is a lack of repayments from DSM triggering the Appellant's request to his son and his son's response. There was no further communication between the Appellant and his son thereafter. There was no evidence of the Appellant, in his capacity as

fictive ni d'aucun maquillage. D'ailleurs, l'appelant détenait 25 p. 100 du capital de DSM.

[10] Le juge de la Cour de l'impôt a estimé que la raison première du prêt était que l'appelant voulait aider son fils et l'entreprise de celui-ci. Au paragraphe 31, il a écrit:

Le père aidait son fils et l'entreprise de celui-ci, et il s'attendait à être remboursé. Voilà à mon avis le but prédominant, alors que le but normal d'un investisseur commercial de bonne foi, qui est de toucher des intérêts et des dividendes, constituait en l'espèce un faible espoir.

La conclusion du juge de la Cour de l'impôt selon laquelle le «but prédominant» du prêt était d'aider le fils suppose nécessairement qu'il y avait un but secondaire. Selon la preuve, le prêt devait porter intérêt. D'ailleurs, l'appelant était un actionnaire de DSM, ce qui lui donnait droit à des dividendes. La Cour ne cherchera pas à deviner le sens des affaires que peut avoir un contribuable (voir l'arrêt *Stewart c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 645, au paragraphe 55). Le but secondaire est suffisant. La condition du sous-alinéa 40(2)(g)(ii) est remplie.

LA CRÉANCE EST-ELLE DEVENUE IRRÉCOUVRABLE EN 1995?

[11] Le juge de la Cour de l'impôt a estimé que l'appelant avait été prompt à radier la créance, ce qui selon lui n'était pas raisonnable. Il a exprimé l'avis que l'appelant devait faire de réels efforts pour tenter de recouvrer sa créance avant de la déclarer irrécouvrable. Voici ses motifs, aux paragraphes 28 et 29:

L'appelant a-t-il fait une évaluation honnête et raisonnable au 31 décembre 1995, et y a-t-il procédé selon une approche commerciale pratique? Tout d'abord, l'appelant n'aurait pas pu se fonder sur les états financiers du 31 octobre 1995, car il appert que la première version n'a pas été publiée avant juillet 1996. Ces états indiquaient une perte nette d'environ 65 000 \$, mais aussi la radiation du prêt aux actionnaires de 125 000 \$. Ces états ont été révisés par la suite par l'appelant pour indiquer que le prêt n'avait en fait pas été radié. Le fait d'invoquer la perte du contrat Costco est aussi quelque peu suspect, car Michael Rich a déclaré que ce contrat était trop coûteux à maintenir. Il s'agit donc en fait d'un défaut de remboursement de DSM qui a occasionné la demande de l'appelant à son fils, puis la réponse de ce dernier. Il n'y a pas eu d'autre communication entre l'appelant et son fils par la suite. Il n'existait aucune preuve montrant que l'appelant, en sa

owner of DSM or as the professional accounting advisor to DSM in exploring possible workouts, in assisting with finding other refinancing options, in projecting future cash flow or doing anything at all to assist DSM with its [sic] financial problems. By this I do not mean exhausting all legal recourses of collection; I mean more proactive positive action to assist DSM than negative enforcement action against DSM. In fact there was none of either.

Both the Appellant and his son used the same language that any action by the Appellant against DSM would bankrupt the company. They testified however that they did not even discuss any action, positive or negative. I conclude the Appellant, rather than approaching this in a truly businesslike manner, took an early opportunity to write-off this debt, an opportunity which on balance I find was not to be reasonable. This is not a case of an arm's length loan. The Appellant was the 25 percent owner of a family-owned business operated by his son. The Appellant's chartered accountant firm was also the accounting firm for the business. In such circumstances I expect some concrete effort from the Appellant to deal with the debt prior to declaring it bad. His letter of September 17, 1995 with no follow up was not sufficient. I find that in December, 1995 the Appellant's assessment of the debt falls short of an honest and reasonable determination the debt had become bad.

[12] The assessment of whether a debt is bad is one based upon the facts at a particular point in time, i.e. December 31, 1995. The *Income Tax Act* does not prescribe factors to be considered in assessing the collectibility of a debt. However, Tax Appeal Board judgments in *Geoffrey Hogan v. Minister of National Revenue* (1956), 56 DTC 183 and *No. 81 v. Minister of National Revenue* (1953), 53 DTC 98, suggest some of the factors to be taken into account. After the creditor personally considers the relevant factors, the question is whether the creditor honestly and reasonably determined the debt to be bad.

[13] I would summarize factors that I think usually should be taken into account in determining whether a debt has become bad as:

1. the history and age of the debt;
2. the financial position of the debtor, its revenues and expenses, whether it is earning income or incurring

qualité de propriétaire de DSM ou de conseiller comptable professionnel pour DSM, a envisagé des arrangements possibles, a participé à la recherche d'autres options de refinancement, a projeté un flux monétaire futur ou a fait quoi que ce soit d'autre pour aider DSM à régler ses problèmes financiers. Je ne parle pas ici d'épuiser tous les recours judiciaires de recouvrement, je fais davantage référence à des mesures proactives destinées à venir en aide à DSM, plutôt qu'à des mesures coercitives contre elle. En fait, l'appelant n'a pris aucune de ces mesures.

L'appelant et son fils ont tous deux affirmé qu'une action de l'appelant contre DSM mettrait la société en faillite. Ils ont cependant déclaré qu'ils n'avaient même pas parlé d'une action quelconque, qu'elle soit positive ou négative. Je conclus que l'appelant, plutôt que d'adopter une approche vraiment commerciale, a profité de l'occasion pour radier cette créance avant le temps, une décision que, tout compte fait, je ne trouve pas raisonnable. Il ne s'agit pas d'une affaire de créance sans lien de dépendance. L'appelant était propriétaire à 25 p. 100 d'une entreprise familiale exploitée par son fils. Le cabinet de comptables agréés de l'appelant était aussi le cabinet de comptables de l'entreprise. Dans de telles circonstances, je m'attends à ce que l'appelant intervienne de façon concrète pour s'assurer de l'acquiescement de sa créance avant de la déclarer irrécouvrable. Sa lettre du 17 septembre 1995, qui n'a été suivie d'aucune autre action, n'a pas suffi. Je suis d'avis que l'évaluation de la créance faite par l'appelant en décembre 1995 ne constituait pas une façon honnête et raisonnable de déterminer que la créance s'est révélée irrécouvrable.

[12] Pour savoir si une créance est irrécouvrable, il faut considérer les faits à une date donnée, par exemple le 31 décembre 1995. La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne précise pas les facteurs à prendre en compte pour savoir si une créance est ou non recouvrable. Cependant, les jugements rendus par la Commission d'appel de l'impôt dans l'affaire *Geoffrey Hogan v. Minister of National Revenue* (1956), 56 DTC 183 et dans l'affaire *No. 81 v. Minister of National Revenue* (1953), 53 DTC 98, indiquent certains des facteurs dont il convient de tenir compte. Après que le créancier a considéré lui-même les facteurs à retenir, il s'agit de savoir s'il a honnêtement et avec raison décidé que la créance était irrécouvrable.

[13] Je résumerais ainsi les facteurs qui, à mon sens, devraient en général être pris en compte lorsqu'on veut savoir si une créance est devenue irrécouvrable:

1. l'historique et l'âge de la créance;
2. la situation financière du débiteur, ses revenus et ses dépenses, gagne-t-il un revenu ou essuie-t-il des pertes?,

losses, its cash flow and its assets, liabilities and liquidity;

3. changes in total sales as compared with prior years;

4. the debtor's cash, accounts receivable and other current assets at the relevant time and as compared with prior years;

5. the debtor's accounts payable and other current liabilities at the relevant time and as compared with prior years;

6. the general business conditions in the country, the community of the debtor, and in the debtor's line of business; and

7. the past experience of the taxpayer with writing off bad debts.

This list is not exhaustive and, in different circumstances, one factor or another may be more important.

[14] While future prospects of the debtor company may be relevant in some cases, the predominant considerations would normally be past and present. If there is some evidence of an event that will probably occur in the future that would suggest that the debt is collectible on the happening of the event, the future event should be considered. If future considerations are only speculative, they would not be material in an assessment of whether a past due debt is collectible.

[15] Nor is it necessary for a creditor to exhaust all possible recourses of collection. All that is required is an honest and reasonable assessment. Indeed, should a bad debt subsequently be collected in whole or in part, the amount collected is taken into income in the year it is received.

[16] Whether the creditor has a non-arm's length relationship with the debtor may also be relevant in some cases. However, the predominant consideration will be the ability of the debtor to repay the debt in whole or in part. The non-arm's length relationship may justify closer

sa trésorerie et son actif, son passif et les liquidités dont il dispose;

3. l'évolution du chiffre d'affaires total par rapport aux années antérieures;

4. l'encaisse, les comptes clients et autres disponibilités du débiteur à l'époque pertinente et par rapport aux années antérieures;

5. les comptes fournisseurs et autres exigibilités du débiteur à l'époque pertinente et par rapport aux années antérieures;

6. les conditions économiques générales ayant cours dans le pays, parmi l'ensemble des débiteurs et dans la branche d'activités du débiteur; et

7. l'expérience antérieure du contribuable en matière de radiation de créances irrécouvrables.

Cette liste n'est pas limitative et, selon les circonstances, un facteur ou un autre pourra prendre une importance accrue.

[14] Les perspectives de la société débitrice peuvent présenter un intérêt dans certains cas, mais les considérations premières seraient en général liées au passé ou au présent. S'il est établi qu'un événement se produira probablement dans l'avenir et que cet événement donne à penser que la créance sera recouvrable lorsqu'il surviendra, alors l'événement en question devra être pris en compte. Si les considérations futures ne sont que des conjectures, elles n'interviendront pas lorsqu'on se demandera si une créance exigible est recouvrable.

[15] Il n'est pas nécessaire non plus pour un créancier d'épuiser tous les moyens possibles de recouvrement. Ce qu'il faut, c'est une évaluation honnête et raisonnable. D'ailleurs, lorsqu'une créance irrécouvrable est par la suite recouvrée en totalité ou en partie, la somme recouvrée est considérée comme un revenu de l'année du recouvrement.

[16] Il peut être utile également dans certains cas de savoir si la relation entre le créancier et le débiteur est ou non une relation de dépendance. Toutefois, la considération première sera l'aptitude du débiteur à rembourser la dette en totalité ou en partie. Une relation

scrutiny than in non-arm's length situations. But a non-arm's length relationship alone, without more, cannot lead to a finding that the creditor did not honestly and reasonably determine the debt to be bad.

[17] Earlier in his reasons, and well before his assessment of whether the debt was bad, the Tax Court Judge described the financial situation of DSM through the early 1990's and at December 31, 1995. At paragraph 13 he stated:

DSM appears to have operated on a rather tight financial basis throughout the early 90's, with a reliance on the family loans. From 1991 to 1993 the company appeared to be in a break-even position although little in a way of wages appear to have been paid to the Rich family. Through 1993 to 1995 sales increased considerably, but this appears to have been due to the Costco account, which did not result in profits, just increased cash flow. This problem appears to have become acute in 1995. Normal margins for the business were 30 to 38 percent, according to Michael, but Costco was down to 20 percent. By the end of 1995 DSM was operating on a negative cash flow. It also owed its major supplier, Select Foods, approximately \$184,000, and it was critical that some arrangement had to be made to ensure a continued supply. Then Costco pulled out. Although it appears that DSM was losing money with Costco, according to Michael, that contract did provide two-thirds of their cash flow. The company ended up losing approximately \$65,000 in 1995.

[18] The learned Judge expressed a view of the circumstances in a question to the Minister's counsel during argument:

His Honour: Mr. Sood, do you have to flog a dead horse though? Is that what you're saying? I mean he writes a letter, he gets a response from his son saying basically, "You're not going to be paid". He is aware of the circumstances at that the [*sic*] time that the company was at best struggling and at worst perhaps going down the tubes.

What other steps are you suggesting he has to take before he can satisfy a test of a reasonable determination that "I'm not going to get paid"?

Counsel for the Minister, relying on Interpretation Bulletin 159R3, then argued before the Tax Court Judge that a debt cannot be considered bad unless the creditor

de dépendance pourra justifier un examen plus attentif qu'une relation sans lien de dépendance. Mais l'existence d'une relation de dépendance ne permet pas à elle seule, sans plus, d'affirmer que le créancier n'a pas décidé honnêtement et avec raison que la créance était irrécouvrable.

[17] Plus tôt dans ses motifs, et bien avant qu'il ne se demande si la créance était irrécouvrable, le juge de la Cour de l'impôt a décrit la situation financière de DSM au cours des années 90 ainsi qu'au 31 décembre 1995. Au paragraphe 13, il écrivait:

Dépendant de prêts familiaux, l'exploitation de DSM au début des années 1990 paraît avoir été plutôt limitée sur le plan financier. De 1991 à 1993, la société paraissait avoir atteint le seuil de rentabilité, quoique peu de salaires paraissent avoir été versés à la famille Rich. De 1993 à 1995, les ventes ont augmenté de façon considérable, mais cette hausse paraît être attribuable au compte Costco, qui n'a occasionné aucun bénéfice mais simplement une hausse du flux monétaire. Ce problème paraît être devenu sérieux en 1995. Les marges ordinaires pour l'entreprise étaient de 30 à 38 p. 100, selon Michael, mais les marges liées à Costco avaient chuté de 20 p. 100. À la fin de 1995, le flux monétaire de DSM était négatif. La société devait également environ 184 000 \$ à son fournisseur principal, Select Foods, et un accord devait obligatoirement être conclu pour assurer un approvisionnement continu. Puis Costco a mis fin à son contrat. Selon Michael, même si DSM perdait de l'argent avec Costco, ce contrat procurait à la société les deux tiers de son flux monétaire. La société a perdu environ 65 000 \$ en 1995.

[18] Le juge s'est exprimé ainsi sur la situation, dans une question posée durant les plaidoiries à l'avocat du ministre:

[TRADUCTION]

Le juge: M. Sood, doit-on cependant perdre sa peine et son temps? Est-ce là ce que vous dites? Je veux dire, il écrit une lettre, il obtient une réponse de son fils, qui lui dit essentiellement: «Tu ne seras pas payé». Il sait à ce moment-là que l'entreprise avait au mieux des difficultés et au pire ne s'en relèverait peut-être pas.

Quelles autres mesures croyez-vous qu'il doive prendre avant qu'il ne puisse raisonnablement conclure qu'il ne sera pas remboursé?

L'avocat du ministre, s'appuyant sur le Bulletin d'interprétation 159R3, a alors fait valoir devant le juge de la Cour de l'impôt qu'une créance ne peut être

exhausts all legal means of collection and that it would shock the jurisprudence if a single letter from a father to a son, as in this case, were to constitute sufficient collection effort to qualify for writing off a debt. The Tax Court Judge replied:

His Honour: Well, Mr. Sood, I don't think it would be that shocking. I mean it depends on the circumstances and, you know, you refer me to what the interpretation bulletin says, but I haven't seen a case that says in a similar situation that the taxpayer has to go to a lot of lengths to determine that a debt is bad when it's in the taxpayer's view apparent that he's not going to get paid.

I mean if there were something that I could hang my hat on in case law that you can put me to I would be happy to hear that. But, you know, interpretation bulletins are only that.

Of course, it is open to the Tax Court Judge, upon reflection, to change his mind from what he had thought during the proceedings. However, the conclusion he ultimately reached must be based upon the evidence and the proper application of the test for determining whether the debt is bad.

[19] Having regard to the usual factors to be taken into account and on which evidence was led, the following considerations are relevant. Although the Tax Court Judge referred to some of these considerations early in his reasons, they do not appear to have been taken into account in his analysis of whether the debt was bad on December 31, 1995.

1. History and age of the debt

The indebtedness first arose in 1989. There was considerable activity in the appellant's shareholders' loan account with the company in 1990, 1991 and 1992. Thereafter, the loan fluctuated somewhat, but always was in the range of \$125,000. There was no activity in the loan account during 1995. In 1994, a general security agreement was entered into between DSM, the appellant and another creditor, L. Barkin Investments Limited owned by the appellant's father-in-law, securing their positions as creditors of DSM. The debt to the appellant

considérée irrécouvrable tant que le créancier n'a pas épuisé tous les moyens légaux de recouvrement, ajoutant que ce serait faire fi de la jurisprudence si une simple lettre adressée par un père à son fils, comme dans le cas présent, devait être considérée comme un effort de recouvrement suffisant pour autoriser la radiation d'une créance. Voici la réponse du juge de la Cour de l'impôt:

[TRADUCTION]

Le juge: M. Sood, je ne crois pas que ce serait faire fi de la jurisprudence. Cela dépendra des circonstances et, vous savez, vous me renvoyez à ce que dit le bulletin d'interprétation, mais je n'ai pas encore eu affaire à un cas semblable où le contribuable a dû se donner un mal fou avant de conclure que sa créance était irrécouvrable si dans son esprit il était évident qu'il n'allait pas être payé.

Si vous avez connaissance d'un précédent auquel je puisse me raccrocher, je serais heureux de l'entendre. Mais, vous savez, les bulletins d'interprétation ne sont rien d'autre que des bulletins d'interprétation.

Naturellement, il est loisible au juge de la Cour de l'impôt, après réflexion, d'exprimer un avis différent de celui qu'il avait durant la procédure. Cependant, la conclusion à laquelle il est finalement arrivé doit être fondée sur la preuve et sur la bonne application du critère qu'il convient d'appliquer pour savoir si la créance est irrécouvrable.

[19] Compte tenu des facteurs devant généralement être examinés et à propos desquels des éléments de preuve ont été produits, les considérations qui suivent sont à propos. Le juge de la Cour de l'impôt s'est référé à certaines d'entre elles au début de ses motifs, mais elles ne semblent pas avoir été prises en compte lorsqu'il s'est demandé si la créance était irrécouvrable le 31 décembre 1995.

1. Historique et âge de la créance

La créance est apparue en 1989. Le compte de prêt de l'appelant auprès de l'entreprise a varié considérablement en 1990, 1991 et 1992. Par la suite, le prêt a fluctué quelque peu, mais a toujours été voisin de 125 000 \$. Il n'y a eu aucune variation du compte de prêt durant 1995. En 1994, un accord général de sûreté fut conclu entre DSM, l'appelant et un autre créancier, L. Barkin Investments Limited, qui appartenait au beau-père de l'appelant. L'accord de sûreté garantissait leurs positions en tant que créanciers de DSM. La créance de l'appelant

was identified as \$130,000. The security agreement was intended to cover future debts as well as existing ones. However, the Barkin indebtedness was given priority over the appellant's.

2. The Financial Position of DSM

As earlier found by the Tax Court Judge, the evidence showed:

1. the company operated on a rather tight financial basis through the early 1990s;
2. in that period, the company appeared to be in a break-even position;
3. little in the way of wages was paid to the Rich family;
4. Costco was DSM's major customer, accounting for 2/3 of its cash flow;
5. the Costco account was lost in December 1995;
6. by the end of 1995, DSM was operating on a negative cash flow; and
7. at the end of 1995, DSM's major supplier was owed \$184,000 and it was critical that some arrangement had to be made to ensure continued supply.

Earlier in his reasons, the Tax Court Judge set out highlights of the financial statements of DSM for the years 1989 to 1995 inclusive. They showed that, in every year, DSM had a working capital deficit and at the end of each year, a total deficit in its shareholders' equity account of the following amounts for 1989 to 1994:

1989—\$187,324
1990—\$258,236
1991—\$261,403
1992—\$259,752
1993—\$292,207
1994—\$258,793

The deficit in 1995 was \$324,420 but the Tax Court Judge said that the financial statement for 1995 would not have been before the appellant on December 31 and, therefore, this amount cannot be taken into account.

était chiffrée à 130 000 \$. L'accord de sûreté devait s'appliquer tant aux créances futures qu'aux créances actuelles. Cependant, la créance de Barkin avait priorité sur celle de l'appellant.

2. La situation financière de DSM

Comme l'avait constaté le juge de la Cour de l'impôt, la preuve a révélé ce qui suit:

1. la situation financière de l'entreprise a été plutôt difficile jusqu'au début des années 90;
2. durant cette période, l'entreprise semblait se trouver au seuil de rentabilité;
3. des rémunérations modestes étaient versées à la famille Rich;
4. Costco était le principal client de DSM puisqu'elle représentait les deux tiers de sa trésorerie;
5. Costco a cessé d'être cliente en décembre 1995;
6. à la fin de 1995, DSM fonctionnait sur une trésorerie négative; et
7. à la fin de 1995, DSM devait 184 000 \$ à son principal fournisseur, et il fallait absolument que des dispositions soient prises pour garantir le maintien des approvisionnements.

Au début de ses motifs, le juge de la Cour de l'impôt a exposé les points saillants des états financiers de DSM pour les années 1989 à 1995 inclusivement. Les états financiers montraient que, pour chaque année, DSM avait un fonds de roulement négatif et, à la fin de chacune des années 1989 à 1994, elle a accusé un déficit total de son compte de capitaux propres, selon les sommes suivantes:

1989—187 324 \$
1990—258 236 \$
1991—261 403 \$
1992—259 752 \$
1993—292 207 \$
1994—258 793 \$

Le déficit de 1995 était de 324 420 \$, mais, selon le juge de la Cour de l'impôt, les états financiers de 1995 n'auraient pas été entre les mains de l'appellant le 31 décembre et, par conséquent, ce montant ne pouvait être

Nonetheless, in each of the prior years, the company had a significant deficit.

3. Changes in Total Sales Compared With Previous Years

The Costco account had just been lost. At that time, it had accounted for about two-thirds of DSM's sales.

4. Cash and Total Receivables and Changes Compared with Prior Years

The financial statements show that throughout the period 1989 to 1994, the company had little or no cash at year end. Its accounts receivable climbed to a high of \$73,185 in 1994 as compared to \$54,919 the previous year and \$20,000 to \$30,000 in the years before that. However, the accounts receivable were secured to the bank under a general assignment of book debts.

5. Accounts Payable and Changes Compared to Prior Years.

Bank indebtedness was \$110,995 at the end of 1989 and was being reduced gradually so that at the end of 1994, it was \$44,192. At the end of 1995, it was \$34,884. At the same time, other payables were increasing. There was no evidence of whether the bank had been putting pressure on DSM for repayment. But there was evidence that by 1996, the bank wished to, and did, terminate its loan to the company.

Other payables had been \$59,686 in 1991 and reached \$215,850 in 1994. At the end of 1995, they were \$219,893. The payables at the end of 1995 included the payable to DSM's major supplier of \$184,000.

[20] Each of the past and present facts in evidence before the Tax Court Judge with respect to the condition of the company were negative. The debt was some years old and no payments had been made on it in recent years. The debt was postponed to that of the Barkin debt and the bank held an assignment of book debts on the receivables. Of the company's accounts payable of close to \$220,000, 85% was due to its major supplier. For the company to continue to receive the supply of products, arrangements had to be made with the supplier.

pris en compte. Néanmoins, pour chacune des années antérieures, l'entreprise accusait un déficit important.

3. Évolution du chiffre d'affaires total par rapport aux années antérieures

Le compte Costco venait d'être perdu. À cette époque, Costco représentait environ les deux tiers du chiffre d'affaires de DSM.

4. Encaisse et comptes clients, et évolution par rapport aux années antérieures

Les états financiers montrent que, tout au long de la période 1989 à 1994, l'entreprise avait peu ou pas d'encaisse en fin d'exercice. Ses comptes clients avaient atteint un sommet de 73 185 \$ en 1994, contre 54 919 \$ l'année antérieure et 20 000 \$ à 30 000 \$ les années auparavant. Cependant, les comptes clients avaient été cédés par nantissement à la banque, en vertu d'une cession générale de comptes clients.

5. Comptes fournisseurs et évolution par rapport aux années antérieures

La créance de la banque, qui était de 110 995 \$ à la fin de 1989, était réduite graduellement de telle sorte qu'à la fin de 1994, elle se chiffrait à 44 192 \$. À la fin de 1995, elle était de 34 884 \$. Simultanément, d'autres dettes augmentaient. La preuve ne dit pas si la banque avait exercé des pressions sur DSM pour le remboursement de sa dette. Mais il a été établi que, dès 1996, la banque souhaitait résilier son prêt à l'entreprise, ce qu'elle fit.

Les autres dettes avaient été de 59 686 \$ en 1991, pour atteindre 215 850 \$ en 1994. À la fin de 1995, elles se chiffraient à 219 893 \$. À cette date, les dettes comprenaient la somme que DSM devait à son principal fournisseur, soit 184 000 \$.

[20] Chacun des faits passés et présents, avancés comme preuve devant le juge de la Cour de l'impôt et se rapportant à la situation de l'entreprise, était négatif. La créance de l'appelant avait quelques années et l'appelant n'avait reçu aucun paiement au cours des années récentes. Sa créance prenait rang après celle de Barkin, et les comptes clients de l'entreprise avaient été cédés à la banque. Quant aux comptes fournisseurs de l'entreprise, qui atteignaient près de 220 000 \$, 85 p. 100 étaient attribuables à son principal fournisseur. Pour que

Two-thirds of the company's revenues disappeared with the loss of the Costco account. While the Tax Court Judge discounted the loss of the Costco account because the company was losing money on the account, the loss of such a major account cannot be considered irrelevant to the company's prospects. The assets and liabilities and deficit in the shareholders' equity account all showed that the company was struggling, if not failing.

[21] Nonetheless, the Tax Court Judge concluded that the appellant "took an early opportunity to write-off this debt" because proactive steps had not been taken. I do not say that in appropriate circumstances more steps might not have to be taken before a debt is declared bad. However, there must be some evidence to suggest that it was unreasonable not to do more. There is no evidence to indicate what more could have been productively done in this case. In view of the evidence, all of which was negative, in respect of the prospects of the company, it is not clear what the Tax Court Judge could have had in mind when he determined that more proactive steps had to be taken before the appellant could declare the company's debt to him to be bad.

[22] It appears that the Tax Court Judge's requirement that there be a concrete effort to deal with the debt was based upon the fact that the appellant's chartered accountancy firm did the accounting for the company and that the appellant was a 25% owner of the company. I infer that the Tax Court Judge thought that the intimate knowledge of the company and the expertise of the appellant indicated that he was in a position to take proactive steps. Further, it was surely in the appellant's own interest to take steps to seek refinancing or other possible workouts.

[23] However, there is no legal requirement that proactive steps be taken in all cases. The obligation to take such steps will only arise where there is some evidence to show that collection on the loan is reasonably possible. This, of course, would include cases in which the Minister has assumed that collection was

l'entreprise continue d'être approvisionnée, des dispositions devaient être prises avec ce fournisseur. Les deux tiers du chiffre d'affaires de l'entreprise avaient disparu depuis que Costco n'était plus cliente. Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas tenu compte de la perte de Costco parce que l'entreprise perdait de l'argent avec cette cliente, mais la perte d'un client aussi important ne pouvait être jugée sans intérêt pour l'avenir de l'entreprise. L'actif et le passif, de même que le déficit du compte des capitaux propres, tout cela prouvait que l'entreprise était aux prises avec des difficultés, sinon au bord de la faillite.

