



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1995, Vol. 1, Part 3**

**1995, Vol. 1, 3<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [1995] 1 F.C., 459-658

Renvoi [1995] 1 C.F., 459-658

---



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

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

---

Editorial Board

Executive Editor  
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.  
Senior Legal Editor  
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.  
Editors  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

---

Bureau des arrêttistes

Directeur général  
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.  
Arrêttiste principal  
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.  
Arrêttistes  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

---

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

---

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

Production Staff

Production and Publication Officer  
LAURA VANIER

Services techniques

Préposée à la production et aux publications  
LAURA VANIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

Secretary  
DENISE CÔTÉ

Secrétaire  
DENISE CÔTÉ

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

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

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Court Reports should be referred to the Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada KIA 0S9.*

*Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe Communication Canada, Ottawa (Canada) KIA 0S9.*

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

---

**CONTENTS**

Digests ..... D-21

Canada v. Poker (T.D.)..... 561

Native peoples — Taxation — Appeals from TCC decisions employment income earned for services performed in school, hospital located off reserve, but servicing Indian communities, exempt from taxation — Indian Act, s. 90(1)(a) deeming personal property purchased by Crown with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for use of Indians, situated on reserve — S. 90(1) not applicable — Salary, wages not purchased, but paid — Indian Act, s. 87 exempting from taxation personal property of Indian situated on reserve — Taxpayers residing on reserve — *Situs* of employment income — Purpose of ss. 87, 90 to prevent erosion of use of property on reserve lands — Liberal, purposive interpretation of statutes relating to

*Continued on next page*

---

**SOMMAIRE**

Fiches analytiques..... F-25

Canada c. Poker (1<sup>re</sup> inst.)..... 561

Peuples autochtones — Taxation — Appels de décisions par lesquelles la CCI a statué que le revenu d'emploi gagné pour des services fournis dans une école et dans un hôpital situés hors réserve, mais desservant des communautés indiennes, était exempté de taxation — En vertu de l'art. 90(1)(a) de la Loi sur les Indiens, les biens personnels qui ont été achetés par Sa Majesté avec des deniers des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage d'Indiens sont tenus pour situés sur une réserve — L'art. 90(1) ne s'applique pas — Les traitements ou les salaires ne sont pas achetés, mais payés — L'art. 87 de la Loi sur les Indiens exempte de taxation les biens personnels d'un Indien situés sur une réserve — Contribuables résidant

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Indians — Employment earnings from school, part of system of reserve schools, administrative office of which on reserve, deemed situated on reserve — Employment earnings from hospital not situated on reserve as employer not residing thereon; duties performed off reserve — Absent connecting factor other than taxpayer's residence, employment duties benefitting Indians on reserve insufficient to tie income to reserve.

Income tax — Exemptions — Appeals from TCC decisions employment income earned for services performed in school, hospital located near, but not on reserve, servicing Indian communities, exempt from taxation — Parliament funding construction, operation of school, health care of Indians using hospital pursuant to Constitution Act, s. 91 responsibility for Indians — Indian Act, s. 87 exempting from taxation personal property of Indians situated on reserve — *Situs* of employment income — Taxpayers residing on reserve — Circumstances surrounding employment closely connected to reserve — As administrative office on reserve, school part of system of reserve schools, employer residing on reserve — Employment earnings from school deemed situated on reserve — Employment earnings from hospital not situated on reserve as employer, hospital, not residing on reserve; duties performed off reserve.

Construction of statutes — Tax exemption under Indian Act, s. 87 — Purpose of legislation considered — Statutes relating to Indians to be liberally construed but courts to determine purpose intended by Parliament — Necessity for comprehensive approach to *situs* of employment income — All connecting factors interpreted in light of purpose of tax exemption.

**David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc. (C.A.)**..... 588

Practice — “Gap” Rule — Appeal from dismissal of application to strike originating notice of motion for prohibition to prevent Minister of National Health and Welfare from issuing notice of compliance in respect of patented medicine — R. 419 not directly authorizing striking out notice of motion — To have recourse to provincial court rules by analogy under R. 5 for procedure to strike originating documents other than pleadings, must be gap in Federal Court Rules — That Federal Court Rules omitting provision in provincial court rules not meaning gap — If explanation for absence of provision in gen-

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

sur la réserve — *Situs* du revenu d'emploi — L'objet des art. 87 et 90 est d'éviter toute atteinte à l'utilisation des biens situés sur les réserves — Lois concernant les Indiens interprétées de façon libérale, en fonction de leur objet — Le revenu d'emploi gagné dans une école qui fait partie du réseau scolaire de la réserve et dont les bureaux administratifs sont situés sur la réserve est réputé situé sur la réserve — Le revenu d'emploi gagné dans l'hôpital n'est pas situé sur la réserve parce que l'employeur est situé à l'extérieur de la réserve; le travail est accompli à l'extérieur de la réserve — En l'absence d'un facteur de rattachement autre que la résidence du contribuable, les fonctions d'un emploi exercées au profit des Indiens d'une réserve ne suffisent pas à rattacher le revenu tiré de cet emploi à la réserve.

Impôt sur le revenu — Exemptions — Appels de décisions par lesquelles la CCI a statué que le revenu d'emploi gagné pour des services fournis dans une école et un hôpital situés à proximité mais à l'extérieur de la réserve et desservant les communautés indiennes est exempté de taxation — Le Parlement a fourni les fonds nécessaires à la construction et au fonctionnement de l'école, les soins de santé sont dispensés aux Indiens qui utilisent l'hôpital en vertu de l'art. 91 de la Loi constitutionnelle qui attribue la responsabilité des Indiens — L'art. 87 de la Loi sur les Indiens exempte de taxation les biens personnels d'un Indien situés sur une réserve — *Situs* du revenu d'emploi — Contribuables résidant sur la réserve — Les circonstances entourant l'emploi étaient très étroitement liées à la réserve — Les bureaux administratifs étant situés sur la réserve, l'école faisant partie du réseau scolaire de la réserve, l'employeur réside sur la réserve — Le revenu d'emploi provenant de l'école est réputé situé sur la réserve — Le revenu d'emploi provenant de l'hôpital n'est pas situé sur la réserve parce que l'employeur, l'hôpital, ne réside pas sur la réserve; le travail est accompli à l'extérieur de la réserve.

Interprétation des lois — Exemption de taxation prévue par l'art. 87 de la Loi sur les Indiens — Examen de l'objet de la Loi — Les lois concernant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale, mais les tribunaux doivent établir l'intention du législateur — La question du *situs* du revenu d'emploi doit être abordée globalement — Tous les facteurs de rattachement doivent être interprétés en regard de l'objet de l'exemption d'impôt.

**David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc. (C.A.)**..... 588

Pratique — Règle des «lacunes» — Appel du rejet de la demande de radiation de l'avis de requête introductive d'instance en prohibition visant à empêcher le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité relativement au médicament breveté — La Règle 419 n'autorise pas directement la radiation d'un avis de requête — La Règle 5 permet d'avoir recours aux règles de procédure provinciales pour déterminer, par analogie, la procédure à suivre pour radier les documents introductifs d'instance qui ne sont pas des plaidoiries écrites, uniquement lorsqu'il existe une

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

eral scheme, absence must be intentional — In such circumstances application by analogy of provincial court rules or other provisions of Federal Court Rules inapplicable on their face amending Federal Court Rules — Absence of provision for striking notices of motions explained as actions involving more time, expense — Rules re: actions requiring precise pleadings, but as no comparable rules re: notices of motion, riskier to strike.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Appeal from dismissal of application to strike originating notice of motion for prohibition to prevent Minister of National Health and Welfare from issuing Notice of Compliance in respect of patented medicine — R. 419 permitting Court to strike “pleading” in “action” — Application commenced by notice of motion not “action,” notice of motion not “pleading.”

Patents — Practice — Appeal from denial of application to strike originating notice of motion for prohibition against Minister issuing notice of compliance in respect of patented medicine — Such prohibition applications being motions for judicial review — Rules for judicial review providing strict timetable and Court role to ensure no undue delay — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations indicating expeditious disposition intended — Parties not to treat such proceedings as infringement, patent validity actions — Regulations not creating, abolishing private rights of action and pertain to public law — Not finally determining validity or infringement — Action appropriate procedure where such determination required.

### **Gil v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.)..... 508**

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appeal from Immigration and Refugee Board (IRB) decision appellant having well-founded fear of persecution but excluded from refugee status by Immigration Act, s. 2, Convention, Art. 1F(b) — Appellant Iranian citizen involved in bombing, arson with group of anti-Khomeini activists — IRB finding responsible for murder of innocent people — Whether “serious non-political crime” under Convention — Extradition, refugee law distinguished — No direct link between crime committed by appellant and alleged politi-

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

«lacune» dans les Règles de la Cour fédérale — L'absence, dans les Règles de la Cour fédérale, d'une disposition énoncée dans les règles de procédure provinciales ne signifie pas nécessairement qu'il existe une lacune — Si cette absence s'explique par l'organisation générale des règles, elle doit être intentionnelle — Dans ces circonstances, toute application par analogie des règles de procédure provinciales ou d'autres dispositions des Règles de la Cour fédérale, inapplicables de prime abord, équivaudrait à une modification des Règles de la Cour fédérale — L'absence de dispositions prévoyant la radiation des avis de requête s'explique par les frais et les délais plus importants en cause dans les actions — Les règles concernant les actions exigent des plaidoiries écrites précises, mais aucune règle ne pose la même exigence concernant les avis de requête, ce qui aggrave le risque inhérent à la radiation.

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Appel du rejet de la demande de radiation de l'avis de requête introductive d'instance en prohibition visant à empêcher le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité relativement au médicament breveté — La Règle 419 permet à la Cour de radier une «plaidoirie» dans une «action» — Une demande introduite par avis de requête n'est pas une «action», et un avis de requête n'est pas une «plaidoirie».

Brevets — Pratique — Appel du rejet de la demande de radiation de l'avis de requête introductive d'instance en prohibition visant à empêcher le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité relativement au médicament breveté — Ces demandes d'interdiction sont des requêtes en contrôle judiciaire — Les règles applicables au contrôle judiciaire prévoient un échéancier précis et confient à la Cour le rôle de s'assurer qu'aucun retard injustifié ne se produit — Le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) indique l'intention que ce type de demande soit tranché de façon expéditive — Les parties ne peuvent mener ces instances comme des actions en contrefaçon ou des actions touchant la validité d'un brevet — Le Règlement ne crée ni n'abolit les droits d'action des parties l'une contre l'autre et il ressortit au droit public — L'instance ne mène pas à une décision définitive sur la validité et la contrefaçon d'un brevet — Lorsqu'une telle décision est nécessaire, il convient de procéder par voie d'action.

### **Gil c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)..... 508**

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Appel de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) a statué que l'appelant avait une crainte bien fondée de persécution, mais qu'il était exclu de la définition du statut de réfugié par l'art. 2 de la Loi sur l'immigration, et de l'art. 1F(b) de la Convention — L'appelant est un citoyen de l'Iran qui avait participé à des attentats à la bombe et à des incendies criminels avec un groupe d'activistes opposés à Khomeiny — La CISR l'a jugé responsable du meurtre d'innocents — Il s'agit de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

cal purpose — Means employed disproportionate to legitimate political objective.

Extradition — Characterization of crimes as “political” in extradition, refugee law — Whether two sides of same coin — Extradition, refugee contexts considered, distinguished — Necessity for greater caution in characterizing crime as political in refugee than in extradition context — Review of English, American case law on political offences in extradition matters — “Incidence” test discussed — Crime not “political” if act disproportionate to objective, of barbarous nature — Violence against civilians not political crime regardless of motive — Act must be directly proximate to government.

### **Huynh v. Canada (T.D.)..... 633**

Citizenship and Immigration — Judicial review — Federal Court jurisdiction — Immigration Act, s. 83 amendment transferring original jurisdiction for judicial review of IRB decisions from F.C.A. to F.C.T.D., limiting right to appeal from F.C.T.D. to F.C.A. to cases where T.D. judge certifying serious question of general importance involved and denying right to appeal from refusal to certify question contravening neither Charter, ss. 7 nor 15.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Immigration Act, s. 83 amendment transferring original jurisdiction for judicial review of Immigration and Refugee Board decisions from F.C.A. to F.C.T.D., limiting right to appeal from F.C.T.D. to F.C.A. to cases where T.D. judge certifying serious question of general importance involved and denying right to appeal from refusal to certify question contravening neither Charter, ss. 7 nor 15.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Immigration Act, s. 83 amendment transferring original jurisdiction for judicial review of Immigration and Refugee Board decisions from F.C.A. to F.C.T.D., limiting right to appeal from F.C.T.D. to F.C.A. to cases where T.D. judge certifying serious question of general importance involved and denying right to appeal from refusal to certify question not contravening Charter, s. 7 — Requirement to certify question at time of rendering judgment not depriving

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

savoir s'il s'agissait d'un «crime grave de droit commun» au sens de la Convention — Distinction entre le droit des réfugiés et le droit de l'extradition — Absence de lien direct entre l'infraction commise par l'appelant et l'objectif politique invoqué — Les moyens employés étaient hors de proportion avec tout objectif politique légitime.

Extradition — Crimes qualifiés de crimes «à caractère politique» selon le droit des réfugiés et le droit de l'extradition — S'agit-il des deux côtés d'une même médaille? — Examen et distinction des domaines de la reconnaissance du statut de réfugiés et de l'extradition — Nécessité de faire preuve d'une plus grande prudence avant de qualifier une infraction d'infraction à caractère politique aux fins de la reconnaissance du statut de réfugié qu'en matière d'extradition — Revue de la jurisprudence anglaise et américaine sur les infractions à caractère politique en matière d'extradition — Analyse du critère du «caractère accessoire» — Un crime est un crime «de droit commun» si l'acte est disproportionné au but poursuivi ou s'il est de nature barbare — La violence contre des civils ne peut pas être qualifiée de crime politique, sans égard au motif invoqué — L'acte doit avoir un lien direct étroit avec le gouvernement.

### **Huynh c. Canada (1<sup>re</sup> inst.)..... 633**

Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Compétence de la Cour fédérale — La modification apportée à l'art. 83 de la Loi sur l'immigration transférant la compétence exclusive, aux fins du contrôle judiciaire des décisions rendues par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, de la C.A.F. à la Section de première instance, limitant le droit d'en appeler de la Section de première instance à la C.A.F. aux cas dans lesquels le juge de première instance a certifié que l'affaire soulève une question grave de portée générale, et refusant le droit d'en appeler du refus de certifier une question ne contrevient ni à l'art. 7 ni à l'art. 15 de la Charte.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — La modification apportée à l'art. 83 de la Loi sur l'immigration transférant la compétence exclusive, aux fins du contrôle judiciaire des décisions rendues par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, de la C.A.F. à la Section de première instance, limitant le droit d'en appeler de la Section de première instance à la C.A.F. aux cas dans lesquels le juge de première instance a certifié que l'affaire soulève une question grave de portée générale, et refusant le droit d'en appeler du refus de certifier une question ne contrevient ni à l'art. 7 ni à l'art. 15 de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — La modification apportée à l'art. 83 de la Loi sur l'immigration transférant la compétence exclusive, aux fins du contrôle judiciaire des décisions rendues par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, de la C.A.F. à la Section de première instance, limitant le droit d'en appeler de la Section de première instance à la C.A.F. aux cas dans lesquels le juge de première instance a certifié que l'affaire soulève une question grave de portée générale, et refusant le droit d'en

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

applicant of knowledge of case to be met — Ouster of review of T.D. decisions by C.A. or S.C.C. not violating fundamental justice principles — T.D. constitutionally qualified to render such decisions — Absence of appeal provision not violation of Charter *per se* — Fact judge whose decision impugned must certify question not raising reasonable apprehension of bias in view of oath of office taken by judge, nature of question to be certified — No vested right to appeal when Act amended.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Immigration Act, s. 83 amendment (coming into effect in February 1993) transferring original jurisdiction for judicial review of Immigration and Refugee Board decisions from F.C.A. to F.C.T.D., limiting right to appeal from F.C.T.D. to F.C.A. to cases where T.D. judge certifying serious question of general importance involved and denying right to appeal from refusal to certify question not contravening Charter, s. 15 — No infringement of applicant's equality rights, especially when citizens, non-citizens not having same right to remain in Canada.

Construction of statutes — Immigration Act amendment restricting right to appeal F.C.T.D. decisions to F.C.A. to cases where T.J. certifying question of general importance — Argued amendment operating retrospectively to interfere with vested right to appeal — Clear from s. 114 of amending Act retrospective application intended — Presumption against retrospective application of legislation rebutted — No vested right, no leave application having been made as of amendment date.

### **Malouf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.)..... 537**

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee as excluded by Convention, Art. 1F(b) — Applicant, Lebanese citizen, went to U.S.A. — Charged with possession, trafficking in cocaine — Allegedly accepted voluntary deportation from U.S.A. when on bail after pleading guilty to charges — Whether American crimes serious non-political crimes within meaning of Convention — CRDD decision based on applicant's lack of credibility, implausibility of alleged voluntary deportation — Case law on interpretation of exclusion clause — CRDD failing to consider applicant's refugee claim as against Lebanon and to give

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

appeler du refus de certifier une question ne contrevient pas à l'art. 7 de la Charte — L'exigence selon laquelle la question doit être certifiée dans le jugement n'empêche pas le requérant de savoir ce qu'il doit prouver — L'absence de contrôle des décisions de la Section de première instance par la C.A. ou par la C.S.C. ne viole pas les principes de justice fondamentale — La Section de première instance est constitutionnellement compétente pour rendre pareilles décisions — L'absence de disposition d'appel ne constitue pas une violation de la Charte en soi — Le fait que le juge dont la décision est contestée doit certifier la question ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité compte tenu du serment professionnel que le juge a prêté et de la nature de la question à certifier — Il n'existe aucun droit acquis à un appel lorsque la Loi est modifiée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La modification apportée à l'art. 83 de la Loi sur l'immigration (qui est entrée en vigueur en février 1993) transférant la compétence exclusive, aux fins du contrôle judiciaire des décisions rendues par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, de la C.A.F. à la Section de première instance, limitant le droit d'en appeler de la Section de première instance à la C.A.F. aux cas dans lesquels le juge de première instance a certifié que l'affaire soulève une question grave de portée générale, et refusant le droit d'en appeler du refus de certifier une question ne contrevient pas à l'art. 15 de la Charte — Les droits à l'égalité reconnus au requérant ne sont pas violés, en particulier lorsque les citoyens et les non-citoyens n'ont pas le même droit de demeurer au Canada.

Interprétation des lois — Modification apportée à la Loi sur l'immigration, restreignant le droit d'en appeler des décisions de la Section de première instance à la C.A.F. aux cas dans lesquels le juge de première instance certifie l'existence d'une question de portée générale — Il a été soutenu que la modification s'appliquait rétroactivement de façon à porter atteinte au droit acquis à un appel — Il ressort clairement de l'art. 114 de la Loi modificatrice qu'on prévoyait l'application rétroactive — La présomption à l'encontre de l'application rétroactive de la loi est réfutée — Absence de droit acquis, aucune demande d'autorisation n'ayant été présentée à la date de la modification.

### **Malouf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.)..... 537**

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a statué que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention parce qu'il était exclu par l'art. 1F(b) de la Convention — Le requérant, un citoyen du Liban, s'est rendu aux États-Unis — Il a été accusé de possession et de trafic de cocaïne — Il a prétendu avoir accepté volontairement d'être expulsé des États-Unis lorsqu'il se trouvait en liberté conditionnelle après avoir plaidé coupable à ces accusations — Il s'agit de savoir si ces crimes commis aux États-Unis sont des crimes graves de droit commun au sens de la Convention — La décision de la SSR était fondée sur le

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

notice exclusion clause would be considered — Applicant not given opportunity to present evidence, make representations — Failure to observe principle of procedural fairness.

### **Manitoba v. Canada (National Transportation Agency) (C.A.)..... 603**

Transportation — Appeal from cease and desist order against operation of unlicensed publicly available air ambulance service — Appellant not receiving formal notice prior to order, but aware of investigation — Although general right to procedural fairness, statutory framework examined to see if right modified — National Transportation Act, s. 35(4) authorizing Agency to make cease and desist order without first affording opportunity to be heard — Contrasted to preceding subsections requiring some sort of hearing — Abrogating need for hearing by necessary implication — Appropriate for court to note statutory provision for review, appeal if power improperly exercised where statute ruling out procedural fairness in certain circumstances.