[21] Néanmoins, le juge de la Cour de l'impôt a conclu que l'appellant «a été prompt à radier cette créance», parce que des mesures proactives n'avaient pas été prises. Je ne dis pas que, dans certaines circonstances, d'autres mesures ne seraient pas nécessaires avant qu'une créance ne soit déclarée irrécouvrable. Cependant, il faut d'une certaine manière établir qu'il était déraisonnable de ne pas faire davantage. La preuve ne dit pas ici quel autre moyen aurait pu utilement être pris. D'après les faits, tous négatifs, entourant les perspectives de l'entreprise, on ne sait trop ce que le juge de la Cour de l'impôt a pu avoir à l'esprit lorsqu'il a dit que d'autres mesures proactives devaient être appliquées avant que l'appellant ne puisse affirmer que l'entreprise ne le rembourserait jamais.

[22] Il semble que, si le juge de la Cour de l'impôt voulait que l'appellant fasse de réels efforts pour recouvrer sa créance, c'était parce que le cabinet d'experts-comptables de l'appellant s'occupait de la comptabilité de l'entreprise et que l'appellant détenait 25 p. 100 du capital de l'entreprise. J'en déduis que, dans l'esprit du juge de la Cour de l'impôt, l'appellant était à même de prendre des mesures proactives, en raison de sa connaissance intime de l'entreprise et en raison de sa compétence. D'ailleurs, il était sûrement dans l'intérêt de l'appellant de prendre des mesures en vue d'un refinancement de la dette ou d'un autre possible sauvetage.

[23] Cependant, il n'y a pas d'obligation légale de prendre des mesures proactives dans tous les cas. Le créancier ne sera tenu de prendre de telles mesures que s'il y a lieu de croire que le remboursement du prêt est envisageable. Tel sera évidemment le cas lorsque le ministre estime que le recouvrement est envisageable et

reasonably possible and the taxpayer has failed to address or has inadequately addressed that assumption.

[24] Here, the question is whether it was honest and reasonable for the appellant to consider the debt to be bad on December 31, 1995. If there was some evidence to suggest that a workout or refinancing might have been available to enable collection of some or all of the loan, I would agree that the appellant, being intimately involved with the company, would have to show that he had at least attempted some proactive steps before declaring the loan bad.

[25] In requiring the appellant to have taken proactive steps to meet the honest and reasonable standard, the Tax Court Judge had to have drawn the implicit, factual inference that collection was not futile. Here, there was no evidence to suggest that a workout or refinancing might be available. All the evidence was to the contrary. There was, therefore, no evidence to support the implicit inference of the Tax Court Judge that there was a reasonable possibility of collection from the proactive steps he required of the appellant.

[26] Appellate courts can only interfere with inferences drawn by a trial judge when the error is clearly wrong or what is the same thing, a palpable and overriding error. The appellate court cannot reweigh evidence already considered by the Trial Judge. See *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraphs 19-25. It is only open to an appellate court to find that an inference of fact made by a trial judge is clearly wrong or constitutes a palpable and overriding error if there is no evidence to support the inference or, I would add, where the inference is contrary to the overwhelming weight of the evidence.

[27] This is not a case of reweighing evidence. It is one of absence of evidence supporting the inference drawn by the Tax Court Judge that further steps could reasonably result in collection. Rather, the evidence is all to the contrary. I must conclude that the Tax Court Judge made a palpable and overriding error in respect of the inference he drew, that proactive steps could reasonably

que le contribuable ne fait rien en ce sens, ou pas suffisamment.

[24] Ici, il s'agit de savoir s'il était honnête et raisonnable pour l'appellant de dire que sa créance était irrécouvrable le 31 décembre 1995. Si des faits avaient donné à entendre qu'un sauvetage ou un refinancement pouvait faciliter le recouvrement d'une partie ou de la totalité du prêt, j'admettrais que l'appellant, avec sa connaissance intime de l'entreprise, eût dû alors montrer qu'il avait au moins tenté certaines démarches proactives avant de déclarer la créance irrécouvrable.

[25] Pour exiger de l'appellant qu'il ait pris des mesures proactives avant que sa décision relative à sa créance ne soit jugée franche et raisonnable, le juge de la Cour de l'impôt a dû conclure implicitement qu'un recouvrement était réaliste. Ici, rien ne laissait supposer qu'un sauvetage ou un refinancement serait possible. La preuve tout entière indique le contraire. Rien n'autorisait donc la conclusion implicite du juge de la Cour de l'impôt selon laquelle les mesures proactives qu'il exigeait de l'appellant eussent laissé entrevoir une possibilité raisonnable de recouvrement.

[26] Les juridictions d'appel ne peuvent modifier les conclusions tirées par un juge de première instance que lorsque la conclusion est manifestement erronée ou, ce qui est la même chose, lorsque l'erreur est évidente et déterminante. La juridiction d'appel ne peut réévaluer la preuve déjà examinée par le juge du procès. Voir l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 19 à 25. Elle a seulement le loisir de dire qu'une conclusion de fait tirée par le juge du procès est manifestement erronée ou constitue une erreur évidente et déterminante si aucun élément de preuve n'autorise ladite conclusion ou, devrais-je ajouter, si la conclusion tirée est contraire à la conclusion que dictait l'ensemble de la preuve.

[27] Il ne s'agit nullement ici de réévaluer la preuve. Le problème, c'est l'absence d'une preuve autorisant la conclusion tirée par le juge de la Cour de l'impôt selon laquelle d'autres mesures auraient sans doute permis de recouvrer la créance. La preuve indique plutôt le contraire. Je dois conclure que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur évidente et déterminante

result in collection.

[28] The test the appellant had to meet was that he made an honest and reasonable determination that the loan was bad. It follows that, in the absence of any evidence to suggest that proactive steps could reasonably result in collection of all or part of the loan, such proactive steps were not rationally connected to the determination of whether the assessment made by the appellant was honest and reasonable.

[29] Of course, the onus is on a taxpayer to demolish the assumptions made by the Minister in his reply to the notice of appeal. Here, there was no express assumption that the loan could be recovered through the taking of proactive steps. However, even if there had been, there is no obligation on the taxpayer to try to think of every conceivable proactive step and show that none would be productive. It is sufficient that the taxpayer provides evidence as to the condition of the debtor and its inability at the relevant time to repay the loan in whole or in part. That was the evidence in this case.

[30] I conclude, based on the only relevant evidence in the record, that declaring the loan bad as of December 31, 1995, was not an early opportunity for the appellant to write off the loan and that the declaration that the loan was bad was honest and reasonable.

AMOUNT OF INDEBTEDNESS

[31] That then leaves the amount of the indebtedness. The Tax Court Judge made no determination on this point. It is, therefore, open to this Court to do so and in view of the time and expense involved in remitting the matter to the Tax Court for determination and the length of time that the matter has been outstanding, I think is appropriate for this Court to do so in this case.

[32] The Tax Court Judge made reference to adjustments to the loan account and that he was not prepared to rely solely on the financial statements to prove the amount of the indebtedness. In argument before this Court, counsel for the appellant explained the

lorsqu'il a conclu que des mesures proactives eussent permis sans doute un recouvrement.

[28] Le critère auquel l'appellant devait satisfaire, c'était l'obligation pour lui de décider d'une manière franche et raisonnable que sa créance était irrécouvrable. Il s'ensuit que, en l'absence d'éléments donnant à entendre que des mesures proactives pouvaient raisonnablement conduire au remboursement de la totalité ou d'une partie du prêt, de telles mesures n'avaient aucun lien rationnel avec la question de savoir si le jugement de l'appellant était franc et raisonnable.

[29] Naturellement, il appartient au contribuable de réfuter les suppositions énoncées par le ministre dans sa réponse à l'avis d'appel. Ici, aucune supposition expresse ne posait que le prêt serait sans doute remboursé si certaines démarches étaient faites. Cependant, même devant une telle supposition, le contribuable ne sera pas tenu d'envisager mille et un moyens imaginables et de montrer qu'aucun d'eux ne donnera de résultat. Il lui suffira de prouver la situation financière du débiteur et l'incapacité de celui-ci, à la date pertinente, de rembourser le prêt en totalité ou en partie. C'est la preuve qui a été produite ici.

[30] Me fondant sur la seule preuve pertinente versée dans le dossier, je suis d'avis que l'appellant n'a pas été spécialement prompt à radier sa créance en la déclarant irrécouvrable au 31 décembre 1995 et que cette déclaration était franche et raisonnable.

MONTANT DE LA CRÉANCE

[31] Il faut encore déterminer le montant de la créance. Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas décidé ce point. Il est donc loisible à la Cour de le faire et, vu les délais et les frais entraînés par le renvoi de l'affaire à la Cour de l'impôt pour décision, et considérant également que l'affaire est en instance depuis assez longtemps, je crois qu'il est opportun pour la Cour de le faire dans le cas présent.

[32] Le juge de la Cour de l'impôt a fait état de divers ajustements apportés au prêt, ajoutant qu'il n'était pas disposé à s'en remettre uniquement aux états financiers pour avoir la preuve du montant de la créance. Dans son argumentation devant la Cour fédérale, l'avocat de

adjustments and that such adjustments as were made in this case were not unusual in the preparation of financial statements from a set of books. Further, amounts in the range of \$125,000 appeared in the financial statements over a period of years. There is no suggestion over that period of time that the appellant was, in some way, trying to create a fictitious loan for the purpose of write-off in 1995. In 1994, a security agreement was entered into which referred to an amount of \$130,000.

[33] The appropriate standard of review is proof on a balance of probabilities, not one of bookkeeping perfection. In all the circumstances, I am satisfied that there is sufficient evidence that the indebtedness amounted to \$125,000 at the end of 1995. I would observe that under the ABIL, the appellant is only entitled to a deduction of 75 percent of that amount.

CONCLUSION

[34] In the circumstances, I would allow the appeal with costs here and in the Tax Court and remit the matter to the Minister of National Revenue for reassessment in accordance with these reasons.

DÉCARY J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[35] Evans J.A. (dissenting): It is admirable that parents help their children to become established in their careers. However, when parents ask other taxpayers to share the burden of assisting a child's struggling business by deducting from their own income part of a loan as a bad debt, they can expect the tax authorities and the courts to examine the claim with care.

[36] I am unable to agree with my colleague Rothstein J.A. that the Tax Court Judge made a reversible error in concluding that Larry W. Rich had not proved that he

l'appelant a expliqué les ajustements en question, ajoutant que de tels ajustements n'étaient pas inusités dans la préparation d'états financiers à partir d'un ensemble de livres. D'ailleurs, des sommes se chiffrant aux environs de 125 000 \$ apparaissaient dans les états financiers sur plusieurs années. Rien ne laisse croire qu'au cours de cette période l'appelant essayait de quelque façon de faire apparaître un prêt fictif à des fins de radiation en 1995. En 1994, un accord de sûreté avait été conclu, qui faisait état d'un montant de 130 000 \$.

[33] La norme de contrôle à appliquer est la prépondérance des probabilités, non une tenue de livres irréprochable. En tout état de cause, je suis persuadé qu'il est suffisamment démontré que la créance se chiffrait à 125 000 \$ à la fin de 1995. Je ferais observer que, selon la règle applicable à la PDPE, l'appelant ne peut déduire que 75 p. 100 de ce montant.

CONCLUSION

[34] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, avec dépens, ceux de la présente instance et ceux de l'instance introduite devant la Cour de l'impôt, et je renverrais l'affaire au Ministre du Revenu national pour nouvelle cotisation conforme aux présents motifs.

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

* * *

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

[35] LE JUGE EVANS, J.C.A. (dissident): Il est admirable que des parents aident leurs enfants à s'établir dans une profession. Cependant, lorsque des parents demandent à d'autres contribuables de les aider à maintenir hors de l'eau l'entreprise défailante de leur progéniture, et cela en déduisant de leurs propres revenus une partie d'un prêt qu'ils ont classé comme créance irrécouvrable, ils peuvent compter que l'administration fiscale et les tribunaux voudront examiner avec soin la déduction demandée.

[36] Il m'est impossible de partager l'avis de mon collègue le juge Rothstein selon lequel le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur amendable lorsqu'il a dit

made an honest and reasonable determination that, at the end of 1995, the debt owed to him by his son's business, DSM Foods Inc., was not collectible. Accordingly, in my opinion, the Tax Court Judge did not err when he found that Mr. Rich could not rely on the ABIL provisions to partially write off the debt against his income for 1995.

[37] After reviewing in full the Tax Court Judge's reasons, the transcript of the oral evidence, and the documentary evidence, I am of the view that there was evidence before him on which he could reasonably find that, in all the circumstances, a reasonable person, acting in a businesslike manner, would have explored further with his son the possibilities for repayment.

[38] In so concluding, I am mindful of the very circumscribed limits which the Supreme Court of Canada in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, imposed on appellate courts' ability to interfere with the findings of fact made by trial court judges who saw and heard the witnesses and immersed themselves in the evidence. I am not persuaded that the Judge in this case either misapprehended the evidence, or based his factual findings on such a slender evidential base as to warrant a conclusion that material factual conclusions were so clearly wrong or unreasonable as to constitute palpable or overriding error.

[39] The Judge did not make an explicit finding of fact on the practical utility of Mr. Rich's exploring repayment options with his son. However, it is clear from the first extract of the transcript quoted by Rothstein J.A. at paragraph 18 of his reasons that the Judge appreciated that, after writing a demand letter, a taxpayer who knew that a debtor company was in financial difficulty did not necessarily have to take further steps to attempt to recover the loan in order to claim it as a bad debt for tax purposes. Accordingly, in treating Mr. Rich's failure to make follow-up inquiries on the demand letter as relevant to determining the reasonableness of Mr. Rich's assessment, the Judge must have concluded that, after hearing all the evidence and reflecting on it, further inquiries by Mr. Rich were not so clearly doomed to

que Larry W. Rich n'avait pas prouvé qu'il était arrivé, franchement et raisonnablement, à la conclusion selon laquelle, à la fin de 1995, la somme que lui devait DSM Foods Inc., l'entreprise de son fils, n'était pas recouvrable. Par conséquent, à mon avis, le juge de la Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a estimé que M. Rich ne pouvait invoquer les dispositions relatives à la PDPE pour déduire partiellement sa créance de son revenu de l'année 1995.

[37] Après examen complet des motifs du juge de la Cour de l'impôt, de la transcription des témoignages et de la preuve documentaire, je suis d'avis que la preuve dont il disposait l'autorisait à dire que, en tout état de cause, une personne raisonnable, agissant avec professionnalisme, aurait exploré plus avant avec son fils les possibilités d'un remboursement.

[38] En concluant de la sorte, je n'ignore pas les limites très précises que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, a imposé à la capacité des juridictions d'appel de modifier les conclusions de fait tirées par des juges de première instance qui ont vu et entendu les témoins et qui se sont absorbés dans la preuve. Je ne suis pas persuadé que, dans cette affaire, le juge de la Cour de l'impôt ait mal compris la preuve ou ait fondé ses conclusions de fait sur une preuve insignifiante au point que la Cour fédérale doive juger que lesdites conclusions de fait sont manifestement erronées ou déraisonnables et constituent de ce fait une erreur évidente ou déterminante.

[39] Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas tiré une conclusion factuelle expresse sur l'utilité pratique pour M. Rich d'explorer avec son fils des options de remboursement. Cependant, un point ressort clairement du premier extrait de la transcription citée par le juge Rothstein au paragraphe 18 de ses motifs: le juge de la Cour de l'impôt comprenait bien que, après l'envoi d'une mise en demeure, un contribuable qui sait qu'une société débitrice traverse des difficultés financières ne doit pas nécessairement faire d'autres démarches pour tenter de recouvrer le prêt avant de pouvoir déduire ce prêt à titre de créance irrécouvrable dans sa déclaration de revenus. Par conséquent, lorsqu'il a dit que l'inaction de M. Rich à s'enquérir davantage de la mise en demeure devait être prise en compte pour savoir si M. Rich avait

failure that a reasonable person would not have made them before regarding the debt as bad.

[40] I do not regard it as reversible error in this case that the Judge neither expressly made a finding on this issue, nor indicated on what evidence he relied to support it. There were no conflicts in the testimony to be resolved. Moreover, the failure of Mr. Rich to make inquiries was simply a part of the overall factual situation to which the Judge had to apply the legal standard that, to treat a debt as bad, the taxpayer's assessment must have been honest, reasonable and made in a businesslike manner.

[41] In these circumstances, it is appropriate for an appellate court to examine the record to see whether there was evidence on which the Tax Court Judge, as the trier of fact, could reasonably have regarded as a relevant factor the failure of Mr. Rich to take further exploratory steps towards the recovery of his money.

[42] Three general considerations have framed my review of the record to see if the Tax Court Judge made a palpable and overriding error in basing his conclusion, in part, on Mr. Rich's failure to explore repayment possibilities.

[43] First, the loan in question was not at arm's length. The Judge found that Mr. Rich's predominant purpose in advancing the money (and, incidentally, in providing through his firm free bookkeeping and accounting services to the company) was to assist his son in his business. Hence, if Mr. Rich were able to deduct a portion of the loan from his income tax, he would have little incentive to attempt to recover the rest of the loan from his son. For this reason, a court should be slow to conclude that the taxpayer has discharged the evidential burden of demolishing the Minister's assumptions.

[44] Second, the taxpayer has the burden of proving on the balance of probabilities the reasonableness of the

raisonnablement évalué la situation, le juge de la Cour de l'impôt a dû conclure que, après audition de toute la preuve et après réflexion, de nouvelles démarches de M. Rich n'auraient pas été à l'évidence vouées à l'échec au point qu'une personne raisonnable n'eût pas tenté lesdites démarches avant de déclarer la créance irrécouvrable.

[40] Je ne vois ici aucune erreur amendable dans le fait que le juge de la Cour de l'impôt n'ait pas expressément décidé ce point ni n'ait précisé sur quelle preuve il s'est fondé pour la justifier. Il n'y avait dans les témoignages aucun conflit à résoudre. Par ailleurs, l'inaction de M. Rich à tenter de nouvelles démarches s'inscrivait simplement dans le contexte général auquel le juge devait appliquer le critère juridique selon lequel, avant qu'un contribuable ne puisse dire que sa créance est irrécouvrable, il doit évaluer la situation avec franchise, mesure et professionnalisme.

[41] Dans ces conditions, une juridiction d'appel se doit d'examiner le dossier pour voir s'il renferme des preuves au vu desquelles le juge de la Cour de l'impôt, en tant qu'arbitre des faits, pouvait raisonnablement considérer comme un facteur pertinent le peu d'empressement de M. Rich à tenter de nouvelles démarches pour récupérer son argent.

[42] Trois considérations générales m'ont guidé dans l'examen que j'ai entrepris du dossier pour voir si le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur évidente et déterminante parce qu'il a fondé sa conclusion, du moins en partie, sur le peu d'empressement de M. Rich à explorer des possibilités de remboursement.

[43] D'abord, le prêt en question a été consenti dans une relation de dépendance. Le juge a estimé que l'intention première de M. Rich lorsqu'il a consenti le prêt (et accessoirement lorsqu'il a offert à l'entreprise, par l'entremise de son cabinet, des services gratuits de comptabilité et de tenue de livres) était d'aider son fils dans son entreprise. Partant, si M. Rich était à même de déduire de son revenu une partie du prêt, il allait être peu enclin à vouloir recouvrer de son fils le reste du prêt. Pour cette raison, un tribunal devrait y songer à deux fois avant de conclure que le contribuable s'est acquitté de la charge qu'il avait de réfuter les suppositions du ministre.

[44] Deuxièmement, il appartient au contribuable de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il a

determination that the debt was not collectible. In my view, this means that the taxpayer also has the burden of establishing that a factor that is often relevant to a reasonableness determination was not relevant here. In this case, despite the difficulty of proving a negative, the futility of further inquiries about how the loan might be repaid is a matter on which the taxpayer is well placed to adduce evidence.

[45] Third, as I have already noted, *Housen v. Nikolaisen*, *supra*, has emphasized the high degree of deference that appellate courts must give to the findings of fact by trial judges in order to ensure the effective and efficient division of responsibilities between them. It is not for this Court to re-weigh the items of evidence before the Judge when they point to different conclusions.

[46] In my opinion, the following items of evidence provide sufficient support for the factual finding implicitly made by the Tax Court Judge so that he cannot be said to have made a palpable and overriding error.

[47] First, when asked what his purpose was in writing the demand letter, Mr. Rich stated that he hoped that Michael (his son) would then “come to me and state okay, let's sit down and work out an arrangement to repay this loan.” Unlike previous years, no repayments on the loan were made in 1995. Mr. Rich also said that he had expected Michael to come up with some proposal for the long-term repayment of the loan (Appeal Book, Vol. IV, page 133 of the transcript).

[48] I infer from this that, as someone intimately familiar with the finances of the company, Mr. Rich must have thought that it was in a position to come up with some such proposal. Indeed, he testified that he was surprised to be told in the reply to his demand letter that the company could not even start to repay any part of the loan (Appeal Book, Vol. IV, page 133 of the transcript). Further, in light of these circumstances, including the reasons given by Mr. Rich for writing the demand letter and the letter's lack of specificity, it was open to the

décidé à juste titre que la créance n'était pas recouvrable. À mon avis, cela veut dire que le contribuable doit également établir qu'un facteur qui intervient souvent dans l'appréciation du caractère raisonnable d'une décision n'intervenait pas ici. En l'espèce, malgré la difficulté de prouver un élément négatif, l'inutilité d'autres enquêtes sur la manière dont le prêt pouvait être remboursé est un aspect sur lequel le contribuable est bien placé pour produire une preuve.

[45] Troisièmement, comme je l'ai déjà noté, la Cour suprême du Canada a fait ressortir, dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, précité, le niveau élevé de retenue que les juridictions d'appel doivent montrer à l'égard des conclusions de fait des juridictions de première instance afin que les responsabilités respectives des unes et des autres demeurent bien délimitées. Il n'appartient pas à la Cour de réévaluer les éléments de preuve soumis au juge simplement parce qu'ils autoriseraient des conclusions différentes.

[46] À mon avis, les éléments de preuve qui suivent autorisent la conclusion de fait tirée implicitement par le juge de la Cour de l'impôt, de telle sorte que l'on ne saurait dire qu'il a commis une erreur évidente et déterminante.

[47] D'abord, prié de dire quelle était son intention lorsqu'il avait écrit la mise en demeure, M. Rich a déclaré qu'il espérait que Michael (son fils) «viendrait alors me trouver pour examiner avec moi une manière de rembourser ce prêt». Contrairement aux années antérieures, aucun remboursement n'a été fait sur le prêt en 1995. M. Rich a dit aussi qu'il avait pensé que Michael ferait une proposition pour le remboursement à long terme du prêt (dossier d'appel, vol. IV, page 133 de la transcription).

[48] J'en déduis que M. Rich, qui connaissait très bien la situation financière de l'entreprise, a dû penser qu'elle était en état de faire une telle proposition. Il a même dit durant son témoignage qu'il avait été surpris de lire, dans la réponse à la mise en demeure qu'il avait envoyée, que l'entreprise ne pouvait même pas commencer le remboursement d'une partie quelconque du prêt (dossier d'appel, vol. IV, page 133 de la transcription). De plus, vu ces circonstances, notamment les raisons données par M. Rich pour l'envoi de la mise en demeure, sans oublier

Judge to regard it as unreasonable for Mr. Rich to accept at face value Michael's curt and formal statement that no repayment of the loan was possible.

[49] Second, when asked why he did not pursue further steps to secure repayment, Mr. Rich said that it would have put the company into bankruptcy to have sent in a receiver or put the company in for collection (Appeal Book, Vol. IV, page 134 of the transcript). However, this answer does not explain why he did not pursue less formal routes, such as discussing a financial work-out. Further, if he thought that the company was failing, it is odd that he did not initiate discussions with Michael since his and his father-in-law's investment in the company were also at risk. I also note that, while DSM Foods had been indebted to Mr. Rich for several years, Mr. Rich continued to make new loans to the company from time to time after previous loans were partially retired.

[50] Third, it was not necessarily unreasonable for the Judge not to regard the company's financial records as definitive of the state of its financial position. He had noted the absence of supporting documentation and the bookkeeping errors that had taken Mr. Rich a lot of time and effort to put right, including an erroneous entry in DSM Food's books writing off the debt to Mr. Rich. Indeed, in his testimony, Michael Rich appeared to regard the debt as forgiven in 1995 in order to appease the company's banker and to provide comfort to another lender, his grandfather (Appeal Book, Vol. IV, pages 51-52 of the transcript).

[51] Fourth, while the Judge did not impugn Mr. Rich's credibility as a witness, the Judge found his answers to two questions to be unsatisfactory: paragraphs 6 and 19. The latter, which concerned apparently large loans by DSM Foods to Michael, he regarded simply as indicative of Mr. Rich's lack of scrutiny when dealing with DSM Foods. Further, Mr. Lomas, the auditor,

le peu de précision de cette mise en demeure, il était loisible au juge de dire qu'il était déraisonnable de la part de M. Rich d'accepter telle quelle la déclaration laconique et formelle de Michael selon laquelle aucun remboursement du prêt n'était possible.

[49] Deuxièmement, prié de dire pourquoi il n'avait pas tenté d'autres démarches pour obtenir le remboursement, M. Rich a dit que l'intervention d'un séquestre ou l'introduction de procédures de recouvrement aurait forcé l'entreprise à déposer son bilan (dossier d'appel, vol. IV, page 134 de la transcription). Cependant, cette réponse n'explique pas pourquoi il n'a pas exploré des moyens moins radicaux, par exemple en examinant un possible sauvetage financier. D'ailleurs, s'il pensait que l'entreprise était au bord de la faillite, il est curieux qu'il n'ait pas engagé une discussion avec Michael puisque son investissement et celui de son beau-père dans l'entreprise se trouvaient également compromis. J'observe aussi que, bien que DSM Foods soit débitrice de M. Rich depuis plusieurs années, M. Rich a continué de temps à autre de consentir de nouveaux prêts à l'entreprise après le remboursement partiel de prêts antérieurs.

[50] Troisièmement, il n'était pas nécessairement déraisonnable pour le juge de ne pas considérer les registres financiers de l'entreprise comme la preuve de sa véritable situation financière. Il avait noté l'absence de documents justificatifs et les erreurs d'écriture dont la rectification avait exigé de M. Rich beaucoup de temps et d'énergie, sans compter une écriture erronée dans les livres de DSM Foods., une écriture qui annulait la créance de M. Rich. D'ailleurs, durant son témoignage, Michael Rich semblait considérer la dette comme éteinte en 1995, afin de tranquilliser le banquier de l'entreprise et d'apporter un soulagement à un autre prêteur, son grand-père (dossier d'appel, vol. IV, pages 51 et 52 de la transcription).

[51] Quatrièmement, le juge de la Cour de l'impôt n'a pas mis en doute la crédibilité de M. Rich en tant que témoin, mais il a trouvé insatisfaisantes ses réponses à deux questions: paragraphes 6 et 19. S'agissant de la réponse à la deuxième question, qui concernait des prêts apparemment importants consentis par DSM Foods à Michael, le juge y a vu simplement le signe d'une

testified that Mr. Rich had been less than forthcoming with him in that he did not initially disclose a material fact, namely that the president of DSM Foods was his son: Appeal Book, Vol. V, page 313.

[52] Fifth, while the Judge understandably attached less weight to events after 1995, it was not irrelevant to the possible utility of exploratory discussions between Mr. Rich and Michael that, in April 1996, DSM Foods entered into an arrangement with its principal supplier for the repayment, in monthly instalments of \$4,000, of its accumulated debt of approximately \$185,000. The evidence was that by November 1996, the company had repaid all but \$1,500 of the old debts. On the strength of this record, presumably, the supplier agreed to the repayment of the company's new debt in reduced monthly instalments of \$1,500. This is an indication that it might have been fruitful for Mr. Rich to have discussed the staged repayment of his loan with Michael, especially since, prior to 1995, DSM had had a record of repaying Mr. Rich when receivables came in.

[53] When these evidential items are considered within the context of the three framing principles that I identified at the start of these reasons, I cannot conclude that the Tax Court Judge made a palpable and overriding error in implicitly finding that it was not futile for Mr. Rich to have discussed with his son repayment strategies before determining that the debt was not collectible for the purpose of asking other taxpayers to share in his loss.

[54] For these reasons, I would have dismissed the appeal.

certain négligence de la part de M. Rich lorsqu'il avait affaire à DSM Foods. Par ailleurs, M. Lomas, le vérificateur, a témoigné que M. Rich n'avait pas été très communicatif avec lui, en ce sens qu'il ne lui avait pas au départ divulgué un fait important, à savoir que le président de DSM Foods était son fils: dossier d'appel, vol. V, page 313.

[52] Cinquièmement, bien que le juge ait à juste titre accordé moins de poids aux événements postérieurs à 1995, il n'était pas sans intérêt pour l'utilité possible de pourparlers exploratoires entre M. Rich et Michael de noter que, en avril 1996, DSM Foods avait conclu avec son principal fournisseur un arrangement prévoyant le remboursement, en versements mensuels de 4 000 \$, de la dette cumulative de DSM Foods, soit environ 185 000 \$. La preuve révèle que, en novembre 1996, l'entreprise avait remboursé la totalité des anciennes dettes, sauf 1 500 \$. Sans doute rassuré par cette performance, le fournisseur a consenti au remboursement de la nouvelle dette de l'entreprise en des versements mensuels réduits de 1 500 \$. C'est la preuve qu'il aurait sans doute été profitable pour M. Rich d'examiner avec Michael le remboursement périodique de son prêt, d'autant que, avant 1995, DSM s'était appliquée à rembourser M. Rich à mesure que les clients de l'entreprise payaient leurs factures.

[53] Lorsque je considère toutes ces preuves dans le contexte des trois principes directeurs que j'ai définis au début des présents motifs, il m'est impossible de conclure que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur évidente et déterminante en affirmant implicitement qu'il n'aurait pas été vain pour M. Rich d'examiner avec son fils des stratégies de remboursement avant de dire que sa créance n'était pas recouvrable et de demander aux autres contribuables de partager avec lui sa perte.

[54] Pour ces motifs, j'aurais rejeté l'appel.

IMM-4493-00
2003 FCT-88

IMM-4493-00
2003 CFPI 88

Oleg Volodymyrovych Pelishko (*Applicant*)

Oleg Volodymyrovych Pelishko (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

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

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

Trial Division, Beaudry J.—Calgary, January 15;
Ottawa, January 28, 2003.

Section de première instance, juge Beaudry—Calgary,
15 janvier; Ottawa, 28 janvier 2003.

Practice — Parties — Joinder — Permanent residence application denied for lack of experience — F.C.T.D. Judge ordering application remitted to different visa officer — Application rejected again — Motion to add second visa officer as respondent under Federal Court Rules, 1998, r. 104(1)(b) — MCI proper party where agent's exercise of discretion impugned — Visa officer can participate as affiant for MCI, be cross-examined by applicant — Need not be added as party for issues to be effectually, completely settled — Relief sought against Minister, inappropriate that officer be personally bound by Court decision.

Pratique — Parties — Jonction — Demande de résidence permanente refusée pour manque d'expérience — Renvoi à un autre agent des visas ordonné par le juge de la Section de première instance — Demande refusée de nouveau — Requête visant à faire en sorte que le second agent des visas soit constitué partie à l'instance en vertu de la règle 104(1)(b) des Règles de la Cour fédérale (1998) — Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration est une partie régulièrement constituée lorsque l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un agent est contesté — L'agent des visas peut participer à titre d'auteur d'un affidavit souscrit au nom du ministre et être contre-interrogé par le demandeur — Nul besoin de constituer l'agent partie à l'instance pour assurer une instruction complète et le règlement des questions en litige — La réparation réclamée visait le ministre; il ne convient pas de constituer l'agent partie à l'instance pour lui rendre le jugement de la Cour personnellement opposable.

Practice — Contempt of Court — Permanent residence application rejected for lack of experience — F.C.T.D. Judge ordering application remitted to different visa officer — Order sought under Federal Court Rules, 1998, r. 467(1) compelling second officer to appear, show cause why should not be held in contempt — Order allegedly violated strictly construed, finding of guilt, innocence involved — Order not explicitly requiring Minister to consider work experience — Minister complied with Court order — Second officer did, in fact, assess work experience — Costs awarded in Minister's favour as contempt of Court serious allegation, motion improper, unnecessary.

Pratique — Outrage au tribunal — Demande de résidence permanente refusée pour manque d'expérience — Renvoi à un autre agent des visas ordonné par le juge de la Section de première instance — Ordonnance réclamée en vertu de la règle 467(1) des Règles de la Cour fédérale (1998) afin qu'il soit enjoint au second agent de comparaître devant la Cour pour expliquer pourquoi il ne devrait pas être reconnu coupable d'outrage au tribunal — Il faut interpréter strictement l'ordonnance qui a présument été enfreinte, une question de culpabilité ou d'innocence étant en jeu — L'ordonnance n' enjoignait pas explicitement au ministre de tenir compte de l'expérience de travail du demandeur — Le ministre s'est conformé à l'ordonnance de la Cour — Le second agent a effectivement évalué l'expérience de travail du demandeur — Les dépens sont accordés au ministre car l'allégation d'outrage au tribunal est considérée comme très sérieuse et la requête était inappropriée et inutile.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Visa officer rejecting permanent residence application for

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Rejet par l'agent des visas de la demande de

insufficient experience — F.C.T.D. Judge ordering application referred to different officer — Application again refused — Orders sought adding second visa officer as party, requiring officer show cause why should not be held in contempt — MCI proper party where agent's decision impugned — Test for joinder not here met — Usual practice: officer participates as affiant for MCI, cross-examined on affidavit — Inappropriate officer personally bound by Court decision — Only Minister is bound — Order allegedly violated in contempt proceedings strictly construed as finding of guilt at issue — Court order did not explicitly require MCI to consider work experience — In fact, Computer-Assisted Immigration Processing System (CAIPS) notes revealing second officer did assess work experience.

Applicant seeks permanent residence in Canada. His initial application was rejected by visa officer Egan for insufficient experience in his intended profession but that decision was set aside by O'Keefe J. who ordered that the application be remitted to a different visa officer, Egan having erred in failing to assess applicant's work experience. The application was refused by visa officer Watson. Applicant's allegation is that Watson failed to take into account the experience applicant had gained prior to securing his degree. Applicant argued that Watson ought to be held in contempt of Court for violation of the order of O'Keefe J. This motion sought: (1) an order under the *Federal Court Rules, 1998*, paragraph 104(1)(b) joining Watson as a necessary party to this proceeding and (2) an order, under subsection 467(1) of the Rules, compelling Watson to show cause why he ought not to be held in contempt.

Held, the motion should be dismissed.

English case law, adopted by the Federal Court of Appeal in *Stevens v. Canada (Commissioner, Commission of Inquiry)*, is to the effect that it is necessary to join a person as a party only if he should be bound by the result. There has to be an issue in the action which cannot be "effectually and completely" settled without that person being joined as a party. Applicant's submission was that Watson deliberately disobeyed the Judge's order placing himself in contempt of court and for this misconduct should be held directly accountable. The Minister

résidence permanente pour manque d'expérience — Renvoi à un autre agent ordonné par le juge de la Section de première instance — Ordonnances réclamées pour constituer le second agent des visas partie à l'instance et pour qu'il soit enjoint à ce dernier d'expliquer pourquoi il ne devrait pas être reconnu coupable d'outrage au tribunal — Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration est une partie régulièrement constituée lorsque la décision d'un agent est contestée — Le critère de la nécessité de constituer une personne partie à l'instance ne s'applique pas — La pratique courante consiste à demander à l'agent de souscrire un affidavit au nom du ministre et de se rendre disponible pour être contre-interrogé au sujet de cet affidavit — Il ne convient pas de rendre le jugement de la Cour personnellement opposable à l'agent — Seul le ministre est lié — L'ordonnance qui a présument été enfreinte doit être interprétée strictement dans le cadre de la procédure d'outrage au tribunal puisqu'une question de culpabilité est en jeu — L'ordonnance de la Cour n'enjoignait pas explicitement au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de tenir compte de l'expérience de travail du demandeur — Les notes du Système informatisé de traitement des cas d'immigration (STICI) révèlent que le second agent a effectivement évalué l'expérience de travail du demandeur.

Le demandeur cherche à obtenir la résidence permanente au Canada. Sa première demande a été rejetée par l'agent des visas Egan au motif qu'il n'avait pas accumulé suffisamment d'expérience dans la profession qu'il comptait exercer, mais le juge O'Keefe a annulé cette décision et a ordonné le renvoi de la demande à un autre agent pour un nouvel examen parce que l'agent Egan avait fait erreur en n'évaluant pas l'expérience de travail du demandeur. La demande a ensuite été refusée par l'agent des visas Watson. Le demandeur fait valoir que l'agent Watson a omis de tenir compte de l'expérience qu'il avait acquise avant d'obtenir son diplôme. Il soutient que l'agent Watson devrait être reconnu coupable d'outrage au tribunal pour avoir désobéi à l'ordonnance du juge O'Keefe. La présente requête vise à obtenir: 1) une ordonnance délivrée en vertu de l'alinéa 104(1)b des *Règles de la Cour fédérale (1998)* pour faire en sorte que l'agent Watson soit constitué partie à l'instance et 2) une ordonnance enjoignant à ce dernier, en vertu du paragraphe 467(1) des *Règles*, de comparaître devant la Cour pour expliquer pourquoi il ne devrait pas être reconnu coupable d'outrage au tribunal.

Jugement: la requête doit être rejetée.

Dans la décision *Stevens c. Canada (Commissaire, Commission d'enquête)*, la Cour d'appel fédérale a fait sien le principe posé dans une décision britannique qui veut que la seule raison qui puisse rendre nécessaire la constitution d'une personne comme partie à une action est la volonté de lui rendre le jugement opposable. La question à trancher doit donc être une question en litige qui ne peut être résolue «adéquatement et complètement» sans que cette personne ne soit constituée partie à l'instance. Le demandeur soutient que l'agent Watson

suggested that Watson did, in fact, assess applicant's work experience but decided to award no points for it.

The Minister is the proper respondent herein; immigration officers exercise their statutory discretion in the name of the Minister. The *Stevens* test for joinder of a party was not applicable. In accordance with the usual practice, Watson can participate herein as an affiant on behalf of the Minister and undergo cross-examination by applicant. It was not a case in which Watson must be added as a party in order to have the issues "effectually and completely" settled. It would be inappropriate that Watson be added as a party so that he would be personally bound by the Court's determination. Only the Minister is bound by the Court's order.

Turning to the contempt issue, reference should be made to what was said by Justice Strayer, then of the Trial Division, in *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*: "in contempt proceedings one must construe strictly the order allegedly violated since a finding of guilt or innocence is involved". The order of O'Keefe J., as worded, required the Minister to refer the matter to a different visa officer for reconsideration: it did not explicitly require that all of applicant's work experience be considered. That order was complied with by the Minister. In any event, the CAIPS notes revealed that Watson did assess applicant's experience.

As to costs, the Court treats seriously a motion for a contempt order and, under the Rules, in the exercise of its discretion to award costs, the Court may take into account whether any step in the proceeding was improper or unnecessary. On that authority, respondent should be awarded costs in the amount of \$750.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 104(1), 400, 466(b).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.

a délibéré désobéi à l'ordonnance du juge et qu'il s'est ainsi rendu coupable d'un outrage au tribunal dont il devrait être tenu directement responsable. Le ministre fait valoir que l'agent Watson a effectivement évalué l'expérience de travail du demandeur mais il a décidé de ne pas lui attribuer de points à cet égard.

Le ministre est une partie régulièrement constituée dans la présente affaire; les fonctionnaires de l'immigration exercent au nom du ministre les pouvoirs discrétionnaires qui leur sont conférés par la loi. Le critère de la nécessité de constituer une personne comme partie à l'instance, lequel a été posé dans l'arrêt *Stevens*, ne s'appliquait pas. Conformément à la pratique courante, l'agent Watson peut, en l'espèce, participer à titre d'auteur d'un affidavit pour le compte du ministre et être contre-interrogé par le demandeur. Il ne s'agit pas d'un cas dans lequel il est nécessaire de constituer l'agent Watson partie à l'instance «pour assurer une instruction complète et le règlement» des questions en litige. Il ne conviendrait pas de constituer l'agent Watson partie à l'instance pour lui rendre le jugement de la Cour personnellement opposable. Seul le ministre est lié par l'ordonnance.

En ce qui a trait à la question d'outrage au tribunal, il faut se référer aux propos du juge Strayer, qui siégeait alors à la Section de première instance, dans l'affaire *Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*: «dans le cadre de la procédure d'outrage au tribunal il faut interpréter strictement l'ordonnance qui a présument été enfreinte, puisqu'une question de culpabilité ou d'innocence est en jeu». L'ordonnance du juge O'Keefe, telle que formulée, enjoignait le ministre de renvoyer l'affaire à un autre agent des visas pour qu'il la réexamine: il n'a pas été explicitement exigé que la totalité de l'expérience de travail du demandeur soit prise en compte. Le ministre s'est conformé à cette ordonnance. Quoi qu'il en soit, les notes du STICI ont révélé que l'agent Watson avait évalué l'expérience du demandeur.

Pour ce qui est de la question des dépens, la Cour considère comme très sérieuse une requête visant à obtenir une condamnation pour outrage au tribunal et, en vertu des Règles, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de dépens, elle peut tenir compte de la question de savoir si une mesure prise au cours de l'instance était inappropriée ou inutile. Le défendeur a par conséquent droit à la somme de 750 \$ à titre de dépens.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 104(1), 400, 466b).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Stevens v. Canada (Commissioner, Commission of Inquiry), [1998] 4 F.C. 125; (1998), 228 N.R. 133 (C.A.); *Amon v. Raphael Tuck & Sons Ltd.*, [1956] 1 Q.B. 357; *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 3; (1985), 24 D.L.R. (4th) 111; 2 F.T.R. 18 (T.D.); *Pelishko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 210 F.T.R. 157; 17 Imm. L.R. (3d) 21 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Telus Mobility v. Telecommunications Workers Union, 2002 FCT 1268; [2002] F.C.J. No. 1744 (T.D.) (QL); *Yamani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 1162; [2002] F.C.J. No. 1550 (T.D.) (QL); *Apotex Inc. v. Merck and Co.* (2002), 214 D.L.R. (4th) 429; 19 C.P.R. (4th) 163; 291 N.R. 96 (F.C.A.).

MOTION for orders adding a party and requiring a visa officer to show cause why he ought not to be held in contempt. Motion denied.

APPEARANCES:

Peter W. Wong, Q.C. for applicant.
William B. Hardstaff for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Caron & Partners, Calgary, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] BEAUDRY J.: Oleg Volodymyrovych Pelishko (the applicant) has brought a motion for two orders. In one of the orders, pursuant to paragraph 104(1)(b) of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] (the Rules), Hal Watson (Watson) would join the respondent as a necessary party to this proceeding. The second order, pursuant to subsection 467(1) of the Rules, would compel Watson to appear before this Court to show cause why he should not be held in contempt of Court.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Stevens c. Canada (Commissaire, Commission d'enquête), [1998] 4 C.F. 125; (1998), 228 N.R. 133 (C.A.); *Amon v. Raphael Tuck & Sons Ltd.*, [1956] 1 Q.B. 357; *Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 3; (1985), 24 D.L.R. (4th) 111; 2 F.T.R. 18 (1^{re} inst.); *Pelishko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 210 F.T.R. 157; 17 Imm. L.R. (3d) 21 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Telus Mobility c. Syndicat des travailleurs en télécommunications, 2002 CFPI 1268; [2002] A.C.F. n° 1744 (1^{re} inst.) (QL); *Yamani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 1162; [2002] A.C.F. n° 1550 (1^{re} inst.) (QL); *Apotex Inc. c. Merck and Co.* (2002), 214 D.L.R. (4th) 429; 19 C.P.R. (4th) 163; 291 N.R. 96 (C.A.F.).

REQUÊTE visant la délivrance d'ordonnances pour constituer un agent des visas partie à l'instance et pour lui enjoindre de comparaître devant la Cour pour expliquer pourquoi il ne devrait pas être reconnu coupable d'outrage au tribunal. Requête rejetée.

ONT COMPARU:

Peter W. Wong, c.r., pour le demandeur.
William B. Hardstaff pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Caron & Partners, Calgary, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE BEAUDRY: Oleg Volodymyrovych Pelishko (le demandeur) a présenté une requête dans laquelle il réclame deux ordonnances. Il demande en premier lieu à la Cour d'ordonner, en vertu de l'alinéa 104(1)b des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] (les Règles), que Hal Watson (Watson) soit constitué partie à l'instance. La seconde ordonnance enjoindrait à Watson, en vertu du paragraphe 467(1) des Règles, de comparaître devant la Cour pour expliquer pourquoi il ne devrait pas être reconnu coupable d'outrage au tribunal.

ISSUES

[2] Should Watson be joined as a party to these proceedings?

[3] Is Watson in violation of an order of this Court such that he should be ordered to appear before the Court and show cause why he should not be held in contempt of court?

[4] For the following reasons, this motion shall be dismissed.

BACKGROUND

[5] The applicant is seeking permanent residence in Canada. His initial application was considered by a visa officer, N. M. Egan (the officer). The officer denied the application for permanent residence on the ground that the experience of the applicant was insufficient for him to be admitted to Canada based on his intended profession according to the National Occupational Classification (NOC).

[6] By order of O'Keefe J. on August 31, 2001 [(2001), 210 F.T.R. 157], the decision of the officer was set aside, and the Court ordered that the application of the applicant for permanent residence be remitted to a different visa officer for consideration. The reasons of the order of O'Keefe J. specified that the visa officer who was to review the file should assess the remaining work experience of the applicant, as the failure of the first visa officer to do so constituted a reviewable error.

[7] The matter was remitted to the visa office, where it was reviewed by Watson. The applicant alleges that Watson issued a refusal letter, dated April 26, 2002, without first considering the work experience gained by the applicant prior to obtaining his degree. An application for judicial review had been filed and was subsequently discontinued on July 15, 2002. The applicant highlights in his affidavit the passages from the refusal letter issued by Watson. Those passages give rise to his allegations that Watson still failed to consider the experience the applicant gained prior to obtaining his diploma, which is

QUESTIONS EN LITIGE

[2] Watson devrait-il être constitué partie à la présente instance?

[3] Watson a-t-il désobéi à une ordonnance de la Cour de sorte que la Cour devrait lui enjoindre de comparaître devant elle pour expliquer les raisons pour lesquelles il ne devrait pas être reconnu coupable d'outrage au tribunal?

[4] Pour les motifs qui suivent, la présente requête doit être rejetée.

GENÈSE DE L'INSTANCE

[5] Le demandeur cherche à obtenir la résidence permanente au Canada. Sa première demande a été examinée par un agent des visas, N. M. Egan (l'agent des visas). L'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente au motif que le demandeur n'avait pas accumulé suffisamment d'expérience pour pouvoir être admis au Canada sur le fondement de la profession prévue par la Classification nationale des professions (la CNP) qu'il comptait exercer au Canada.

[6] Aux termes de l'ordonnance qu'il a prononcée le 31 août 2001 [(2001), 210 F.T.R. 157], le juge O'Keefe a annulé la décision de l'agent des visas et a ordonné que la demande de résidence permanente du demandeur soit déferée à un autre agent des visas pour qu'il la réexamine. Le juge O'Keefe a également précisé dans ses motifs que l'agent des visas qui examinerait le dossier devait tenir compte des autres antécédents professionnels du demandeur, car le défaut du premier agent des visas de le faire constituait une erreur justifiant la révision de sa décision.

[7] L'affaire a été renvoyée au bureau des visas, où elle a été réexaminée par l'agent Watson. Le demandeur allègue que Watson lui a envoyé une lettre de refus, datée du 26 avril 2002, sans avoir auparavant tenu compte de l'expérience de travail que le demandeur avait acquise avant d'obtenir son diplôme. Le demandeur s'est désisté le 15 juillet 2002 de sa demande de contrôle judiciaire. Le demandeur cite dans son affidavit les passages clés de la lettre de refus que lui a adressée Watson. C'est sur ces passages qu'il se fonde pour affirmer que l'agent Watson a lui aussi omis de tenir

the error impugned by O'Keefe J. in his judgment. It is the applicant's view, on this basis, that Watson is in direct violation of the order of O'Keefe J. and should therefore be held in contempt of Court.

SUBMISSIONS

Applicant

(a) Joinder of a Party

[8] Subsection 104(1) of the Rules provides the Court with the following powers:

104. (1) At any time, the Court may

(a) order that a person who is not a proper or necessary party shall cease to be a party; or

(b) order that a person who ought to have been joined as a party or whose presence before the Court is necessary to ensure that all matters in dispute in the proceeding may be effectually and completely determined be added as a party, but no person shall be added as a plaintiff or applicant without his or her consent, signified in writing or in such other manner as the Court may order.

This rule is applicable in the present case. The presence of Watson before this Court is necessary to ensure that all matters in dispute can be completely determined.

[9] The Federal Court of Appeal considered the bases on which one should be added as a party to a proceeding in its decision in *Stevens v. Canada (Commissioner, Commission of Inquiry)*, [1998] 4 F.C. 125 (C.A.). The Court adopted the rule developed in an English case, *Amon v. Raphael Tuck & Sons Ltd.*, [1956] 1 Q.B. 357. In that case, the Court held that it is only necessary to join a person as a party when he should be bound by the result of that action. The question to be settled must therefore be an issue in the action which cannot be "effectually and completely" settled unless the person sought to be joined is a party.

[10] Watson is a necessary party and ought to be bound by the result of this application. Watson deliberately

compte de l'expérience qu'il avait acquise avant d'obtenir son diplôme, omission qui constitue l'erreur que le juge O'Keefe avait reprochée au premier agent des visas dans son jugement. Le demandeur en conclut que Watson a ainsi carrément désobéi à l'ordonnance du juge O'Keefe et qu'il devrait par conséquent être reconnu coupable d'outrage au tribunal.

PRÉTENTIONS ET MOYENS DES PARTIES

Le demandeur

a) Constitution d'une personne comme partie à l'instance

[8] Le paragraphe 104(1) des Règles confère les pouvoirs suivants à la Cour:

104. (1) La Cour peut, à tout moment, ordonner:

a) qu'une personne constituée erronément comme partie ou une partie dont la présence n'est pas nécessaire au règlement des questions en litige soit mise hors de cause;

b) que soit constituée comme partie à l'instance toute personne qui aurait dû l'être ou dont la présence devant la Cour est nécessaire pour assurer une instruction complète et le règlement des questions en litige dans l'instance; toutefois, nul ne peut être constitué codemandeur sans son consentement, lequel est notifié par écrit ou de telle autre manière que la Cour ordonne.

Ce paragraphe des Règles s'applique au cas qui nous occupe. La présence de Watson devant la Cour est en effet nécessaire pour assurer une instruction complète et le règlement des questions en litige dans la présente instance.

[9] La Cour d'appel fédérale a, dans l'arrêt *Stevens c. Canada (Commissaire, Commission d'enquête)*, [1998] 4 C.F. 125 (C.A.) examiné les raisons qui peuvent être invoquées pour justifier la constitution d'une personne comme partie à une action. La Cour a fait sien le principe posé dans une décision britannique, l'arrêt *Amon v. Raphael Tuck & Sons Ltd.*, [1956] 1 Q.B. 357, dans lequel le tribunal avait statué que la seule raison qui puisse rendre nécessaire la constitution d'une personne comme partie à une action est la volonté de lui rendre le jugement opposable. La question à trancher doit donc être une question en litige qui ne peut être résolue «adéquatement et complètement» sans que cette personne ne soit constituée partie à l'instance.

[10] La constitution de Watson comme partie à l'instance est nécessaire et la décision qui sera rendue au

disobeyed the order of O'Keefe J. in failing to consider experience gained by the applicant before he obtained his diploma. This puts him directly in contempt of a court order and he should be held directly accountable.

(b) Contempt of Court

[11] Paragraph 466(b) of the Rules provides that someone who fails to obey an order of the Court is guilty of contempt of Court:

466. Subject to rule 467, a person is guilty of contempt of Court who

...

(b) disobeys a process or order of the Court;

[12] In order to obtain a show cause order, the applicant must establish, beyond a reasonable doubt, three elements: actual personal knowledge of the Court's order; that the person alleged to be in contempt is the primary actor, either actually or by express or implied authorization; and the required degree of *mens rea*. In the case of civil contempt, as alleged in the present case, the element of *mens rea* need not be met.

[13] The applicant submits that the two remaining elements have been met. The Computer-Assisted Immigration Processing System (CAIPS) notes prepared by Watson indicate that he was aware of the order of O'Keefe J. The notes also indicate that he was aware that the Court order required all of the work experience of the applicant, including that amassed prior to the awarding of his degree, be included. In addition, Watson was the primary actor who had express authorization to make a decision when reviewing the application for permanent residence submitted by the applicant.

[14] The order of O'Keefe J. is clear in stating that the visa officer should take the work experience in question into account. Watson did not follow the directions set out in the order. This is evidenced by remarks in his CAIPS

sujet de la présente demande doit lui être opposable. Watson a délibérément désobéi à l'ordonnance du juge O'Keefe en ne tenant pas compte de l'expérience qu'avait accumulée le demandeur avant d'obtenir son diplôme. Il s'est ainsi rendu directement coupable d'un outrage au tribunal dont il devrait être tenu directement responsable.

b) Outrage au tribunal

[11] L'alinéa 466b) des Règles dispose qu'est coupable d'outrage au tribunal quiconque désobéit à une ordonnance de la Cour:

466. Sous réserve de la règle 467, est coupable d'outrage au tribunal quiconque:

[. . .]

b) désobéit à un moyen de contrainte ou à une ordonnance de la Cour;

[12] Pour obtenir une ordonnance de justification, le requérant doit établir hors de tout doute raisonnable les trois éléments suivants: une connaissance personnelle réelle de l'ordonnance du tribunal, le fait que la personne accusée d'outrage au tribunal est l'auteur principal de cet outrage soit parce qu'elle l'a commis elle-même, soit parce qu'elle en a expressément ou implicitement autorisé la perpétration, et le degré exigé de *mens rea*. Dans le cas d'un outrage civil, comme celui qui nous intéresse en l'espèce, il n'est pas nécessaire de faire la preuve de l'élément de la *mens rea*.