Air law — Province of Manitoba operating public air ambulance service without licence in violation of National Transportation Act — Licensed air ambulance service caused economic hardship — Cease and desist order made by National Transportation Agency — Act, s. 35(4) authorizing Agency to make order without affording opportunity to be heard.

### **Miss Universe, Inc. v. Bohna (C.A.)..... 614**

Trade marks — Registration — Appeal from trial judgment holding no serious likelihood of confusion between trade marks “Miss Universe” and “Miss Nude Universe” for use in association with beauty pageants — Trial Judge finding vast difference in ambiance between annual “Miss Universe” pageants and “Miss Nude Universe” contests in bars, taverns — Holding “Nude” in middle of applicant’s trade mark of arresting significance conveying profound difference between two contests, rendering “Miss Nude Universe” distinctive — Trial Judge erred in not addressing scope of protection to be accorded trade mark as widely known, used as “Miss Universe” in organization of beauty pageants — Also erred in emphasizing differences in nature of services, trade, instead of considering likelihood of confusion if two businesses carried on in same area in same manner — Further erred in considering “Nude” in isolation — Degree of resemblance when looking at both marks.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

manque de crédibilité du requérant et le caractère non plausible de sa prétendue expulsion volontaire — Jurisprudence sur l’interprétation de la clause d’exclusion — Omission de la SSR d’examiner la revendication du statut de réfugié du requérant par rapport au Liban et de donner avis de la prise en compte de la clause d’exclusion — Le requérant n’a pas eu la possibilité de présenter une preuve et de faire des observations — Défaut de respecter un principe de l’équité procédurale.

### **Manitoba c. Canada (Office national des transports) (C.A.)..... 603**

Transports — Appel d’une injonction ordonnant la cessation de l’exploitation, sans licence, d’un service ambulancier aérien offert au public — L’appelante n’a pas été officiellement avisée avant le prononcé de l’injonction, mais elle était au courant de l’existence de l’enquête — Bien qu’il existe un droit général à l’équité procédurale, il faut examiner le cadre législatif pour voir si ce droit a été modifié — L’art. 35(4) de la Loi sur les transports nationaux autorise l’Office à prononcer une injonction sans accorder d’abord l’occasion d’être entendu — Différence des paragraphes précédents qui exigent une forme d’audience — Suppression implicite de la nécessité d’une audience — Le tribunal peut légitimement prendre acte du fait que la Loi prévoit la possibilité de réviser une ordonnance ou de la porter en appel si le pouvoir de la rendre a été exercé de façon irrégulière lorsque la Loi exclut l’équité procédurale dans certaines circonstances.

Droit aérien — La province du Manitoba exploite un service ambulancier aérien public pour lequel elle n’est pas titulaire d’une licence, en violation de la Loi sur les transports nationaux — Cette exploitation cause des difficultés économiques à un transporteur aérien qui est titulaire d’une licence — L’Office national des transports a prononcé une injonction — L’art. 35(4) autorise l’Office à prononcer une injonction sans accorder d’abord à l’intéressé l’occasion d’être entendu.

### **Miss Universe, Inc. c. Bohna (C.A.)..... 614**

Marques de commerce — Enregistrement — Appel du jugement de première instance statuant à l’absence de possibilité réelle de confusion entre les marques de commerce «Miss Universe» et «Miss Nude Universe» devant être utilisées en liaison avec des concours de beauté — Le juge de première instance a conclu à une énorme différence d’ambiance entre les concours de beauté annuels «Miss Universe» et les concours «Miss Nude Universe» tenus dans des bars et des tavernes — Il a conclu que le mot «Nude» au milieu de la marque de commerce du requérant avait une signification saisissante témoignant de la différence profonde entre les deux concours et donnant à la marque de commerce «Miss Nude Universe» un caractère distinctif — Le juge de première instance a commis une erreur en ne traitant pas de l’étendue de la protection à accorder à une marque de commerce aussi généralement connue et employée que «Miss Universe» dans la gestion des concours de beauté — Il a aussi commis une erreur en insistant sur la nature différente des services et du commerce plutôt que de

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

### **Quebec Ports Terminals Inc. v. Canada (Labour Relations Board) (C.A.)..... 459**

Labour relations — Applications for judicial review of CLRB order appointing employer representative pursuant to Canada Labour Code, s. 34(4), and decision collective agreement subsequently entered into binding on all employees, employers — In light of privative clause in Code, s. 22, standard of judicial review whether Board's order, decision patently unreasonable, or clearly irrational — Use of "employer representative" in present s. 34 instead of "agent" (used in predecessor) indicating system changed — S. 34(4) imposing legal duty on Board to select "employer representative," who "shall be deemed" to be employer (s. 34(5)) — By virtue of appointment under s. 34, invested with necessary powers to discharge all duties, responsibilities of employer under Code, Part I "on behalf of those employers" — Lengthy explanation of choice of candidates, analysis of general collective, multi-employer, industry-wide bargaining systems indicating Board's interpretation not unreasonable though not applying criteria of objectivity, impartiality favoured by applicant — Once collective bargaining notice given, parties having duty to meet, attempt to conclude collective agreement — Collective agreement so concluded binding on all employees, employers.

Barristers and Solicitors — Application for judicial review of CLRB's appointment of employer representative under Canada Labour Code, s. 34(4) when employers failing to agree thereon — Applicant alleging appearance of bias as successful candidate represented by same law firm as CLRB in unrelated case before S.C.C. — Standard for determination of whether appearance of bias that of "informed person," having no interest in ongoing case, aware of Board's limited role before Court in judicial review proceedings — As no connection between two cases, no fear of transmission of confidential information — No benefit to be gained by CLRB in favouring candidate represented by law firm also representing Board in another case.

Judicial review — CLRB appointing employer representative under Canada Labour Code, s. 34(4) — Applicant alleging appearance of bias as successful candidate represented by same

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

considérer la possibilité de confusion si les deux entreprises étaient exercées dans la même région de la même façon — Le juge de première instance a aussi commis une erreur en considérant le mot «Nude» pris isolément — On constate un degré de ressemblance en considérant les deux marques.

### **Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail) (C.A.)..... 459**

Relations du travail — Recours en contrôle judiciaire contre l'ordonnance du CCRT portant désignation d'un représentant patronal sous le régime de l'art. 34(4) du Code canadien du travail et contre sa décision aux termes de laquelle la convention collective subséquentement conclue liait tous les employés et employeurs — Vu la clause privative de l'art. 22 du Code, le test du contrôle judiciaire consiste à examiner si l'ordonnance et la décision du Conseil sont manifestement déraisonnables ou clairement irrationnelles — La substitution, à l'art. 34 actuellement en vigueur, du mot «représentant patronal» au mot «mandataire» (employé dans l'ancienne loi) annonçait un changement de régime — L'art. 34(4) prescrit pour le Conseil le devoir de désigner un «représentant patronal», qui est alors «assimilé à un employeur» (art. 34(5)) — En vertu de sa désignation sous le régime de l'art. 34, le représentant patronal est investi des pouvoirs nécessaires afin d'exécuter «au nom des employeurs» toutes les obligations imposées à l'employeur par la partie I du Code — L'explication détaillée du choix du candidat, l'analyse comparative du régime général de négociation collective, du régime de négociation multipatronale et du régime de négociation sectorielle indiquent que l'interprétation du Conseil n'était pas déraisonnable bien qu'il n'eût pas appliqué les critères d'objectivité et d'impartialité que favorise la requérante — Dès que l'avis de négociation de la convention collective est donné, les parties ont l'obligation de se rencontrer et de s'efforcer de conclure une convention collective — Une fois conclue, celle-ci lie tous les employés et employeurs.

Avocats et procureurs — Recours en contrôle judiciaire contre la désignation faite par le CCRT d'un représentant patronal sous le régime de l'art. 34(4) du Code canadien du travail, faite par les employeurs d'avoir choisi eux-mêmes leur représentant — La requérante conclut à apparence de partialité du fait que le candidat retenu était représenté par la même étude d'avocats que celle qui représentait le CCRT dans une autre affaire devant la Cour suprême du Canada — Le critère applicable pour décider s'il y a ou non apparence de partialité consiste à se mettre à la place de la «personne bien renseignée» qui n'a aucun intérêt dans le litige et qui sait que le Conseil a un rôle limité devant la Cour en cas de contrôle judiciaire — Comme il n'y a aucun lien entre les deux affaires, aucune crainte de transmission d'informations confidentielles — Le CCRT n'avait aucun avantage à favoriser le candidat représenté par la même étude d'avocats que celle qui le représentait dans une autre affaire.

Contrôle judiciaire — Le CCRT a nommé un représentant patronal sous le régime de l'art. 34(4) du Code canadien du travail — La requérante conclut à apparence de partialité du

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

law firm as Board in unrelated proceedings — Reference to standard for determination of whether appearance of bias — As no connection between cases, no possibility of transmission of confidential information, allegation unfounded.

### **Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp. (C.A.)..... 483**

Patents — Infringement — Accounting of profits — Equitable remedy to prevent unjust enrichment — Patent infringer accountable both for profits improperly obtained and subsequent use — Burden on defendant to prove right to apportionment, absence of causal link between that portion of profits and infringement — Absent such proof, proper to assume *illegally gained profits used to realize profits of ordinary, responsible businessperson* — Respondents entitled to profits actually made through infringing acts — Pre-judgment interest awarded even if not claimed — As pre-judgment interest deemed earnings on profits where infringer not accounting for profits as required by law, not discretionary — Compound pre-judgment interest rule, subject to Court's discretion if award thereof amounting to punishment — Judgment in infringement action incomplete until judgment rendered on report of accounting of profits — Delay in filing report depriving plaintiffs of money — Where failure to account for profits, reasonable to assume person who has improperly enjoyed profits making most beneficial use of them — Profits bearing interest at chartered bank rate on prime business loans — Canadian rate of interest applied as contract performed in Canada, payable in Canadian dollars, cause of action arising in Canada, proceedings instituted in Canada.

Restitution — Accounting of profits in patent infringement case — *Equitable remedy to prevent unjust enrichment, not to punish infringer* — Onus of proving profits and apportionment — Court considers profits made by infringing acts, not profit made if non-infringing method used — Pre-judgment interest awarded though not claimed as unjust enrichment if infringer retaining earnings on improperly made profits — Equity requiring award of compound interest to reflect reality of business life.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

fait que le candidat retenu était représenté par la même étude d'avocats que celle qui représentait le CCRT dans une autre affaire — Rappel du critère applicable pour juger s'il y a apparence de partialité — Comme il n'y a aucun lien entre les deux affaires, aucune possibilité de transmission d'informations confidentielles, allégation non fondée.

### **Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp. (C.A.)..... 483**

Brevets — Contrefaçon — Établissement des comptes relatifs aux bénéficiaires — Recours en *equity* dont l'objet est d'empêcher que la personne s'enrichisse injustement — Le contrefacteur d'un brevet doit rendre compte à la fois des bénéficiaires irrégulièrement obtenus et de leur emploi subséquent — Il incombe au défendeur d'établir son droit à la répartition des bénéfices et de prouver l'absence de lien de causalité entre la contrefaçon et la partie des bénéfices qu'il réclame — En l'absence d'une telle preuve, on peut légitimement présumer que les bénéficiaires irrégulièrement réalisés ont été employés de façon à en tirer les bénéfices d'un homme d'affaires ordinaire et responsable — Les intimés ont droit aux bénéfices effectivement réalisés par suite de la contrefaçon du brevet — Des intérêts avant jugement ont été accordés même si aucune demande à cet effet n'avait été présentée — Comme les intérêts avant jugement sont des gains que le contrefacteur est réputé avoir tirés des bénéfices lorsqu'il fait défaut d'en rendre compte ainsi que la loi le requiert, il ne s'agit pas d'une question discrétionnaire — L'octroi d'intérêts composés est la règle, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour lorsqu'une telle mesure équivaudrait à une punition — Dans une action en contrefaçon, le jugement n'est pas complet tant qu'il n'a pas été statué sur la reddition de compte quant aux bénéfices — Le retard à déposer le rapport a privé les demanderesse des bénéfices — Lorsqu'il y a défaut de rendre compte des bénéfices, il est raisonnable de présumer que la personne qui a irrégulièrement touché les bénéfices en a fait le meilleur usage possible — Les profits portent intérêts au taux préférentiel appliqué par les banques à charte aux prêts commerciaux qu'elles consentent — Le taux d'intérêt pratiqué au Canada s'applique parce que le contrat a été exécuté au Canada, les services étaient payables en dollars canadiens, la cause d'action a pris naissance au Canada et l'action a été intentée au Canada.

Restitution — Établissement des comptes relatifs aux bénéficiaires dans une affaire de contrefaçon de brevet — Recours en *equity* dont l'objet n'est pas de punir le contrefacteur mais d'empêcher qu'il ne s'enrichisse injustement — Fardeau de la preuve relativement aux bénéfices et à leur répartition — La Cour considère les bénéfices réalisés en contrefaisant le brevet et non ceux qui auraient été retirés en utilisant une méthode n'entraînant pas de contrefaçon — Des intérêts avant jugement ont été accordés sans qu'une demande à cet effet ne soit faite pour empêcher le contrefacteur de s'enrichir injustement en conservant les bénéfices irrégulièrement réalisés — *L'equity* exige l'octroi d'intérêts composés parce qu'ils sont imposés dans la vie commerciale.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Practice — References — Appeal from trial judgment confirming referee's accounting of profits from patent infringement — On appeal under R. 506, reviewing judge should not interfere unless error of law, or findings of fact made in perverse or capricious manner or resulting from palpable, overriding error — Exercise of discretionary power by prothonotary, whether sitting as prothonotary, or referee, not disturbed unless clearly wrong.

## SOMMAIRE (Fin)

Pratique — Renvois — Appel interjeté à l'encontre du jugement de première instance confirmant les conclusions formulées par un arbitre nommé pour l'établissement des comptes relativement aux bénéfices réalisés à la suite de la contrefaçon d'un brevet — Lors d'un appel interjeté en vertu de la Règle 506, le juge siégeant en révision ne doit pas modifier les conclusions à moins qu'il n'y ait eu une erreur de droit ou que les conclusions de fait ont été tirées de façon abusive ou arbitraire ou découlent d'une erreur manifeste et cruciale — Que le prothonotaire entende des requêtes ou agisse comme arbitre, la Cour ne doit pas intervenir dans l'exercice de son pouvoir sauf si cet exercice est entaché d'une erreur flagrante.



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

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1995, Vol. 1, Part 3**

**1995, Vol. 1, 3<sup>e</sup> fascicule**



<p style="text-align: right;">A-1584-92</p> <p><b>Quebec Ports Terminals Inc. (Applicant)</b></p> <p>v.</p> <p><b>Canada Labour Relations Board (Respondent)</b></p> <p>and</p> <p><b>Maritime Employers' Association, Compagnie d'amarrage Trois-Rivières Ltée, Compagnie d'arrimage Trois-Rivières Ltée, J. C. Malone et Compagnie Ltée, Les Élévateurs de Trois-Rivières, Somavrac Inc., Syndicat des débardeurs de Trois-Rivières, Local 1375 (CUPE), Société du parc industriel et portuaire de Bécancour (Mis en cause)</b></p> <p style="text-align: right;">A-513-93</p> <p><b>Quebec Ports Terminals Inc. (Applicant)</b></p> <p>v.</p> <p><b>Maritime Employers' Association and Syndicat des débardeurs de Trois-Rivières, Local 1375 (CUPE) (Respondents)</b></p> <p>and</p> <p><b>Claude H. Foisy in his capacity as arbitrator and Canada Labour Relations Board (Mis en cause)</b></p> <p><i>INDEXED AS: QUEBEC PORTS TERMINALS INC. v. CANADA (LABOUR RELATIONS BOARD) (C.A.)</i></p> <p>Court of Appeal, Desjardins and Décary, J.J.A. and Chevalier D.J.A.—Montréal, September 29 and 30; Ottawa, October 28, 1994.</p> <p><i>Labour relations — Applications for judicial review of CLRB order appointing employer representative pursuant to Canada Labour Code, s. 34(4), and decision collective agreement subsequently entered into binding on all employees, employers — In light of privative clause in Code, s. 22, standard of judicial review whether Board's order, decision patently unreasonable, or clearly irrational — Use of "employer representative" in present s. 34 instead of "agent" (used in predecessor) indicating system changed — S. 34(4) imposing legal duty on Board to select "employer representative," who "shall be deemed" to be employer (s. 34(5)) — By virtue of appointment under s. 34, invested with necessary</i></p>	<p style="text-align: right;">A-1584-92</p> <p><b>Terminaux portuaires du Québec Inc. (requérante)</b></p> <p>c.</p> <p><sup>a</sup> <b>Le Conseil canadien des relations du travail (intimé)</b></p> <p>et</p> <p><sup>b</sup> <b>L'Association des employeurs maritimes, la Compagnie d'amarrage Trois-Rivières Ltée, la Compagnie d'arrimage Trois-Rivières Ltée, J. C. Malone et Compagnie Ltée, Les Élévateurs de Trois-Rivières, Somavrac Inc., le Syndicat des débardeurs de Trois-Rivières, Section locale 1375 (SCFP), la Société du parc industriel et portuaire de Bécancour (mis en cause)</b></p> <p style="text-align: right;">A-513-93</p> <p><sup>d</sup> <b>Terminaux portuaires du Québec Inc. (requérante)</b></p> <p>c.</p> <p><sup>e</sup> <b>L'Association des employeurs maritimes et le Syndicat des débardeurs de Trois-Rivières, Section locale 1375 (SCFP) (intimés)</b></p> <p>et</p> <p><sup>f</sup> <b>Claude H. Foisy en sa qualité d'arbitre et le Conseil canadien des relations du travail (mis en cause)</b></p> <p><sup>g</sup> <i>RÉPERTORIÉ: TERMINAUX PORTUAIRES DU QUÉBEC INC. c. CANADA (CONSEIL DES RELATIONS DU TRAVAIL) (C.A.)</i></p> <p><sup>h</sup> Cour d'appel, juges Desjardins et Décary, J.C.A. et juge suppléant Chevalier—Montréal, 29 et 30 septembre; Ottawa, 28 octobre 1994.</p> <p><sup>i</sup> <i>Relations du travail — Recours en contrôle judiciaire contre l'ordonnance du CCRT portant désignation d'un représentant patronal sous le régime de l'art. 34(4) du Code canadien du travail et contre sa décision aux termes de laquelle la convention collective subséquentement conclue liait tous les employés et employeurs — Vu la clause privative de l'art. 22 du Code, le test du contrôle judiciaire consiste à examiner si l'ordonnance et la décision du Conseil sont manifestement déraisonnables ou clairement irrationnelles — La substitution, à l'art. 34 actuellement en vigueur, du mot «représentant patronal» au mot «mandataire» (employé dans l'ancienne loi) annonçait un changement de régime — L'art. 34(4) prescrit pour le Conseil</i></p>
--	---

*powers to discharge all duties, responsibilities of employer under Code, Part I "on behalf of those employers" — Lengthy explanation of choice of candidates, analysis of general collective, multi-employer, industry-wide bargaining systems indicating Board's interpretation not unreasonable though not applying criteria of objectivity, impartiality favoured by applicant — Once collective bargaining notice given, parties having duty to meet, attempt to conclude collective agreement — Collective agreement so concluded binding on all employees, employers.*

*Barristers and Solicitors — Application for judicial review of CLRB's appointment of employer representative under Canada Labour Code, s. 34(4) when employers failing to agree thereon — Applicant alleging appearance of bias as successful candidate represented by same law firm as CLRB in unrelated case before S.C.C. — Standard for determination of whether appearance of bias that of "informed person," having no interest in ongoing case, aware of Board's limited role before Court in judicial review proceedings — As no connection between two cases, no fear of transmission of confidential information — No benefit to be gained by CLRB in favouring candidate represented by law firm also representing Board in another case.*

*Judicial review — CLRB appointing employer representative under Canada Labour Code, s. 34(4) — Applicant alleging appearance of bias as successful candidate represented by same law firm as Board in unrelated proceedings — Reference to standard for determination of whether appearance of bias — As no connection between cases, no possibility of transmission of confidential information, allegation unfounded.*

These were applications for judicial review of the Canada Labour Relations Board's (CLRB) order appointing the Maritime Employers' Association (MEA) as the employer representative for all employers covered by the certification of the Syndicat des débardeurs de Trois-Rivières, Local 1375, of CUPE, and the Board's decision that the collective agreement subsequently entered into between the employer representative and the union was binding on all employees and employers in the bargaining unit, including the applicant. Upon certification of the union, the Board directed employers to select a representative. When no agreement was reached, the Board summoned the employers to a hearing. The criteria used for selecting an "employer representative" included the wishes expressed by the employers, relevant experience in the long-shoring or a comparable industry, material resources to serve effectively

*le devoir de désigner un «représentant patronal», qui est alors «assimilé à un employeur» (art. 34(5)) — En vertu de sa désignation sous le régime de l'art. 34, le représentant patronal est investi des pouvoirs nécessaires afin d'exécuter «au nom des employeurs» toutes les obligations imposées à l'employeur par la partie I du Code — L'explication détaillée du choix du candidat, l'analyse comparative du régime général de négociation collective, du régime de négociation multipatronale et du régime de négociation sectorielle indiquent que l'interprétation du Conseil n'était pas déraisonnable bien qu'il n'ait pas appliqué les critères d'objectivité et d'impartialité que favorise la requérante — Dès que l'avis de négociation de la convention collective est donné, les parties ont l'obligation de se rencontrer et de s'efforcer de conclure une convention collective — Une fois conclue, celle-ci lie tous les employés et employeurs.*

*Avocats et procureurs — Recours en contrôle judiciaire contre la désignation faite par le CCRT d'un représentant patronal sous le régime de l'art. 34(4) du Code canadien du travail, faite par les employeurs d'avoir choisi eux-mêmes leur représentant — La requérante conclut à apparence de partialité du fait que le candidat retenu était représenté par la même étude d'avocats que celle qui représentait le CCRT dans une autre affaire devant la Cour suprême du Canada — Le critère applicable pour décider s'il y a ou non apparence de partialité consiste à se mettre à la place de la «personne bien renseignée» qui n'a aucun intérêt dans le litige et qui sait que le Conseil a un rôle limité devant la Cour en cas de contrôle judiciaire — Comme il n'y a aucun lien entre les deux affaires, aucune crainte de transmission d'informations confidentielles — Le CCRT n'avait aucun avantage à favoriser le candidat représenté par la même étude d'avocats que celle qui le représentait dans une autre affaire.*

*Contrôle judiciaire — Le CCRT a nommé un représentant patronal sous le régime de l'art. 34(4) du Code canadien du travail — La requérante conclut à apparence de partialité du fait que le candidat retenu était représenté par la même étude d'avocats que celle qui représentait le CCRT dans une autre affaire — Rappel du critère applicable pour juger s'il y a apparence de partialité — Comme il n'y a aucun lien entre les deux affaires, aucune possibilité de transmission d'informations confidentielles, allégation non fondée.*

Recours en contrôle judiciaire contre l'ordonnance du Conseil canadien des relations du travail (le Conseil) portant désignation de l'Association des employeurs maritimes (l'AEM) comme «représentant patronal» de l'ensemble des employeurs visés par l'accréditation du Syndicat des débardeurs de Trois-Rivières, Section locale 1375, du SCFP, et contre la décision du Conseil aux termes de laquelle la convention collective subseqüemment conclue liait tous les employés et les employeurs de l'unité de négociation, y compris la requérante. Une fois l'accréditation syndicale accordée, le Conseil a enjoint aux employeurs de se choisir un représentant. Comme rien n'a été fait, il les a convoqués en audience. Les critères retenus pour la sélection d'un «représentant patronal» étaient la volonté exprimée par les différents employeurs, l'expérience pertinente dans le secteur du débarquement ou dans un secteur comparable, la



and expeditiously a plurality of employers, the ability to assume existing employer obligations, the presence of mechanisms through which individual employers can express their concerns and if necessary resolve disputes between them, and the ability of the representative to discharge its obligations under the Code, in particular the obligation to bargain in good faith. It then appointed MEA as the "employer representative."

Under *Canada Labour Code*, subsection 34(3), as amended in 1991, where the Board has certified a trade union as the bargaining agent for employees of two or more employers in the long-shoring industry, it shall require the employers to jointly choose a representative and shall appoint the representative so chosen. Under subsection 34(4), if the employers fail to choose a representative, the Board shall appoint an employer representative of its own choosing. Previously, subsection 34(3) provided for the appointment of an agent to act on behalf of the employers.

Before deciding that the collective agreement was binding, the Board analyzed the general collective bargaining system as compared to the multi-employer bargaining system contemplated by section 33 and the industry-wide bargaining system contemplated by section 34. It held that under subsection 34(5) the employer representative was explicitly invested by the Code, and not by the employers it represents, with the power to bind all employers in the unit.

The applicant argued that the powers vested in the employer representative were only those of a legal agent, which could not commit an employer in negotiations unless it had obtained the necessary instructions from that employer. If there were several employers, the legal agent must obtain instructions from each. Secondly, the applicant submitted that the Board acted unreasonably in not applying the criteria of objectivity and impartiality, when it selected MEA as "employer representative" instead of the firm proposed by the applicant. Finally, the applicant argued that there was an appearance of bias when the Board found in favour of the MEA, which was represented by Ogilvy Renault, the same law firm which had represented the Board in an application for leave to appeal in an unrelated case. It maintained that once an appearance of bias was raised, the Board had a duty to explain the circumstances in which counsel had obtained his instructions. Failure to do so meant that the Board had not discharged its burden of proof.

*Held*, the applications should be dismissed.

In light of the privative clause in *Canada Labour Code*, section 22 the judicial review test applicable was that of whether the Board's order and decision were patently unreasonable or were clearly irrational.

It was reasonable for the Board to conclude that the employer representative, deemed to be the employer, possessed a power similar to that of the bargaining agent, namely that of negotiating the collective agreement. Use of "employer repre-

capacité matérielle de desservir efficacement et avec célérité une pluralité d'employeurs, la capacité d'assumer les obligations patronales existantes, la présence de mécanismes susceptibles de permettre aux employeurs individuels d'exprimer leurs intérêts et, le cas échéant, d'assurer le règlement des différends pouvant les opposer, et la capacité du représentant choisi de s'acquitter des obligations prévues par le Code, notamment celle de négocier de bonne foi. Le Conseil a alors désigné l'AEM comme le «représentant patronal».

Selon le paragraphe 34(3) du *Code canadien du travail*, modifié en 1991, lorsque le Conseil accrédite un syndicat à titre d'agent négociateur pour les employés de plusieurs employeurs dans le secteur du débardage, il enjoint aux employeurs de choisir collectivement un représentant, après quoi il désigne le représentant ainsi choisi. Selon le paragraphe 34(4), si les employeurs ne choisissent pas un représentant, le Conseil en désigne un lui-même. L'ancien paragraphe 34(3) prévoyait la désignation d'un mandataire pour représenter les employeurs.

Avant de conclure que la convention collective avait force obligatoire, le Conseil a analysé le régime général de négociation collective par rapport au régime de négociation multipatronale prévu à l'article 33 et au régime de négociation sectorielle prévu à l'article 34. Il a conclu que selon le paragraphe 34(5), le représentant patronal se voit explicitement investi par le Code, et non par les employeurs qu'il représente, du pouvoir de lier tous les employeurs de l'unité.

La requérante soutient que les pouvoirs dont est investi le représentant patronal ne sont que ceux d'un mandataire légal, lequel ne peut engager un employeur lors des négociations que s'il a obtenu de cet employeur le mandat nécessaire. Dans le cas où il y a plusieurs employeurs, le mandataire légal doit obtenir un mandat de chacun. Comme second moyen, la requérante prétend que le Conseil a agi de façon déraisonnable en ne retenant pas les critères d'objectivité et d'impartialité lorsqu'il a préféré la candidature de l'AEM comme «représentant patronal» plutôt que celle de la firme qu'elle avait proposée. Enfin, la requérante soutient qu'il y a apparence de partialité du fait que le Conseil s'est prononcé en faveur de l'AEM, que représente l'étude Ogilvy Renault, alors qu'il était lui-même représenté par la même étude Ogilvy Renault pour demander l'autorisation d'appel dans une autre affaire. Et qu'une fois l'apparence de partialité soulevée, il incombait au Conseil d'expliquer dans quelles circonstances son avocat avait reçu ses instructions. L'absence d'explications signifie que le Conseil ne s'est pas déchargé de son fardeau de preuve.

*Arrêt*: il faut rejeter les demandes.

Le test de contrôle judiciaire applicable, compte tenu de la clause privative de l'article 22 du *Code canadien du travail*, consiste à examiner si l'ordonnance et la décision du Conseil sont manifestement déraisonnables ou clairement irrationnelles.

Il était raisonnable pour le Conseil de conclure que le représentant patronal, réputé employeur, était investi du pouvoir analogue à celui de l'agent négociateur, soit celui de négocier la convention collective. En substituant, dans la loi de 1991, le

sentative" in the 1991 legislation instead of "agent" to designate the spokesperson for the employers at the bargaining table, indicated that the system had been changed. If the employers cannot agree, the Board has a legal duty under subsection 34(4) of the Code to select the "employer representative". Subsection 34(5) provides that the employer representative "shall be deemed to be an employer" and "by virtue of having been appointed under this section" it was invested with the necessary powers to "discharge all the duties and responsibilities of an employer" under Part I of the Code "on behalf of all the employers of the employees in the bargaining unit, including" that of entering into a collective agreement "on behalf of those employers." By comparison, old section 34 gave the Board power only to order employers to appoint an agent and authorize him to discharge the duties and responsibilities of an employer.

The Board demonstrated no irrationality in its choice of sufficiently reliable criteria for selecting the "employer representative" for determining which candidate was more suitable to fill the position of "employer representative." Although it did not use the criteria of objectivity and impartiality which the applicant favoured, it explained its position at length and considered that the new subsection 34(6), prohibiting an employer representative from acting arbitrarily, discriminatorily or in bad faith in the representation of any of the employers, gave the applicant sufficient protection. In view of the lengthy analysis of the various bargaining systems, the Board's interpretation was not unreasonable.

A reasonable person would quickly realize that the allegation of bias was groundless. Counsel who represented the Board in the Supreme Court of Canada never represented the MEA before the Board. In judicial review proceedings, the Board's role is limited to providing the Court with information on the practices and procedures developed to administer the Code so that its fundamental objectives are achieved, on the administrative process used in disposing of applications before it and on certain special factors pertaining to labour relations. Private law firms who are retained by the Board must be able to fully master the Code, procedure and practices used before the Board and those used in the Federal Court. Firms from which the Board can choose are generally limited to those regularly appearing before it.

The "informed" person who must decide whether there is an appearance of bias is a person, not interested in the ongoing case, and who is not unaware that the Board has a limited part to play when it appears in the courts. The conflict of interest alleged herein was not that of a lawyer who changes sides. There was no connection between the two cases. The applicant was not concerned about the transmission of confidential information from one case to another, but about the possibility that the Board wished to favour one organization because its law

mot «représentant patronal» au mot «mandataire» pour désigner le porte-parole des employeurs à la table des négociations, le législateur annonçait déjà un changement de régime. Si les employeurs ne peuvent s'entendre, le Conseil est tenu par le paragraphe 34(4) du Code de choisir le «représentant patronal». Selon le paragraphe 34(5), celui-ci est alors «assimilé à un employeur» et, «en vertu de sa désignation», investi des pouvoirs nécessaires afin d'«exécuter, au nom des employeurs des employés de l'unité de négociation, toutes les obligations imposées à l'employeur» par la partie I du Code dont celle de conclure «en leur nom» une convention collective. L'ancien article 34, en comparaison, ne faisait que donner au Conseil le pouvoir d'ordonner aux employeurs de se désigner un mandataire et de l'investir des pouvoirs imposés à l'employeur.

Le Conseil n'a fait preuve d'aucune irrationalité en retenant comme critères de sélection du «représentant patronal» ceux qu'il estimait suffisamment fiables pour décider lequel des deux candidats proposés était le plus apte à remplir le poste. S'il est vrai qu'il n'a pas retenu les deux critères d'objectivité et d'impartialité que favorisait la requérante, il s'en est longuement expliqué et a estimé que le nouveau paragraphe 34(6), qui interdit au représentant patronal d'agir de manière arbitraire ou discriminatoire ou de mauvaise foi à l'égard des employeurs qu'il représente, accordait à la requérante toute la protection requise. Cette interprétation était loin d'être déraisonnable vu la longue analyse faite par le Conseil des divers régimes de négociation.

Toute personne raisonnable se rendrait vite compte que l'allégation de partialité est sans fondement. L'avocat, qui représentait le Conseil devant la Cour suprême du Canada, n'a jamais représenté l'AEM devant le Conseil dans le dossier en instance. Dans le cadre de procédures en contrôle judiciaire, le rôle du Conseil se limite à fournir à la Cour des informations sur les pratiques et les procédures élaborées aux fins d'administrer le Code d'une façon qui permette d'en réaliser les objectifs fondamentaux, sur le processus administratif suivi pour statuer sur les demandes dont il est saisi et sur les considérations propres aux relations du travail. Les avocats d'études privées, dont les services sont retenus par le Conseil, doivent être en mesure de bien maîtriser le Code, les procédures et les pratiques suivies devant le Conseil ainsi que celles suivies devant la Cour fédérale. Son bassin de sélection se limite généralement au bassin des avocats comparaisant régulièrement devant lui.

La personne «bien renseignée», qui est appelée à décider de l'existence ou non d'une apparence de partialité, est une personne désintéressée au litige et qui n'ignore pas que le Conseil a un rôle limité lorsqu'il se présente devant les tribunaux. En l'espèce, le conflit d'intérêts soulevé n'est pas celui d'un avocat qui change de camp. Il n'existe aucun lien entre les deux affaires. Ce que craignait la requérante, ce n'était pas la transmission d'informations confidentielles d'un dossier à un autre, mais la possibilité que le Conseil favorise une partie dont

firm was representing the Board in the Supreme Court of Canada. There was no benefit to be gained by the Board by favouring an organization represented by Ogilvy Renault since it was the Supreme Court of Canada, not the law firm, which had to decide its application for leave to appeal.

l'étude d'avocats est celle-là même qui le représentait devant la Cour suprême du Canada. Le Conseil n'avait aucun avantage à favoriser la partie représentée par l'étude Ogilvy Renault puisque, en fin de compte, ce n'est pas Ogilvy Renault mais bien la Cour suprême du Canada qui allait décider de la demande

a d'autorisation d'appel.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act to amend the Canada Labour Code (geographic certification)*, S.C. 1991, c. 39, s. 1. b

*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 3, 16, 22 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 56), 24, 25, 26, 28, 32, 33, 34(1),(2),(3) (as am. by S.C. 1991, c. 39, s. 1), (4) (as am. *idem*), (5) (as am. *idem*), (6) (as am. *idem*), (7) (as am. *idem*), 35, 36, 37, 50(a)(i), 56, 65, 97 (as am. *idem*, c s. 2). c

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 1611 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235; (1990), 77 D.L.R. (4th) 249; [1991] 1 W.W.R. 705; 70 Man. R. (2d) 241; 48 C.P.C. (2d) 113; 121 N.R. 1. e

##### REFERRED TO:

*Quebec Ports Terminals Inc. et al.* (1992), 89 di 153; 93 CLLC 16,035 (C.L.R.B.); *Terminaux portuaires du Québec Inc. v. Association des employeurs maritimes et al.* (1988), 89 N.R. 278 (F.C.A.); *Terminaux portuaires du Québec Inc. v. Association des employeurs maritimes et al. (No. 2)* (1992), 142 N.R. 44 (F.C.A.); *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341; *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 40 Admin. L.R. 181; 89 CLLC 14,050; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 150 N.R. 161; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Almecon Industries Ltd. v. Nutron Manufacturing Ltd.* (1994), 172 N.R. 140 (F.C.A.); *R. v. D. (W.R.)*, [1994] 1 W.W.R. 689 (Man. Q.B.); *Shaw v. Law Society of Prince Edward Island* (1992), 101 Nfld. & P.E.I.R. 340; 97 D.L.R. (4th) 504; 321 A.P.R. 340 (P.E.I.S.C.); *Ashburton Oil Ltd. v. Sharp* (1992), 67 B.C.L.R. (2d) 64 (S.C.); *Bell v. Nash*, [1992] 4 W.W.R. 512; (1992), 66 B.C.L.R. (2d) f

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 3, 16, 22 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 56), 24, 25, 26, 28, 32, 33, 34(1),(2),(3) (mod. par L.C. 1991, ch. 39, art. 1), (4) (mod., *idem*), (5) (mod., *idem*), (6) (mod., *idem*), (7) (mod., *idem*), 35, 36, 37, 50a)(i), 56, 65, 97 (mod., *idem*, art. 2).

*Loi modifiant le Code canadien du travail (accréditation régionale)*, L.C. 1991, ch. 39, art. 1.

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 1611 (éditée par DORS/92-43, art. 19).

#### d JURISPRUDENCE

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235; (1990), 77 D.L.R. (4th) 249; [1991] 1 W.W.R. 705; 70 Man. R. (2d) 241; 48 C.P.C. (2d) 113; 121 N.R. 1.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Terminaux portuaires du Québec Inc. et autres* (1992), 89 di 153; 93 CLLC 16,035 (CCRT); *Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes et autres* (1988), 89 N.R. 278 (C.A.F.); *Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes et autres (n° 2)* (1992), 142 N.R. 44 (C.A.F.); *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341; *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 40 Admin. L.R. 181; 89 CLLC 14,050; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 150 N.R. 161; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Almecon Industries Ltd. c. Nutron Manufacturing Ltd.* (1994), 172 N.R. 140 (C.A.F.); *R. v. D. (W.R.)*, [1994] 1 W.W.R. 689 (B.R. Man.); *Shaw v. Law Society of Prince Edward Island* (1992), 101 Nfld. & P.E.I.R. 340; 97 D.L.R. (4th) 504; 321 A.P.R. 340 (C.S.Î-P.-É.); *Ashburton Oil Ltd. v. Sharp* (1992), 67 B.C.L.R. (2d) 64 (C.S.); j