[13] Le demandeur soutient que la preuve des deux autres éléments a été faite. Il ressort des notes du Système informatisé de traitement des cas d'immigration (SITCI) prises par Watson qu'il était effectivement au courant de l'ordonnance du juge O'Keefe. Il ressort également de ses notes qu'il était conscient du fait que l'ordonnance exigeait que l'agent tienne compte de la totalité de l'expérience de travail du demandeur, y compris de celle qu'il avait accumulée avant l'obtention de son diplôme. De plus, Watson était l'auteur principal, c'est-à-dire la personne qui était expressément autorisée à prendre une décision sur la demande de résidence permanente soumise par le demandeur.

[14] Dans son ordonnance, le juge O'Keefe précise bien que l'agent des visas doit tenir compte de l'expérience de travail. Or, Watson n'a pas suivi les directives formulées dans l'ordonnance, comme en font

notes and in the letter of refusal sent to the applicant. In ignoring the evidence of the work experience of the applicant prior to the completion of his diploma, Watson was in contempt of a court order.

Respondent

(a) Joinder of a Party

[15] Watson should not be brought as a party to the present proceeding because the decision under this matter (IMM-4393-00) was by visa officer N. M. Egan on August 9, 2000. The judicial review application in IMM-4393-00 was decided and finally concluded when O'Keefe J. issued his reasons for order and order on August 31, 2001.

[16] The applicant filed his notice of application in IMM-2478-02 on May 29, 2002. The decision under review in that matter was precisely the same one referred in paragraph 3 of this motion purportedly under IMM-4493-00: the April 26, 2002 decision of Watson.

[17] The grounds of the applicant's application in IMM-2478-02 and IMM-4493-00 are identical except for the allegation that Watson should be held in contempt of Court.

[18] Since on July 15, 2002, the applicant filed a notice of discontinuance of his application in IMM-2478-02, the notice of the present motion (November 29, 2002) in IMM-4493-00 should be barred on the principles of *res judicata* and abuse of process.

[19] On *res judicata*, the respondent cites *Yamani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 1162; [2002] F.C.J. No. 1550 (T.D.) (QL), at paragraph 20, in which Kelen J. noted the principles of estoppel summarized in *Apotex Inc. v. Merck and Co.* (2002), 214 D.L.R. (4th) 429 (F.C.A.), at paragraphs 24 and 25.

foi les observations qu'il a formulées dans ses notes SITCI et dans la lettre de refus qu'il a envoyée au demandeur. En ne tenant pas compte des éléments de preuve relatifs à l'expérience de travail que le demandeur avait acquise avant d'obtenir son diplôme, Watson a désobéi à une ordonnance de la Cour.

Le défendeur

a) Constitution d'une personne comme partie à l'instance

[15] Watson ne devrait pas être constitué partie à la présente instance parce que la décision visée par la présente affaire (IMM-4393-00) a été rendue par l'agent des visas N. M. Egan le 9 août 2000. Or, la demande de contrôle judiciaire déposée dans le dossier IMM-4393-00 a été tranchée de façon définitive lorsque le juge O'Keefe a rendu son ordonnance motivée le 31 août 2001.

[16] Le demandeur a déposé son avis de demande dans le dossier IMM-2478-02 le 29 mai 2002. La décision à l'examen en l'espèce est précisément celle dont il est question au paragraphe 3 de la présente requête qui est censée porter le numéro de dossier IMM-4493-00, c'est-à-dire la décision rendue le 26 avril 2002 par l'agent Watson.

[17] Les moyens invoqués par le demandeur au soutien de la demande qu'il a présentée dans les dossiers IMM-2478-02 et IMM-4493-00 sont identiques à l'exception de l'allégation que Watson devrait être reconnu coupable d'outrage au tribunal.

[18] Étant donné que le demandeur a, le 15 juillet 2002, déposé un avis de désistement en ce qui concerne la demande qu'il avait présentée dans le dossier IMM-2478-02, l'avis de requête qu'il a déposé le 29 novembre 2002 dans le dossier IMM-4493-00 devrait être déclaré irrecevable suivant le principe de l'autorité de la chose jugée et les principes régissant l'abus de procédure.

[19] Sur le principe de l'autorité de la chose jugée, le défendeur cite le jugement *Yamani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 1162; [2002] A.C.F. n° 1550 (1^{re} inst.) (QL), où, au paragraphe 20, le juge Kelen rappelle les principes de l'irrecevabilité résumés dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Merck and Co.* (2002), 214 D.L.R. (4th) 429 (C.A.F.), aux paragraphes 24 et 25.

[20] Even if the CAIPS notes are not properly before this Court, Watson did assess or take into account the applicant's work experience before the applicant obtained his degree. He assessed that experience by deciding not to award any points for it.

[21] The only order issued by O'Keefe, J. was to refer the matter back for redetermination by a different visa officer.

[22] The Minister complied with this order by referring the matter to Watson and the latter complied with the order by reassessing the remaining work experience of the applicant.

[23] Both parties are asking for costs on this motion.

ANALYSIS

Joinder of a Party

[24] The Minister is a proper party to proceedings in which an applicant challenges a decision made in the name of the Minister by one of his agents. Immigration officers authorized to perform the functions for which discretion is given to them under the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, do so in the name of the Minister.

[25] The test for necessity of joinder of a party expressed in *Stevens, supra*, is not applicable in the instant case in respect of Watson. It is the usual practice in actions against the Minister to have the decision maker file an affidavit on behalf of the Minister, and to be available for cross-examination by the applicant on that affidavit. This is a case, where Watson can participate as an affiant on behalf of the Minister should the applicant seek judicial review. It is not a case in which Watson must be added as a party in order to have the issues "effectually and completely" settled.

b) Outrage au tribunal

[20] Même si les notes SITCI n'ont pas été régulièrement soumises à notre Cour, il n'en demeure pas moins que Watson a effectivement tenu compte de l'expérience que le demandeur avait acquise avant d'obtenir son diplôme. Il a évalué cette expérience en décidant de ne pas attribuer de points à cet égard.

[21] La seule mesure qu'a ordonnée le juge O'Keefe a été de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'elle soit réexaminée par un autre agent des visas.

[22] Le ministre s'est conformé à cette ordonnance en renvoyant l'affaire à l'agent Watson, qui s'est plié à l'ordonnance en réévaluant les autres antécédents professionnels du demandeur.

[23] Les deux parties réclament les dépens de la présente requête.

ANALYSE

Constitution d'une personne comme partie à l'instance

[24] Le ministre est une partie régulièrement constituée à toute instance dans laquelle un demandeur conteste une décision prise au nom du ministre par l'un de ses représentants. Les fonctionnaires de l'immigration qui sont autorisés à exercer des fonctions pour lesquelles la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, leur confère des pouvoirs discrétionnaires, agissent au nom du ministre.

[25] Le critère qui a été posé dans l'arrêt *Stevens*, précité, pour décider s'il est nécessaire de constituer une personne partie à l'instance ne s'applique pas en l'espèce à Watson. La pratique courante dans les actions intentées contre le ministre consiste à demander à l'auteur de la décision contestée de souscrire un affidavit au nom du ministre et de se rendre disponible en vue d'être contre-interrogé par le demandeur au sujet de cet affidavit. Il s'agit en l'espèce d'un cas dans lequel Watson peut participer à titre d'auteur d'un affidavit pour le compte du ministre si le demandeur présente une demande de contrôle judiciaire. Il ne s'agit pas d'un cas dans lequel il est nécessaire de constituer Watson partie à l'instance «pour assurer une instruction complète et le règlement» des questions en litige.

[26] It is also not appropriate to add Watson as a party in order to render him personally bound by the determination of this Court. The relief sought by the applicant, and the relief granted by the order of O'Keefe J., was against the Minister. It is only the Minister who is bound by such an order. The Minister carries out what such orders require him to do, such as have applications redetermined through his representatives.

[27] Watson is only one such representative. If his decision is challenged by way of judicial review, and the Court orders that his decision be set aside and sent back for redetermination, the Minister will be bound to have another of his agents review the case. Watson would have no role to play in that decision. Accordingly, the motion for an order joining Watson as a party to these proceedings must be dismissed.

Contempt of Court

[28] A useful and widely cited decision with respect to contempt proceedings is the judgment of this Court in *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 3 (T.D.). In that case, a contempt order was sought against the Minister for disobeying an order to produce a file pursuant to an order of *mandamus*.

[29] In his decision, Strayer J. (as he then was) made the following observation [at page 16]:

I accept that in contempt proceedings one must construe strictly the order allegedly violated since a finding of guilt or innocence is involved.

[30] Under the heading "Order" in the decision of O'Keefe J., the order appears in this fashion:

The application for judicial review is allowed and the matter is referred to a different visa officer for reconsideration.

[31] The decision of O'Keefe J. points to the error which he considered reviewable and which provides

[26] Il ne convient pas non plus de constituer Watson partie à l'instance pour lui rendre le jugement de la Cour personnellement opposable. La réparation réclamée par le demandeur, et la réparation que le juge O'Keefe lui a accordée dans son ordonnance, visaient le ministre. Seul le ministre est lié par cette ordonnance. Le ministre fait ce que l'ordonnance lui enjoint de faire, notamment en procédant au réexamen d'une demande par le biais de ses représentants.

[27] Watson n'est qu'un de ces représentants. Si sa décision est contestée au moyen d'une demande de contrôle judiciaire et que la Cour ordonne que sa décision soit renvoyée au ministre pour qu'il rende une nouvelle décision, le ministre devra faire réviser l'affaire par un autre de ses représentants. Watson n'aura aucun rôle à jouer dans cette décision. En conséquence, la requête en ordonnance constituant Watson partie à une telle instance doit être rejetée.

Outrage au tribunal

[28] Une décision utile souvent citée en matière d'outrage au tribunal est le jugement que notre Cour a rendu dans l'affaire *Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 3 (1^{re} inst.). Dans cette affaire, le demandeur cherchait à faire condamner le ministre pour outrage au tribunal pour avoir désobéi à une ordonnance lui enjoignant de produire un document en exécution d'un bref de *mandamus*.

[29] Dans sa décision, le juge Strayer (maintenant juge à la Cour d'appel), a fait l'observation suivante [à la page 16]:

Je reconnais que dans le cadre de la procédure d'outrage au tribunal il faut interpréter strictement l'ordonnance qui a présumément été enfreinte, puisqu'une question de culpabilité ou d'innocence est en jeu.

[30] Sous la rubrique «ordonnance», la décision du juge O'Keefe est libellée comme suit:

La demande de contrôle judiciaire est accueillie, et l'affaire est renvoyée au ministre pour réexamen par un autre agent des visas.

[31] Dans sa décision, le juge O'Keefe a signalé l'erreur qui, selon lui, justifiait l'intervention de la Cour

reasoning for his order, but his order does not explicitly require the Minister to consider all of the applicant's work experience. The only effect of the order is that the decision of the first visa officer is set aside and is of no legal effect. The only obligation to the Minister was that he had to refer the matter to a different visa officer for reconsideration. The Minister complied with this direction by sending the file to Watson. Therefore, no contempt can be found as this order was not disobeyed.

[32] Furthermore, the order clearly cannot be enforced against Watson in his personal capacity. He was aware that the order had been made. However, as discussed above, the only effect of the order was to set aside the previous decision, albeit with an explanation as to why it was being set aside, and to direct the Minister to have the file reconsidered by a different officer.

[33] Watson, being aware of the order, is presumed to know the effect of the order. He did in fact assess the work experience of the applicant as can be noted in the CAIPS notes (applicant's motion record, page 16):

I AM STILL NOT SATISFIED THAT APPLICANT HAS 1 YR EXP AS A COMPUTER PROGRAMMER. HIS CLAIMED EXP IN THE UKRAINE IS BEFORE HE OBTAINED HIS DEGREE WHICH WOULD HVE [*sic*] QUALIFIED HIM FOR THE OCCUPATION: IT DOES NOT APPEAR THAT HE HAS BEEN ABLE TO OBTAIN ANY EMPLOYMENT AS A COMP PROGRAMMER SINCE LEAVING THE UKRAINE. LOGICALLY IF HE WAS QUALIFIED AS A COMPUTER PROGRAMMER HE WOULD HAVE OBTAINED SUCH EMPLOYMENT IN CANADA. I CANNOT AWARD HIM ANY POINTS FOR EXP AS A COMP PROGRAMMER AND THE OCCUPATION OF HEAVY EQUIP OPERATOR FOR WHICH HE MAY HAVE EXP IS NOT IN DEMAND. I THEREFORE [*sic*] REFUSE THIS APPLICATION.

et sur laquelle était axée les motifs exposés au soutien de son ordonnance, mais il n'a pas explicitement enjoint au ministre de tenir compte de la totalité de l'expérience de travail du demandeur. Le seul effet de l'ordonnance était de déclarer la décision du premier agent des visas nulle et non avenue. La seule obligation imposée au ministre était de renvoyer l'affaire à un autre agent des visas pour qu'il la réexamine. Or, le ministre s'est conformé à cette directive en confiant le dossier à Watson. En conséquence, la Cour ne peut le déclarer coupable d'outrage au tribunal puisqu'il n'y a pas eu de refus d'obtempérer à cette ordonnance.

[32] Qui plus est, l'ordonnance n'est de toute évidence pas opposable à Watson à titre personnel. Il était au courant que l'ordonnance avait été rendue. Toutefois, comme nous l'avons déjà expliqué, le seul effet de l'ordonnance était d'annuler la décision antérieure—avec cependant des explications sur les raisons pour lesquelles elle était annulée—et d'ordonner au ministre de confier le réexamen du dossier à un autre agent des visas.

[33] Comme il était au courant de l'ordonnance, Watson est présumé en connaître l'effet. Il a effectivement évalué l'expérience de travail du demandeur, comme on peut le constater à la lecture des notes SITCI (dossier de la requête du demandeur, à la page 16):

[TRADUCTION]

JE NE SUIS TOUJOURS PAS CONVAINCU QUE LE REQUÉRANT POSSÈDE UN AN D'EXPÉRIENCE COMME PROGRAMMEUR INFORMATIQUE. L'EXPÉRIENCE QU'IL PRÉTEND AVOIR ACQUISE EN UKRAINE A ÉTÉ ACQUISE AVANT L'OBTENTION DE SON DIPLÔME, CE QUI LUI AURAIT PERMIS DE REMPLIR LES QUALITÉS REQUISES POUR EXERCER CETTE PROFESSION. IL NE SEMBLE PAS QU'IL AIT ÉTÉ EN MESURE D'OBTENIR UN EMPLOI COMME PROGRAMMEUR INFORMATIQUE DEPUIS QU'IL A QUITTÉ L'UKRAINE. LOGIQUEMENT, S'IL AVAIT SATISFAIT AUX EXIGENCES D'UN POSTE DE PROGRAMMEUR INFORMATIQUE, IL AURAIT OBTENU DU TRAVAIL DANS CE DOMAINE AU CANADA. JE NE PUIS LUI ATTRIBUER AUCUN POINT POUR L'EXPÉRIENCE COMME PROGRAMMEUR INFORMATIQUE ET IL N'Y A PAS DE DEMANDE POUR LE MÉTIER DE CONDUCTEUR D'ÉQUIPEMENT LOURD DANS LEQUEL IL POSSÈDE PEUT-ÊTRE DE L'EXPÉRIENCE. JE REFUSE DONC LA PRÉSENTE DEMANDE.

[34] The most serious consequence that Watson may have faced as a result of repeating the error impugned in the first decision, had the Court rendered judgment on a subsequent judicial review, is that he would have seen the fruits of his efforts invalidated by a court. In the event, the judicial review application was discontinued.

[35] Since Watson is not personally named in the order and was not served with a copy of it, he is not liable by virtue of that order.

Costs

[36] I consider very serious a motion to obtain contempt orders; such orders are quasi-criminal in nature and should only be granted in the clearest of circumstances (*Telus Mobility v. Telecommunications Workers Union*, 2002 FCT 1268; [2002] F.C.J. No. 1744 (T.D.) (QL)). Accordingly, an award of \$750 shall be paid by the applicant to the respondent under subparagraph 400(3)(k)(i) of the Rules:

400. (1) The Court shall have full discretionary power over the amount in allocation of costs and the determination of by whom they are to be paid.

...

(3) In exercising its discretion under subsection (1), the Court may consider

...

(k) whether any step in the proceeding was

(i) improper, vexatious or unnecessary; [Emphasis added.]

[37] This motion is dismissed. The applicant shall pay to the respondent a sum of \$750 for costs.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. This motion is dismissed.
2. The applicant shall pay to the respondent a sum of \$750 for costs.

[34] La conséquence la plus sérieuse à laquelle pouvait s'exposer Watson en répétant l'erreur reprochée à l'agent qui avait rendu la première décision, si la Cour avait rendu jugement sur une autre demande de contrôle judiciaire, était de voir un tribunal annihiler le fruit de ses efforts. De toute façon, le demandeur s'est désisté de sa demande de contrôle judiciaire.

[35] Comme Watson n'est pas nommément désigné dans l'ordonnance et qu'il n'a pas reçu signification d'une copie de cette ordonnance, il n'est pas responsable aux termes de cette ordonnance.

Dépens

[36] Je considère comme très sérieuse une requête visant à obtenir une condamnation pour outrage au tribunal. Ces ordonnances sont de nature quasi pénale et elles ne devraient être prononcées que dans les cas les plus évidents (*Telus Mobility c. Syndicat des travailleurs en télécommunications*, 2002 CFPI 1268; [2002] A.C.F. n° 1744 (1^{re} inst.) (QL)). Le demandeur est par conséquent condamné à payer la somme de 750 \$ au défendeur en vertu du sous-alinéa 400(3)k(i) des Règles:

400. (1) La cour a entière discrétion pour déterminer le montant des dépens, les répartir et désigner les personnes qui doivent payer.

[. . .]

(3) Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en application du paragraphe (1), la Cour peut tenir compte de l'un ou l'autre des facteurs suivants:

[. . .]

k) la question de savoir si une mesure prise au cours de l'instance, selon le cas:

(i) était inappropriée, vexatoire ou inutile, [Je souligne.]

[37] La présente requête est rejetée. Le demandeur est condamné à payer au défendeur la somme de 750 \$ à titre de dépens.

ORDONNANCE

LA COUR:

1. Rejette la présente requête;
2. Condamne le demandeur à payer au défendeur la somme de 750 \$ à titre de dépens.

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 accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Judicial review of interim decision of Independent Reviewer appointed under staffing program of Canada Customs and Revenue Agency (CCRA)—Issue whether Reviewer misconstrued jurisdiction and breached principles of natural justice in refusing to order disclosure of certain documents—CCRA staffing procedure comprising three stages: review against prerequisites for position, assessment against qualifications, and placement—Applicants successfully reaching stage two—Employer staffing five positions, deciding to apply two of three placement criteria: driver's licence and degree of qualification—Employer measuring "degree of qualification" by score on examination during assessment stage—Applicants not selected for placement—Applicants seeking independent third party review—Reviewer holding jurisdiction limited to review of placement stage and not authorized to review assessment against qualifications stage—Reviewer holding assessment documents not relevant to review and therefore could not order their disclosure—In fact selection for placement on basis of assessment stage creating linkage between two stages—Reviewer erring—Recourse to assessment results required to provide meaningful recourse at placement level—In determining whether applicants treated in arbitrary manner, relevant to consider whether standards consistently applied—Inconsistent application of assessment criteria would result in arbitrary decision—Procedural fairness requiring that participants have meaningful opportunity to present cases fully and fairly—Full and fair presentation requiring access to assessment scores of each candidate—By finding such documents not relevant, Reviewer precluding consideration of whether standards consistently applied, depriving applicants of access to effective recourse—Application allowed.

SARGEANT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-1362-01, 2002 FCT 1043, Dawson J., order dated 4/10/02, 16 pp.)

CHARITIES

Appeal from Minister's decision refusing to register appellant as charitable foundation—Corporate object of

CHARITIES—Concluded

appellant to promote preservation and enhancement of environment for human life and well-being on Earth—Appellant intended to donate net proceeds from lottery operations to number of environmental charities, some to international organizations—Lotteries prohibited in Canada unless permitted under Criminal Code, s. 207—Lieutenant Governor in Council of Prince Edward Island granted lottery licence to appellant—Appeal Division of Prince Edward Island determined Lieutenant Governor did not have authority to grant a lottery licence to appellant—No organization will be recognized as charitable in law if performing illegal activities—As long as decision of Appeal Division remains in force, appellant cannot carry on proposed lottery operation without breaching gaming provisions of Criminal Code—Regarding review of Minister's decision, two issues at stake—First, whether appellant's corporate object too broad—As a matter of law, appellant not entitled to registration as charity unless all of appellant's corporate objects and activities exclusively charitable—Pursuant to Income Tax Act, s. 149.1(1) definition of "charitable foundation" requiring charitable foundation to be constituted and operated exclusively for charitable purposes—Corporate object upon which appellant specifically relies too broad to permit conclusion that appellant's proposed activities exclusively charitable—Therefore, impossible to conclude appellant constituted exclusively for charitable purposes—Second, whether appellant disqualified as charitable foundation because lottery operation business sole activity operated by appellant—Appellant in exactly same position as any commercial enterprise committing itself to apply profits to charitable causes—Such commitment not derogating from commercial nature of activity generating profits—Accordingly, Minister justified in concluding appellant's proposed lottery operation would be business of appellant not considered as related business, thus would not qualify as a charitable activity—Appeal dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 149.1(1) "charitable foundation"—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 52, s. 3).

EARTH FUND V. M.N.R. (A-260-01, 2002 FCA 498, Sharlow J.A., judgment dated 16/12/02, 14 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division (Board) decision applicants not Convention refugees—Whether applicants suffered breach of procedural fairness as consequence of Board's denial of requests for adjournment to allow applicants to be represented by counsel at Convention refugee determination hearing—Board has right to control own procedures—However, not absolute right to exclusion of applicants' right to retain counsel and to make full and fair representation during proceedings—In *Siloch v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 151 N.R. 76, Federal Court of Appeal set forth number of factors to be considered by administrative tribunal in responding to request for postponement—In present case, Board limiting attention to only one relevant factor instead of considering every relevant factor—No evidence related to Board giving any consideration to other factor—Omission constituting error in circumstances of present case; breach of procedural fairness in relation to applicants—Application allowed.

DIAS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2593-01, 2003 FCT 84, Heneghan J., order dated 27/1/03, 6 pp.)

Judicial review of exclusion order against applicant by immigration officer at Halifax, Nova Scotia—Whether applicant improperly denied access to legal counsel to deal with interviews and to prepare for detention hearing—Applicant's right to counsel arose from moment ordered detained at regional correctional centre—Immigration officer arranging detention had responsibility under Immigration Act, s. 103.1(14) to provide advice about and to facilitate access to counsel—Omission by immigration officer error in law—Failure to facilitate access to counsel in circumstances violation right to counsel upon detention assured to everyone in Canada—Exclusion order should be set aside because of failure of officers concerned to facilitate access to counsel for applicant—Court directed reconsideration of applicant's circumstances by different immigration officer—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 103.1(14) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 12).

DRAGOSIN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5261-01, 2003 FCT 81, MacKay J., order dated 27/1/03, 8 pp.)

Judicial review of Convention and Refugee Determination Division of Immigration and Refugee Board (CRDD) decision applicant not Convention Refugee—Applicant claiming well-founded fear of persecution on basis of Kurdish ethnicity, membership in particular social group and political opinion—CRDD accepted applicant's Kurdish identity and found

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

applicant to be credible, but concluded applicant would only face discrimination in Turkey, and not persecution—CRDD found applicant had not established objective basis on which to fear persecution at hands of police—Main issue arising because of conflict regarding whether decision rendered November 7, 2001 or November 22, 2001—Requirements for rendering decision provided in Immigration Act, s. 69.1(9)—Objective of s. 69.1(9) to have decision rendered as soon as possible, thus making efficiency requirement—Until Convention refugee determination signed, decision not rendered in accordance with law—In present case, CRDD panel members made determination and dictated reasons on November 7, 2001, however, members did not sign anything until November 22, 2001—Word “renders” including notion of formality and delivery, or transmission—Decision meant to be communicated to interested parties and then binding decision-maker—Therefore, CRDD rendered decision on November 22, 2001—Applicant submitted post-hearing documentation—Whether CRDD committed reviewable error of law in failing to consider applicant's post-hearing submissions and new documentation—Case law established if CRDD members look at post-hearing submissions, panel members should have so mentioned in written decision—Requirement for CRDD to mention receipt of new material and refer to it in reasons—Even if CRDD panel members still under obligation to consider further evidence, new evidence filed by applicant not adding anything new to documents already provided—Finding of CRDD on fear of persecution must be considered in light of definition of persecution enunciated by Court—Persecution affliction of repeated acts of cruelty or particular course or period of systemic infliction of punishment; mere harassment not sufficient—CRDD's finding clearly reasonable in light of documentary evidence and oral testimony submitted—Application for judicial review dismissed—Question certified: When after completion of hearing, Board determines that claimant not Convention refugee, and provides its reasons orally in chambers, later reduced to writing and sent, along with written notice of decision to claimant, has Board complied with Immigration Act, s. 69.1(9), (11)(a) and, is decision final as of date it is rendered in chambers?—Immigration Act, R.S.C., 1985 c. I-2, s. 69.1(9) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60), (11)(a) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60).

AVCI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5795-01, 2002 FCT 1274, Noël J., order dated 9/12/02, 15 pp.)

Judicial review of Immigration Appeal Division (IAD) of Immigration and Refugee Board (IRB) decision denying applicant's motion to reopen appeal—Effect of decision to permit respondent to deport applicant to Grenada—Whether

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

IAD failed to exercise jurisdiction properly by failing to consider relevant evidence in deciding whether or not to reopen appeal—Applicant has extensive criminal record in Canada including offences for theft, robbery, break and enter, possession of narcotics—On March 6, 2000, notice to appear (notice) sent by IAD to applicant—Notice commanded applicant to attend at IAD in order to set date for appeal—Applicant failed to report to IAD—Consequently IAD declared appeal abandoned—On November 16, 2001, applicant served and filed motion seeking order reopening appeal—Motion dismissed by IAD on December 7, 2001—Factors to consider in deciding application to reopen appeal set out in *Plummer v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 26 Imm. L.R. (2d) 58 (I.A.D.); *Watson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] I.A.D.D. No. 1271 (QL)—IAD should consider (i) whether applicant knew date of hearing; (ii) whether applicant knew consequences of deportation order; (iii) whether applicant had valid reason for not attending hearing; (iv) whether applicant acted quickly and with due dispatch in seeking to reopen appeal; and (v) whether applicant had been denied natural justice or fairness in dealings with IRB or IAD—Applicant denied having received notice—To impose on IAD duty to effect personal service on every claimant appearing before IAD simply to prevent claimant from denying reception of notice would be impractical—IAD cannot therefore be faulted for method of service—Applicant clearly knew consequences of deportation order—Affidavit filed by applicant in support of motion to reopen appeal clearly establishing applicant fully aware of effects of deportation order—Applicant admitted not attending hearing because in state of confusion due to drug addiction—Explanation understandably garnered no sympathy from Court—In present case, applicant unable to satisfy member of IAD regarding valid reason for not attending hearing—Clear applicant did not act quickly, with due dispatch in seeking to reopen appeal—Appeal declared abandoned on April 14, 2000—Applicant did not take steps to challenge decision until June 2001—Applicant unable to justify delay in responding to declaration regarding abandonment of claim—Analysis of granting of application to reopen therefore fails on element of test set out in *Plummer*—As to procedural fairness, applicant did not fully enjoy procedural fairness due entirely to circumstances within applicant's control—Regarding failure to consider subsequent circumstances (wedding, birth of child), these two new elements were before panel prior to December 2001 decision—Court cannot conclude panel ignored evidence—Even though evidence not mentioned, not fatal to panel's decision—Application dismissed.