- 361 (B.C.S.C.); *Everingham v. Ontario* (1992), 8 O.R. (3d) 123; 88 D.L.R. (4th) 755; 5 C.P.C. (3d) 118; 54 O.A.C. 224 (Div. Ct.); *R. v. B. (B.P.)* (1992), 71 C.C.C. (3d) 392 (B.C.S.C.); *Asian Video Movies Wholesaler Inc. v. Mathardoo* (1991), 36 C.P.R. (3d) 29; 46 F.T.R. 19 (F.C.T.D.); *Calgas Investments Ltd. v. 784688 Ontario Ltd.* (1991), 4 O.R. (3d) 459; 81 D.L.R. (4th) 518; 1 C.P.C. (3d) 64 (Gen. Div.); *Everingham v. Ontario* (1991), 84 D.L.R. (4th) 354; 3 C.P.C. (3d) 87 (Ont. Gen. Div.); *Pac. Coast Super 8 Motels Inc. v. Nanaimo Shipyard (1985) Ltd.* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 281 (S.C.); *Trilea Centres Inc. v. Cumming Cockburn Ltd.* (1991), 5 O.R. (3d) 598 (Gen. Div.); *J-Star Industries, Inc. v. Berg Equipment Co. (Canada) Ltd.* (1992), 43 C.P.R. (3d) 132 (T.M. Opp. Bd.); *Creamer v. Hergt* (1991), 55 B.C.L.R. (2d) 141 (S.C.); *Turner-Lienaux v. Civil Service Commission (N.S.) et al.* (1992), 111 N.S.R. (2d) 351; 303 A.P.R. 351 (S.C.); *Chin v. Wong* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 288 (S.C.); *Markinova, Re*, [1991] 6 W.W.R. 47; (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 73 (S.C.); *R.G. Tours and Promotions Ltd. v. Greater Moncton Home Builders Associations et al.* (1992), 126 N.B.R. (2d) 200; 317 A.P.R. 200 (Q.B.); *Essa (Township) v. Guergis; Membre v. Hill* (1993), 15 O.R. (3d) 573 (Div. Ct.); *Lasch v. Annapolis (County)* (1992), 118 N.S.R. (2d) 418; 327 A.P.R. 418 (Co. Ct.); *Feherguard Products Ltd. v. Rocky's of B.C. Leisure Ltd.*, [1993] 3 F.C. 619 (C.A.); *R. c. Morales*, [1993] R.J.Q. 2940 (C.Q.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Hudon & Daudelin Ltée*, [1994] R.J.Q. 264 (H.R.T. Qué.); *Canada Labour Relations Board v. Attorney General of Canada*, [1993] 1 S.C.R. vi (leave to appeal refused); *Canada (Attorney General) v. Gaboriault*, [1992] 3 F.C. 566 (C.A.); *Richard Gaboriault et al. and Tecksol Inc. and Transport Canada* (1988), 75 di 130 (C.L.R.B.); *Canada (Attorney General) v. Young*, [1989] 3 F.C. 647; (1989), 27 C.C.E.L. 161; 89 CLLC 14,046; 100 N.R. 333 (C.A.); *Plantation Indoor Plants Ltd. v. Attorney General of Alberta*, [1985] 1 S.C.R. 366; (1985), 60 A.R. 343, 18 D.L.R. (4th) 319; [1985] 3 W.W.R. 539; 37 Alta. L.R. (2d) 151; 18 C.C.C. (3d) 438; 58 N.R. 228; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *Quebec Ports Terminals Inc. v. Canada (Labour Relations Board)* (1993), 17 Admin. L.R. (2d) 16 (F.C.A.); *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565; *Terminaux portuaires du Québec c. Association des employeurs maritimes*, C.S. Montréal, 500-05-009311-885, 1990-02-01, D.T.E. 90T-307; *Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes*, C.S. 400-05-00375-924, 1992-08-05; *Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes*, C.S. Montréal, 500-05-009311-885, 1988-11-09, D.T.E. 88T-1035; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1994] A.Q. No. 734 (C.A.) (QL).
- Bell v. Nash*, [1992] 4 W.W.R. 512; (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 361 (C.S.C.-B.); *Everingham v. Ontario* (1992), 8 O.R. (3d) 123; 88 D.L.R. (4th) 755; 5 C.P.C. (3d) 118; 54 O.A.C. 224 (C. div.); *R. v. B. (B.P.)* (1992), 71 C.C.C. (3d) 392 (C.S.C.-B.); *Asian Video Movies Wholesaler Inc. c. Mathardoo* (1991), 36 C.P.R. (3d) 29; 46 F.T.R. 19 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Calgas Investments Ltd. v. 784688 Ontario Ltd.* (1991), 4 O.R. (3d) 459; 81 D.L.R. (4th) 518; 1 C.P.C. (3d) 64 (Div. gén.); *Everingham v. Ontario* (1991), 84 D.L.R. (4th) 354; 3 C.P.C. (3d) 87 (Div. gén. Ont.); *Pac. Coast Super 8 Motels Inc. v. Nanaimo Shipyard (1985) Ltd.* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 281 (C.S.); *Trilea Centres Inc. v. Cumming Cockburn Ltd.* (1991), 5 O.R. (3d) 598 (Div. gén.); *J-Star Industries, Inc. v. Berg Equipment Co. (Canada) Ltd.* (1992), 43 C.P.R. (3d) 132 (C.O.M.C.); *Creamer v. Hergt* (1991), 55 B.C.L.R. (2d) 141 (C.S.); *Turner-Lienaux v. Civil Service Commission (N.S.) et al.* (1992), 111 N.S.R. (2d) 351; 303 A.P.R. 351 (C.S.); *Chin v. Wong* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 288 (C.S.); *Markinova, Re*, [1991] 6 W.W.R. 47; (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 73 (C.S.); *R.G. Tours and Promotions Ltd. v. Greater Moncton Home Builders Associations et al.* (1992), 126 R.N.-B. (2d) 200; 317 A.P.R. 200 (B.R.); *Essa (Township) v. Guergis; Membre v. Hill* (1993), 15 O.R. (3d) 573 (C. div.); *Lasch v. Annapolis (County)* (1992), 118 N.S.R. (2d) 418; 327 A.P.R. 418 (C. cté.); *Feherguard Products Ltd. c. Rocky's of B.C. Leisure Ltd.*, [1993] 3 C.F. 619 (C.A.); *R. c. Morales*, [1993] R.J.Q. 2940 (C.Q.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Hudon & Daudelin Ltée*, [1994] R.J.Q. 264 (T.D.P.Q.); *Conseil canadien des relations du travail c. Procureur général du Canada*, [1993] 1 R.C.S. vi (autorisation d'appel refusée); *Canada (Procureur général) c. Gaboriault*, [1992] 3 C.F. 566 (C.A.); *Richard Gaboriault et autres et Tecksol Inc. et Transport Canada* (1988), 75 di 130 (CCRT); *Canada (Procureur général) c. Young*, [1989] 3 C.F. 647; (1989), 27 C.C.E.L. 161; 89 CLLC 14,046; 100 N.R. 333 (C.A.); *Plantation Indoor Plants Ltd. c. Procureur général de l'Alberta*, [1985] 1 R.C.S. 366; (1985), 60 A.R. 343, 18 D.L.R. (4th) 319; [1985] 3 W.W.R. 539; 37 Alta. L.R. (2d) 151; 18 C.C.C. (3d) 438; 58 N.R. 228; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)* (1993), 17 Admin. L.R. (2d) 16 (C.A.F.); *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565; *Terminaux portuaires du Québec c. Association des employeurs maritimes*, C.S. Montréal, 500-05-009311-885, 1990-02-01, D.T.E. 90T-307; *Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes*, C.S. 400-05-00375-924, 1992-08-05; *Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes*, C.S. Montréal, 500-05-009311-885, 1988-11-09, D.T.E. 88T-1035; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1994] A.Q. n° 734 (C.A.) (QL).

## AUTHORS CITED

Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*.  
Ottawa: Canadian Bar Association, 1974.

APPLICATIONS for judicial review of Canada Labour Relations Board's order appointing an employer representative under *Canada Labour Code*, subsection 34(4) (*Quebec Ports Terminals Inc. et al.* (1992), 89 di 194; 93 CLLC 16,036 (C.L.R.B.)) and decision that the collective agreement subsequently entered into between the employer representative and the bargaining agent was binding on all employers and employees (*Maritime Employers' Association* (1993), 92 di 135; 94 CLLC 16,027 (C.L.R.B.)). Applications dismissed.

## COUNSEL:

*Luc Huppé* and *Raynold Langlois* for applicant.

*Manon Savard* and *Gérard Rochon* for Maritime Employers' Association (respondent in A-513-93, *mise en cause* in A-1584-92).

*Yves Morin* and *Normand Léonard* for Syndicat des débardeurs de Trois-Rivières (respondent in A-513-93, *mis en cause* in A-1584-92).

*Georges Marceau* and *Johane Tremblay* for Canada Labour Relations Board (*mis en cause* in A-513-94, respondent in A-1584-92).

## SOLICITORS:

*Langlois, Robert*, Montréal, for applicant.  
*Ogilvy Renault*, Montréal, for Maritime Employers' Association (respondent in A-513-93, *mis en cause* in A-1584-92).

*Lamoureux, Morin, Lamoureux*, Longueuil, Quebec, for Syndicat des débardeurs de Trois-Rivières (respondent in A-513-93, *mis en cause* in A-1584-92).

*Melancon, Marceau, Grenier et Sciortino*, Montréal, and Canada Labour Relations Board Legal Services, Ottawa, for Canada Labour Relations

## DOCTRINE

Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Ottawa: Association du Barreau canadien, 1974.

DEMANDES de contrôle judiciaire contre l'ordonnance du Conseil canadien des relations du travail portant désignation d'un représentant patronal sous le régime du paragraphe 34(4) du *Code canadien du travail* (*Terminaux portuaires du Québec Inc. et autres* (1992), 89 di 194; 93 CLLC 16,036 (CCRT)) et contre sa décision aux termes de laquelle la convention collective subséquemment conclue entre le représentant patronal et l'agent négociateur liait tous les employeurs et employés (*Association des employeurs maritimes* (1993), 92 di 135; 94 CLLC 16,027 (CCRT)). Demandes rejetées.

## d AVOCATS:

*Luc Huppé* et *Raynold Langlois* pour la requérante.

*Manon Savard* et *Gérard Rochon* pour l'Association des employeurs maritimes (intimée dans le dossier A-513-93, *mise en cause* dans le dossier A-1584-92).

*Yves Morin* et *Normand Léonard* pour le Syndicat des débardeurs de Trois-Rivières (intimé dans le dossier A-513-93, *mis en cause* dans le dossier A-1584-92).

*Georges Marceau* et *Johane Tremblay* pour le Conseil canadien des relations du travail (*mis en cause* dans le dossier A-513-94, intimé dans le dossier A-1584-92).

## PROCUREURS:

*Langlois, Robert*, Montréal, pour la requérante.  
*Ogilvy Renault*, Montréal, pour l'Association des employeurs maritimes (intimée dans le dossier A-513-93, *mise en cause* dans le dossier A-1584-92).

*Lamoureux, Morin, Lamoureux*, Longueuil (Québec), pour le Syndicat des débardeurs de Trois-Rivières (intimé dans le dossier A-513-93, *mis en cause* dans le dossier A-1584-92).

*Melancon, Marceau, Grenier et Sciortino*, Montréal, et Services juridiques du Conseil canadien des relations du travail, Ottawa, pour le

Board (*mis en cause* in A-513-94, respondent in A-1584-92).

Conseil canadien des relations du travail (mis en cause dans le dossier A-513-94, intimé dans le dossier A-1584-92).

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

DESJARDINS J.A.: This Court has before it by way of judicial review an order [*Quebec Ports Terminals Inc. et al.* (1992), 89 di 194] and a decision [*Maritime Employers' Association* (1993), 92 di 135] by the Canada Labour Relations Board (the Board) which deal with the long-shoring situation as it exists at present in the ports of Trois-Rivières and Bécancour.<sup>1</sup>

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Nous sommes saisis, par voie de contrôle judiciaire, d'une ordonnance [*Terminaux portuaires du Québec Inc. et autres* (1992), 89 di 194] ainsi que d'une décision [*Association des employeurs maritimes* (1993), 92 di 135] rendues par le Conseil canadien des relations du travail (le Conseil), lesquelles ont trait à la situation du débardage telle qu'elle se trouve actuellement dans les ports de Trois-Rivières et de Bécancour<sup>1</sup>.

The purpose of the Board's order, dated October 30, 1992, was to set up an "employer counterpart who is able to negotiate and enter into a collective agreement without delay"<sup>2</sup> with the union side. The disputed order was made pursuant to subsection 34(4) of the *Canada Labour Code* (the Code).<sup>3</sup> In it the Board appointed the Maritime Employers' Association (the MEA) as the "employer representative" for all employers covered by the certification of the Syndicat des débardeurs de Trois-Rivières, Local 1375, of the Canadian Union of Public Employees (CUPE), given on June 12, 1992.

L'ordonnance du Conseil, en date du 30 octobre 1992, a pour objet de mettre en place un «vis-à-vis patronal en mesure de négocier et de conclure une convention collective sans délai»<sup>2</sup> avec la partie syndicale. L'ordonnance contestée a été rendue sous l'autorité du paragraphe 34(4) du *Code canadien du travail*<sup>3</sup> (le Code). Le Conseil y désigne l'Association des employeurs maritimes (l'AEM) comme «représentant patronal» de l'ensemble des employeurs visés par l'accréditation du Syndicat des débardeurs de Trois-Rivières, Section locale 1375, du Syndicat canadien de la Fonction publique (le SCFP), rendue le 12 juin 1992.

In accordance with this appointment order made on October 30, 1992, the MEA and CUPE concluded a collective agreement on December 8, 1992. During the months that followed CUPE filed several grievances alleging various breaches of the collective agreement by Quebec Ports Terminals (QPT). The

Suite à cette ordonnance de désignation prononcée le 30 octobre 1992, l'AEM et le SCFP ont conclu une convention collective le 8 décembre 1992. Au cours des mois qui suivirent, le SCFP a déposé plusieurs griefs alléguant diverses violations de la convention collective par Terminaux portuaires du Québec

<sup>1</sup> The complexity of the labour relations existing in these two ports, in particular following disputes between the applicant QPT and the Maritime Employers' Association (MEA), is well known to the parties. This background to the case was reviewed by the Board in the reasons for its decision No. 967 [*Quebec Ports Terminals Inc. et al.* (1992), 89 di 153] made on October 30, 1992, as well as a number of other decisions by the Board. This Court has heard related matters on two occasions, in *Terminaux portuaires du Québec Inc. v. Association des employeurs maritimes et al.* (1988), 89 N.R. 278 (F.C.A.) and in *Terminaux portuaires du Québec Inc. v. Association des employeurs maritimes et al.* (No. 2) (1992), 142 N.R. 44 (F.C.A.).

<sup>2</sup> (1992), 89 di 194, at p. 209.

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. L-2 [as am. by S.C. 1991, c. 39, s. 1].

<sup>1</sup> La complexité des relations de travail qui existe dans ces deux ports, notamment suite à des différends qui opposent la requérante TPQ et l'Association des employeurs maritimes (l'AEM), est bien connue des parties. Elle a fait l'objet d'un historique de la part du Conseil dans les motifs de sa décision n° 967 [*Terminaux portuaires du Québec Inc. et autres* (1992), 89 di 153] rendue le 30 octobre 1992 ainsi que de nombreuses autres décisions du Conseil. Notre Cour a été saisie de questions y afférentes à deux reprises dans *Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes et autres* (1988), 89 N.R. 278 (C.A.F.) ainsi que dans *Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes et autres* (n° 2) (1992), 142 N.R. 44 (C.A.F.).

<sup>2</sup> (1992), 89 di 194, à la p. 209.

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), ch. L-2 [mod. par L.C. 1991, ch. 39, art. 1].

MEA then asked QPT to give it its comments on the validity of these grievances. QPT considered that the grievances concerned clauses which it had not authorized the MEA to ratify. QPT accordingly argued that the MEA should be solely responsible for the consequences that might result from the alleged breaches. The MEA rejected this position and, as QPT provided no further information on the grievances as such, it sent a number of them on to arbitration. It then informed the arbitrator of its intention to file an application for referral to the Board pursuant to subsection 34(7) [as am. *idem*] of the Code, to determine whether it had the necessary authority to conclude a collective agreement on behalf of QPT containing provisions not previously authorized by the latter. If so, the MEA indicated that it would ask the Board to take all the necessary action to ensure that QPT accepted once and for all the provisions of the Code regarding geographic certification and the resulting duties. The MEA asked the arbitrator to stay the hearing of the grievances until the Board's decision became known.

In its decision No. 1027 on August 16, 1993 [*Maritime Employers' Association* (1993), 92 di 135], which is the subject of the second application for review, the Board found that the collective agreement was binding on all employees and employers in the bargaining unit, including QPT, regardless of the latter's objections. The Board referred the matter back to arbitration.

As these two applications for review were joined for hearing,<sup>4</sup> the reasons by which I intend to dispose of the order and decision of the Board are contained in the same document. It must be noted that case A-1584-92 of this Court deals with the appointment order or order No. 968 of the Board [(1992), 89 di 194], while the second case in this Court, A-513-93, deals with decision No. 1027 of the Board [(1993), 92 di 135].

All parties in this Court were agreed in saying that, in light of the privative clause in section 22 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 56] of the *Canada Labour*

(TPQ). L'AEM a demandé alors à TPQ de lui faire part de ses commentaires relativement au bien-fondé de ces griefs. TPQ fut d'avis que ces griefs portaient sur des clauses dont elle disait n'avoir pas autorisé la ratification par l'AEM. TPQ prétendit, par conséquent, que l'AEM devait seule assumer les conséquences pouvant découler des violations alléguées. L'AEM rejeta cette position et, en l'absence de renseignements supplémentaires de TPQ sur les griefs proprement dits, elle en renvoya un certain nombre à l'arbitrage. Puis, elle avisa l'arbitre de son intention de présenter une demande de renvoi au Conseil, en vertu du paragraphe 34(7) [mod., *idem*] du Code, afin de faire déterminer si elle avait l'autorité nécessaire pour conclure, au nom de TPQ, une convention collective contenant des dispositions non préalablement autorisées par cette dernière. Dans l'affirmative, l'AEM indiquait qu'elle demanderait au Conseil de prendre toutes les mesures jugées appropriées pour s'assurer que TPQ se soumette, une fois pour toutes, aux dispositions du Code concernant l'accréditation géographique et les obligations qui en découlent. L'AEM demanda à l'arbitre de surseoir à l'audition des griefs jusqu'à ce que la décision du Conseil soit connue.

Dans sa décision n° 1027 rendue le 16 août 1993 [*Association des employeurs maritimes* (1993), 92 di 135], laquelle fait l'objet de la deuxième demande de contrôle, le Conseil a jugé que la convention collective liait tous les employés et les employeurs de l'unité de négociation, y compris TPQ, et ce, indépendamment de l'opposition de cette dernière. Le Conseil retourna l'affaire à l'arbitrage.

L'audition de ces deux demandes de contrôle ayant été réunie<sup>4</sup>, les motifs au moyen desquels j'entends disposer de l'ordonnance et de la décision du Conseil sont contenus dans ce même document. À noter que le dossier A-1584-92 de notre Cour porte sur l'ordonnance de désignation ou l'ordonnance n° 968 du Conseil [(1992), 89 di 194], alors que le second dossier A-513-93 de notre Cour porte sur la décision n° 1027 du Conseil [(1993), 92 di 135].

Toutes les parties devant nous s'entendent pour affirmer que le test de contrôle judiciaire applicable dans les deux dossiers, compte tenu de la clause pri-

<sup>4</sup> Order of December 16, 1993, *per* Marceau J.A.

<sup>4</sup> Ordonnance du 16 décembre 1993, le juge Marceau.

*Code*,<sup>5</sup> the judicial review test applicable in both cases is that of whether the Board's order and decision are patently unreasonable<sup>6</sup> or are "clearly irrational."<sup>7</sup>

The Board's order and decision are concerned with interpreting section 34 of the Code as it read following the adoption by the federal Parliament on November 29, 1991 of Bill C-44, which as of December 5, 1991 repealed subsection 34(3) of the Code and replaced it by new wording.<sup>8</sup> Section 34 of Part I of the Code now reads as follows:

<sup>5</sup> S. 22 of the Code reads as follows:

22. (1) Subject to this Part, every order or decision of the Board is final and shall not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with the *Federal Court Act* on the grounds referred to in paragraph 18.1(4)(a), (b) or (e) of that Act.

(2) Except as permitted by subsection (1), no order, decision or proceeding of the Board made or carried on under or purporting to be made or carried on under this Part shall

- (a) be questioned, reviewed, prohibited or restrained, or
- (b) be made the subject of any proceedings in or any process of any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise,

on any ground, including the ground that the order, decision or proceeding is beyond the jurisdiction of the Board to make or carry on or that, in the course of any proceeding, the Board for any reason exceeded or lost its jurisdiction.

<sup>6</sup> *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324.

<sup>7</sup> *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941.

<sup>8</sup> *An Act to amend the Canada Labour Code (geographic certification)*, S.C. 1991, c. 39, s. 1. The old s. 34 of the Code needs to be reproduced in order to compare the extent of the changes:

34. (1) Where employees are employed in

- (a) the long-shoring industry, or

(Continued on next page)

vative de l'article 22 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 56] du *Code canadien du travail*<sup>5</sup>, est celui du caractère manifestement déraisonnable<sup>6</sup> de l'ordonnance et de la décision du Conseil ou encore de leur caractère «clairement irrationnel»<sup>7</sup>.

L'ordonnance et la décision du Conseil portent sur l'interprétation de l'article 34 du Code tel qu'il se lit suite à l'adoption par le Parlement canadien, le 29 novembre 1991, du projet de loi C-44 qui abrogeait, à compter du 5 décembre 1991, le paragraphe 34(3) du Code pour le remplacer par un nouveau texte<sup>8</sup>. L'article 34 de la partie I du Code se lit maintenant comme suit:

<sup>5</sup> L'art. 22 du Code se lit ainsi:

22. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les ordonnances ou les décisions du Conseil sont définitives et ne sont susceptibles de contestation ou de révision par voie judiciaire que pour les motifs visés aux alinéas 18.1(4)a), b) ou e) de la *Loi sur la Cour fédérale* et dans le cadre de cette loi.

(2) Sauf exception prévue au paragraphe (1), l'action—décision, ordonnance ou procédure—du Conseil, dans la mesure où elle est censée s'exercer dans le cadre de la présente partie, ne peut, pour quelque motif, y compris celui de l'excès de pouvoir ou de l'incompétence à une étape quelconque de la procédure:

- a) être contestée, révisée, empêchée ou limitée;
- b) faire l'objet d'un recours judiciaire, notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto*.

<sup>6</sup> *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324.

<sup>7</sup> *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941.