WILLIAMS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5847-01, 2002 FCT 1306, Beaudry J., order dated 23/12/02, 12 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Judicial review of Refugee Division of Immigration and Refugee Board (Board) decision—Artem Ivachtchenko, young Russian male, arrived in Canada in October 2000 on six-month visa to visit aunt; three months later, on January 10, 2001, made refugee claim—Applicant denied refugee recognition by decision of Board—On grounds of being Jewish, applicant claimed well-founded fear of persecution at hands of a Russian nationalist organization, Russian National Unity—To meet burden, applicant must establish well-founded fear of persecution—In terms of applicant's past persecution, Board erred in law by misreading or ignoring evidence—As second ground, applicant advanced call-up for compulsory military service and testified regarding fear of persecution—Compulsory military service not considered as persecutory and aversion to military service or fear of combat not sufficient ground to support well-founded fear of persecution—Applicant not against doing military service—Applicant's fears rooted to two concerns—First in regard to anti-Semitism and second related to human rights abuses committed by army against civilians in Chechnya—Both concerns could form basis for well-founded fear of persecution—Problem related to Board's failure to consider both aspects of applicant's concerns—Therefore, Board's decision quashed, applicant's refugee claim remitted for consideration by differently constituted panel—Judicial review application allowed.

IVACHTCHENKO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4964-01, 2002 FCT 1291, Lemieux J., order dated 12/12/02, 9 pp.)

Judicial review of Refugee Division of Immigration and Refugee Board (Board) decision—Board declared applicant not Convention refugee—Applicant citizen of Ukraine—Claiming well-founded fear of persecution based on membership in particular social group of battered women and alleging fear of persecution related to Roma ethnicity—Whether Board's finding applicant not credible based on patently unreasonable finding—Board found applicant did not provide credible or trustworthy evidence in support of claim—First, applicant submitted Board erred by failing to analyze risk of persecution faced by applicant due to Roma ethnicity—To establish well-founded fear of persecution, claimant must show both subjective, objective fear—Court satisfied applicant failed to establish subjective fear of persecution due to Roma ethnicity even though applicant established evidence of objective fear—Accordingly, Board did not err in finding applicant not credible in regard to subjective fear of persecution—Second, applicant submitted Board erred by failing to have regard to documentary evidence consisting of one hospital certificate and one police certificate—Board's dismissal of police certificate and hospital certificate patently

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

unreasonable—Court considering documents authentic since Board did not question authenticity—Patently unreasonable for Board to dismiss evidence as certificates specifying injuries due to beating by applicant's husband—Patently unreasonable for Board to dismiss police and hospital certificate because both constitute credible objective evidence corroborating applicant's testimony—Board also made adverse finding of credibility due to delay by applicant in making refugee claim—Court has recognized refugee claims based on spousal abuse often delayed due to nature of spousal abuse—Court found delay in making refugee claim not adequate basis for rejecting applicant's credibility with respect to spousal abuse—Application for judicial review allowed and matter referred to another panel of Board for redetermination.

IGNATOVA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5771-01, 2002 FCT 1287, Kelen J., order dated 11/12/02, 7 pp.)

Judicial review of Convention Refugee Determination Division of Immigration and Refugee Board's (CRDD) decision applicant had committed crimes against humanity and thus excluded pursuant to Immigration Act, s. 2(1)—On May 6, 2000, applicant arrived in Canada, and on May 19, 2000, applicant made claim for Convention refugee status—On March 15, 2002, CRDD found applicant had committed crimes against humanity and did not deserve refugee protection—Whether Court should disregard Mayor's letter and several paragraphs in applicant's affidavit—Court reviewed tribunal record and found Mayor's letter before CRDD and applicant's affidavit contained new information not before CRDD and therefore, new information not considered as part of present application—Whether CRDD erred in law in finding applicant had knowledge of harm caused by his activities so as to meet test of serious reasons considering applicant had participated or been complicit in crimes against humanity—In particular, whether applicant complicit in crimes against humanity—In *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.), Court stated complicity rests on existence of shared common purpose and knowledge of parties in question may have of common purpose in question—Thus, CRDD required to consider legal issue of common purpose in order to make finding regarding complicity by applicant—Court concluded CRDD, in decision, did not consider question of common purpose—As a result, CRDD committed error of law and application for judicial review must be allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

ALWAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1582-02, 2003 FCT 109, O'Keefe J., order dated 31/1/03, 10 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division decision—Applicant citizen of Iran, converting to Christianity in 1995—Panel finding applicant's testimony implausible—Panel erring in law in finding "no credible basis" to applicant's claim, since not considering documentary evidence showing apostasy a serious crime in Iran that may be punishable by death—Panel mistaken in considering degree of commitment to Christianity rather than fact of conversion and consequent fear of persecution by authorities—Documentary evidence consistent with applicant's testimony—Panel must indicate what effect evidence has on claim—Panel obliged to consider independent credible evidence connecting claimant to harm feared before making finding of "no credible basis"—Independent evidence should have been expressly assessed in reasons of panel—Panel making decision without regard to material before it—Application allowed.

SADEGHI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1670-02, 2002 FCT 1083, Roulcau J., order dated 17/10/02, 12 pp.)

Permanent Residents

Judicial review of visa officer's determination applicant not accumulating enough units of assessment to warrant interview pursuant to Immigration Regulations, 1978, s. 11.1(a)(i) and Immigration Act (1985), s. 9(4) and denial of applicant's application for permanent residence—Whether visa officer should have exercised discretion under Immigration Regulations, 1978, s. 11(3)—Applicant, citizen of Malaysia, applied for permanent residence under independent category of Technical Sales Specialist—Applicant employed by Affordable Auto Parts Ltd.—Visa officer finding applicant not possessing permanent job validation by HRDC and occupation not designated—Visa officer having discretion under Immigration Regulations, 1978, s. 11(3) to grant or deny visa to person not meeting requirements under Act or Regulations if good reasons shown—*Lam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 316 (F.C.T.D.) holding if applicant wishes visa officer to exercise discretion, some form of application required—Application can be express or implied—Consultant's assessment not constituting application—Absent visa officer's bad faith, consultant's assessment not reason to overturn decision—Visa officer's assessment not unreasonable—Visa officer not fettering discretion, acting in bad faith, committing error of law—Application for judicial review dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 9(4) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-122, ss. 11(3), 11.1(a)(i) (as enacted by SOR/92-133, s. 3).

WONG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5814-01, 2002 FCT 1093, Martineau J., order dated 18/10/02, 8 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**CUSTOMS TARIFF**

For past nine years, applicant has contested decision terminating remission of customs duties granted under Machinery Program of Customs Tariff (Act)—Last year, MNR essentially confirmed decision—Present application challenging confirmation of decision by MNR—Applicant manufacturing, exporting CA 301D vibratory compactor—Relevant decision for purposes of present application contained in MNR's letter of May 1, 2001—Applicant initially granted relief for term of 1990-1995, but in November 1993, pursuant to Act, s. 76(3), remission terminated—Termination based on evidence of production capacity of Canadian firm BNR subsequently acquired by firm Champion—Whether Act, s. 75(3) requiring production in Canada by Champion of vibratory compactor reasonably equivalent to CA 301D in order for Minister to form opinion that reasonably equivalent vibratory compactor available in Canada—Regarding correct interpretation of Act, s. 76(3), evidence must be available on two criteria in s. 75(3) in order to make substantiated argument as to existence of production capacity—MNR required to have regard to evidence and arguments, including any expert evidence available, in forming opinion under s. 76(1) or (3)—Reasonably equivalent machine need not be produced and available in order for opinion to be formed under s. 76(3)—S. 75(3) indicating eligibility of products for duty remission must be determined in conformity with specified statutory criteria and decision to remit duties left to discretion of MNR—Opinions coined “not available from production in Canada” and “has become available from production in Canada” in s. 76(1) and (3) respectively not based on whether or not equivalent produced or available for sale, simply policy opinions based on knowledge of production potential—Applying “reasonableness” standard, question is whether sufficient evidence to substantiate reasonable argument and opinion with respect to criteria in s. 75(3)—S. 76(4) imposing evidentiary standard on applicant attempting to obtain favourable remission from MNR—S. 76(4) is statement of requirement on applicant for remission to produce sufficient evidence to reach reasonable opinion—In present case, Court found ample evidence upon which MNR could come to reasonable opinion—Court found MNR relied on sufficient evidence to come to reasonable opinion—Application dismissed—Customs Tariff, R.S.C., 1985 (3rd supp.), c. 41, ss. 74(1), 75, 76(1).

SVEDALA INDUSTRIES CANADA INC. v. M.N.R. (T-949-01, 2002 FCT 1314, Campbell J., order dated 20/12/02, 13 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of Umpire's reversal of Board of Referees' decision (Board)—Board dismissed appeal by respondent

EMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

against determination by Canada Employment Insurance Commission (Commission) that respondent overpaid \$826 in benefits for certain period—Respondent employed by Peel Board of Education (Peel) as supply teacher—Terms of respondent's employment governed by collective agreement between Peel and branch of Ontario Secondary School Teacher's Federation (OSSTF)—October 27 to November 7, 1997, OSSTF withdrew services of members as protest against education legislation, Bill 160, then before Ontario Legislature—Peel informed workers not condoning illegal work stoppage by teachers—During protest, classes cancelled, no work available for respondent—Interruption of employment would have entitled respondent to employment insurance benefits, but for Commission's reliance on “labour dispute” provision in Employment Insurance Act—Umpire concluding dispute not “labour dispute” as defined in Employment Insurance Act, ss. 2(1), 36(1), as not dispute between employers and employees, or employees and employees, but as intending political pressure on provincial government—Umpire holding Board erred in law in failing to consider issue—Umpire making no reviewable error—Whether work stoppage attributable to labour dispute, as defined in Employment Insurance Act, question of mixed fact and law—Federal Court standard of review of Umpire's decision unreasonableness—Umpire's standard of review of Board's application of law to facts correctness—Application for judicial review dismissed—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 2(1), 36(1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. STILLO (A-651-01, 2002 FCA 346, Evans J.A., judgment dated 25/9/02, 5 pp.)

FOREIGN TRADE

Judicial review of Minister of Foreign Affairs and International Trade's decision fixing applicant's quota for export of peanut butter, for 2001 quota year, at 454,652 kilograms—In 1999, based upon a revised allocation formula, applicant's quota allocation reduced by 450,000 kilograms to 345,726 kilograms—Reduction of applicant's quota corresponded exactly to amount of quota transferred to other producers in 1998—Minister operating peanut butter export quota program for exports to United States under authority of Export and Import Permits Act, s. 7—Under s. 7, Minister has extensive discretion in issuing export permits and allocation of quota underlying such permits—Applicant urged promissory estoppel should work against Minister—Regarding promissory estoppel, principles well settled in *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281—Party relying on doctrine must establish other party has (i) by words or conduct, made promise or assurance; (ii) intended to affect legal relationship; (iii) representee must establish that, in reliance on representation; (iv) acted on it or in some way

FOREIGN TRADE—Concluded

changed position—In present case, applicant has not met particular onus—President of applicant may well have acted to applicant's detriment in not pursuing judicial review of 1999 quota allocation, but ground insufficient to invoke promissory estoppel—Applicant argued decision under review flew in face of applicant's legitimate expectations—Applicant's entitlement to rely on doctrine of legitimate expectations unfounded—First, applicant cannot invoke doctrine to support procedural undertaking—Secondly, evidence before Court falling short of establishing applicant had reasonable grounds supporting legitimate expectation—One last argument of applicant regarding contravention by Minister of Official Languages Act (OLA)—OLA, s. 58 providing for scheme for registering complaints of alleged infringements of OLA and for conduct of investigations—S. 77(1) providing for recourse before Court by any person making complaint in respect of certain rights or duties under OLA—In present case, no complaint made to Commissioner of Official Languages—In absence of such complaint, recourse not open to applicant—Applicant cannot initiate such complaint as element of applicant's application for judicial review—No evidence quota allocation based on finding of fact either perverse or capricious or made without regard to material available to Minister—Application for judicial review dismissed—Export and Import Permits Act, R.S.C., 1985, c. E-19, s. 7 (as am. by S.C. 1991, c. 28, s. 3; 1994, c. 47, s. 107; 95, c. 39, s. 172)—Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 58, 77(1).

VICROSSANO INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-572-01, 2002 FCT 1999, Gibson J., order dated 19/11/02, 14 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION**

Judicial review of Tax Court decision dismissing applicants appeal in connection with two matters relating to taxation years 1996 and 1997—First matter relates to expenses claimed by applicants as partners in business called Fil-Canadian Express (FCE)—Tax Court Judge (T.C.J.) found taxpayers had failed to present any documentary evidence confirming expenses claimed actually incurred—Second issue relating exclusively to Hornby property—Property rented by applicants to handicapped son and applicants wished to provide accommodation for handicapped son outside of applicants' principal residence—In both taxation years, mortgage interest and repair and maintenance expenses substantially exceeded gross rental income of property—T.C.J. concluded Hornby property did not constitute a source of rental income as no reasonable expectation of profit—Applicants argued T.C.J. had erred in appreciation of facts in making decision on deductibility of expenses relating to FCE—Court unable to find T.C.J. erred in appreciation of

INCOME TAX—Concluded

facts—T.C.J. found as factual matter personal element involved in rental of Hornby property—Whether sufficient degree of commerciality in order to constitute source of income for appellants—T.C.J. concluded expenses for Hornby property far exceeded income and no prospect of any changes—No reasonable expectation of profit—T.C.J.'s conclusion not in conflict with principles enunciated in case law—No reversible error on part of T.C.J.—Application for judicial review dismissed.

MENDOZA V. CANADA (A-120-02, A-119-02, 2003 FCA 17, Sexton J.A., order dated 14/1/03, 6 pp.)

PENALTIES

Judicial review of decision of MNR assessing interest and penalties regarding applicant's tax returns for 1998 and 1999—Decision relating to Income Tax Act, s. 220(3.1) commonly referred to as fairness provision—Whether Minister has properly exercised discretion with regard to relevant considerations and without regard to erroneous factors—Refusal letter stated records indicate respondent had accumulated additional consumer debt in December, 2000—In such situations, cancellation of interest charges not usually granted—Finding of fact in Director, Revenue Collections' letter erroneous as record clearly indicating no additional debt, but debt consolidation—Comments contained in Director's report fly in face of Director's affidavit and reason delineated in refusal letter, contradictory—In *Kaiser v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)* (1995), 93 F.T.R. 66, Court stated purpose of legislative provision to allow Revenue Canada Taxation to administer tax system more fairly by allowing application of common sense in dealing with taxpayers unable to meet deadlines or comply with rules under tax system—In present case, Director made erroneous findings of fact tainting decision—Reasons do not adequately explain Director's position—Decision patently unreasonable—Application for judicial review allowed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 220(3.1) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 181; *idem*, Sch. VIII, s. 127).

ROBERTSON V. M.N.R. (T-1281-01, 2003 FCT 16, Layden-Stevenson J., order dated 10/1/03, 10 pp.)

LABOUR RELATIONS

Defendant moving for dismissal of action on basis no genuine issue for trial pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 213—Plaintiff claimed employment with Canadian Security Intelligence Service (CSIS) wrongfully terminated—Motion to strike based on issue related to defendant's submission—Defendant submitted CSIS never employed plaintiff—Well settled that individual cannot become employee of Her Majesty in Right of Canada without specific appointment made in accord with procedure established in accord with

LABOUR RELATIONS—Concluded

statutes—Employment as public servant not arising by other means not inferred from facts alleged, unless facts include facts alleging authorized process properly followed—Relationship between plaintiff and CSIS not alleged in terms necessary to establish employment by CSIS—No evidence regarding offer of employment authorized by Director of CSIS or delegate and no reference made to any written offer of employment—Legal basics for plaintiff's claim not established by facts set out—Accordingly, statement of claim struck, plaintiff's action dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 213.

FARRELL V. CANADA (T-1726-01, 2002 FCT 1271, MacKay J., order dated 6/12/02, 8 pp.)

NATIVE PEOPLES

Representative for plaintiffs asked Court to make order for costs—Action started as representative action, but with coming into force of amendments to Federal Court Rules, 1998, action now treated as class action—Issue at stake regarding effect of purported settlement agreement entered into between Andrew Mark Buffalo and Band in 1995—Others claimants in same position as Mr. Buffalo have apparently also entered into same or similar settlement agreements—Agreement entered into by Mr. Buffalo releases Band from all claims in respect of per capita distributions, waives right to claim per capita distributions from Band, agrees to indemnify and hold Band harmless—Clear agreement cannot defeat plaintiff's claim regarding funds held by Crown—First, agreement waives plaintiff's rights against Band but actual claim against Crown not Band—Second, Band did not have control of own membership—Third, Band under fiduciary obligation to deal with members fairly—Band must deal equally, fairly and in accordance with normal fiduciary principles with members—Band must show no violation of fiduciary obligation in entering agreement—Band has not made any such showing—Accordingly, Court concluded agreement cannot defeat plaintiff's claim regarding per capita distributions—In order to make order for costs, Court must find conduct of either Band or Crown as frivolous or vexatious or of nature to obstruct normal course of justice—In present case, Court could not make such finding—Therefore, Court declined to make order for costs.

SAMSON CREE NATION V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T-430-01, 2002 FCT 1299, Hugessen J., order dated 11/12/02, 7 pp.)

PRACTICE**AFFIDAVITS**

Appeal by Canada Post Corporation (CPC) of Prothonotary's decision dismissing CPC's motion to file

PRACTICE—Continued

supplementary affidavit on grounds of relevance—Whether Prothonotary erred in applying wrong principle, namely test of relevance—Relevant factors to be considered set out in *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 15 (F.C.T.D.): whether filing of supplementary affidavit would serve interest of justice; whether filing of supplementary affidavit would assist Court in making final determination; whether filing of supplementary affidavit would cause substantial or serious prejudice to other parties—Prothonotary did not apply proper test in assessing evidence—Prothonotary should have considered factors set out in *Eli Lilly*—Applying factors established in *Eli Lilly* in present case, information contained in supplementary affidavit in interest of justice as permitting applicant to illustrate argument and might facilitate better understanding of argument—New information will eventually be useful to trial judge in making final determination—Finally, no prejudice alleged by respondent—Accordingly, three factors met and Prothonotary's decision set aside—Leave granted to applicant to file supplementary affidavit.

CANADA POST CORP. V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (T-1900-00, 2002 FCT 1327, Noël J., order dated 24/12/02, 9 pp.)

Applicants seeking extension of time for filing of supplementary affidavit and exhibit and further written arguments until Privacy Commissioner renders decision on release of Immigration and Refugee Board (IRB) member's draft reasons—Extension sought indefinite, running until Privacy Commissioner decides on release of early draft of decision now under review—Applicants making substantial argument regarding material applicants waiting for prepared far in advance of all evidence being in and applicants had no opportunity to meet additional evidence—Current test for supplementary affidavit contained in *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 15 (F.C.T.D.)—Applicant wishing to file supplementary affidavit must demonstrate: (i) material will serve interest of justice; (ii) material will assist Court; (iii) no substantial or serious prejudice to other side; (iv) material not available at earlier date; (v) allowing material will not unduly delay proceedings—In present case, certainly in interest of justice to flush out existence of decision written before all of evidence in—In examining applicants' record, apparent material would assist Court—Allowing in supplementary affidavit, containing decision and supplementary record containing relevant comment would not cause either substantial or serious prejudice to other side—Certainly material not available to applicants at earlier date—Finally, while waiting for material may result in some delay, but not undue delay authorities at IRB brought about delay through own prevarication and inability to come clean until caught—In present case, draft reasons pre-dating conclusion

PRACTICE—Continued

of gathering and admission of evidence by Board ought, for sake of justice, to be before Court in order for applicants to reply—Applicants granted extension of time to file supplementary affidavit and exhibit and to file further written argument—Extension running until 14 days after either draft reasons produced or Privacy Commissioner delivers decision—Delay not oppressive as investigating officer assigned by Privacy Commission of Canada undertaking to complete investigation as soon as possible—Extension of time allowed.

TUNIAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3389-02, 2002 FCT 1209, Hargrave P., order dated 21/11/02, 8 pp.)

COSTS

Plaintiff's action seeking order for costs against defendants—Whether plaintiff entitled to double costs because plaintiff's offer to settle valid in terms of Federal Court Rules, 1998—R. 420(1) providing for consequences of failure to accept plaintiff's offer to settle—In present case, offer to settle presented on behalf of plaintiff clear and unequivocal, requiring but response from defendants—Offer to settle presented by plaintiff to defendants clear and unequivocal, containing ingredient of compromise, having automatic effect of triggering doubling costs pursuant to r. 420—As to appropriate scale to evaluate assessment of costs, *Apotex Inc. v. Syntex Pharmaceuticals International Ltd.* (1999), 176 F.T.R. 142, [1999] F.C.J. No. 1465, providing explanation regarding concept of scaling—Matter of determining relevant factors—Factors to take into account herein: plaintiff completely successful in claim, case exceeding average complexity of average case, plaintiff's written offer to settle, amount of work in proceeding, defendant's conduct and lack of professionalism—Taking above factors into consideration, increase above column III of Tariff B level costs justified—Therefore, costs should be assessed in accordance with column IV of Tariff B—Plaintiff entitled to party-and-party costs to date of service of offer and double such costs, excluding disbursements after that date—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 420.

CHAMPION INTERNATIONAL CORP. V. SABINA (THE) (T-1116-00, 2003 FCT 39, Blais J., order dated 17/1/03, 14 pp.)

Appellants sought judicial review in Trial Division of Parks Canada's determination that addition of meeting facility to Chateau Lake Louise in Banff National Park will not likely cause significant environmental effects—Application dismissed with costs to respondent—Subsequently, upon application, Trial Division dismissed motion for increased costs—Federal Court of Appeal dismissed appeal against Trial

PRACTICE—Continued

Division decisions—Appellants argued *per* Federal Court Rules, 1998, rr. 409, 400(3)(h), that public interest in integrity of Banff National Park warranting general reduction of respondent's costs—In *Early Recovered Resources Inc. v. Gulf Log Salvage Co-Operative Assn.*, 2001 FCT 1212; [2001] F.C.J. No. 1666 (T.D.) (QL), Court stated public interest as factor affecting costs perhaps more difficult to apply than others because considered to pervade litigation as whole whereas other factors, such as conduct tending to lengthen proceedings, can occur throughout, but could easily be attributed to portions only of litigation—Factors of r. 400(3) do not necessarily have to weigh in favour of successful litigant receiving award of costs, conduct impeding progress of litigation might result in reduced allowances—Appellant's case largely based on arguments with no factual foundation and public interest factor weighing against granting appellants relief from costs—Application of r. 400(3) factors against interest of successful litigants would require carefully considered discretion—R. 409 not binding assessment officer to exercise discretion exactly as Court has done and not automatically requiring public interest factor to override all other factors so as to achieve minimum or maximum allowances—Court's allowances tend to weigh in favour of respondent's position relative to r. 400(3) factors, including public interest, but in modest way to account for national public interest asserted by appellants—Accordingly, respondent's bill of costs in Trial Division assessed and allowed at \$24,850—Respondent's bill of costs in Federal Court of Appeal assessed and allowed at \$3,700—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 400(3), 409.

BOW VALLEY NATURALISTS SOCIETY V. CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE) (A-642-99, 2002 FCA 515, Stinson A.O., assessment of costs dated 19/12/02, 11 pp.)

DISCOVERY*Production of Documents*

Motion to set aside order of prothonotary dismissing motion for production of certain documents and materials by applicants—Respondent alleging production of documents and materials required to prepare responding affidavit evidence—Discretionary orders of prothonotaries ought not to be disturbed on appeal unless clearly wrong, i.e. based upon wrong principle or upon misapprehension of facts or unless orders raise questions vital to final issue of case—In present case, order not raising questions vital to final issue of case—Accordingly, to succeed, respondent must demonstrate prothonotary's decision based upon wrong principle or upon misapprehension of facts—No specific Federal Court rule allowing for disclosure at this stage of proceedings—In absence of specific provisions, r. 3 should, as argued by

PRACTICE—Continued

respondent, apply in present instance—R. 3 consisting of rule of interpretation, not a general procedural catch—all—Respondent argued prothonotary's order constituted error in principle and misapprehension of facts—Issue raised by respondent related to ability of respondent to coherently respond to evidence filed by applicants—Court found prothonotary responded correctly to argument—In circumstances, impossible to contend respondent does not know case has to meet or precluded from putting in evidence, in support of underlying application—Completion of positive or affirmative evidence completely in control of respondent—Order of prothonotary not clearly wrong, ought to stand—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 3.

PFIZER CANADA INC. v. APOTEX INC. (T-2282-01, 2003 FCT 40, Snider J., order dated 16/01/03, 10 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Stay of Execution*

Claim against Crown for alleged negligence in granting regulatory approval for breast implants—Action stayed by order of McKeown J. and present motion seeking to have stay lifted, to amend statement of claim and to stay three similar actions pending in three separate provincial superior courts—Affidavit from plaintiff's solicitor only evidentiary support for motion—Affidavit clearly improper, not limited to simple matters of form; no good reason for granting leave for affidavit to be produced—Affidavit also omits to allege any facts supportive of plaintiff's critical contention to effect that provincial class actions mired or bogged down in procedural wrangles—Furthermore, strong indications that present action will necessarily be stayed under provisions of Federal Court Act, s. 50.1 by reason of Crown making third party claims against various manufacturers of breast implants, claims which would be beyond jurisdiction of Federal Court—Finally, Court refused to grant plaintiff's request that Court stay pending provincial actions—Court does not have power to do so because no doctrine of federal paramountcy in matter of jurisdiction of superior court—S. 50.1 makes plain Parliament's intent that Federal Court must not attempt to pre-empt provincial jurisdiction in cases such as this—Motion dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 16).

AUSSANT V. CANADA (MINISTER OF HEALTH AND WELFARE) (T-2442-98, 2002 FCT 1308, Hugessen J., order dated 18/12/02, 4 pp.)

PRIVILEGE

Motion relating to claim by Crown to privilege in certain documents, thus making documents not subject to disclosure—Plaintiff arguing documents should be disclosed on basis

PRACTICE—Continued

privilege waived—Crown allegedly waived any claim to privilege with respect to legal advice obtained in course of reaching settlement—Situation similar to that in *Lac La Ronge Indian Band v. Canada*, [1996] S.J. No. 555 (Q.B.)—Mere reference in correspondence to legal opinions not constituting waiver of solicitor-and-client privilege—Crown does not lose right to claim privilege in advice actually received—Documents listed in Appendix A not privileged, therefore obligation to disclose applies—Documents contained in Appendix B privileged, thus not subject to disclosure—Motion allowed in part.

WATSON V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS) (T-2153-00, 2002 FCT 1281, Hugessen J., order dated 10/12/02, 7 pp.)

STAY OF PROCEEDINGS

Respondent, Biolyse Pharma Corporation (Biolyse), moving for order that decision of Blanchard J. of Federal Court Trial Division be stayed pending disposition of appeal—Biolyse small pharmaceutical company which has developed new way of making paclitaxel from novel source—Paclitaxel drug used in treatment of cancer tumours—Minister of Health (Minister) advised respondent to file new drug submission (NDS) rather than abbreviated New Drug Submission (ANDS)—On September 20, 2001, Minister issued notice of compliance (NOC) to respondent, in relation to 6mg/ml paclitaxel for injection—Minister determined Patented Medicines (NOC) Regulations, 1994, (Regulations), s. 5 not engaged; as result did not require Biolyse to send notice of allegation (NOA) to Bristol-Myers Squibb (BMS)—Granting of NOC permitted Biolyse to start selling and advertising paclitaxel—On November 22, 2002, Blanchard J. allowed BMS' application for judicial review of Minister's decision granting NOC—Blanchard J. found Minister had failed to require Biolyse to comply with Regulations, s. 5; as result, quashed NOC issued to respondent—Effects on Biolyse of immediate quashing of NOC: Biolyse must stop manufacturing and selling paclitaxel in Canada, must submit ANDS relating to paclitaxel to Minister, must serve NOA to BMS—In *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, Supreme Court of Canada set out test for granting stay: serious question to be tried; irreparable harm; balance of convenience—Main issue concerns proper interpretation of Regulations, s. 5(1.1)—Blanchard J., in decision, held Regulations, s. 5(1.1) engaged even if no comparison between one drug and another drug as basis for approval of first drug—Regarding second step of test, harm considered irreparable based not on magnitude, but on whether court hearing appeal will be able, by award of damages, to correct damages if order not stayed—Reference made to decision *RJR—MacDonald*, indicating permanent loss of market share and irrevocable damage to party's business reputation constituting irreparable harm—Not only will

PRACTICE—Concluded

Biolyse probably go bankrupt if stay not granted, but would also suffer other damages—For example, stockpiled raw materials for production of paclitaxel would be spoiled—Biolyse’s reputation on pharmaceutical market will be negatively affected and consequently be detrimental for future business with potential clients—If stay not granted, respondent will suffer irreparable damage—Moreover, if Biolyse falls out of business, Biolyse would be unable to repay creditors and investors—If judgment of Blanchard J. not stayed, appeal will probably be pointless because Biolyse won’t have financial means to pursue appeal—Quashing of NOC will cause irreparable harm to respondent and will place Biolyse’s existence in jeopardy—Regarding test for balance of convenience, Biolyse will undoubtedly suffer greater harm from refusal of motion for stay, pending decision from Court of Appeal—Balance of convenience clearly in favour of maintaining situation in order to allow Biolyse chance to stay in business—Considering factual situation and immediate concerns needing to be addressed in timely manner for stay and appeal to be effective—Biolyse required to file motion requesting expedited hearing—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 5 (as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2).

BRISTOL-MYERS SQUIBB CO. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1898-01, 2002 FCT 1319, Noël J., order dated 20/12/02, 10 pp.)

PUBLIC SERVICE

SELECTION PROCESS

Merit Principle

Judicial review of Public Service Commission of Canada Appeal Board (Appeal Board) decision upholding selection of respondent Nino Cerullo to position of Section Head, Aeronautical Engineering, (EN-ENG-06) Department of National Defence, National Capital Region—Whether Appeal Board erred in upholding selection of respondent Nino Cerullo—Issues whether Cerullo’s appointment respecting merit principle; whether Selection Board improperly modified experience requirements after close of competition—Role of Appeal Board essentially to ensure principle of selection according to merit respected in decision making—Appeal Board demonstrated appropriate and not excessive deference to conclusion of Selection Board, particularly as selection made by Appeal Board composed of technically qualified persons in relation to highly specialized and technical area of employment—In *Barbeau v. Canada (Attorney General)* (2002), 219 F.T.R. 210, Federal Court of Appeal confirmed Appeal Board does not possess sufficient expertise in interpreting Public Service Employment Act so as to warrant deference of Court except in particular circumstances—Consequently, errors of law, errors of jurisdiction and requirements of merit principle raising issue of law, all subject

PUBLIC SERVICE—Concluded

to review on standard of correctness—Against standard of correctness, Appeal Board erred in reviewable manner in decision with regard to issues related to deletion of knowledge elements from statement of qualifications after competition closed—Deletion of knowledge criteria unfair to those who might otherwise have applied but failed to do so because they recognized they did not have all of advertised qualifications—No strong evidence before Appeal Board suggesting no one else would have applied if competition reopened with knowledge criteria deleted from statement of qualifications—Appeal Board erred in law in finding no reviewable error on part of Selection Board in proceeding on basis of statement of qualifications from which knowledge criteria had been deleted following close of competition—Accordingly, Appeal Board’s decision set aside and matter remitted for rehearing, redetermination by differently constituted Appeal Board panel—Application allowed.

LANGILLE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1177-00, 2003 FCT 65, Gibson J., order dated 23/1/03, 18 pp.)

TRADE-MARKS

Motion for partial summary judgment against Anne of Green Gables Licensing Authority Inc. (AGGLA), one of three defendants in proceeding—Defendant David Macdonald, descendant of Lucy Maud Montgomery; defendant Ruth Macdonald, daughter-in-law of Lucy Maud Montgomery also involved in proceeding—Lucy Maud Montgomery, author of *Anne of Green Gables* (AGG)—AGG publicly and popularly associated with Province of PEI—During 1980s, Sullivan and corporate affiliates produced two television mini-series entitled “Anne of Green Gables” and “Road to Avonlea” both based on book *Anne of Green Gables*—Both productions original works based on characters, settings from literary works authored by Lucy Maud Montgomery—Three specific issues emerge from motion for partial summary judgment: (1) status of plaintiff to bring motion; (2) whether official mark can be assigned from one public authority to another; (3) whether each of official marks in issue adopted and used within meaning of Trade-marks Act, s. 9(1)(n)(iii)—Regarding first issue, defendant argued plaintiff lacks standing to bring motion for partial summary judgment as not person interested—Term “interested person” considered in *Mihaljevic v. British Columbia* (1990), 34 C.P.R. (3d) 54 (F.C.A.)—Person interested if reasonable apprehension will suffer prejudice of some sort if trade-mark not removed from register—Record clear regarding status of plaintiff to bring action considered, pending full trial on status issue, albeit in context of motion to strike—Argument of defendant must fail—As to second issue Act, s. 9(1)(n)(iii) applying—Issue of assignability of official mark to be determined by assessing status of transferee—Status of AGGLA as public authority, or

TRADE-MARKS—Continued

otherwise, remains undecided in present case—Proper factual context not established to support argument, accordingly, argument must fail—Regarding third issue of whether AGGLA can rely on use by licensees to show adoption, use as required by s. 9(1)(n)(iii)—In *FileNET Corp v. Canada (Registrar of Trade-marks)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 328 (F.C.A.), Federal Court of Appeal said adoption question of fact—However, motion for partial summary judgment should not decide on issue of adoption and use in view of nature and volume of material submitted before Court—In *Marine Atlantic Inc. v. Blyth* (1994), 77 F.T.R. 97 (F.C.T.D.), Court decided inappropriate to grant summary judgment on issue impossible to separate from other pending issue in action—Same reasoning applied in present case—Motion for summary judgment dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 9(1)(n)(iii), 48, 50 (as. am. by S.C. 1993, c. 44, s. 233).

SULLIVAN ENTERTAINMENT INC. v. ANNE OF GREEN GABLES LICENSING AUTHORITY INC. (T-1634-99, 2002 FCT 1321, Heneghan J., order dated 20/12/02, 34 pp.)

INFRINGEMENT

Motion for summary judgment seeking summary judgment on large part of claim and dismissal of counterclaim—Action for trade-mark infringement—Plaintiff owner of two Canadian marks, “LifeGear” and “Saturne”—Plaintiff entered into distribution agreement with defendant for distribution in Canada of piece of athletic machinery known as Saturne elliptical trainer—Whether plaintiff or defendant or both in breach of agreement—Plaintiff asserted claim under Trade-marks Act, s. 7(b), (c) as well as under s. 19 and asserted claim to breach of both marks—As no evidence of goodwill, reputation, confusion or even existence of any unregistered trade-marks belonging to plaintiff, Court cannot possibly grant summary judgment of s. 7 claims—As no evidence of breach by defendant of plaintiff’s “LifeGear” mark summary judgment equally cannot be granted thereon—Regarding registered “Saturne” mark and claim under s. 19, defendant admitted use of “Saturne” mark in connection with sale and distribution in Canada of goods not of plaintiff’s manufacture and not originating from plaintiff—Evidence demonstrated plaintiff discovered defendant’s activities in breach of registered trade-mark very early in 2001 and instituted action within months—Accordingly, plaintiff entitled to summary judgment

TRADE-MARKS—Concluded

declaring plaintiff owner of Canadian registered trade-mark “Saturne” and declaring defendant infringing mark—Also entitled to injunctive relief against defendant and defendant’s officer and employees in usual terms forbidding further breaches of plaintiff’s mark—Summary judgment awarded in terms described—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 7, 19 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60).

LIFEGEAR, INC. v. URUS INDUSTRIAL CORP. (T-815-01, 2002 FCT 1285, Hugessen J., order dated 10/12/02, 6 pp.)

PRACTICE

Appeal of Trial Division order to adjourn hearing of appeal from Registrar of Trade-marks’ decision ordering respondent’s trade-mark AE & Design registered as no. 228,684 be expunged from register—Registrar concluded respondent had failed to demonstrate association of trade-mark with wares covered by registration at time of transfer of wares to clients as affidavit filed in support poorly drafted, inept—However, unfair to deprive respondent of trade-mark because of ineptitude—Pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 306, applicant has 30 days from filing of notice of application to file supporting affidavits and exhibits—By exception, r. 312 allowing party to file additional affidavits—Under r. 312, Court may allow filing of additional affidavits if following requirements met: (i) evidence adduced will serve interest of justice; (ii) evidence will assist Court; (iii) evidence will not cause substantial or serious prejudice to other side—Further, applicant must show evidence sought to be adduced not available prior to cross-examination on opponent’s affidavits—No basis to adjourn matter in way T.D. Judge did—First, no motion before Judge for leave under r. 312—Second, respondent could not show evidence to be adduced had not been available in past—Third, lack of expertise of counsel in field of trade-marks law not proper basis for decision—Accordingly, appeal allowed and appeal from decision of Registrar of Trade-marks dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 306, 312.

ATLANTIC ENGRAVING LTD. v. ROSENSTEIN, LAPOINTE (A-682-01, 2002 FCA 503, Nadon J.A., order dated 16/12/02, 5 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 consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://décisions.fct-cf.gc.ca/cf> ou le commander au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg

ASSURANCE-EMPLOI

Demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle un juge-arbitre a annulé une décision d'un conseil arbitral (le conseil)—Le conseil avait rejeté un appel du défendeur contre la décision de la Commission de l'assurance-emploi du Canada (la Commission) selon laquelle le défendeur avait reçu, pendant une certaine période, 826 \$ de prestations auxquelles il n'était pas admissible—Le défendeur travaillait comme enseignant occasionnel ou suppléant à la Commission scolaire de Peel—Ses conditions d'emploi étaient régies par la convention collective entre la Commission scolaire de Peel et une division de la Fédération des enseignantes et enseignants des écoles secondaires de l'Ontario (FEESO)—La FEESO a demandé à ses membres de ne pas fournir de services entre le 27 octobre 1997 et le 7 novembre 1997, en protestation contre le Projet de loi 160 en matière d'éducation qui était en ce moment-là étudié par l'Assemblée législative de l'Ontario—La Commission scolaire de Peel a informé ses employés qu'elle n'acceptait pas un arrêt de travail illégal de ses enseignants—Pendant les journées de protestation, les cours ont été annulés et le défendeur n'a pas travaillé—Cet arrêt de travail aurait qualifié le défendeur aux prestations d'assurance-emploi, mais la Commission s'est fondée sur les dispositions portant sur «le conflit collectif» dans la Loi sur l'assurance-emploi pour les lui refuser—Le juge-arbitre a conclu que le conflit n'était pas un «conflit collectif» suivant la définition des art. 2(1) et 36(1) de la Loi sur l'assurance-emploi parce qu'il se rattachait non pas à un conflit entre employeurs et employés ou entre employés, mais plutôt à un moyen de pression contre le gouvernement provincial—Le juge-arbitre a statué que le conseil avait commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de cette question—Le juge-arbitre n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle—La question de savoir si l'arrêt de travail était rattaché à un conflit collectif défini dans la Loi sur l'assurance-emploi est une question mixte de fait et de droit—La norme de contrôle applicable par la Cour fédérale à la décision du juge-arbitre est la décision manifestement déraisonnable—La norme de contrôle applicable par le juge-arbitre à l'application du droit aux faits par le conseil est la décision correcte—La demande de contrôle judiciaire est

ASSURANCE-EMPLOI—Fin

rejetée—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 2(1), 36(1).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. STILLO (A-651-01, 2002 CAF 346, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 25-9-02, 4 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire de la décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) selon laquelle les demandeurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—La question est de savoir si les demandeurs ont été victimes d'une violation de leur droit à l'équité procédurale par suite du rejet par la Commission des demandes d'ajournement qu'ils ont présentées afin qu'il leur soit permis d'être représentés par un conseil lors de l'audition de la revendication du statut de réfugié—La Commission a le droit de contrôler sa procédure—Ce n'est toutefois pas un droit absolu à l'exclusion du droit accordé aux demandeurs de retenir les services d'un conseil et de plaider durant l'instance de manière complète et équitable—Dans l'arrêt *Siloch c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 151 N.R. 76, la Cour d'appel fédérale a énuméré un certain nombre de facteurs dont doit tenir compte un tribunal administratif lorsqu'il répond à une demande de report—En l'espèce, la Commission s'est concentrée sur un seul des facteurs pertinents—Aucune preuve que la Commission ait tenu compte des autres facteurs—Cette omission constituait une erreur dans les circonstances de l'espèce et les demandeurs ont été victimes d'une violation de leur droit à l'équité procédurale—Demande accueillie.

DIAS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2593-01, 2003 CFPI 84, juge Heneghan, ordonnance en date du 27-1-03, 7 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une mesure d'exclusion prise contre le demandeur par un agent d'immigration du bureau de Halifax, en Nouvelle-Écosse—A-t-on de façon

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

inappropriée refusé au demandeur l'assistance d'un avocat lors des entrevues et de l'aide pour se préparer à la révision des motifs de la garde?—Le droit du demandeur à l'assistance d'un avocat est né au moment où une mesure a été prise afin qu'il soit retenu au centre correctionnel régional—L'agent d'immigration qui a pris des dispositions afin que le demandeur soit retenu avait l'obligation suivant l'art. 103.1(14) de la Loi sur l'immigration de l'informer qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat et de l'aider à obtenir cette assistance—L'omission de l'agent d'immigration constituait une erreur de droit—L'omission d'avoir aidé le demandeur à obtenir l'assistance d'un avocat dans les circonstances ne respectait pas le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat en cas de détention qui est un droit garanti à chacun au Canada—La mesure d'exclusion devrait être annulée en raison de l'omission des agents en cause d'avoir aidé le demandeur à obtenir l'assistance d'un avocat—La Cour a ordonné qu'un autre agent d'immigration procède à un nouvel examen des circonstances touchant le demandeur—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 103.1(14) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.) ch. 29, art. 12).

DRAGOSIN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5261-01, 2003 CFPI 81, juge MacKay, ordonnance en date du 27-1-03, 9 p.)

Demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle la section du statut de réfugié (SSR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé de reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention au demandeur—Le demandeur prétend craindre avec raison d'être persécuté du fait de son origine ethnique kurde, de son appartenance à un groupe social et de ses opinions politiques—La SSR a reconnu que le demandeur est kurde et qu'il était un témoin crédible mais a conclu qu'il serait victime de discrimination et non de persécution en Turquie—La SSR a conclu que le demandeur n'avait pas démontré le fondement objectif de sa crainte d'être persécuté par la police—La question la plus importante découle d'un désaccord quant à savoir si la décision a été rendue le 7 novembre 2001 ou le 22 novembre 2001—Les règles applicables au prononcé des décisions de la SSR sont prévues à l'art. 69.1(9) de la Loi—L'art. 69.1(9) prévoit qu'une décision doit être rendue le plus tôt possible, ce qui oblige les membres du tribunal à faire preuve d'efficacité—Une décision relative au statut de réfugié n'est pas rendue conformément à la loi tant qu'elle n'est pas signée—En l'espèce, les membres du tribunal de la SSR ont pris une décision et ont dicté leurs motifs le 7 novembre 2001, mais ils n'ont rien signé avant le 22 novembre suivant—Le mot «rendre» comporte une idée de formalité et de délivrance ou de transmission—Une décision doit être communiquée aux parties intéressées, après quoi elle lie le décideur—Par conséquent, la Cour a conclu que la SSR n'a été dessaisie de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'affaire que le 22 novembre 2001—Le demandeur a présenté des documents après la tenue de l'audience—La SSR a-t-elle commis une erreur susceptible de révision en omettant de tenir compte des observations et des nouveaux documents soumis par le demandeur après l'audience?—La jurisprudence a décidé que si les membres du tribunal de la SSR ont examiné les observations soumises après l'audience, ils auraient dû le mentionner dans leur décision écrite—La SSR a l'obligation d'indiquer qu'elle a reçu les nouveaux éléments et d'en parler dans ses motifs—Même si les membres du tribunal de la SSR avaient l'obligation d'examiner les éléments de preuve déposés après l'audience par le demandeur, ceux-ci n'ajoutent rien à ce qui avait déjà été produit—La conclusion de la SSR quant à la crainte de la persécution doit être examinée à la lumière de la définition de «persécution» élaborée par la Cour—La persécution est l'infliction répétée d'actes de cruauté ou l'infliction systématique d'un châtiment au cours d'une période de temps déterminée; le simple harcèlement ne suffit pas—Les conclusions tirées par la SSR étaient manifestement raisonnables compte tenu de la preuve documentaire et du témoignage du demandeur—La demande de contrôle judiciaire est rejetée—Question certifiée: La Commission se conforme-t-elle à l'art. 69.1(9) et (11)a) de la Loi sur l'immigration, lorsque, après l'audience, elle décide que le revendicateur n'est pas un réfugié au sens de la Convention, explique les motifs de sa décision de vive voix en cabinet, les met ensuite par écrit et les envoie, avec la notification de la décision, au revendicateur, et sa décision est-elle finale à compter de la date à laquelle elle est rendue en cabinet?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1(9) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60), (11)a) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; S.C. 1992, ch. 49, art. 60).

AVCI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5795-01, 2002 CFPI 1274, juge Noël, ordonnance en date du 9-12-02, 15 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) rejetant la requête du demandeur en réouverture de l'appel—Cette décision a pour résultat que le défendeur pouvait expulser le demandeur vers la Grenade—La question est de savoir si la SAI a fait défaut d'exercer correctement sa compétence en omettant de tenir compte d'éléments de preuve pertinents avant de décider de la réouverture ou non de l'appel—Le demandeur possède un lourd casier judiciaire au Canada qui comprend des infractions de vol, de vol qualifié, d'introduction par effraction et de possession de stupéfiants—Le 6 mars 2000, un avis de convocation (l'avis) a été expédié au demandeur—L'avis ordonnait au demandeur de se présenter à la SAI pour la détermination de la date de l'appel—Le demandeur a fait

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

défaut de se présenter et la SAI a donc conclu au désistement de l'appel—Le 16 novembre 2001, le demandeur a fait signifier et a déposé une requête visant à obtenir une ordonnance de réouverture de l'appel—La requête a été rejetée par la SAI le 7 décembre 2001—Les facteurs qu'il faut considérer en rendant une décision sur une demande en réouverture sont énoncés dans les décisions *Plummer c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 26 Imm. L.R. (2d) 58 (SAI); et *Watson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] D.S.A.I. n° 1271 (QL)—La SAI devrait considérer les facteurs suivants: i) si le demandeur connaissait la date de l'audience; ii) si le demandeur connaissait les conséquences de la mesure d'expulsion; iii) si le demandeur avait une raison valable de ne pas se présenter à l'audience; iv) si le demandeur a cherché à rouvrir l'appel avec toute la diligence possible; et v) si le demandeur a été victime d'un déni de justice naturelle ou d'équité dans ses rapports avec la CISR ou la SAI—Le demandeur a nié avoir reçu l'avis—Imposer à la SAI l'obligation d'effectuer une signification à personne pour chaque revendicateur comparissant devant elle, dans le seul but d'éviter que ce revendicateur ne nie la réception de l'avis, ne serait pas pratique—La SAI ne peut donc pas être blâmée pour le moyen de signification—Il est clair que le demandeur connaissait les conséquences de la mesure d'expulsion—L'affidavit déposé par le demandeur à l'appui de sa requête en réouverture établit clairement qu'il était parfaitement au courant des effets de la mesure d'expulsion—Dans l'affaire *Plummer*, le demandeur avait admis ne pas s'être présenté à l'audience parce qu'il était confus en raison d'une toxicomanie—Il est compréhensible que cette explication ne lui ait pas attiré la sympathie de la Cour—En l'espèce, le demandeur n'a pas été en mesure de convaincre le membre de la SAI qu'il avait une raison valable pour ne pas s'être présenté à l'audience—Il est évident que le demandeur n'a pas cherché avec toute la diligence possible à faire rouvrir son appel—La SAI a conclu au désistement de l'appel le 14 avril 2000—Le demandeur n'a pris aucune mesure pour contester la décision avant juin 2001—Le demandeur n'a pas été en mesure de justifier son retard à répondre à la déclaration concernant le désistement de sa revendication—L'analyse de la question d'accueillir ou non la demande en réouverture s'est alors butée à un élément du critère énoncé dans *Plummer*—En ce qui a trait à l'équité procédurale, le fait que le droit du demandeur à l'équité procédurale n'ait pas été pleinement respecté est entièrement attribuable à des circonstances dont le demandeur possédait la maîtrise—Concernant l'omission de tenir compte des circonstances subséquentes (mariage et naissance d'un enfant), ces deux nouveaux éléments ont été présentés au tribunal avant la décision de décembre 2001—La Cour ne peut pas conclure que le tribunal n'a pas tenu compte de ces éléments de preuve—Même s'il n'a pas été question de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

ces éléments de preuve, cela n'entache pas la décision du tribunal—Demande rejetée.

WILLIAMS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5847-01, 2002 CFPI 1306, juge Beaudry, ordonnance en date du 23-12-02, 13 p.)

STATUT AU CANADA*Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission)—Artem Ivachtchenko, un jeune russe, est entré au Canada en octobre 2000 avec un visa de six mois pour venir visiter sa tante; trois mois plus tard, le 10 janvier 2001, il a revendiqué le statut de réfugié—Ce statut lui a été refusé par une décision de la Commission—Le demandeur a prétendu qu'il craignait avec raison d'être persécuté, du fait de sa religion juive, par une organisation Nationale Russe, l'Unité Nationale Russe (l'UNR)—Il incombe au demandeur d'établir qu'il craint avec raison d'être persécuté—Quant aux persécutions dont le demandeur a été victime par le passé, le tribunal a commis une erreur de droit en interprétant mal la preuve ou en n'en faisant aucun cas—Comme deuxième motif, le demandeur a invoqué le fait qu'il avait été appelé pour accomplir son service militaire obligatoire et il a témoigné au sujet de sa crainte d'être persécuté—Il est généralement reconnu que le service militaire obligatoire n'est pas considéré comme constituant un acte de persécution et qu'une aversion pour le service militaire ou la crainte du combat ne sont pas suffisantes pour appuyer une crainte fondée de persécution—Le demandeur ne s'oppose pas au service militaire—Ses craintes étaient fondées sur deux questions—Premièrement, elles touchaient l'antisémitisme et deuxièmement elles se rapportaient aux violations des droits de la personne commises par l'armée contre les civils en Tchétchénie—Les deux questions pourraient donner lieu à une crainte fondée de persécution—Le problème découle du fait que la Commission a omis de tenir compte des deux aspects des préoccupations du demandeur—Par conséquent, la décision de la Commission est annulée et la revendication du statut de réfugié présentée par le demandeur est renvoyée à la Commission pour être examinée par un tribunal différemment constitué—Demande de contrôle judiciaire accueillie.

IVACHTCHENKO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4964-01, 2002 CFPI 1291, juge Lemieux, ordonnance en date du 12-12-02, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire visant une décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission)—La

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Commission a décidé que la demanderesse n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—La demanderesse est citoyenne ukrainienne—La demanderesse prétend avoir une crainte fondée de persécution sur la base de son appartenance au groupe social des femmes battues et de son origine ethnique rom—La conclusion de la Commission selon laquelle la demanderesse n'était pas crédible reposait-elle sur une conclusion manifestement déraisonnable?—La Commission a jugé que la demanderesse n'avait pas produit d'éléments de preuve crédibles ou dignes de foi à l'appui de sa prétention—La demanderesse prétend premièrement que la Commission a commis une erreur en omettant d'analyser le risque de persécution auquel elle s'expose en raison de son origine ethnique rom—Pour établir une crainte fondée de persécution, un demandeur doit faire la preuve autant de sa crainte objective que subjective—La Cour estime que, malgré la preuve d'une crainte objective, la demanderesse n'a pas réussi à démontrer qu'elle avait une crainte subjective de persécution en raison de son origine ethnique rom—En conséquence, la Commission n'a commis aucune erreur en concluant que la demanderesse n'était pas crédible quant à la crainte subjective de persécution—Deuxièmement, la demanderesse soutient que la Commission a commis une erreur en ne considérant pas la preuve documentaire, qui consiste en un certificat de police et en un certificat d'hôpital—La Commission a agi de manière manifestement déraisonnable en rejetant le certificat de police et le certificat d'hôpital—La Cour assume que ces documents sont authentiques, la Commission n'ayant pas mis en doute leur authenticité—Il est manifestement déraisonnable pour la Commission de rejeter ces certificats, car ils précisent que les blessures de la demanderesse étaient dues aux mauvais traitements que lui a infligés son époux—Il est manifestement déraisonnable pour la Commission de faire fi du certificat de police et du certificat d'hôpital, car tous deux constituent des éléments de preuve objectifs et crédibles qui corroborent le témoignage de la demanderesse—La Commission a de plus tiré une conclusion défavorable quant à la crédibilité du fait que la demanderesse avait tardé à revendiquer le statut de réfugié—La Cour a reconnu que les revendications du statut de réfugié fondées sur la violence conjugale tardaient souvent à être présentées en raison de la nature même de la violence conjugale—La Cour estime que le retard à revendiquer le statut de réfugié ne constitue pas un motif pour ne pas accorder de crédibilité à la demanderesse en ce qui a trait à la violence conjugale—La demande de contrôle judiciaire est accueillie et le dossier est renvoyé à un autre tribunal de la Commission aux fins d'un nouvel examen.