<sup>8</sup> *Loi modifiant le Code canadien du travail (accréditation régionale)*, S.C. 1991, ch. 39 art. 1. Il importe de reproduire le texte de l'ancien art. 34 du Code, afin de mesurer davantage la portée des changements:

34. (1) Le Conseil peut décider que les employés de plusieurs employeurs du secteur en cause, dans la région en question, constituent une unité habile à négocier collectivement et, sous réserve des autres dispositions de la présente partie, accréditer un syndicat à titre d'agent négociateur de l'unité, dans le cas des employés qui travaillent:

- a) dans le secteur du débardage;

(Suite à la page suivante)



## 34. (1) Where employees are employed in

- (a) the long-shoring industry, or  
 (b) such other industry in such geographic area as may be designated by regulation of the Governor in Council on the recommendation of the Board,

the Board may determine that the employees of two or more employers in such an industry in such a geographic area constitute a unit appropriate for collective bargaining and may, subject to this Part, certify a trade union as the bargaining agent for the unit.

(2) No recommendation under paragraph (1)(b) shall be made by the Board unless, on inquiry, it is satisfied that the employers engaged in an industry in a particular geographic area obtain their employees from a group of employees the members of which are employed from time to time by some or all of those employers.

(3) Where the Board, pursuant to subsection (1), certifies a trade union as the bargaining agent for a bargaining unit, the Board shall, by order,

- (a) require the employers of the employees in the bargaining unit

- (i) to jointly choose a representative, and

*(Continued from previous page)*

- (b) such other industry in such geographic area as may be designated by regulation of the Governor in Council on the recommendation of the Board,

the Board may determine that the employees of two or more employers in such an industry in such a geographic area constitute a unit appropriate for collective bargaining and may, subject to this Part, certify a trade union as the bargaining agent for the unit.

(2) No recommendation under paragraph (1)(b) shall be made by the Board unless, on inquiry, it is satisfied that the employers engaged in an industry in a particular geographic area obtain their employees from a group of employees the members of which are employed from time to time by some or all of those employers.

(3) Where the Board, pursuant to subsection (1), certifies a trade union as the bargaining agent for a bargaining unit, the Board shall order that

- (a) one agent be appointed by the employers of the employees in the bargaining unit to act on behalf of those employers; and  
 (b) the agent so appointed be appropriately authorized by the employers to discharge the duties and responsibilities of an employer under this Part.

34. (1) Le Conseil peut décider que les employés de plusieurs employeurs du secteur en cause, dans la région en question, constituent une unité habile à négocier collectivement et, sous réserve des autres dispositions de la présente partie, accrédi- ter un syndicat à titre d'agent négociateur de l'unité, dans le cas des employés qui travaillent:

- a) dans le secteur du débardage;  
 b) dans les secteurs d'activité et régions désignés par règlement du gouverneur en conseil sur sa recommandation.

b

c

(2) Avant de faire la recommandation prévue à l'alinéa (1)b), le Conseil doit s'assurer, par une enquête, que les employeurs du secteur en cause, dans la région en question, recrutent leurs employés au sein du même groupe et que ceux-ci sont engagés, à un moment ou à un autre, par ces employeurs ou certains d'entre eux.

d

(3) Lorsqu'il accorde l'accréditation visée au paragraphe (1), le Conseil, par ordonnance:

- a) enjoint aux employeurs des employés de l'unité de négociation de choisir collectivement un représentant et d'informer le Conseil de leur choix avant l'expiration du délai qu'il fixe;

e

*(Suite de la page précédente)*

- b) dans les secteurs d'activité et régions désignés par règlement du gouverneur en conseil sur sa recommandation.

(2) Avant de faire la recommandation prévue à l'alinéa (1)b), le Conseil doit s'assurer, par une enquête, que les employeurs du secteur en cause, dans la région en question, recrutent leurs employés au sein du même groupe et que ceux-ci sont engagés, à un moment ou à un autre, par ces employeurs ou certains d'entre eux.

(3) Lorsqu'il accorde l'accréditation visée au paragraphe (1), le Conseil doit ordonner aux employeurs des employés de l'unité de négociation:

- a) de désigner un mandataire pour les représenter;

- b) d'investir le mandataire désigné des pouvoirs nécessaires à l'exécution des obligations imposées à l'employeur par la présente partie.

(ii) to inform the Board of their choice within the time period specified by the Board; and

(b) appoint the representative so chosen as the employer representative for those employers.

(4) Where the employers fail to comply with an order made under paragraph (3)(a), the Board shall, after affording to the employers a reasonable opportunity to make representations, by order, appoint an employer representative of its own choosing.

(5) An employer representative shall be deemed to be an employer for the purposes of this Part and, by virtue of having been appointed under this section, has the power to, and shall, discharge all the duties and responsibilities of an employer under this Part on behalf of all the employers of the employees in the bargaining unit, including the power to enter into a collective agreement on behalf of those employers.

(6) In the discharge of the duties and responsibilities of an employer under this Part, an employer representative, or a person acting for such a representative, shall not act in a manner that is arbitrary, discriminatory or in bad faith in the representation of any of the employers on whose behalf the representative acts.

(7) The Board shall determine any question that arises under this section, including any question relating to the choice of appointment of the employer representative.

The applicant made five arguments against the appointment order. The third and fourth arguments were dismissed at the hearing as they related exclusively to the field of evidence and it was clear that this Court could not allow them. The respondent and the *mis en cause* were invited to reply to the first, second and fifth arguments made by QPT.

As its first argument QPT maintained that the Board had improperly exercised its jurisdiction in interpreting and applying the new provisions of section 34 of the Code. In particular, QPT objected to the part of the decision in which the Board dismissed its argument that, by its 1991 amendment, Parliament intended to create a system in which the employer representative was merely the agent of the various employers operating in the longshoring industry in a given geographic area.

QPT contended that section 34 of the Code is a departure from the general rules applicable to certification. Whereas the latter is usually issued to an employer or a business, or sometimes even to a group of employers or businesses as provided for by sections 33 and 35 of the Code, the industry-wide and

b) désigne le représentant ainsi choisi à titre de représentant patronal de ces employeurs.

(4) Si les employeurs ne se conforment pas à l'ordonnance que rend le Conseil en vertu de l'alinéa (3)a), le Conseil procède lui-même, par ordonnance, à la désignation d'un représentant patronal. Il est tenu, avant de rendre celle-ci, de donner aux employeurs la possibilité de présenter des arguments.

(5) Pour l'application de la présente partie, le représentant patronal est assimilé à un employeur; il est tenu d'exécuter, au nom des employeurs des employés de l'unité de négociation, toutes les obligations imposées à l'employeur par la présente partie et est investi à cette fin, en raison de sa désignation sous le régime du présent article, des pouvoirs nécessaires; il peut notamment conclure en leur nom une convention collective.

(6) Dans l'exécution de ces obligations, il est interdit au représentant patronal ainsi qu'aux personnes qui agissent en son nom d'agir de manière arbitraire ou discriminatoire ou de mauvaise foi à l'égard des employeurs qu'il représente.

(7) Pour l'application du présent article, il appartient au Conseil de trancher toute question qui se pose, notamment à l'égard du choix et de la désignation du représentant patronal.

La requérante TPQ a soulevé cinq moyens à l'encontre de l'ordonnance de désignation. Le troisième et le quatrième moyen ont été rejetés à l'audience étant donné qu'ils relevaient exclusivement du domaine de la preuve et qu'il était net que notre Cour ne pouvait y accéder. L'intimé et les mis en cause furent invités à répondre au premier, deuxième et cinquième moyens soulevés par TPQ.

TPQ prétend, comme premier moyen, que le Conseil a mal exercé sa compétence dans l'interprétation et l'application des nouvelles dispositions de l'article 34 du Code. TPQ s'attaque particulièrement à cette partie de la décision où le Conseil rejette sa prétention selon laquelle le législateur, par sa modification de 1991, a voulu instaurer un régime où le représentant patronal ne soit que le mandataire des divers employeurs œuvrant dans le secteur du débardage de la zone géographique donnée.

TPQ soutient que l'article 34 du Code est une dérogation aux règles générales en matière d'accréditation. Alors que celle-ci est habituellement émise en fonction d'un employeur ou d'une entreprise, ou parfois même d'un regroupement d'employeurs ou d'entreprises tel que le prévoient les articles 33 et 35 du

geographic certification of section 34 constitutes a compulsory grouping as compared with the voluntary grouping in section 33. In its submission, therefore, such a system must be given a limiting interpretation. Even if Parliament substituted the words “employer representative” for the word “agent” in the old version, the new system, though it treats the employer representative like an employer, makes no provision whatever that it will itself become the employer since it continues to perform “on behalf of [the employer]” the obligations imposed on the employer and may enter into a collective agreement “on behalf of [the employer].” The powers vested in it by subsection 34(5) of the Code, QPT concluded, are only those of a legal agent of all the employers covered by the certification.

QPT argued that, unlike sections 24, 25, 28 and 36 of the Code in which certification is expressly mentioned, the new section 34 does not use this terminology to describe the employer representative. The new version also does not use the phrase “employer bargaining agent” as sections 24, 26 and 32 of the Code do in respect of the union or a group of unions, which they refer to as “bargaining agents.” The new section 34 has not followed the language of section 33 of the Code with respect to the appointment of an “employers’ organization,” which the Board characterizes as an employer and which has the power to bind all employers when the collective agreement is entered into. In QPT’s submission, a legal agent cannot commit an employer in negotiations unless it has obtained the necessary instructions from that employer. In the event that there are several employers, the legal agent must obtain instructions from each one. Otherwise, it cannot commit an employer who has not given such instructions.

QPT dwelt at length on the special situation in which it happens to be as the only employer included in this unit which operates in Bécancour: all the others operate in Trois-Rivières. It and the other employers are competitors in business and their interests differ. Such a combination within one bargaining unit, it submitted, cannot take the same form as that of the employees, who have common interests. Only the employer knows what freedom of manoeuvre it can approve in negotiations dealing with working conditions. Accordingly, QPT further submitted, the

Code, l’accréditation sectorielle et géographique de l’article 34 constitue un regroupement forcé par rapport au regroupement volontaire de l’article 33. Ce régime doit donc, selon elle, s’interpréter restrictivement. Et même si le législateur a substitué les mots «représentant patronal» au mot «mandataire» de l’ancien texte, le nouveau régime, tout en assimilant le représentant patronal à un employeur, n’indique aucunement qu’il devient lui-même l’employeur puisqu’il continue d’exécuter «au nom de l’employeur» les obligations imposées à l’employeur et peut conclure, «en leur nom», une convention collective. Les pouvoirs dont il est investi au paragraphe 34(5) du Code ne sont, conclut-elle, que ceux d’un mandataire légal de tous les employeurs visés par l’accréditation.

TPQ prétend que, contrairement aux articles 24, 25, 28 et 36 du Code, où il est expressément fait mention de l’accréditation, le nouvel article 34 n’utilise pas cette terminologie pour qualifier le représentant patronal. Le nouveau texte n’utilise pas non plus l’expression «agent négociateur patronal» comme le font les articles 24, 26 et 32 du Code à l’égard du syndicat ou d’un regroupement de syndicats qu’ils désignent sous le vocable d’«agent négociateur». Le nouvel article 34 n’a pas repris les termes de l’article 33 du Code en ce qui a trait à la désignation d’une «organisation patronale» à qui le Conseil attribue la qualité d’employeur et qui a le pouvoir de lier tous les employeurs lors de la conclusion de la convention collective. Selon TPQ, un mandataire légal ne peut engager un employeur lors des négociations que s’il a obtenu de cet employeur le mandat nécessaire. Dans le cas où il y a plusieurs employeurs, le mandataire légal doit obtenir un mandat de chacun. Autrement, il ne peut lier celui qui ne lui a pas donné ce mandat.

TPQ a fait longuement état de la situation particulière dans laquelle elle se trouve du fait qu’elle est le seul employeur visé par cette unité qui opère à Bécancour, tous les autres opérant à Trois-Rivières. Elle et les autres employeurs sont des concurrents commerciaux et leurs intérêts divergent. Le regroupement au sein d’une même unité de négociation ne peut, dit-elle, prendre la même forme que celle des employés qui, eux, ont des intérêts communs. Seul l’employeur sait quelle est la marge de manoeuvre qu’il lui est possible de consentir lors des négocia-

collective agreement concluded by the MEA has the effect of imposing on QPT a 55% cost increase for all the wage clauses and administrative expenses. Furthermore, depending on the situation, it produces 10% to 20% cost increases in addition to the aforementioned 55% increase. The Trois-Rivières employers, all members of the MEA, on the other hand, are only affected by a clear cost increase of 10% to 15%. In the submission of QPT, there would have to be clearer language than that contained in section 34 to support the Board's position, which amounts to placing employers in the longshoring industry at the mercy of, and making them economically dependent on, the employer representative.

The Board's response was as follows.

Once the union certification was granted, it directed employers by order, pursuant to subsection 34(3) of the Code, to select a representative and inform the Board by June 25, 1992 at the latest. As nothing was done, it summoned them to a hearing to give them an opportunity to present arguments. In accordance with subsection 34(4), it then itself proceeded to appoint an "employer representative", the function and powers of which it described as follows:<sup>9</sup>

The Board must, in the final analysis, appoint as "employer representative" the party it deems qualified to act in this capacity. First, the representative must be able to fulfil all obligations that Part I of the Code imposes on an employer, including its obligations under section 34(5) as "employer representative." One of these obligations, bargaining in good faith with the bargaining agent with a view to entering into collective agreements in an orderly fashion, is fundamental to the achievement of industrial and social peace. It was, moreover, in the interest of maintaining this industrial and social peace that Parliament established this special system of industry-wide bargaining in 1973 and clarified it on December 5, 1991.

In developing objective criteria for determining the appropriate "employer representative," the Board, with respect, sees no value in relying at all on the traditional notions of "mandate" in civil law and "agency" in common law. The amendments of December 5, 1991 to the special system of industry-wide bargaining eliminated the ambiguities arising from the use of the word "agent" in the old text. The Superior Court, relying specifically on the rules governing "mandate," issued, before these amendments came into force, an interlocutory injunction

<sup>9</sup> *Quebec Ports Terminals Inc. et al., supra*, note 2, at pp. 204-205.

tions portant sur les conditions de travail. Ainsi, toujours selon TPQ, la convention collective conclue par l'AEM a pour effet d'imposer à TPQ, pour l'ensemble des clauses salariales et des frais d'administration, une augmentation des coûts de 55 %. Elle entraîne aussi, selon les différentes situations, des augmentations de coûts de 10 % à 20 % en surplus de l'augmentation de 55 % mentionnée plus haut. En revanche, les employeurs de Trois-Rivières, tous membres de l'AEM, ne sont affectés que d'une augmentation de coûts nette de 10 % à 15 % seulement. Il faudrait, selon TPQ, un langage plus clair que celui contenu à l'article 34 pour soutenir la position du Conseil qui équivaut à placer les employeurs du secteur du débardage à la merci et sous la dépendance économique du représentant patronal.

Voici ce qu'a fait le Conseil.

Une fois l'accréditation syndicale accordée, il a, par ordonnance, conformément au paragraphe 34(3) du Code, enjoint aux employeurs de se choisir un représentant et de l'en informer au plus tard le 25 juin 1992. Comme rien n'a été fait, il les a convoqués en audience afin de leur donner la possibilité de présenter des arguments. S'autorisant du paragraphe 34(4), il a, par la suite, procédé lui-même à la désignation du «représentant patronal» dont il a ainsi décrit le rôle et les pouvoirs:<sup>9</sup>

Le Conseil doit ultimement désigner à titre de «représentant patronal» la personne qu'il juge apte à l'être. D'abord, le représentant devra pouvoir remplir toutes les obligations que la Partie I confère à un employeur, y compris celles qui lui incombent en vertu du paragraphe 34(5) du Code, en tant que «représentant patronal». Parmi ces obligations, celle de négocier de bonne foi avec l'agent négociateur en vue de la conclusion ordonnée de conventions collectives est fondamentale à la réalisation de la paix industrielle et sociale. C'est d'ailleurs par souci de préserver cette paix industrielle et sociale que le Parlement a introduit ce régime particulier de négociation sectorielle en 1973 et qu'il l'a clarifié le 5 décembre 1991.

Dans l'établissement de critères objectifs aux fins de la détermination du «représentant patronal» approprié, le Conseil, avec déférence, ne juge d'aucune utilité toute référence aux notions traditionnelles de «mandat» en droit civil et d'«agency» en common law. Les modifications apportées le 5 décembre 1991 au régime particulier de la négociation sectorielle ont eu pour effet d'éliminer les ambiguïtés découlant de l'utilisation du mot «mandataire» dans l'ancien texte. C'est précisément sur la foi des règles du mandat que la Cour supé-

<sup>9</sup> *Terminaux portuaires du Québec Inc. et autres*, précitée, note 2, aux p. 204 et 205.

and a permanent injunction, the effect of which was to give QPT a right of veto over the signing of any collective agreement between the ILA and the MEA (**Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes**, no. 500-05-009311-885, November 9, 1988 (Que. S.C.) [sic]).

Our analysis of the legislation enacted following these injunctions reveals that the replacement of the word “agent” with the words “employer representative,” and the clarifications made to the powers of this representative, reflect Parliament’s intention to create a special system in keeping with the autonomy that characterizes collective labour relations legislation. Thus, under section 34(5), the “employer representative” appointed is explicitly invested by the Code, and not by the employers it represents, with the power to bind all employers in the unit, including necessarily those that had not proposed it as representative. Its appointment alone empowers it to negotiate and sign a collective agreement on behalf of the employers it represents. This is the very essence of industry-wide or geographic bargaining. The representative, however, cannot act arbitrarily.

In my opinion this reasoning of the Board was far from being unreasonable in view of the new legislation which it had to interpret.

In substituting the words “employer representative” for the word “agent” in the old version to designate the spokesperson for the employers at the bargaining table, Parliament was indicating that the system had been changed. Why would it have used a new term if it wished to preserve the same legal institution? Contrary to the arguments made by QPT, Parliament could not have chosen the phrase “employer bargaining agent” without creating confusion in the language since under section 3 of the Code the phrase “bargaining agent” already means the union. The word chosen was not the word “representative,” which standing alone might suggest that it was used as a synonym of the word “agent,” but instead the phrase “employer representative.”

If the employers cannot agree, the Board has a legal duty under subsection 34(4) of the Code to select the “employer representative.” The latter “shall be deemed to be an employer.”<sup>10</sup> “By virtue of having been appointed under this section,” it is then invested with the necessary powers to discharge all the duties and responsibilities of an employer under Part I of the Code on behalf of all the employers of the employees in the bargaining unit, including that

<sup>10</sup> My emphasis.

rieure avait prononcé, avant l’entrée en vigueur de ces modifications, une injonction interlocutoire et une injonction permanente qui avaient eu pour effet d’accorder un droit de veto à TPQ à l’égard de la signature de toute convention collective entre l’AID et l’AEM (**Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes**, n° 500-05-009311-885, 9 novembre 1988 (C.S.Qué.)).

Notre analyse de la législation adoptée à la suite de ces injonctions révèle que le remplacement de l’expression «mandataire» par celle de «représentant patronal», de même que les précisions apportées aux pouvoirs de ce dernier, découlent de l’intention du législateur de créer un régime particulier qui s’inscrit dans l’ordre autonome de la législation des rapports collectifs du travail. Ainsi, aux termes du paragraphe 34(5), le «représentant patronal» désigné se voit explicitement investi par la loi, et non par les employeurs qu’il représente, du pouvoir de lier tous les employeurs de l’unité, y compris fatalement ceux qui ne l’avaient pas proposé comme représentant. Sa seule désignation l’habilite à négocier et à signer une convention collective au nom des employeurs qu’il représente. C’est l’essence même de la négociation sectorielle ou géographique. Cela dit, il ne peut agir de manière arbitraire.

Ce raisonnement du Conseil, à mon avis, était loin d’être déraisonnable compte tenu du nouveau texte législatif que celui-ci avait à interpréter.

En substituant les mots «représentant patronal» au mot «mandataire» de l’ancien texte pour désigner le porte-parole des employeurs à la table des négociations, le législateur annonçait déjà un changement de régime. Pourquoi, en effet, aurait-il utilisé un terme nouveau s’il entendait maintenir la même institution juridique? Le législateur n’aurait pu, contrairement à ce qu’a prétendu TPQ, choisir l’expression «agent négociateur patronal» sans susciter de la confusion dans les termes puisque l’expression «agent négociateur» signifie déjà, selon l’article 3 du Code, la partie syndicale. Le terme choisi n’est pas le mot «représentant» qui, à lui seul, pourrait peut-être laisser croire qu’il s’agit d’un synonyme du mot «mandataire», mais bien l’expression «représentant patronal».