IGNATOVA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5771-01, 2002 CFPI 1287, juge Kelen, ordonnance en date du 11-12-02, 7 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié (SSR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle le demandeur avait commis des crimes contre l'humanité et était donc exclu en application de l'art. 2(1) de la Loi sur l'immigration—Le demandeur est arrivé au Canada le 6 mai 2000 et le 19 mai suivant, il a formulé une revendication du statut de réfugié au sens de la Convention—Le 15 mars 2002, la SSR a conclu que le demandeur avait commis des crimes contre l'humanité et qu'il ne méritait pas de profiter de la protection accordée aux réfugiés—La question est de savoir si la Cour devait écarter la lettre du maire ainsi que plusieurs paragraphes de l'affidavit du demandeur—La Cour a examiné le dossier du tribunal et a conclu que la SSR disposait de la lettre du maire et que l'affidavit du demandeur contenait de nouveaux renseignements qui n'étaient pas à la disposition de la SSR et, par conséquent, ces renseignements sont réputés ne pas faire partie de la présente demande—La question est de savoir si la SSR a commis une erreur de droit en concluant que le demandeur avait eu connaissance du préjudice causé par ses activités au point de satisfaire au critère des raisons sérieuses de penser que le demandeur avait participé aux crimes contre l'humanité ou en avait été complice—Plus particulièrement, le demandeur a-t-il été complice de crimes contre l'humanité?—Dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.), la Cour a statué que la complicité dépend essentiellement de l'existence d'une intention commune et de la connaissance que toutes les parties en cause en ont—Donc, la SSR avait l'obligation d'examiner la question de droit relative à l'intention commune avant de conclure à la complicité de la part du demandeur—La Cour a conclu que, dans sa décision, la SSR n'a pas examiné la question relative à l'intention commune—La SSR a, par conséquent, commis une erreur de droit et la demande de contrôle judiciaire doit être accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1).

ALWAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1582-02, 2003 CFPI 109, juge O'Keefe, ordonnance en date du 31-1-03, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire visant une décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Le demandeur est un citoyen iranien converti au christianisme en 1995—Le tribunal a conclu que le témoignage du demandeur est invraisemblable—Le tribunal a commis une erreur de droit en concluant que la revendication du demandeur n'avait «[pas un] minimum de fondement» étant donné qu'il n'a pas tenu compte de la preuve documentaire suivant laquelle l'apostasie est un crime grave passible de la peine capitale en Iran—Le tribunal s'est trompé en tenant compte du degré d'engagement du

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

demandeur envers la foi chrétienne plutôt que de sa conversion au christianisme et de la crainte de persécution par les autorités qui en est résultée—La preuve documentaire est compatible avec le témoignage du demandeur—Le tribunal doit indiquer l'incidence de cette preuve sur la revendication—Le tribunal a l'obligation de tenir compte de tout élément de preuve indépendant et crédible liant le revendicateur à la crainte appréhendée avant de conclure que sa revendication n'a «[pas un] minimum de fondement»—Le tribunal aurait dû évaluer de manière explicite dans ses motifs ces éléments de preuve indépendants—Le tribunal a rendu sa décision sans égard à la preuve dont il disposait—Demande accueillie.

SADEGHI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1670-02, 2002 CFPI 1083, juge Rouleau, ordonnance en date du 17-10-02, 12 p.)

Résidents permanents

Demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agent des visas qui a conclu que le demandeur n'avait pas obtenu suffisamment de points d'appréciation pour justifier la tenue d'une entrevue suivant l'art. 11.1a(i) du Règlement sur l'immigration de 1978 et l'art. 9(4) de la Loi sur l'immigration et qui a refusé la demande de résidence permanente présentée par le demandeur—La question soulevée est celle de savoir si l'agent des visas aurait dû exercer le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 11(3) du Règlement sur l'immigration de 1978—Le demandeur est un citoyen de Malaisie qui a présenté une demande de résidence permanente dans la catégorie des immigrants indépendants en tant que spécialiste des ventes techniques—Le demandeur travaille pour la société Affordable Auto Parts Ltd.—L'agent des visas a conclu que le demandeur n'avait pas une validation d'offre emploi permanent délivrée par DRHC et qu'il n'exerçait pas une profession désignée—L'agent des visas a le pouvoir discrétionnaire suivant l'art. 11(3) du Règlement sur l'immigration de 1978 pour accorder ou refuser un visa d'immigrant à un immigrant qui ne satisfait pas aux exigences de la Loi ou du Règlement s'il existe de bonnes raisons—La décision *Lam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 316 (C.F. 1^{re} inst.), a statué que si le demandeur veut que l'agent des visas exerce son pouvoir discrétionnaire il doit le demander d'une façon ou d'une autre—La demande peut être implicite ou expresse—L'évaluation faite par le conseiller du demandeur ne constitue pas une demande—En l'absence de mauvaise foi de la part de l'agent des visas, l'évaluation du conseiller ne constitue pas un motif pour annuler la décision—L'évaluation de l'agent des visas n'était pas déraisonnable—L'agent des visas n'a pas entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, n'a pas agi de mauvaise foi ni commis une erreur de droit—Demande de contrôle judiciaire rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C.

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

(1985), ch. I-2, art. 9(4) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4)—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11(3) (mod. par DORS/97-184, art. 9), 11.1a(i) (édicte par DORS/92-133, art. 3).

WONG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5814-01, 2002 CFPI 1093, juge Martineau, ordonnance en date du 18-10-02, 8 p.)

COMMERCE EXTÉRIEUR

Demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre des Affaires étrangères et du Commerce international par laquelle celui-ci a fixé la part de la demanderesse, relativement à l'année contingente 2001 pour l'exportation du beurre d'arachide, à 454 652 kilogrammes—En 1999, suite à la révision de la formule d'attribution, la part de la demanderesse a été réduite de 450 000 kilogrammes, pour s'établir à 345 726 kilogrammes—La réduction de la part de la demanderesse correspondait exactement au montant de la part qu'elle avait transférée à d'autres producteurs en 1998—Le ministre exploite, sous le régime de la Loi sur les licences d'exportation et d'importation, à l'art. 7, le programme de répartition du contingent d'exportation de beurre d'arachide qui en autorise l'exportation vers les États-Unis—L'art. 7 confère au ministre un large pouvoir discrétionnaire pour délivrer les licences d'exportation et pour répartir le contingent associé à ces licences—La demanderesse a fait valoir que la préclusion promissaire devrait jouer contre le ministre—Les principes concernant la préclusion promissaire ont bien été établis dans *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281—Il incombe à la partie qui invoque cette exception d'établir que l'autre partie a, i) par ses paroles ou sa conduite, fait une promesse ou donné une assurance ii) destinées à modifier leurs rapports juridiques; iii) le destinataire des déclarations doit prouver que, sur la foi de celles-ci, iv) il a pris une mesure quelconque ou a de quelque manière changé sa position—En l'espèce, la demanderesse ne s'est pas acquittée de ce fardeau—Il est fort possible que la présidente de la demanderesse ait agi au détriment de celle-ci en ne demandant pas le contrôle judiciaire de la part qui lui avait été attribuée en 1999, mais il ne s'agit pas d'un motif suffisant pour invoquer la préclusion promissaire—La demanderesse a soutenu que la décision contestée allait à l'encontre de son expectative légitime—La demanderesse n'a pas réussi à établir qu'elle pouvait se prévaloir de la doctrine de l'expectative légitime—D'abord, la demanderesse ne peut invoquer cette doctrine à l'appui d'un engagement quant à la procédure—Ensuite, la preuve dont dispose la Cour ne parvient pas à établir que la demanderesse avait des motifs raisonnables d'expectative légitime—En dernier lieu, la demanderesse a fait valoir que le ministre avait enfreint la Loi

COMMERCE EXTÉRIEUR—Fin

sur les langues officielles (LLO)—L'art. 58 de la LLO établit un mécanisme régissant le dépôt des plaintes concernant les manquements qui auraient été commis à la Loi et le déroulement des enquêtes menées pour l'instruction de ces plaintes—L'art. 77(1) dispose que quiconque a déposé une plainte visant certains droits ou certaines obligations prévues sous le régime de la LLO peut s'adresser à la Cour—En l'espèce, le Commissaire aux langues officielles n'a pas été saisi d'une plainte—En l'absence d'une telle plainte, la demanderesse ne dispose d'aucun recours—La décision de la demanderesse de déposer une plainte ne peut constituer un élément de la présente demande de contrôle judiciaire—Aucun élément de preuve n'établit que la répartition était fondée sur une conclusion de fait erronée tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments au dossier du ministre—La demande de contrôle judiciaire est rejetée—Loi sur les licences d'exportation et d'importation, L.R.C. (1985), ch. E-19, art. 7 (mod. par L.C. 1991, ch. 28, art. 3; 1994, ch. 47, art. 107; 1995, ch. 39, art. 172)—Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985 (4^e suppl.), ch. 31, art. 58, 77(1).

VICROSSANO INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-572-01, 2002 CFPI 1999, juge Gibson, ordonnance en date du 19/11/02, 14 p.)

DOUANES ET ACCISE**TARIF DES DOUANES**

Depuis les neuf dernières années, la demanderesse conteste une décision ayant pour effet de mettre fin à la remise des droits de douane qu'elle avait obtenue en vertu du Programme de la machinerie du Tarif des douanes (la Loi)—L'an dernier, le ministre du Revenu national (le ministre) a confirmé la décision pour l'essentiel—La présente demande conteste cette dernière décision—La demanderesse fabrique et exporte le vibrocompacteur CA 301D—La décision pertinente aux fins de la présente demande est énoncée dans la lettre du ministre en date du 1^{er} mai 2001—La demanderesse a d'abord obtenu une remise pour la période allant de 1990 à 1995, mais il y a été mis fin en novembre 1993, conformément à l'art. 76(3) de la Loi—L'avis de cessation était fondé sur la preuve de la capacité de production de l'entreprise canadienne BNR, subséquemment acquise par l'entreprise Champion—L'art. 75(3) de la Loi exigeait-il que Champion produise au Canada un vibrocompacteur sensiblement comparable au modèle CA 301D pour que le ministre puisse juger qu'un vibrocompacteur sensiblement comparable était produit au Canada—Relativement à l'interprétation correcte de l'art. 76(3) de la Loi, il doit exister des éléments de preuve suffisants au sujet des deux critères énoncés à l'art. 75(3) pour fonder l'argument de l'existence de la capacité de production—Le ministre doit tenir compte de la preuve et des arguments présentés au sujet

DOUANES ET ACCISE—Fin

de la capacité de production, dont la preuve d'expert, pour en arriver à un avis en vertu de l'art. 76(1) ou (3)—Aux fins de l'avis prévu à l'art. 76(3), il n'est pas nécessaire qu'une machine sensiblement comparable soit produite et disponible—Suivant l'art. 75(3), l'admissibilité des produits à la remise des droits doit être déterminée en conformité avec des critères précis prévus dans la loi, et la décision de remettre les droits est laissée à la discrétion du ministre—Aucun des avis selon lesquels les appareils «ne sont pas produits au Canada» et «sont produits au Canada» en vertu de l'art. 76(1) et (3) respectivement ne repose sur la question de savoir si un appareil équivalent a été produit ou peut être mis en vente; il s'agit d'avis de nature politique fondés sur la connaissance du potentiel de production—En application de la norme du caractère raisonnable, la question est de savoir s'il existe suffisamment d'éléments de preuve appuyant un argument et un avis raisonnables au sujet des critères énoncés à l'art. 75(3)—L'art. 76(4) impose une norme de preuve à la partie demanderesse qui tente d'obtenir un avis favorable du ministre au sujet de la remise des droits de douane—Cette disposition oblige une partie qui demande une remise à produire des éléments de preuve suffisants pour que le ministre arrive à un avis raisonnable—La Cour a jugé qu'il existait amplement d'éléments de preuve pouvant fonder un avis raisonnable—Demande rejetée—Tarif des douanes, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 41, art. 74(1), 75, 76(1).

SVEDALA INDUSTRIES CANADA INC. C. M.R.N. (T-949-01,
2002 CFPI 1314, juge Campbell, ordonnance en date du
20-12-02, 13 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision provisoire rendue par un examinateur indépendant désigné en vertu du programme de dotation de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (l'ADRC)—La question est de savoir si l'examineur a mal interprété sa compétence et a manqué aux principes de justice naturelle en refusant d'ordonner la divulgation de certains documents—La procédure de dotation de l'ADRC comprend trois étapes: l'examen à la lumière des conditions préalables à remplir pour occuper le poste, une évaluation en fonction des qualités requises et le placement—Les demandeurs ont réussi à atteindre la deuxième étape—L'employeur a doté cinq postes, décidant d'appliquer deux des trois critères de placement: permis de conduire et niveau de qualification—L'employeur a mesuré le «niveau de qualification» d'après les résultats de l'étape de l'évaluation—Les demandeurs n'ont pas été choisis en vue d'un placement—Les demandeurs ont demandé une révision par un examinateur indépendant—L'examinatrice a jugé que sa

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

compétence se limitait à l'examen de l'étape du placement et qu'elle n'était pas autorisée à examiner l'étape de l'évaluation en fonction des qualités requises—L'examinatrice a décidé que les documents relatifs à l'évaluation n'étaient pas utiles à l'examen et qu'elle ne pouvait donc pas en ordonner la divulgation—En fait, le choix pour le placement en fonction de l'étape de l'évaluation a créé un lien entre les deux étapes—L'examinatrice a commis une erreur—Le recours aux résultats de l'évaluation est requis pour offrir un recours utile à l'étape du placement—Pour déterminer si les demandeurs ont été traités d'une façon arbitraire, il y a lieu de se demander si les normes ont été appliquées de façon uniforme—Une application inconstante des critères d'évaluation donnerait lieu à une décision arbitraire—L'équité procédurale commande que les intéressés aient une possibilité raisonnable de faire valoir leur point de vue de façon complète—Pour pouvoir faire entièrement et équitablement valoir leur point de vue, il est nécessaire à chaque candidat d'avoir accès aux résultats obtenus lors de l'évaluation—En concluant que de tels documents n'étaient pas pertinents, l'examinatrice a exclu tout examen de la question de savoir si les normes avaient été appliquées de façon uniforme, privant les demandeurs de la possibilité d'exercer un recours efficace—Demande accueillie.

SARGEANT C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-1362-01, 2002 CFPI 1043, juge Dawson, ordonnance en date du 4-10-02, 16 p.)

FONCTION PUBLIQUE**PROCESSUS DE SÉLECTION***Principe du mérite*

Demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle le comité d'appel de la Commission de la fonction publique (le comité d'appel) a confirmé la sélection du défendeur Nino Cerullo au poste de chef de section, Génie aéronautique (EN-ENG-06), ministère de la Défense nationale, Région de la capitale nationale—Il s'agit de savoir si le comité d'appel a commis une erreur en confirmant la sélection du défendeur Nino Cerullo—Questions en litige de savoir si la nomination de M. Cerullo respectait le principe du mérite, et si le jury de présélection a irrégulièrement modifié les critères d'expérience après la clôture du concours—Le rôle du comité d'appel consiste essentiellement à s'assurer que les décisions prises respectent le principe de la sélection fondée sur le mérite—La Cour est convaincue que le comité d'appel a fait preuve d'une retenue appropriée et non excessive face aux conclusions du jury de présélection, compte tenu particulièrement du fait qu'en l'espèce la sélection était effectuée par un comité d'appel constitué de personnes ayant les compétences techniques requises, en relation avec un domaine d'emploi très spécialisé et technique—Dans *Barbeau*

FONCTION PUBLIQUE—Fin

c. Canada (Procureur général) (2002), 219 F.T.R. 210, la Cour d'appel fédérale a confirmé que le comité d'appel ne possède pas suffisamment de connaissances lui permettant d'interpréter la Loi sur l'emploi dans la fonction publique pour justifier que la Cour fasse preuve de retenue, sauf dans des circonstances particulières—En conséquence, les erreurs de droit, les erreurs de compétence et les exigences du principe du mérite qui soulèvent une question de droit sont toutes susceptibles d'un contrôle en fonction de la décision correcte—En regard de la norme de la décision correcte, le comité d'appel a commis une erreur sujette à révision dans sa décision concernant la suppression de l'énoncé de qualités, après la clôture du concours, du critère des connaissances—L'élimination du critère des connaissances était inéquitable pour ceux qui, autrement, auraient peut-être posé leur candidature mais ne l'ont pas fait parce qu'ils reconnaissaient ne pas posséder toutes les qualifications énoncées—On n'a présenté au comité d'appel aucune preuve solide quant au fait que personne d'autre n'aurait posé sa candidature s'il y avait eu réouverture du concours en recourant à un énoncé de qualités amputé du critère des connaissances—Le comité d'appel a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que le jury de présélection n'avait pas commis une erreur révisable en recourant à un énoncé de qualités d'où le critère des connaissances avait été éliminé après la clôture du concours—Par conséquent, la décision du comité d'appel est annulée et l'affaire renvoyée à un tribunal différemment constitué de ce comité pour qu'il procède à une nouvelle audition et statue à nouveau sur l'affaire—Demande accueillie.

LANGILLE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-1177-00, 2003 CFPI 65, juge Gibson, ordonnance en date du 23-1-03, 18 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU**

Demande de contrôle judiciaire visant une décision de la Cour de l'impôt qui a rejeté l'appel des demandeurs relativement à deux affaires portant sur les années d'imposition 1996 et 1997—La première affaire est relative à des dépenses réclamées par les demandeurs dans le cadre d'un partenariat d'affaires dénommé Fil-Canadian Express (FCE)—Le juge de la Cour de l'impôt (J.C.I.) a conclu que les contribuables n'ont présenté aucune preuve documentaire pour confirmer que les dépenses réclamées ont été effectivement engagées—La deuxième affaire porte exclusivement sur la propriété de la rue Hornby—Cette propriété avait été donnée en location par les demandeurs à leur fils, une personne handicapée, à qui ils voulaient trouver un logement à l'extérieur de leur résidence principale—Pour les deux années d'imposition, les intérêts hypothécaires, les frais de réparation et les frais d'entretien ont largement dépassé le revenu de location brut de la propriété—Le J.C.I. a conclu que

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

la propriété de la rue Hornby ne constituait pas une source de revenu de location parce qu'il n'y avait pas d'expectative raisonnable de profit—Les demandeurs soutiennent que le J.C.I. a commis une erreur dans son appréciation des faits en rendant sa décision sur la déductibilité des dépenses liées à FCE—La Cour ne peut conclure que le J.C.I. a commis une erreur dans son appréciation des faits—Le J.C.I. a tiré la conclusion de fait qu'il existait un élément personnel dans la location de la propriété de la rue Hornby—Y avait-il un niveau suffisant de commercialité pour constituer une source de revenu pour les appelants?—Le J.C.I. a conclu que les dépenses pour la propriété de la rue Hornby dépassaient de loin le revenu et qu'il n'y avait aucun changement en vue—Il n'y avait aucune expectative raisonnable de profit—Les conclusions du J.C.I. n'étaient pas en conflit avec les principes énoncés dans la jurisprudence—Le J.C.I. n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire—La demande de contrôle judiciaire est rejetée.

MENDOZA C. CANADA (A-120-02, A-119-02, 2003 CAF 17, juge Sexton, J.C.A., ordonnance en date du 14-1-03, 6 p.)

PÉNALITÉS

Demande de contrôle judiciaire relativement à une décision du ministre du Revenu national qui a imposé des pénalités et des intérêts concernant les déclarations de revenus du demandeur pour 1998 et 1999—La décision se rapporte à l'art. 220(3.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, communément appelé la disposition d'équité—La question est de savoir si le ministre a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire, s'il a tenu compte des facteurs pertinents et s'il n'a pas tenu compte de facteurs étrangers—La lettre de refus a précisé que le demandeur avait accumulé une autre dette à la consommation en décembre 2000—La renonciation aux frais d'intérêts n'est généralement pas accordée dans de telles situations—La conclusion de fait du directeur est erronée parce qu'il ressort clairement du dossier qu'il n'y avait pas de dette supplémentaire, mais une consolidation de dettes—Les commentaires contenus dans le rapport du directeur contredisent son affidavit et le motif énoncé dans sa lettre de refus—Dans la décision *Kaiser c. Canada (Ministre du Revenu national - M.R.N.)* (1995), 93 F.T.R. 66, la Cour a statué que l'objet de la disposition législative est de permettre à Revenu Canada, Impôt, de gérer plus équitablement le régime fiscal, en faisant la place au bon sens dans le traitement des contribuables incapables de respecter des délais ou de se conformer aux règles propres au régime fiscal—En l'espèce, le directeur a formulé des conclusions de fait erronées viciant la décision—Les motifs n'expliquent pas de manière adéquate la position du directeur—Décision manifestement déraisonnable—Demande de contrôle judiciaire accueillie—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C.

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

(1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 220(3.1) (mod par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 181; *idem*, ann. VIII, art. 127).

ROBERTSON C. M.R.N. (T-1281-01, 2003 CFPI 16, juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 10-1-03, 11 p.)

MARQUES DE COMMERCE

Requête pour obtenir un jugement sommaire à l'encontre de l'Anne of Green Gables Licensing Authority Inc. (AGGLA), l'un des trois défendeurs—Le défendeur David Macdonald est un descendant de Lucy Maud Montgomery et la défenderesse Ruth Macdonald est une belle-fille de Lucy Maud Montgomery—Lucy Maud Montgomery est l'auteur d'*Anne of Green Gables* (AGG)—AGG est associé à l'Île-du-Prince-Édouard par le public et dans la culture populaire—Dans les années 80, Sullivan Entertainment Inc. et ses sociétés affiliées ont produit deux mini-séries télévisées inspirées du livre *Anne of Green Gables*, intitulées *Anne of Green Gables* et *Road to Avonlea*—Les deux productions constituent des œuvres originales basées sur les personnages et les lieux des œuvres littéraires de Lucy Maud Montgomery—La requête en jugement sommaire partiel soulève trois questions spécifiques: la demanderesse a-t-elle la qualité requise pour présenter sa requête; une marque officielle peut-elle être cédée par une autorité publique à une autre; chacune des marques officielles visées dans la requête a-t-elle été adoptée et employée au sens où l'entend l'art. 9(1)*n*(iii)—Relativement à la première question, la défenderesse fait valoir que la demanderesse n'a pas la qualité requise pour présenter la requête parce qu'elle n'est pas une personne intéressée—Le terme «personne intéressée» a fait l'objet d'un examen dans l'arrêt *Mihaljevic c. Colombie-Britannique* (1990), 34 C.P.R. (3d) 54 (C.A.F.)—Une personne est intéressée s'il y a raisonnablement lieu de craindre qu'elle subira un préjudice quelconque si une marque de commerce n'est pas supprimée du registre—Le dossier établissait clairement que la qualité de la demanderesse pour intenter l'action avait été examinée, dans l'attente du procès complet sur la question, mais dans le cadre d'une requête en radiation—Cet argument de la défenderesse devait être rejeté—Quant à la deuxième question, la disposition pertinente applicable est l'art. 9(1)*n*(iii) de la Loi—La question de la cessibilité d'une marque officielle doit être décidée sur le critère de la qualité du cessionnaire—La qualité d'autorité publique de l'AGGLA est une question qui reste à trancher en l'espèce—En l'absence d'une preuve factuelle appropriée à l'appui de cet argument, l'argument est rejeté—La troisième question est de savoir si l'AGGLA peut se fonder sur l'emploi par ses licenciés pour établir l'adoption et l'emploi prescrits à l'art. 9(1)*n*(iii)—Dans *FileNET Corp. c. Canada (Registraire des marques de commerce)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 328 (C.A.F.), la Cour d'appel avait déclaré que l'adoption d'une marque est une question de fait—Toutefois, la question de l'adoption et de l'emploi ne devrait pas être tranchée dans le cadre d'une requête en jugement sommaire

MARQUES DE COMMERCE—Suite

partiel à cause de la nature et du volume des pièces produites—Dans *Marine Atlantic Inc. c. Blyth* (1994), 77 F.T.R. 97 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour a décidé qu'il n'était pas approprié d'accorder un jugement sommaire sur une question qui ne pouvait être isolée d'une autre avant qu'on ait tranché les questions en litige—Le même raisonnement s'applique en l'espèce—La requête en jugement sommaire est rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 9(1)*n*(iii), 48, 50 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 233; 1999, ch. 31, art. 211).

SULLIVAN ENTERTAINMENT INC. C. ANNE OF GREEN GABLES LICENSING AUTHORITY INC. (T-1634-99, 2002 CFPI 1321, juge Heneghan, ordonnance en date du 20-12-02, 38 p.)

CONTREFAÇON

Requête afin d'obtenir un jugement sommaire relativement à une partie substantielle de sa demande et le rejet de la demande reconventionnelle—Action en contrefaçon de marque de commerce—Demanderesse propriétaire de deux marques canadiennes, «Lifegear» et «Saturne»—La demanderesse a conclu avec la défenderesse une entente de distribution au Canada d'un équipement sportif, soit l'appareil d'entraînement elliptique Saturne—La question est de savoir si la demanderesse ou la défenderesse, ou les deux, ont manqué à leurs obligations contractuelles—La demanderesse a fondé sa demande sur l'art. 7*b*) et *c*) de la Loi sur les marques de commerce, ainsi que sur l'art. 19, et allégué la contrefaçon des deux marques—La Cour n'a été saisie d'aucune preuve concernant l'achalandage, la réputation, la confusion ou même l'existence de marques de commerce non déposées appartenant à la demanderesse et il lui a été impossible, de ce fait, de rendre un jugement sommaire quant aux allégations fondées sur l'art. 7, non plus que d'une preuve de la violation, par la défenderesse, de la marque «Lifegear» de la demanderesse, de sorte qu'un jugement sommaire ne peut non plus être rendu à cet égard—En ce qui concerne la marque déposée «Saturne» et l'allégation fondée sur l'art. 19, la défenderesse reconnaît l'emploi de la marque «Saturne» en liaison avec la vente et la distribution au Canada de marchandises qui n'ont été ni fabriquées ni fournies par la demanderesse—Il est ressorti de la preuve que la demanderesse a découvert au tout début de 2001 que la défenderesse contrefaisait sa marque de commerce déposée et qu'elle a intenté l'action quelques mois plus tard—La demanderesse a donc droit à un jugement sommaire déclarant qu'elle est le propriétaire de la marque «Saturne» déposée au Canada et que la défenderesse a contrefait cette marque—Elle a également droit à une injonction, libellée de la manière habituelle et interdisant à la défenderesse, ainsi qu'à ses dirigeants et à ses employés, de contrefaire sa marque—Jugement sommaire sera donc rendu conformément aux

MARQUES DE COMMERCE—Fin

indications du juge—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 7, 19 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60).