Si les employeurs ne peuvent s’entendre, le Conseil, selon le paragraphe 34(4) du Code, a le devoir légal de choisir le «représentant patronal». Celui-ci est alors «assimilé à un employeur», ce qui signifie qu’il est réputé être l’employeur («shall be deemed to be an employer»)<sup>10</sup>. Il est alors investi, en vertu de sa désignation («by virtue of having been appointed under this section»), des pouvoirs nécessaires afin d’exécuter, au nom des employeurs des employés de

<sup>10</sup> Je souligne.

of entering into a collective agreement “on behalf of those employers,” that is, in place of them and on their account. By comparison, the old section 34 only gave the Board the power to order employers to appoint an agent and authorize him to discharge the duties and responsibilities of an employer. The new version therefore marks a radical change. Although it is true, as QPT argued, that the *Canada Labour Code* does not preclude application of the provisions of the Civil Code [*Civil Code of Lower Canada*],<sup>11</sup> it does not follow from this that the special characteristics of labour law should be ignored when they are found therein. If Parliament had not intended to create a special statutory system, why would it have imposed on the “employer representative” in subsection 34(6) [as am. *idem*] a duty to fairly represent all those affected by its bargaining, when the Civil Code contains its own means of redress against an agent who goes beyond his instructions? Why would it have thus codified the Civil Code in the *Canada Labour Code*? One cannot help being struck by the parallel that exists between subsection 34(6), dealing with the employer, and section 37, dealing with the union.<sup>12</sup> In the case at bar it was entirely reasonable for the Board to conclude that the employer representative, deemed to be the employer, possessed a power similar to that of the bargaining agent, namely that of negotiating the collective agreement.<sup>13</sup>

As its second argument, QPT maintained that the Board acted unreasonably in not applying the criteria of objectivity and impartiality, which in its opinion were essential, when it preferred the candidacy of the MEA as “employer representative” to that of the Bédard firm proposed by QPT.

Following its rational analysis of the function and powers of the “employer representative,” the Board demonstrated no irrationality in accepting as the criteria for selection of the “employer representative”

l'unité de négociation, toutes les obligations imposées à l'employeur par la partie I du Code dont celle de conclure «en leur nom», c'est-à-dire à leur place et pour leur compte, une convention collective. L'ancien article 34, en comparaison, ne faisait que donner au Conseil le pouvoir d'ordonner aux employeurs de se désigner un mandataire et de l'investir des pouvoirs imposés à l'employeur. Le nouveau texte marque donc un changement radical. Même s'il est vrai, comme l'a prétendu TPQ, que le *Code canadien du travail* n'écarte pas l'application des dispositions du Code civil [*Code civil du Bas-Canada*]<sup>11</sup>, il ne s'ensuit pas qu'il faille, pour autant, ignorer les particularités du droit du travail lorsqu'elles s'y retrouvent. Si le législateur n'avait pas eu l'intention d'instaurer un régime statutaire spécial, pourquoi aurait-il, dans son paragraphe 34(6) [mod., *idem*], imposé au «représentant patronal» un devoir de représentation équitable à l'égard de ceux qu'il engage par sa négociation, alors que le Code civil contient ses propres sanctions à l'égard d'un mandataire qui outrepassé les cadres de son mandat? Pourquoi aurait-il ainsi codifié le Code civil dans le *Code canadien du travail*? On ne peut qu'être frappé du parallèle qui existe entre le paragraphe 34(6) qui a trait à la partie patronale et l'article 37 qui a trait à la partie syndicale<sup>12</sup>. En l'occurrence, il était tout à fait raisonnable pour le Conseil de conclure que le représentant patronal, réputé employeur, était investi du pouvoir analogue à celui de l'agent négociateur, soit celui de négocier la convention collective<sup>13</sup>.

Comme second moyen, TPQ prétend que le Conseil a agi de façon déraisonnable en ne retenant pas les critères, essentiels à son avis, d'objectivité et d'impartialité lorsqu'il a préféré la candidature de l'AEM comme «représentant patronal» plutôt que celle de la firme Bédard proposée par TPQ.

Ayant situé de façon rationnelle le rôle et les pouvoirs du «représentant patronal», le Conseil n'a fait preuve d'aucune irrationalité en retenant comme critères de sélection du «représentant patronal» ceux

<sup>11</sup> *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1112.

<sup>12</sup> It should be noted that s. 97 [as am. *idem*, s. 2] was amended accordingly.

<sup>13</sup> Ss. 34(5) and 36 of the *Canada Labour Code*.

<sup>11</sup> *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1112.

<sup>12</sup> À noter que l'art. 97 [mod., *idem*, art. 2] fut modifié en conséquence.

<sup>13</sup> Art. 34(5) et 36 du *Code canadien du travail*.

those which it considered reliable enough<sup>14</sup> to decide which of the two proposed candidates was more suitable to fill the position of “employer representative.” While it is true that the Board did not use the two criteria of objectivity and impartiality which QPT <sup>a</sup> would have liked to use, it explained its position at length and considered that the new subsection 34(6) gave QPT all the necessary protection. It was not unreasonable for the Board to act in this way. In view <sup>b</sup> of all this it is not surprising to find that in rendering decision No. 1027 the Board concluded that:<sup>15</sup>

Based on our parallel analysis of the general collective bargaining system and the exceptional industry-wide bargaining <sup>c</sup> system, we conclude that an industry-wide collective agreement entered into by the union bargaining agent and the employer representative duly appointed under the Code binds all employees in the bargaining unit and all their employers, regardless of the wishes of those on whose behalf they act. <sup>d</sup> With all due respect, we believe that this interpretation is the only one that will allow the attainment of the objective of section 34, having regard to the principles governing the general collective bargaining system in Canada.

In the instant case, this means that the collective agreement entered into by CUPE and the MEA on December 8, 1992 <sup>e</sup> meets the requirements of section 3 of the Code and binds its signatories and all employees in the bargaining unit governed by the agreement and their employers. QPT is therefore bound, as an employer, by all provisions of the collective agreement and is subject to them. <sup>f</sup>

<sup>14</sup> *Quebec Ports Terminals Inc. et al.*, *supra*, note 2, at p. 206. The criteria used were:

1. The wishes expressed by the various employers of the employees in the unit concerned.
2. Relevant experience in the longshoring industry or in an industry considered comparable from the standpoint of labour relations.
3. The material resources to serve effectively and expeditiously a plurality of employers.
4. The ability to assume existing employer obligations, in particular, if necessary, job security and the dispatching of workers.
5. The presence of mechanisms through which individual employers can express their concerns and, if necessary, effectively resolve disputes between them.
6. The ability of the representative chosen to discharge forthwith its obligations under the Code, in particular the obligation to bargain in good faith.

<sup>15</sup> *Maritime Employers' Association*, *supra*, at p. 150.

qu'il estimait suffisamment fiables<sup>14</sup> pour décider laquelle des deux candidatures proposées était la plus apte à remplir le poste de «représentant patronal». S'il est vrai que le Conseil n'a pas retenu les deux <sup>a</sup> critères d'objectivité et d'impartialité que TPQ aurait souhaité qu'il retienne, celui-ci s'en est longuement expliqué et a estimé que le nouveau paragraphe 34(6) accordait à TPQ toute la protection requise. Il n'était <sup>b</sup> pas déraisonnable pour le Conseil d'agir ainsi. Étant donné ces considérations, il ne faut pas s'étonner de ce que le Conseil ait conclu, lors du prononcé de la décision n° 1027, que:<sup>15</sup>

Notre analyse parallèle du régime général de négociation collective et du régime exceptionnel de négociation sectorielle <sup>c</sup> nous amène à constater que la conclusion d'une convention collective sectorielle par l'agent négociateur syndical et le représentant patronal dûment désignés selon le Code vaut pour tous les employés et tous les employeurs de l'unité de négociation, indépendamment de la volonté de ceux pour lesquels ils <sup>d</sup> agissent. Avec déférence, cette interprétation est à nos yeux la seule qui permette de réaliser l'objectif de l'article 34 en tenant compte des principes régissant le régime général de négociation collective au Canada.

En l'espèce, cela signifie que la convention collective conclue <sup>e</sup> par le SCFP et l'AEM le 8 décembre 1992 est conforme aux exigences de l'article 3 du Code et lie ses signataires de même que tous les employés et les employeurs compris dans l'unité de négociation régie par la convention. Il s'ensuit que TPQ est liée en tant qu'employeur par l'ensemble des dispositions de <sup>f</sup> cette convention collective et leur est assujettie.

<sup>14</sup> *Terminaux portuaires du Québec Inc. et autres*, précitée, note 2, à la p. 206. Les critères retenus furent:

1. La volonté exprimée par les différents employeurs de l'unité visée;
2. L'expérience pertinente dans le secteur du débardage ou dans un secteur jugé comparable au plan des relations du travail;
3. La capacité matérielle de desservir efficacement et avec célérité une pluralité d'employeurs;
4. La capacité d'assumer les obligations patronales existantes notamment, le cas échéant, la sécurité d'emploi et le déploiement de la main-d'œuvre;
5. La présence de mécanismes susceptibles de permettre aux employeurs individuels d'exprimer leurs intérêts et, le cas échéant, d'assurer le règlement efficace des différends pouvant les opposer;
6. La capacité du représentant choisi de s'acquitter immédiatement des obligations prévues par le Code notamment celle de négocier de bonne foi.

<sup>15</sup> *Association des employeurs maritimes*, précitée, à la p. 150.

This interpretation is far from unreasonable in view of the lengthy analysis made by the Board of the general collective bargaining system as compared to the multi-employer bargaining system contemplated by section 33 and the industry-wide bargaining system contemplated by section 34 of the Code.<sup>16</sup> Accordingly, even in this exceptional compulsory system, once the collective agreement bargaining notice is given, the "parties"<sup>17</sup> have a duty to meet and attempt to conclude a collective agreement.<sup>18</sup> Once concluded, the collective agreement is binding on the bargaining agent, the employees and the employer.<sup>19</sup>

None of the arguments made by the applicant in its second application for review persuaded me that the reasoning used by the Board in explaining its decision No. 1027 was unreasonable.

It also was not unreasonable for the Board in decision No. 1027 to rule on the validity of the collective agreement binding on QPT when the appointment of the MEA was at issue in this Court, since the exercise of its power to adjourn<sup>20</sup> is discretionary and no application to stay this decision of October 30, 1992 or proceedings resulting from that decision was made in this Court by QPT.<sup>21</sup>

It also was not unreasonable for it to proceed despite the injunction and contempt of court proceedings in the Quebec Superior Court and Court of Appeal,<sup>22</sup> in view of the fact that these ongoing pro-

Cette interprétation était loin d'être déraisonnable vu la longue analyse faite par le Conseil du régime général de négociation collective par rapport au régime de négociation multipatronale prévu à l'article 33 et au régime de négociation sectorielle prévu à l'article 34 du Code<sup>16</sup>. Ainsi, même dans ce régime exceptionnel à caractère forcé, dès que l'avis de négociation de la convention collective est donné, les «parties»<sup>17</sup> ont l'obligation de se rencontrer et de s'efforcer de conclure une convention collective<sup>18</sup>. Une fois conclue, la convention collective lie l'agent négociateur, les employés et l'employeur<sup>19</sup>.

Aucun des moyens invoqués par la requérante dans sa deuxième demande de contrôle ne m'a convaincue du caractère déraisonnable du raisonnement suivi par le Conseil dans le prononcé de sa décision n° 1027.

Il n'était pas non plus déraisonnable de la part du Conseil de se prononcer sur la validité de la convention collective liant TPQ dans la décision n° 1027 alors que la désignation de l'AEM était contestée devant cette Cour puisque l'exercice de son pouvoir de suspension<sup>20</sup> est discrétionnaire et qu'aucune demande de sursis de cette décision du 30 octobre 1992 ou des procédures découlant de cette décision n'avait été formulée par TPQ devant notre Cour<sup>21</sup>.

Il ne lui était pas déraisonnable non plus de procéder malgré les procédures en injonction et en mépris de cour devant la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec<sup>22</sup>, compte tenu de ce que ces procédures

<sup>16</sup> In its analysis on the designation order the Board (at p. 203) referred to the review of the parliamentary debates made in decision No. 967. This approach was not unreasonable. See *Canada (Attorney General) v. Young*, [1989] 3 F.C. 647 (C.A.), at p. 657.

<sup>17</sup> S. 3 of the *Canada Labour Code*.

<sup>18</sup> S. 50(a)(i) of the *Canada Labour Code*.

<sup>19</sup> S. 56 of the *Canada Labour Code*.

<sup>20</sup> Ss. 16 and 65 of the Code.

<sup>21</sup> This Court denied a stay of execution of decision No. 1027 (October 4, 1993), *per* Hugessen J.A.

<sup>22</sup> *Terminaux portuaires du Québec c. Association des employeurs maritimes* (February 1, 1990), 500-05-009311-885 (S.C.), D.T.E. 90T-307, Jacques Croteau J.; *Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes* (August 5, 1992), 400-05-00375-924 (S.C.), Legris J.; *Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes* (November 9, 1988), 500-05-009311-885 (S.C.), D.T.E. 88T-1035, Brossard J.

<sup>16</sup> Le Conseil, dans son analyse sur l'ordonnance de désignation, (à la p. 203) a fait référence à l'étude des débats parlementaires qu'il a faite dans la décision n° 967. Cette façon de procéder n'était pas déraisonnable. Voir *Canada (Procureur général) c. Young*, [1989] 3 C.F. 647 (C.A.), à la p. 657.

<sup>17</sup> Art. 3 du *Code canadien du travail*.

<sup>18</sup> Art. 50a)(i) du *Code canadien du travail*.

<sup>19</sup> Art. 56 du *Code canadien du travail*.

<sup>20</sup> Art. 16 et 65 du Code.

<sup>21</sup> Notre Cour a refusé un sursis d'exécution de la décision n° 1027 (4 octobre 1993), le juge Hugessen, J.C.A.

<sup>22</sup> *Terminaux portuaires du Québec c. Association des employeurs maritimes* (1 février 1990), 500-05-009311-885 (C.S.), D.T.E. 90T-307, le juge Jacques Croteau; *Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes* (5 août 1992), 400-05-00375-924 (C.S.), le juge Legris; *Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes* (9 novembre 1988), 500-05-009311-885 (C.S.) D.T.E. 88T-1035, le juge Brossard.



ceedings concerned the old section 34 of the Code and the Board could reasonably believe<sup>23</sup> that the federal Parliament intended in 1991 to alter the legal provisions applicable under section 34 of the Code.

The applicant made a fifth argument relating to the appointment order, but one which if correct could have ramifications for decision No. 1027, as if the first was quashed for the reasons alleged by QPT, the second would be as well.

QPT argued that the Board had placed itself in a position which suggested an appearance of bias when it found in favour of the MEA, represented by the firm Ogilvy Renault, in the appointment order made on October 30, 1992, when since October 13, 1992 it had itself been represented by the same firm Ogilvy Renault in an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada in *Canada Labour Relations Board v. Attorney General of Canada*.<sup>24</sup> That case has to do with a separate order, namely order No. 713 of the Board [*Richard Gaboriault et al. and Tecksol Inc. and Transport Canada* (1988), 75 di 130], which was in fact the subject of a judgment by this Court,<sup>25</sup> except that the member of the Board who wrote the reasons for order No. 713, Serge Brault, also wrote them in the appointment order.

It should be noted that John Coleman of the firm Ogilvy Renault, which represented the Board in the Supreme Court of Canada on October 13, 1992, never represented the MEA in the case at bar before the Board. Only Gérard Rochon and Manon Savard represented the MEA in this case before the Board.

<sup>23</sup> *Plantation Indoor Plants Ltd. v. Attorney General of Alberta*, [1985] 1 S.C.R. 366; *Canada (Attorney General) v. Young*, [1989] 3 F.C. 647 (C.A.), at p. 657. It should be noted that this Court makes no ruling on the correctness of this decision by the Board, as the matter is before the Quebec Court of Appeal.

<sup>24</sup> [1993] 1 S.C.R. vi.

<sup>25</sup> *Canada (Attorney General) v. Gaboriault*, [1992] 3 F.C. 566 (C.A.) Marceau, Desjardins and Décary J.J.A.

entamées portaient sur l'ancien article 34 du Code et que le Conseil pouvait raisonnablement croire<sup>23</sup> que le Parlement canadien avait voulu changer en 1991 le régime juridique de l'article 34 du Code.

La requérante a soulevé un cinquième moyen qui porte sur l'ordonnance de désignation mais qui, s'il était justifié, pourrait avoir des répercussions sur la décision n° 1027, car si la première était annulée pour les motifs allégués par TPQ, la seconde le serait aussi.

TPQ prétend que le Conseil s'est placé dans une situation qui laisse croire à une apparence de partialité lorsqu'il a donné gain de cause à l'AEM, représentée par l'étude Ogilvy Renault, dans l'ordonnance de désignation prononcée le 30 octobre 1992, alors que depuis le 13 octobre 1992 il était lui-même représenté par la même étude Ogilvy Renault lors d'une demande d'autorisation d'appel devant la Cour suprême du Canada dans le dossier *Conseil canadien des relations du travail c. Procureur général du Canada*<sup>24</sup>. Cette affaire a trait à une ordonnance distincte, soit l'ordonnance n° 713 du Conseil [*Richard Gaboriault et autres et Tecksol Inc. et Transport Canada* (1988), 75 di 130], laquelle avait d'ailleurs fait l'objet d'une décision de notre Cour<sup>25</sup>, sauf que le membre du Conseil, M<sup>e</sup> Serge Brault, qui avait rédigé les motifs de l'ordonnance n° 713, les a également rédigés dans l'ordonnance de désignation.

Il faut noter que M<sup>e</sup> John Coleman de l'étude Ogilvy Renault, qui représentait le Conseil le 13 octobre 1992 devant la Cour suprême du Canada, n'a jamais représenté l'AEM devant le Conseil dans le présent dossier. Seuls M<sup>e</sup> Gérard Rochon et M<sup>e</sup> Manon Savard ont représenté l'AEM devant le Conseil dans ce dossier.

<sup>23</sup> *Plantation Indoor Plants Ltd. c. Procureur général de l'Alberta*, [1985] 1 R.C.S. 366; *Canada (Procureur général) c. Young*, [1989] 3 C.F. 647 (C.A.), à la p. 657. Il est à noter que cette Cour ne se prononce pas sur l'exactitude de cette décision du Conseil, la Cour d'appel du Québec étant saisie du litige.

<sup>24</sup> [1993] 1 R.C.S. vi.

<sup>25</sup> *Canada (Procureur général) c. Gaboriault*, [1992] 3 C.F. 566 (C.A.), les juges d'appel Marceau, Desjardins, Décary.

The *mis en cause* Board was authorized to participate in the argument.<sup>26</sup> It explained to the Court the policies followed on the awarding of briefs to law firms in connection with applications for judicial review.

The Board stated that the part played by it in judicial review proceedings is limited, depending on the circumstances, to providing the Court with information on the special context in which it carries out its duties, on the practices and procedures developed in order to administer the Code in a way which will make it possible to achieve its fundamental objectives, on the administrative process used in disposing of applications before it and on certain special factors pertaining to labour relations. The specialized nature of this information is such that private law firms who are retained by the Board must be able to fully master the Code, procedure and practices used before the Board and those used in the Federal Court. This special expertise required by the Board means that the firms from which it can choose are generally limited to those firms regularly appearing before it. In its selection the Board stated that it also takes into account the area where the application for judicial review originated and the interests being defended.

However, QPT argued that the explanations given by the Board were inadequate and that once an appearance of bias was raised the Board had a duty to explain the circumstances in which John Coleman received his instructions. Did he meet only with the Board's legal counsel, or did he also meet with Serge Brault? Was there a Chinese wall or a cone of silence inside the Board?<sup>27</sup> QPT maintained that it could not get any answer to these questions as there was no affidavit by the Board and solicitor-client relations were protected by professional privilege. Accordingly, QPT concluded that the Board had not discharged its burden of proof in the case at bar.

<sup>26</sup> Order of Hugessen J.A. (June 10, 1993), A-1584-92; Rule 1611 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)].

<sup>27</sup> *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235.

Le Conseil, mis en cause, a été autorisé à participer au débat<sup>26</sup>. Il a informé la Cour sur les politiques suivies en matière d'attribution de mandats à des cabinets d'avocats dans le cadre de demandes en contrôle judiciaire.

Le Conseil a affirmé que le rôle qu'il joue dans le cadre de procédures en contrôle judiciaire se limite, selon les circonstances, à fournir à la Cour des informations sur le contexte particulier dans lequel il exerce ses fonctions, sur les pratiques et les procédures élaborées aux fins d'administrer le Code d'une façon qui permette d'en réaliser les objectifs fondamentaux, sur le processus administratif suivi pour disposer des demandes dont il est saisi et sur les considérations propres aux relations de travail. La nature spécialisée de ces informations fait en sorte que les avocats d'études privées, dont les services sont retenus par le Conseil, doivent être en mesure de bien maîtriser le Code, les procédures et les pratiques suivies devant le Conseil ainsi que celles suivies devant la Cour fédérale. Cette expertise particulière recherchée par le Conseil fait en sorte que son bassin de sélection se limite généralement au bassin des avocats comparissant régulièrement devant lui. Le Conseil, dans sa sélection, a affirmé qu'il tient également compte de la région d'où origine la demande de révision judiciaire ainsi que des intérêts défendus.

TPQ a soutenu, cependant, que les explications fournies par le Conseil étaient insuffisantes et qu'une fois l'apparence de partialité soulevée, il appartenait au Conseil de venir expliquer dans quelles circonstances M<sup>e</sup> John Coleman avait reçu ses instructions. N'avait-il fait que rencontrer les conseillers juridiques du Conseil, ou avait-il rencontré aussi M<sup>e</sup> Serge Brault? Existait-il une muraille de Chine ou des cônes de silence à l'intérieur du Conseil?<sup>27</sup> TPQ a affirmé qu'il n'aurait pu obtenir aucune réponse à ces questions vu l'absence d'affidavit par le Conseil et vu le secret professionnel qui entoure les rapports clients-avocats. D'où TPQ conclut que le Conseil ne s'est pas déchargé de son fardeau de preuve en l'espèce.

<sup>26</sup> Ordonnance du juge Hugessen, J.C.A. (10 juin 1993), A-1584-92; Règle 1611 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19)].

<sup>27</sup> *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235.

It should be noted that what QPT complains of is an appearance of bias, not an actual situation of bias. An appearance of institutional bias is also not at issue.<sup>28</sup>

A person who must decide on whether there is an appearance of bias is, according to the language of the dissenting opinion of de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*:<sup>29</sup>

... an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through ...

This “informed” person is a person not interested in the ongoing case and who is not unaware that the Board has a limited part to play when it appears in the courts.<sup>30</sup>

Further, as de Grandpré J. himself said:<sup>31</sup>

The grounds for this apprehension must ... be substantial and I entirely agree with the Federal Court of Appeal which refused to accept the suggestion that the test be related to the “very sensitive or scrupulous conscience”.

The ideas of “Chinese walls” and “cones of silence” referred to by QPT in its oral argument take their origin from *MacDonald Estate v. Martin*.<sup>32</sup> That case turned essentially on the standard that should govern the conduct of lawyers in conflict of interest situations when they move from one law firm, representing one party, to another firm which represents the opposing party.<sup>33</sup> As the use of confidential information is generally impossible to prove Sopinka J. of

<sup>28</sup> 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1994] A.Q. No. 734 (C.A.) (QL).

<sup>29</sup> See *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394. This dissenting opinion has become the applicable test on this point: *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 636; *Quebec Ports Terminals Inc. v. Canada (Labour Relations Board)* (1993), 17 Admin. L.R. (2d) 16 (F.C.A.), per Décary J.A., at pp. 23-24.

<sup>30</sup> *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983.

<sup>31</sup> *Supra*, note 28, at p. 395.

<sup>32</sup> *Supra*, note 26, at p. 1260.

<sup>33</sup> The Court discussed *inter alia* Chapter V of the *Code of Professional Conduct* of the Canadian Bar Association.

Il est à noter que ce dont se plaint TPQ a trait à une apparence de partialité et non à une situation réelle de partialité. Il ne s'agit pas non plus d'une apparence de partialité institutionnelle<sup>28</sup>.

<sup>a</sup> Celle qui est appelée à décider de l'existence ou non d'une apparence de partialité est, selon les termes de l'opinion dissidente exprimée par le juge de Grandpré dans l'affaire *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*:<sup>29</sup>

... une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique

<sup>c</sup> Cette personne «bien renseignée» est une personne désintéressée au présent litige et qui n'ignore pas que le Conseil a un rôle limité lorsqu'il se présente devant les tribunaux.<sup>30</sup>

<sup>d</sup> De plus, comme l'exprimait lui-même le juge de Grandpré<sup>31</sup>:

... les motifs de crainte doivent être sérieux et je suis complètement d'accord avec la Cour d'appel fédérale qui refuse d'admettre que le critère doit être celui d'une personne de nature

<sup>e</sup> scrupuleuse ou tatillonne.

Les notions de «murailles de Chine» et de «cônes de silence», auxquelles TPQ a fait allusion dans sa plaidoirie orale, tirent leur origine de l'affaire *Succession MacDonald c. Martin*.<sup>32</sup> Le litige portait essentiellement sur la norme qui doit régir la conduite des avocats en matière de conflit d'intérêts lorsqu'ils passent d'un premier cabinet d'avocats, qui représente une partie, à un autre cabinet, qui représente la partie adverse<sup>33</sup>. Comme l'utilisation de renseignements

<sup>28</sup> 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1994] A.Q. n° 734 (C.A.) (QL).

<sup>29</sup> Voir *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394. Cette opinion dissidente est, sur ce point, devenue le test applicable en l'occurrence; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, à la p. 636; *Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)* (1993), 17 Admin. L.R. (2d) 16 (C.A.F.), le juge Décary, J.C.A., aux p. 23 et 24.

<sup>30</sup> *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983.

<sup>31</sup> Précité, note 28, à la p. 395.

<sup>32</sup> Précitée, note 26, à la p. 1260.

<sup>33</sup> Il y était question, entre autres, du chapitre V du *Code de déontologie professionnelle* de l'Association du Barreau canadien.

the Supreme Court of Canada, speaking for the majority, considered that the test to be used in such circumstances must be such that the public, represented by the reasonably informed person, would be satisfied that no use of confidential information would occur when a lawyer changes sides in this way. He made a distinction between the use of confidential information by a lawyer at the time of earlier relations with a client and the use he may make of it later to the detriment of his first client.

On the first point, Sopinka J. rejected the notion that there could be an irrebuttable presumption that the lawyer obtained confidential information while working for his first client. He found this rule too strict and tempered it as follows:<sup>34</sup>

... once it is shown by the client that there existed a previous relationship which is sufficiently related to the retainer from which it is sought to remove the solicitor, the court should infer that confidential information was imparted unless the solicitor satisfies the court that no information was imparted which could be relevant. This will be a difficult burden to discharge. Not only must the court's degree of satisfaction be such that it would withstand the scrutiny of the reasonably informed member of the public that no such information passed, but the burden must be discharged without revealing the specifics of the privileged communication. Nonetheless, I am of the opinion that the door should not be shut completely on a solicitor who wishes to discharge this heavy burden.

On the second point, Sopinka J. considered that a lawyer who had thus obtained relevant confidential information was automatically disqualified from acting against his former client. However, he made a distinction for partners. In his view, the concept of imputed knowledge is unrealistic in a time of megafirms. He considered that institutional mechanisms such as Chinese walls and cones of silence could mitigate the strictness of the rule. However, it was the function of professional bodies to develop standards in this regard, provided that a reasonable member of the public who is in possession of the facts would

confidentiels est habituellement impossible à prouver, le juge Sopinka de la Cour suprême du Canada, représentant l'opinion majoritaire, fut d'avis que le critère à suivre, en de telles circonstances, doit tendre à convaincre le public, représenté par une personne raisonnablement informée, qu'il ne sera fait aucun usage de renseignements confidentiels lorsqu'un avocat change ainsi de camp. Il fit la distinction entre la connaissance de renseignements confidentiels par un avocat lors de rapports antérieurs avec un client, et l'usage qu'il peut en faire plus tard au détriment de son premier client.

Sur le premier point, le juge Sopinka rejeta l'idée qu'il puisse y avoir une présomption irréfragable que l'avocat ait pu apprendre des renseignements confidentiels dans l'exécution de son mandat avec son premier client. Trouvant cette règle trop rigide, il la tempéra en ces termes<sup>34</sup>:

... dès que le client a prouvé l'existence d'un lien antérieur dont la connexité avec le mandat dont on veut priver l'avocat est suffisante, la Cour doit en inférer que des renseignements confidentiels ont été transmis, sauf si l'avocat convainc la Cour qu'aucun renseignement pertinent n'a été communiqué. C'est un fardeau de preuve dont il aura bien de la difficulté à s'acquitter. Non seulement la Cour doit être convaincue, au point qu'un membre du public raisonnablement informé serait persuadé qu'aucun renseignement de cette nature n'a été transmis, mais encore la preuve doit être faite sans que soient révélés les détails de la communication privilégiée. Néanmoins, je suis d'avis qu'il ne convient pas de priver de tout moyen d'action l'avocat qui veut s'acquitter de ce lourd fardeau.

Sur le deuxième point, le juge Sopinka fut d'avis que l'avocat qui a ainsi obtenu des renseignements confidentiels pertinents est automatiquement inhabile à agir contre son ex-client. Il fit, cependant, une distinction à l'égard des associés. Selon lui, le concept de connaissance présumée est irréaliste à l'ère des mégacabinets. Il considéra que des mécanismes institutionnels tels les murailles de Chine ou les cônes de silence puissent tempérer la rigueur de la règle. Il appartenait, cependant, aux organismes professionnels d'élaborer des règles à ce sujet à la condition toutefois qu'un membre raisonnable du public, au courant des faits, puisse en arriver à la conclusion qu'aucun renseignement confidentiel ne puisse être

<sup>34</sup> *MacDonald Estate*, supra, note 26, at pp. 1260-1261.

<sup>34</sup> *Succession MacDonald*, précité, note 26, aux p. 1260 et 1261.

conclude that no unauthorized disclosure of confidential information had occurred or would occur.<sup>35</sup>

In the case at bar the conflict of interest presented is not that of a lawyer who changes sides. So far as the evidence is concerned no one, like the plaintiff in *MacDonald Estate v. Martin*, sought to show the existence of a prior connection between the two situations complained of by QPT. On the contrary, it is clear that there is no connection between these two cases. The fear expressed by QPT had to do not with the transmission of confidential information from one case to another but the possibility that the Board wished to favour the firm Ogilvy Renault by ruling in its favour since that firm was representing it in the Supreme Court of Canada. At the same time, what benefit would there have been for the Board in favouring this law firm since ultimately it is not

<sup>35</sup> *MacDonald Estate*, supra, note 27, at p. 1263. To my knowledge all the cases in which *MacDonald Estate* has been cited have dealt with solicitor-client relations and not relations between an administrative tribunal and lawyers who may be likely to represent it in the courts. See *Almecon Industries Ltd. v. Nutron Manufacturing Ltd.* (1994), 172 N.R. 140 (F.C.A.), per McDonald J.; *R. v. D.* (W.R.), [1994] 1 W.W.R. 689 (Man. Q.B.); *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235; *Shaw v. Law Society of Prince Edward Island* (1992), 101 Nfld. & P.E.I.R. 340 (P.E.I.S.C.); *Ashburton Oil Ltd. v. Sharp* (1992), 67 B.C.L.R. (2d) 64 (S.C.); *Bell v. Nash*, [1992] 4 W.W.R. 512 (B.C.S.C.); *Everingham v. Ontario* (1992), 8 O.R. (3d) 123 (Div. Ct.); *R. v. B.* (B.P.) (1992), 71 C.C.C. (3d) 392 (B.C.S.C.); *Asian Video Movies Wholesaler Inc. v. Mathardoo* (1991), 36 C.P.R. (3d) 29 (F.C.T.D.); *Calgas Investments Ltd. v. 784688 Ontario Ltd.* (1991), 4 O.R. (3d) 459 (Gen. Div.); *Everingham v. Ontario* (1991), 84 D.L.R. (4th) 354 (Ont. Gen. Div.); *Pac. Coast Super 8 Motels Inc. v. Nanaimo Shipyard (1985) Ltd.* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 281 (S.C.); *Trilea Centres Inc. v. Cumming Cockburn Ltd.* (1991), 5 O.R. (3d) 598 (Gen. Div.); *J-Star Industries, Inc. v. Berg Equipment Co. (Canada) Ltd.* (1992), 43 C.P.R. (3d) 132 (T.M. Opp. Bd.); *Creamer v. Hergt* (1991), 55 B.C.L.R. (2d) 141 (S.C.); *Turner-Lienaux v. Civil Service Commission (N.S.) et al.* (1992), 111 N.S.R. (2d) 351 (S.C.); *Chin v. Wong* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 288 (S.C.); *Markinova, Re*, [1991] 6 W.W.R. 47 (B.C.S.C.); *R.G. Tours and Promotions Ltd. v. Greater Moncton Home Builders Associations et al.* (1992), 126 N.B.R. (2d) 200 (Q.B.); *Essa (Township) v. Guergis; Membrely v. Hill* (1993), 15 O.R. (3d) 573 (Div. Ct.); *Lasch v. Annapolis (County)* (1992), 118 N.S.R. (2d) 418 (Co. Ct.); *Feherguard Products Ltd. v. Rocky's of B.C. Leisure Ltd.*, [1993] 3 F.C. 619 (C.A.); *R. c. Morales*, [1993] R.J.Q. 2940 (C.Q.), at p. 2949; *Commission des droits de la personne du Québec c. Hudon & Daudelin Ltée*, [1994] R.J.Q. 264 (H.R.T. Qué.).

divulgué sans autorisation ou ne soit susceptible de l'être<sup>35</sup>.

En l'espèce, le conflit d'intérêts soulevé n'est pas celui d'un avocat qui change de camp. Au niveau de la preuve, personne, comme le demandeur dans l'affaire *Succession MacDonald c. Martin*, n'est venu établir l'existence d'un lien antérieur entre les deux situations dont se plaint TPQ. Au contraire, il est clair qu'il n'existe aucun lien entre ces deux affaires. Ce sur quoi porte la crainte exprimée par TPQ n'est pas la transmission de connaissances confidentielles d'un dossier à un autre, mais la possibilité que le Conseil ait voulu plaire à l'étude Ogilvy Renault en adjugeant en sa faveur parce que cette étude le représenterait devant la Cour suprême du Canada. Mais pourtant, quel aurait été l'avantage pour le Conseil de plaire ainsi à ce cabinet d'avocats puisque, ultime-

<sup>35</sup> *Succession MacDonald*, précité, note 27, à la p. 1263. À ma connaissance, toutes les décisions où l'affaire *Succession MacDonald* a été invoquée ont porté sur les relations avocats-clients et non sur les rapports entre un tribunal administratif et des avocats susceptibles de le représenter devant les tribunaux. Voir *Almecon Industries Ltd. c. Nutron Manufacturing Ltd.* (1994), 172 N.R. 140 (C.A.F.), le juge McDonald; *R. v. D.* (W.R.), [1994] 1 W.W.R. 689 (B.R. Man.); *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235; *Shaw v. Law Society of Prince Edward Island* (1992), 101 Nfld. & P.E.I.R. 340 (C.S.Î.-P.-É.); *Ashburton Oil Ltd. v. Sharp* (1992), 67 B.C.L.R. (2d) 64 (C.S.); *Bell v. Nash*, [1992] 4 W.W.R. 512 (C.S.C.-B.); *Everingham v. Ontario* (1992), 8 O.R. (3d) 123 (C. div.); *R. v. B.* (B.P.) (1992), 71 C.C.C. (3d) 392 (C.S.C.-B.); *Asian Video Movies Wholesaler Inc. c. Mathardoo* (1991), 36 C.P.R. (3d) 29 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Calgas Investments Ltd. v. 784688 Ontario Ltd.* (1991), 4 O.R. (3d) 459 (Div. gén.); *Everingham v. Ontario* (1991), 84 D.L.R. (4th) 354 (Div. gén. Ont.); *Pac. Coast Super 8 Motels Inc. v. Nanaimo Shipyard (1985) Ltd.* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 281 (C.S.); *Trilea Centres Inc. v. Cumming Cockburn Ltd.* (1991), 5 O.R. (3d) 598 (Div. gén.); *J-Star Industries, Inc. v. Berg Equipment Co. (Canada) Ltd.* (1992), 43 C.P.R. (3d) 132 (C.O.M.C.); *Creamer v. Hergt* (1991), 55 B.C.L.R. (2d) 141 (C.S.); *Turner-Lienaux v. Civil Service Commission (N.S.) et al.* (1992), 111 N.S.R. (2d) 351 (C.S.); *Chin v. Wong* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 288 (C.S.); *Markinova, Re*, [1991] 6 W.W.R. 47 (C.S.C.-B.); *R.G. Tours and Promotions Ltd. v. Greater Moncton Home Builders Associations et al.* (1992), 126 R.N.-B. (2d) 200 (B.R.); *Essa (Township) v. Guergis; Membrely v. Hill* (1993), 15 O.R. (3d) 573 (C. div.); *Lasch v. Annapolis (County)* (1992), 118 N.S.R. (2d) 418 (C. cté.); *Feherguard Products Ltd. c. Rocky's of B.C. Leisure Ltd.*, [1993] 3 C.F. 619 (C.A.); *R. c. Morales*, [1993] R.J.Q. 2940 (C.Q.), à la p. 2949; *Commission des droits de la personne du Québec c. Hudon & Daudelin Ltée*, [1994] R.J.Q. 264 (T.D.P.Q.).

Ogilvy Renault but the Supreme Court of Canada which would be deciding on its application for leave to appeal?

*Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*,<sup>36</sup> on which the applicant also relied, is different since in the case at bar the member of the Board who wrote the reasons for the appointment order and order No. 713 [(1988), 75 di 130] had no previous connection with either of the two cases. He only sat in the two cases. The one is not connected to the other. What is more, no personal connection was shown between this member of the Board and the firm Ogilvy Renault.

In the case at bar a reasonable person would refrain from any comment as he would quickly realize that this allegation of bias is groundless.

I would dismiss the two applications for judicial review.

DÉCARY J.A.: I concur.

CHEVALIER D.J.A.: I concur.

ment, ce n'est pas Ogilvy Renault mais bien la Cour suprême du Canada qui allait décider de la demande d'autorisation d'appel?

<sup>a</sup> L'affaire *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*<sup>36</sup>, sur laquelle s'est également appuyée la requérante, est différente puisque, en l'espèce, le membre du Conseil, qui a rédigé les motifs de l'ordonnance de désignation et de l'ordonnance n° 713 [(1988), 75 di 130], n'a aucun antécédent avec l'une ou l'autre des deux affaires. Il n'a fait que siéger dans les deux cas. Aucune n'est reliée à l'autre. Et qui plus est, aucun lien personnel n'a été établi entre ce membre du Conseil et l'étude Ogilvy Renault.

<sup>b</sup> En l'espèce, la personne raisonnable s'abstiendrait de tout commentaire car elle se rendrait vite compte que cette allégation de partialité est sans fondement.

<sup>c</sup> Je rejetterais les deux demandes de contrôle judiciaire.

<sup>d</sup> LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: J'y souscris.

<sup>e</sup> LE JUGE SUPPLÉANT CHEVALIER: J'y souscris.

<sup>36</sup> *Supra*, note 29.

<sup>36</sup> Précité, note 29.

A-874-92

**Baker Energy Resources Corporation (Appellant)**

v.

**Reading & Bates Construction Co. and Reading & Bates Horizontal Drilling Ltd. (Respondents)***INDEXED AS: READING & BATES CONSTRUCTION CO. v. BAKER ENERGY RESOURCES CORP. (C.A.)*

Court of Appeal, Hugessen, Létourneau and McDonald J.J.A.—Toronto, September 27, 28, and 29; Ottawa, October 17, 1994.

*Patents — Infringement — Accounting of profits — Equitable remedy to prevent unjust enrichment — Patent infringer accountable both for profits improperly obtained and subsequent use — Burden on defendant to prove right to apportionment, absence of causal link between that portion of profits and infringement — Absent such proof, proper to assume ill-gained profits used to realize profits of ordinary, responsible businessperson — Respondents entitled to profits actually made through infringing acts — Pre-judgment interest awarded even if not claimed — As pre-judgment interest deemed earnings on profits where infringer not accounting for profits as required by law, not discretionary — Compound pre-judgment interest rule, subject to Court's discretion if award thereof amounting to punishment — Judgment in infringement action incomplete until judgment rendered on report of accounting of profits — Delay in filing report depriving plaintiffs of money — Where failure to account for profits, reasonable to assume person who has improperly enjoyed profits making most beneficial use of them — Profits bearing interest at chartered bank rate on prime business loans — Canadian rate of interest applied as contract performed in Canada, payable in Canadian dollars, cause of action arising in Canada, proceedings instituted in Canada.*

*Restitution — Accounting of profits in patent infringement case — Equitable remedy to prevent unjust enrichment, not to punish infringer — Onus of proving profits and apportionment — Court considers profits made by infringing acts, not profit made if non-infringing method used — Pre-judgment interest awarded though not claimed as unjust enrichment if infringer retaining earnings on improperly made profits — Equity*

A-874-92

**Baker Energy Resources Corporation (appelante)**

c.