LIFEGEAR, INC. C. URUS INDUSTRIAL CORP. (T-815-01, 2002 CFPI 1285, juge Hugessen, ordonnance en date du 10-12-02, 7 p.)

PRATIQUE

Appel à l'encontre d'une ordonnance de la Section de première instance, qui a ajourné l'audition d'un appel de la décision rendue par la registraire des marques de commerce ordonnant la radiation du registre de la marque de commerce «AE & Design» de l'intimée, enregistrée sous le numéro 228,684—La registraire a conclu que l'intimée n'avait pas réussi à établir que sa marque de commerce était liée aux marchandises visées par l'enregistrement au moment du transfert des marchandises à ses clients, l'affidavit à l'appui étant mal rédigé et inadéquat—Il serait cependant injuste de priver l'intimée de sa marque de commerce pour le seul motif de l'insuffisance de l'affidavit—Conformément à la règle 306 des Règles de la Cour fédérale (1998), un demandeur dispose de 30 jours à compter du dépôt de son avis de demande pour déposer les affidavits et les pièces qu'il entend utiliser à l'appui de sa demande—Exceptionnellement, la règle 312 prévoit qu'une partie peut déposer des affidavits complémentaires—En vertu de cette règle, la Cour peut autoriser le dépôt d'affidavits complémentaires lorsque les conditions suivantes sont réunies: i) les éléments de preuve vont dans le sens des intérêts de la justice; ii) les éléments de preuve aideront la Cour; iii) les éléments de preuve ne causeront pas de préjudice grave à la partie adverse—De plus, le demandeur doit démontrer que les éléments de preuve qu'il cherche à produire n'étaient pas disponibles avant le contre-interrogatoire relatif aux affidavits de la partie adverse—La décision du juge de première instance d'ajourner l'affaire n'était pas fondée—Premièrement, le juge n'était saisi d'aucune requête sollicitant l'autorisation prévue à la règle 312—Deuxièmement, l'intimée n'a pu démontrer que les éléments de preuve qu'elle cherchait à produire n'étaient pas disponibles auparavant—Troisièmement, le manque d'expérience de l'avocat en matière de droit relatif aux marques de commerce ne constitue pas un fondement approprié pour ajourner l'affaire—L'appel est accueilli et l'appel de la décision de la registraire des marques de commerce est rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 306, 312.

ATLANTIC ENGRAVING LTD C. ROSENSTEIN LAPOINTE (A-682-01, 2002 CAF 503, juge Nadon, ordonnance en date du 16-12-02, 5 p.)

ORGANISMES DE CHARITÉ

Appel de la décision du ministre de refuser d'enregistrer l'appelante comme fondation de bienfaisance—Les objets de l'appelante sont la promotion, la préservation et la mise en valeur de l'environnement pour la vie humaine et le bien-être sur terre—L'intention de l'appelante était de donner à des organismes de bienfaisance environnementaux, dont des organismes internationaux, le produit net tiré de l'exploitation d'une loterie—Les loteries sont interdites au Canada, sauf si elles sont autorisées aux termes de l'art. 207 du Code criminel—Le lieutenant-gouverneur en conseil de l'Île-du-Prince-Édouard a accordé une licence de loterie à l'appelante—La division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a conclu que le lieutenant-gouverneur en conseil n'avait pas le pouvoir d'accorder une telle licence—Aucun organisme n'est reconnu en droit comme un organisme de bienfaisance si ses activités sont illégales—Tant que la décision rendue par la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard continue d'avoir effet, l'appelante ne peut poursuivre ses activités liées à la loterie proposée sans contrevenir aux dispositions en matière de jeu prévues par le Code criminel—Deux questions se posent relativement à l'examen de la décision du ministre—Premièrement les objets de l'organisme appelant sont-ils trop larges?—En droit, l'appelante n'est admissible à l'enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance que si tous ses objets et toutes ses activités visent exclusivement des fins de bienfaisance—Aux termes de l'art. 149.1(1), une fondation de bienfaisance doit être constituée et administrée exclusivement à des fins de bienfaisance—Les objets de l'organisme sur lesquels s'appuie expressément l'appelante sont trop larges pour justifier la conclusion que les activités proposées de l'appelante visent exclusivement des fins de bienfaisance—Il est donc impossible de conclure que l'appelante est constituée exclusivement à des fins de bienfaisance—Deuxièmement, l'appelante est-elle inadmissible comme fondation de bienfaisance du fait que la loterie est sa seule activité—L'appelante se trouve exactement dans la même situation que toute autre entreprise commerciale qui s'engage à affecter ses profits à des causes de bienfaisance—Un tel engagement n'est pas incompatible avec la nature commerciale de l'activité permettant de réaliser le profit—Le ministre était donc justifié de conclure que la loterie proposée par l'appelante constitue une activité commerciale non assimilable à une activité commerciale complémentaire et qui n'est donc pas admissible comme activité de bienfaisance—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985 (5^e suppl.), ch. 1, art. 149.1(1) «fondation de bienfaisance»—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 52, art. 3).

FONDS POUR LA TERRE C. M.R.N. (A-260-01, 2002 CAF 498, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 16-12-02, 16 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

L'avocat des demandeurs, a demandé à la Cour de rendre une ordonnance à l'égard des dépens—L'action a été intentée comme une action à titre de représentant, mais à la suite de l'entrée en vigueur des modifications apportées aux Règles de la Cour fédérale (1998), l'action est maintenant traitée comme un recours collectif—Le point litigieux se rapporte à un présumé règlement conclu entre Andrew Mark Buffalo et la bande en 1995—D'autres demandeurs qui se trouvent dans la même situation que M. Buffalo ont apparemment également conclu la même entente ou des ententes similaires—L'entente signée par M. Buffalo libère la bande de toute demande qu'il peut faire à l'égard des sommes distribuées *per capita*, renonce au droit de réclamer à la bande les sommes distribuées *per capita* et s'engage à indemniser la bande de pareilles réclamations—Il est tout à fait clair que l'entente ne peut pas être invoquée contre le demandeur pour faire échouer la demande qu'il a présentée à l'égard des sommes détenues par la Couronne—Premièrement, l'entente constitue une renonciation aux droits que le demandeur peut faire valoir à l'encontre de la bande, mais la demande n'est pas faite à l'encontre de la bande; elle est faite à l'encontre de la Couronne—Deuxièmement, la bande n'assumait pas le contrôle de ses membres—Troisièmement, la bande a une obligation fiduciaire de traiter les membres de la bande d'une façon équitable—La bande doit traiter avec ses membres également, d'une façon équitable et conformément aux principes fiduciaires normaux—Il incombe à la bande de démontrer qu'elle n'a pas agi en violation de son obligation fiduciaire de conclure l'entente—La bande n'a pas fait une telle démonstration—Par conséquent, la Cour a conclu que l'entente ne peut pas être invoquée contre le demandeur afin de faire échouer la demande qu'il a présentée à l'égard des sommes à distribuer *per capita*—Pour rendre une ordonnance à l'égard des dépens, la Cour doit considérer la conduite de la bande ou celle de la Couronne comme étant frivole ou vexatoire ou comme étant de nature à faire obstacle au déroulement normal de la justice—Dans la présente affaire, la Cour ne pouvait pas conclure ainsi—Par conséquent, la Cour refuse de rendre une ordonnance à l'égard des dépens.

NATION CRIE DE SAMSON C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (T-430-01, 2002 CFPI 1299, juge Hugessen, ordonnance en date du 11-12-02, 8 p.)

PRATIQUE**AFFIDAVITS**

Appel interjeté par la Société canadienne des postes (SCP) contre une décision par laquelle le protonotaire a rejeté, en invoquant comme motif la pertinence, la requête qu'elle avait présentée en vue de déposer un affidavit complémentaire—Le protonotaire a-t-il commis une erreur en appliquant le mauvais

PRATIQUE—Suite

principe, à savoir le critère de la pertinence?—Les facteurs à prendre en compte ont été énoncés dans la décision *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 15 (C.F. 1^{re} inst.), à savoir: Le dépôt d'un affidavit complémentaire servirait-il les intérêts de la justice? Le dépôt d'un affidavit complémentaire aiderait-il la Cour à rendre sa décision définitive? Le dépôt d'un affidavit complémentaire causerait-il un préjudice important ou grave aux autres parties?—Le protonotaire n'a pas appliqué le bon critère en appréciant la preuve; le protonotaire aurait dû prendre en compte les facteurs énoncés dans la décision *Eli Lilly*.—Lorsqu'on applique à la présente affaire les trois facteurs énoncés dans la décision *Eli Lilly*, il ressort que les renseignements contenus dans l'affidavit complémentaire touchent l'intérêt de la justice parce qu'ils permettent à la demanderesse d'illustrer son argumentation et permettraient peut-être de mieux la comprendre—Les nouveaux renseignements seront en fin de compte utiles au juge de première instance lorsqu'il rendra une décision définitive—Enfin, le défendeur n'allègue aucun préjudice—Par conséquent, il a été satisfait aux trois facteurs et la décision du protonotaire devrait être annulée—La demanderesse est autorisée à déposer l'affidavit complémentaire.

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (T-1900-00, 2002 CFPI 1327, juge Noël, ordonnance en date du 24-12-02, 10 p.)

Les demandeurs visent à obtenir une prorogation du délai pour le dépôt d'un affidavit complémentaire, d'une pièce et d'observations écrites additionnelles, jusqu'à ce que le Commissaire à la protection de la vie privée rende une décision concernant la communication du projet de motifs de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR)—La prorogation sollicitée est pour une période indéfinie, soit jusqu'à ce que le Commissaire à la protection de la vie privée rende une décision sur la communication du texte d'un premier jet de la décision faisant maintenant l'objet d'une demande de contrôle—Les demandeurs ont affirmé avec véhémence que le document qu'ils attendaient avait été préparé bien avant que tous les éléments de preuve soient disponibles et qu'ils n'ont eu aucune possibilité de répondre aux éléments de preuve additionnels—Le critère actuel pour l'affidavit complémentaire est établi dans la décision *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 15 (C.F. 1^{re} inst.)—Le demandeur désire déposer un affidavit complémentaire doit démontrer que: i) la preuve servira l'intérêt de la justice; ii) la preuve aidera la Cour; iii) cela ne causera aucun préjudice important ou sérieux à la partie adverse; iv) la preuve n'était pas disponible antérieurement; v) permettre le dépôt de la preuve ne retardera pas indûment l'instance—En l'espèce, montrer au grand jour l'existence

PRATIQUE—Suite

d'une décision qui a été écrite avant que tous les éléments de preuve aient été présentés est certainement dans l'intérêt de la justice—Le dossier des demandeurs montre clairement que les éléments de preuve aideraient la Cour—Permettre le dépôt d'un affidavit complémentaire contenant la décision contestée et d'un dossier supplémentaire contenant des commentaires pertinents ne causerait pas de préjudice important ni de préjudice sérieux à la partie adverse—Il est certain que la décision n'était pas accessible aux demandeurs antérieurement—En fin de compte, bien que l'attente du document puisse occasionner un certain retard, cela ne constitue pas un retard indu, étant donné que les autorités de la CISR ont elles-mêmes provoqué ce retard par leurs propres faux-fuyants et leur incapacité à dire toute la vérité, jusqu'à ce qu'elles se soient fait prendre—En l'espèce, le projet de motifs, rédigé avant que les éléments de preuve n'aient été tous recueillis et admis par la Commission, doit, pour les fins de la justice, être présenté à la Cour afin que les demandeurs puissent y répondre—Est accordée aux demandeurs une prorogation de délai à l'intérieur de laquelle ils pourront déposer un affidavit complémentaire et une pièce et déposer des observations écrites additionnelles—La prorogation est de 14 jours après que le projet des motifs a été produit ou que le Commissaire à la protection de la vie privée a rendu une décision—Le délai ne sera pas oppressif car l'enquêteur nommé par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada s'est engagé à compléter l'enquête dans les meilleurs délais—La prorogation de délai est accordée.

TUNIAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3389-02, 2002 CFPI 1209, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 21-11-02, 9 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET
INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Production de documents

Requête pour faire annuler l'ordonnance de la protonotaire rejetant sa requête pour obtenir la production par les demanderesse de documents et pièces qu'elle prétend nécessaires à la préparation d'un affidavit en réponse—Les ordonnances discrétionnaires de protonotaire ne peuvent être modifiées en appel que si elles sont entachées d'erreur flagrante, c.-à-d. fondées sur un mauvais principe ou une mauvaise appréciation des faits ou si elles portent sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal—En l'espèce, l'ordonnance ne porte pas sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal—En conséquence, pour avoir gain de cause, la défenderesse doit démontrer que la décision de la protonotaire reposait sur un mauvais principe ou une mauvaise appréciation des faits—Aucune règle de la Cour fédérale n'autorise

PRATIQUE—Suite

spécifiquement la divulgation à ce stade de l'instance—La défenderesse a soutenu qu'en l'absence d'une règle explicite, la règle 3 des Règles de la Cour fédérale (1998) devrait s'appliquer—La règle 3 constitue une règle d'interprétation et non une procédure très générale—La défenderesse a fait valoir que l'ordonnance de la protonotaire constituait une erreur de principe et une mauvaise appréciation des faits—La question soulevée par la défenderesse avait trait à sa capacité à répondre de façon cohérente à la preuve produite par les demanderesse—La Cour a jugé que la protonotaire avait bien répondu à cet argument—Dans les circonstances, on ne peut pas dire que la défenderesse ne connaît pas les prétentions qu'elle doit réfuter ou qu'elle est empêchée de présenter ses éléments de preuve à l'appui de la demande sous-jacente—La réalisation de cette preuve positive ou affirmative relève entièrement de la défenderesse—L'ordonnance de la protonotaire n'est pas entachée d'erreur flagrante et elle devrait être maintenue—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 3.

PFIZER CANADA INC. C. APOTEX INC. (T-2282-01, 2003 CFPI 40, juge Snider, ordonnance en date du 16-1-3, 12 p.)

COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Pratique—Communications privilégiées—La requête se rapporte à la revendication par la Couronne du privilège à l'égard de certains documents qu'elle ne serait ainsi pas obligée de communiquer—Les demandeurs affirment que les documents devraient être communiqués parce qu'il a été renoncé au privilège—La Couronne aurait renoncé à toute revendication d'un privilège au sujet des conseils juridiques obtenus en vue d'en arriver à un règlement—Il s'agit d'un cas semblable à celui de l'affaire *Lac La Ronge Indian Band c. Canada*, [1996] S.J. n° 555 (Q.B.)—Le simple fait que des avis juridiques sont mentionnés dans la correspondance ne constitue pas une renonciation au secret professionnel entre l'avocat et son client—La Couronne ne perd pas son droit de revendiquer le privilège au sujet des conseils qu'elle a de fait obtenus—Les documents énumérés à l'appendice A ne font pas l'objet d'un privilège et doivent par conséquent être communiqués—Les documents énumérés à l'appendice B, faisait l'objet d'un privilège et n'avaient pas à être communiqués—Requête accueillie en partie.

WATSON C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (T-2153-00, 2002 CFPI 1281, juge Hugessen, ordonnance en date du 10-12-02, 8 p.)

FRAIS ET DÉPENS

La demanderesse sollicite une ordonnance de dépens à l'encontre des défendeurs—La demanderesse a-t-elle droit au

PRATIQUE—Suite

double des dépens étant donné que son offre de règlement est valide suivant les Règles de la Cour fédérale (1998)—La règle 420(1) indique les conséquences du refus d'accepter l'offre du demandeur—En l'espèce, l'offre de règlement présentée au nom de la demanderesse était claire et sans équivoque, n'exigeant qu'une simple réponse des défendeurs—L'offre de règlement présentée par la demanderesse aux défendeurs était claire et sans équivoque, et contenait un élément de compromis, ayant pour effet automatique d'entraîner le tarif double au sens de la règle 420—Pour ce qui est du barème applicable pour taxer les dépens, la décision *Apotex Inc. c. Syntex Pharmaceuticals International Ltd.* (1999), 176 F.R.T. 142, [1999] A.C.F. n° 1465 fournit des explications à cet égard—Il s'agit de déterminer les facteurs pertinents—En l'espèce, ces facteurs sont les suivants: la demanderesse a eu gain de cause à tous les égards dans sa réclamation, l'affaire dépasse la complexité moyenne d'une affaire ordinaire, l'offre écrite de règlement présentée par la demanderesse, la charge de travail, la conduite des défendeurs et leur manque de professionnalisme—Si on tient compte de tous ces facteurs, il est justifié d'accorder des dépens dépassant le niveau prévu à la colonne III du tarif B—Par conséquent, les dépens devraient être taxés conformément à la colonne IV du tarif B—La demanderesse a droit aux dépens entre parties jusqu'à la date de la signification de l'offre et au double des dépens, à l'exclusion des débours, après cette date—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 420.

CHAMPION INTERNATIONAL CORP. C. SABINA (LE) (T-1116-00, 2003 CFPI 39, juge Blais, ordonnance en date du 17-1-03, 15 p.)

Les appelantes ont demandé le contrôle judiciaire, devant la Section de première instance, de la décision de Parcs Canada selon laquelle la construction d'un pavillon de conférences au Chateau Lake Louise, dans le parc national Banff, n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants—La demande a été rejetée avec dépens—Par la suite, sur demande, la Section de première instance a rejeté une requête visant l'augmentation des dépens—La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel interjeté contre ces décisions—Les appelantes ont plaidé, sur le fondement des règles 409 et 400(3)h) des Règles de la Cour Fédérale (1998) que l'intérêt public dans l'intégrité du parc national Banff justifie une réduction générale des dépens de l'intimé—Dans *Early Recovered Resources Inc. c. Gulf Log Salvage Co-Operative Assn.*, 2001 CFPI 1212; [2001] A.C.F. n° 1666 (1^{re} inst.) (QL), la Cour a fait observer que l'intérêt public, comme facteur influant sur les dépens, est peut-être plus difficile à appliquer, parce qu'on peut considérer qu'il s'étend à l'ensemble du litige, alors que d'autres facteurs, par exemple la conduite visant à allonger la procédure, peuvent se manifester d'un bout à l'autre, mais pourraient facilement être

PRATIQUE—Suite

attribués à des portions seulement du litige—Les facteurs énumérés à la règle 400(3) n'ont pas nécessairement à jouer dans le sens de l'attribution des dépens à la partie qui a eu gain de cause, par exemple une conduite qui fait obstacle à la progression de la procédure pourrait entraîner l'attribution de sommes moindres—Le dossier des appelantes s'appuyait surtout sur des arguments qui n'étaient pas fondés sur les faits, facteur qui milite contre l'exemption qui pourrait leur être accordée quant au paiement des dépens—L'application des facteurs énumérés à la règle 400(3) dans un sens opposé à l'intérêt des parties qui ont eu gain de cause exigerait l'exercice mûrement réfléchi du pouvoir discrétionnaire—La règle 409 n'oblige pas l'officier taxateur à exercer son pouvoir discrétionnaire exactement de la façon dont l'aurait exercé la Cour et n'exige pas automatiquement qu'un facteur d'intérêt public ait préséance sur tous les autres facteurs pour que soit alloué le minimum ou le maximum—La Cour a eu tendance à pencher en faveur de la position de l'intimée au sujet des facteurs énumérés à la règle 400(3), notamment l'intérêt public, mais dans une faible mesure pour tenir compte de l'intérêt public dont se réclament les appelantes—Par conséquent, le mémoire de frais de l'intimée à l'égard de la procédure en première instance est taxé à 24 850 \$—Le mémoire de frais de l'intimée à l'égard de la procédure en appel est taxé à 3 700 \$—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 400(3), 409.

BOW VALLEY NATURALISTS SOCIETY C. CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN) (A-642-99, 2002 CAF 515, officier taxateur Stinson, taxation des dépens en date du 19-12-02, 13 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Suspension des procédures*

Réclamation présentée contre la Couronne, alléguant négligence relativement à l'approbation de prothèses mammaires—L'action a été suspendue par ordonnance du juge McKeown; la présente requête vise à faire lever la suspension, à modifier la déclaration et à faire suspendre trois actions analogues en instance devant trois cours supérieures provinciales distinctes—Le seul élément de preuve présenté à l'appui de la requête consiste en un affidavit de l'avocat des demanderesse—L'affidavit est manifestement irrégulier car il n'est pas restreint aux simples questions de forme, et il n'existe aucune raison valable d'en autoriser la production—En outre, l'affidavit n'allègue aucun fait susceptible d'étayer la prétention fondamentale des demanderesse que les recours collectifs provinciaux sont figés ou enlisés dans des chicanes de procédure—De plus, certains indices solides permettent de croire que la présente action sera nécessairement suspendue conformément à l'art. 50.1 de la Loi sur la Cour fédérale car la Couronne mettra vraisemblablement en cause les divers

PRATIQUE—Suite

fabricants de prothèses mammaires, privant ainsi la Cour de sa compétence—La Cour n'acquiescera pas à la demande de suspension des actions provinciales en instance—Il n'est pas en son pouvoir d'ordonner une telle mesure, parce qu'il n'existe aucune doctrine de la suprématie fédérale en ce qui a trait à la compétence des cours supérieures provinciales—Il ressort sans équivoque du libellé même de l'art. 50.1 que le législateur n'entendait pas habiliter la présente Cour à écarter la compétence provinciale dans les affaires telles que celle-ci—Requête rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.1 (édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 16).

AUSSANT C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ ET DU BIEN-ÊTRE) (T-2442-98, 2002 CFPI 1308, juge Hugessen, ordonnance en date du 18-12-02, 5 p.)

SUSPENSION D'INSTANCE

La défenderesse Biolyse Pharma Corporation (Biolyse) demande une ordonnance accordant un sursis d'exécution de la décision du juge Blanchard de la Section de première instance de la Cour fédérale jusqu'à ce que l'appel soit tranché—Biolyse est une petite société pharmaceutique qui a développé une nouvelle méthode de fabrication du paclitaxel à partir d'une source nouvelle—Le paclitaxel est employé dans le traitement des tumeurs cancéreuses—Le ministre de la Santé (le ministre) a indiqué à la défenderesse de déposer une présentation de drogue nouvelle (PDN), plutôt qu'une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN)—Le 20 septembre 2001, le ministre a délivré un avis de conformité (ADC) à Biolyse concernant la solution injectable de paclitaxel d'une concentration de 6 mg/ml—Le ministre a décidé que l'art. 5 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (le Règlement) ne s'appliquait pas et il n'a donc pas obligé Biolyse à envoyer un avis d'allégation à Bristol-Myers Squibb (BMS)—L'ADC permettait à Biolyse de commencer à vendre son produit et à en faire la publicité—Le 22 novembre 2002, le juge Blanchard a accueilli la demande de contrôle judiciaire de BMS à l'encontre de la décision du ministre de délivrer l'ADC—Il a jugé que le ministre avait omis d'exiger que Biolyse se conforme à l'art. 5 du Règlement et a donc annulé l'ADC—L'annulation immédiate de l'ADC a pour effet que Biolyse doit cesser immédiatement de fabriquer et de vendre son produit au Canada, doit présenter au ministre une PADN concernant son produit et soit signifier un avis d'allégation à BMS—Dans *RJR—MacDonald Inc. c. P.G. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, la Cour suprême du Canada a défini le critère pour accorder un sursis: question sérieuse à juger, préjudice irréparable et prépondérance des inconvénients—La principale question porte sur l'interprétation correcte de l'art. 5(1.1) du Règlement—Le juge Blanchard a statué que l'art.

PRATIQUE—Suite

5(1.1) du Règlement s'applique même dans le cas où il n'y a pas de comparaison entre deux médicaments comme fondement de l'approbation du premier médicament—Relativement au deuxième élément du critère, le préjudice est considéré comme irréparable non pas en fonction de son importance, mais selon qu'il sera possible pour le tribunal de réparer, par l'octroi de dommages-intérêts, le préjudice qui se réalisera si le sursis d'exécution n'est pas accordé—Le passage de *RJR—MacDonald* invoqué indique qu'une perte permanente de part de marché et un préjudice irrémédiable à la réputation commerciale d'une partie constituent un préjudice irréparable—Non seulement Biolyse fera probablement faillite, mais elle subira aussi d'autres préjudices—Par exemple, son stock de matière première en vue de la fabrication de son produit se gâtera—La réputation de Biolyse sur le marché pharmaceutique sera également entachée, ce qui nuira aux ventes qu'elle pourrait faire à des clients potentiels—Si le sursis n'est pas accordé, Biolyse subira un préjudice irréparable—En outre, si elle doit cesser ses activités, elle sera incapable de rembourser ses créanciers et ses investisseurs—Si le sursis d'exécution du jugement du juge Blanchard n'est pas accordé, l'appel ne sera probablement d'aucune utilité parce que Biolyse n'aura pas les moyens financiers de le continuer—L'annulation de l'ADC causera un préjudice irréparable à Biolyse et mettra son existence en péril—Au sujet du critère relatif à la prépondérance des inconvénients, le rejet de la requête pour sursis jusqu'à l'arrêt de la Cour d'appel causerait indubitablement à Biolyse un préjudice plus grand—La prépondérance des inconvénients est manifestement en faveur du maintien de la situation qui existait, de manière à donner à Biolyse la chance de poursuivre ses activités—La Cour a tenu compte de la situation factuelle et des préoccupations immédiates dont il faut s'occuper rapidement pour que le sursis d'exécution et l'appel soient efficaces—Elle a demandé à Biolyse de déposer une requête en vue d'une instruction accélérée—Règlement sur les

PRATIQUE—Fin

médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5 (mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2).

BRISTOL MYERS SQUIBB CO. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1898-01, 2002 CFPI 1319, juge Noël, ordonnance en date du 20-12-02, 11 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

La défenderesse a présenté une requête en vue d'obtenir le rejet de l'action en vertu de la règle 213 des Règles de la Cour fédérale (1998) au motif qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse—Le demandeur prétendait que le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) l'avait congédié injustement—La requête en radiation repose sur le point litigieux lié à l'argument de la défenderesse—La défenderesse prétendait que le SCRS n'avait jamais été l'employeur du demandeur—Il est de jurisprudence constante qu'une personne ne peut devenir un employé de Sa Majesté du chef du Canada sans qu'une nomination précise soit effectuée selon la procédure établie conformément aux lois—Un fonctionnaire ne peut être nommé autrement et cela ne peut être inféré des faits allégués que s'il existe des faits selon lesquels la procédure prescrite a été correctement suivie—Les relations entre le demandeur et le SCRS n'ont pas été alléguées d'une manière qui permettrait d'établir le lien d'emploi avec le SCRS—Aucun élément de preuve concernant une offre d'emploi autorisée par le directeur du SCRS ou son délégué ni aucune allusion à une quelconque offre d'emploi écrite—Les faits allégués n'établissent pas le fondement juridique de la demande du demandeur—Par conséquent, la déclaration est radiée et l'action du demandeur est rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 213.

FARRELL C. CANADA (T-1726-01, 2002 CFPI 1271, juge MacKay, ordonnance en date du 6-12-02, 8 p.)

If undelivered, return COVER ONLY to:
Communication Canada
— Publishing
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*
Communication Canada
— Édition
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S9