**Reading & Bates Construction Co. et Reading & Bates Horizontal Drilling Ltd. (intimées)***RÉPERTORIÉ: READING & BATES CONSTRUCTION CO. c. BAKER ENERGY RESOURCES CORP. (C.A.)*

Cour d'appel, juges Hugessen, Létourneau et McDonald, J.C.A.—Toronto, 27, 28 et 29 septembre; Ottawa, 17 octobre 1994.

*Brevets — Contrefaçon — Établissement des comptes relatifs aux bénéfices — Recours en equity dont l'objet est d'empêcher que la personne s'enrichisse injustement — Le contrefacteur d'un brevet doit rendre compte à la fois des bénéfices irrégulièrement obtenus et de leur emploi subséquent — Il incombe au défendeur d'établir son droit à la répartition des bénéfices et de prouver l'absence de lien de causalité entre la contrefaçon et la partie des bénéfices qu'il réclame — En l'absence d'une telle preuve, on peut légitimement présumer que les bénéfices irrégulièrement réalisés ont été employés de façon à en tirer les bénéfices d'un homme d'affaires ordinaire et responsable — Les intimées ont droit aux bénéfices effectivement réalisés par suite de la contrefaçon du brevet — Des intérêts avant jugement ont été accordés même si aucune demande à cet effet n'avait été présentée — Comme les intérêts avant jugement sont des gains que le contrefacteur est réputé avoir tirés des bénéfices lorsqu'il fait défaut d'en rendre compte ainsi que la loi le requiert, il ne s'agit pas d'une question discrétionnaire — L'octroi d'intérêts composés est la règle, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour lorsqu'une telle mesure équivaudrait à une punition — Dans une action en contrefaçon, le jugement n'est pas complet tant qu'il n'a pas été statué sur la reddition de compte quant aux bénéfices — Le retard à déposer le rapport a privé les demanderesse des bénéfices — Lorsqu'il y a défaut de rendre compte des bénéfices, il est raisonnable de présumer que la personne qui a irrégulièrement touché les bénéfices en a fait le meilleur usage possible — Les profits portent intérêts au taux préférentiel appliqué par les banques à charte aux prêts commerciaux qu'elles consentent — Le taux d'intérêt pratiqué au Canada s'applique parce que le contrat a été exécuté au Canada, les services étaient payables en dollars canadiens, la cause d'action a pris naissance au Canada et l'action a été intentée au Canada.*

*Restitution — Établissement des comptes relatifs aux bénéfices dans une affaire de contrefaçon de brevet — Recours en equity dont l'objet n'est pas de punir le contrefacteur mais d'empêcher qu'il ne s'enrichisse injustement — Fardeau de la preuve relativement aux bénéfices et à leur répartition — La Cour considère les bénéfices réalisés en contrefaisant le brevet et non ceux qui auraient été retirés en utilisant une méthode*

requiring award of compound interest to reflect reality of business life.

*Practice — References — Appeal from trial judgment confirming referee's accounting of profits from patent infringement — On appeal under R. 506, reviewing judge should not interfere unless error of law, or findings of fact made in perverse or capricious manner or resulting from palpable, overriding error — Exercise of discretionary power by prothonotary, whether sitting as prothonotary, or referee, not disturbed unless clearly wrong.*

This was an appeal from a trial judgment confirming the conclusions of a referee appointed to take account of the profits made by the appellant from the infringement of the respondents' patented method for installing pipeline.

The appellant contended that the Judge who heard the appeal from the referee's report was free to substitute his own views of the law for those of the referee and that he was not bound by the prothonotary's opinion in discretionary matters and had to exercise his own discretion. The appellant further submitted that the plaintiff had the burden of proving the extent of his claim whether he claimed entitlement to damages or to profits. As to the computation of profits, the appellant contended that a defendant was accountable for the difference between the actual profits earned and the profits that would have been earned through use of an alternative, non-infringing method that the appellant would most likely have used instead of the infringing method. According to the appellant there were four other methods available to install the pipeline, involving at most an additional cost of \$100,000. The appellant objected to the awarding of pre-judgment interest compounded annually because interest was not requested in the statement of claim and no amendment was made to request it. Furthermore, the reviewing Judge failed to recognize that the awarding of pre-judgment interest was discretionary, and thus failed to recognize that he had a discretion and to exercise it. It also argued that the question of awarding compound interest was a matter of discretion, and that it was generally not awarded except in those cases where the defendant was in a fiduciary position and had breached its fiduciary duty. Pre-judgment interest was awarded from the date of the receipt of the profits in September 1983 to the date of the judgment confirming the referee's report. The appellant argued that the interest should have ended with the liability judgment on March 20, 1986.

*n'entraînant pas de contrefaçon — Des intérêts avant jugement ont été accordés sans qu'une demande à cet effet ne soit faite pour empêcher le contrefacteur de s'enrichir injustement en conservant les bénéfices irrégulièrement réalisés — L'équité exige l'octroi d'intérêts composés parce qu'ils sont imposés dans la vie commerciale.*

*Pratique — Renvois — Appel interjeté à l'encontre du jugement de première instance confirmant les conclusions formulées par un arbitre nommé pour l'établissement des comptes relativement aux bénéfices réalisés à la suite de la contrefaçon d'un brevet — Lors d'un appel interjeté en vertu de la Règle 506, le juge siégeant en révision ne doit pas modifier les conclusions à moins qu'il n'y ait eu une erreur de droit ou que les conclusions de fait ont été tirées de façon abusive ou arbitraire ou découlent d'une erreur manifeste et cruciale — Que le protonotaire entende des requêtes ou agisse comme arbitre, la Cour ne doit pas intervenir dans l'exercice de son pouvoir sauf si cet exercice est entaché d'une erreur flagrante.*

Le présent appel a été interjeté à l'encontre d'une décision de la Section de première instance confirmant les conclusions formulées par un arbitre nommé pour l'établissement des comptes relativement aux bénéfices réalisés par l'appelante à la suite de la contrefaçon de la méthode brevetée par les intimées pour l'installation d'un gazoduc.

L'appelante a soutenu que le juge saisi de l'appel du rapport de l'arbitre était habilité à substituer ses propres conclusions à celles de l'arbitre, qu'il n'était pas lié par les positions prises par le protonotaire sur les questions de nature discrétionnaire et qu'il devait exercer son propre pouvoir discrétionnaire. L'appelante a en outre prétendu que c'est au demandeur qu'il incombe de prouver ses prétentions, qu'il réclame des dommages-intérêts ou qu'il fasse valoir son droit aux bénéfices. Quant à la comptabilisation des bénéfices, l'appelante a soutenu qu'un défendeur n'est redevable que de la différence entre les bénéfices réels réalisés et ceux qui l'auraient été au moyen de la méthode de substitution ne contrefaisant pas le brevet que l'appelante aurait été le plus susceptible d'utiliser. Selon l'appelante, elle aurait pu avoir recours à quatre autres méthodes pour installer le gazoduc et il lui en aurait coûté tout au plus 100 000 \$ de plus. L'appelante s'est opposée à l'octroi d'intérêts avant jugement composés annuellement parce que cette mesure n'a pas été demandée dans la déclaration et qu'aucune modification n'a été présentée à cet effet. De plus, le juge siégeant en révision n'a pas tenu compte du fait que l'octroi d'intérêts avant jugement constituait un acte purement discrétionnaire et, par conséquent, il n'a pas reconnu qu'il jouissait d'un pouvoir discrétionnaire et ne l'a pas exercé. Il a en outre été avancé que la question de savoir s'il convient d'accorder des intérêts composés relevait du pouvoir discrétionnaire de la Cour et que, de façon générale, la Cour ne les accordait que dans le cas où le défendeur occupait une position fiduciaire et qu'il avait manqué à son obligation fiduciaire. Les intérêts avant jugement qui ont été accordés couvraient de la date où l'appelante a touché les bénéfices, au mois de septembre 1983, à celle du jugement confirmant le rapport de l'arbitre. L'appelante a prétendu que les intérêts auraient dû cesser de courir à



The issues were: (1) the role of the Court under *Federal Court Rules*, Rule 506 in reviewing a referee's report; (2) the onus of proving the amount of profits, and their apportionment; (3) the method of calculating the amount of profits; (4) the power of the Court to allow pre-judgment interest at the prime rate compounded annually; and (5) whether the Canadian or the American interest rate should apply.

*Held*, the appeal should be dismissed.

On an appeal from the decision of a referee under Rule 506, a judge is in very much the same position as the Court of Appeal would be on an appeal from the Trial Division, i.e. the reviewing judge should not interfere with findings of law and of fact unless, in making the former, the referee has committed some error of law and in the latter, the findings of fact are wrong in that they are made in a perverse or capricious manner or are the result of some palpable and overriding error. The exercise of discretionary power by a prothonotary ought not to be disturbed unless it is clearly wrong, i.e. based upon a wrong principle or a misapprehension of the facts, or unless it raises questions vital to the final issue of the case. The same principle applies when the prothonotary sits as a referee pursuant to Rule 500.

An accounting of profits is an equitable remedy whose object is not to punish the infringer, but to prevent his unjust enrichment by compelling him to surrender those profits that were improperly made as a result of the infringement. When a plaintiff elects to take account of the profits made as a result of a patent infringement, it is the infringer, not the plaintiff, who is made accountable for the profits improperly obtained and who has to reveal and disgorge those profits. He has to account both for the profits and their subsequent use as the plaintiff is entitled to both. The plaintiff need only prove the amount of revenue made from the acts of patent infringement. Where a defendant claims that part of the profits accounted for did not result from the infringement, the burden is on him to prove his right to apportionment and the absence of a causal link between that portion of the profits and the infringement. The appellant failed to account for the subsequent use of the profits improperly made. It was proper for the referee and the reviewing judge to assume that the appellant had used them to realize such profits as an ordinary and responsible businessperson would be expected to realize.

The respondents were entitled to the profits that the appellant actually made through the infringing acts, not the profit that he could have made had he used a non-infringing method.

la date du jugement prononçant sur l'existence de la contrefaçon, savoir le 20 mars 1986.

Les questions en litige étaient les suivantes: (1) le rôle dévolu à la Cour par la Règle 506 des *Règles de la Cour fédérale* en matière de révision du rapport préparé par un arbitre; (2) le fardeau de preuve applicable quant au montant des bénéfices et quant à leur répartition; (3) la méthode à utiliser pour calculer le montant des bénéfices; (4) le pouvoir de la Cour d'ordonner le paiement d'intérêts avant jugement calculés au taux préférentiel et composés annuellement, et (5) la question de savoir s'il convient d'utiliser le taux d'intérêt appliqué aux États-Unis ou au Canada.

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

Lors d'un appel du rapport d'un arbitre prévu par la Règle 506, un juge se trouve dans une position très similaire à celle de la Cour d'appel lorsqu'elle entend l'appel d'une décision de la Section de première instance, c'est-à-dire que le juge siégeant en révision ne doit modifier les conclusions de droit que si l'arbitre a commis une erreur de droit, et les conclusions de fait que si celles-ci sont incorrectes parce qu'elles sont tirées de façon abusive ou arbitraire ou parce qu'elles découlent d'une erreur manifeste et cruciale. Il ne faut pas intervenir dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un protonotaire sauf si cet exercice est entaché d'erreur flagrante, c'est-à-dire s'il procède de l'application d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits, ou s'il soulève des questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause. Le même principe s'applique lorsque le protonotaire agit comme arbitre en vertu de la Règle 500.

Le redressement consistant à rendre compte des bénéfices lorsqu'il y a eu contrefaçon de brevet est un recours en *equity* dont l'objet n'est pas de punir le contrefacteur mais d'empêcher qu'il ne s'enrichisse injustement, en l'obligeant à remettre les bénéfices qu'il a irrégulièrement réalisés en contrefaisant le brevet. Lorsqu'un demandeur choisit de faire établir le compte des bénéfices réalisés par suite de la contrefaçon d'un brevet, c'est le contrefacteur et non le demandeur qui doit rendre compte des bénéfices irrégulièrement obtenus, et qui doit révéler et rendre ces bénéfices. Il doit rendre compte à la fois des bénéfices et de leur emploi subséquent, car le demandeur a droit aux deux. Le demandeur n'a qu'à établir le montant des gains tirés des actes ayant contrefait le brevet. Dans les cas où le défendeur soutient qu'une partie des bénéfices dont il rend compte ne provient pas de la contrefaçon, c'est à lui qu'il incombe d'établir son droit à la répartition des bénéfices et de prouver l'absence de lien de causalité entre la contrefaçon et la partie des bénéfices qu'il réclame. L'appelante n'a pas rendu compte de l'emploi subséquent des bénéfices qu'elle a irrégulièrement réalisés. L'arbitre et le juge siégeant en révision pouvaient légitimement présumer que l'appelante les avait employés de façon à en tirer les bénéfices qu'un homme d'affaires ordinaire et responsable chercherait vraisemblablement à réaliser.

Les intimées avaient droit aux bénéfices que l'appelante avait effectivement réalisés en contrefaisant le brevet, et non à ceux qu'elle aurait retirés si elle avait employé une méthode

It would be unjust and contrary to the equitable nature of the accounting remedy to force a sharing of profits between the appellant and the respondents for the following reasons: (1) The contract was a "No Hole, No Pay" contract. A failure to succeed meant no revenue and substantial losses. The referee properly concluded that the appellant always intended to infringe the respondents' patent. (2) The contract required the use of the very method devised by the respondents. (3) The whole process was infringed. As a result the whole of the appellant's profits came through the infringing act, i.e. the use of the patented method. (4) Neither the Trial Judge nor this Court made any provision for apportionment. This Court had no jurisdiction to rewrite the liability judgment. (5) The referee and the reviewing judge both concluded that of the four alternative methods of installing the pipeline, the one most likely to have been used would have infringed the patent. Assuming the alternative methods of installing pipeline could have been considered, the appellant failed to meet the burden of proving the availability, utility and workability thereof, and their costs.

Given the nature and purpose of an accounting remedy, a patent infringer, who knows that he must account both for the profits improperly made and the earnings on such profits, cannot complain of being taken by surprise simply because no request for pre-judgment interest was made in the statement of claim. Pre-judgment interest as deemed earnings on the profits can be awarded against an infringer who has to account for the profits notwithstanding that it is not mentioned in the original or an amended statement of claim. The infringer must be given the opportunity of making submissions in relation to relevant issues such as the interest rate, its annual or periodical compounding and the length of the period for which interest ought to be awarded.

The awarding of pre-judgment interest should be characterized as deemed secondary benefits, i.e. deemed earnings on the profits, where the infringer fails to account for them as required by law. Therefore it is not a discretionary matter. The awarding of interest on the contract profits is part of the assessment of the profits that the plaintiff is entitled to and would have made if they had been paid to him rather than to the infringer.

Bearing in mind the modern reality that interest paid or earned on deposits or loans is compound interest and the need to achieve equity in the accounting of profits, the awarding of compound pre-judgment interest as deemed earnings on the profits is the rule, subject to a Court's discretion to mitigate it or to award only simple interest in appropriate circumstances. A judge may consider the good faith of the infringer, the validity of the patent claim or that compounding the interest may

n'entraînant pas de contrefaçon. Il serait injuste et contraire à la nature du recours en *equity* qu'est la reddition de compte d'imposer un partage des bénéfices entre l'appelante et les intimées pour les motifs suivants: (1) le contrat était un contrat [TRADUCTION] «Pas de forage, pas d'argent». L'échec signifiait une absence de gains et des pertes substantielles. L'arbitre pouvait légitimement conclure que l'appelante avait toujours eu l'intention de contrefaire le brevet des intimées. (2) Il fallait pour exécuter le contrat avoir recours à la méthode même élaborée par les intimées. (3) C'est le processus en entier qui a été contrefait. Il s'ensuit que la totalité des bénéfices retirés par l'appelante proviennent de la contrefaçon, c'est-à-dire de l'utilisation de la méthode brevetée. (4) Ni le juge de première instance ni la Cour d'appel n'ont prévu de mesures quant à la répartition des bénéfices. La Cour n'est pas habilitée à récrire le jugement rendu quant à l'existence de la contrefaçon. (5) L'arbitre et le juge siégeant en révision ont tous deux conclu que parmi les quatre méthodes de substitution proposées pour installer le gazoduc, celle qui était la plus susceptible d'être utilisée aurait contrefait le brevet. En supposant que les méthodes de substitution pour installer le gazoduc auraient pu être prises en considération, l'appelante n'a pas réussi à prouver qu'elles étaient disponibles et qu'elles étaient utiles et fonctionnelles, et à en établir le coût.

Compte tenu de la nature et de l'objet de la reddition de compte, le contrefacteur d'un brevet, qui sait qu'il doit rendre compte des bénéfices réalisés ainsi que des gains tirés de ces bénéfices, ne peut se plaindre d'être pris par surprise simplement parce que la déclaration ne contenait pas une demande de versement d'intérêts avant jugement. Le contrefacteur qui doit rendre compte des bénéfices peut être condamné au paiement d'intérêts avant jugement au titre des gains qu'il est réputé avoir tirés des bénéfices, même si le demandeur n'en a pas fait mention dans la déclaration initiale ou dans une requête visant à modifier celle-ci. Le contrefacteur doit avoir l'occasion de présenter des observations concernant des questions pertinentes, telles les taux d'intérêts, la périodicité à laquelle les intérêts sont composés (annuellement ou autrement) et la durée de la période pendant laquelle les intérêts courent.

Il faut considérer les intérêts avant jugement comme des bénéfices secondaires imputés au contrefacteur, c'est-à-dire comme des gains que celui-ci est réputé avoir tirés des bénéfices, lorsqu'il fait défaut d'en rendre compte ainsi que la loi le requiert. Il ne s'agit donc pas d'une question discrétionnaire. L'octroi d'intérêts sur les bénéfices retirés de l'exécution du contrat doit entrer dans l'évaluation des bénéfices auxquels le demandeur a droit et qu'il aurait touchés s'ils lui avaient été versés plutôt qu'au contrefacteur.

Étant donné que la réalité moderne veut que les intérêts courants sur des prêts ou produits par des dépôts soient des intérêts composés et la nécessité d'assurer l'équité dans la reddition de compte, l'octroi d'intérêts composés au titre de gains réputés tirés des bénéfices est la règle, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour d'en atténuer l'application ou de n'accorder que les intérêts simples lorsque les circonstances le demandent. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge

reach beyond equity into the realm of punishment, in the exercise of judicial discretion.

A judgment in an infringement action is not complete, where the plaintiff elects an accounting of profits, until the profits have been accounted for and the judgment rendered on the report of the person designated to take accounts. The complaint that the referee took more than two years to file his report while pre-judgment interest was accruing overlooked the fact that the respondents had been deprived of that money during that period of time while the appellant had it. Furthermore, compound interest is not a penalty, but a recognition of reality.

The burden was on the appellant to account for the earnings on the profits, failing which an estimated amount had to be established. It is sensible to assume that the person who has improperly enjoyed the profits would have made the most beneficial use of them. There was no fault with the referee's recommendation that the profits bear interest at the chartered bank rate on prime business loans. There was nothing wrong in using the Canadian rate of interest because the contract was performed in Canada, was payable in Canadian dollars, the cause of action arose in Canada, the proceedings were instituted in Canada and the decisions of the referee and the reviewing Judge ordered the disgorgement of the appellant's profits in Canadian dollars. It would be under-compensatory to give the plaintiff judgment in Canadian dollars and pre-judgment interest at the American rate which is lower than the Canadian rate.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 500, 506.

*Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act, 1934* (U.K.), 24 & 25 Geo. 5, c. 41, s. 3.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 F.C. 305; (1987), 17 C.I.P.R. 68; 16 C.P.R. (3d) 193; 79 N.R. 305 (C.A.); *Canada v. "Jala Godavari" (The)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 127; 135 N.R. 316 (F.C.A.); *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425; (1993), 93 DTC 5080 (C.A.); *Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy*, [1994] F.C.J. No. 682 (T.D.) (QL); *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 361 (F.C.T.D.); *Teledyne Industries, Inc. et al. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (F.C.T.D.); *Beloit Canada Ltée/Ltd. v. Valmet Oy* (1992), 45 C.P.R. (3d) 116 (F.C.A.).

peut prendre en considération la bonne foi du contrefacteur, la validité de la revendication de brevet ou le fait que l'octroi d'intérêts composés déborde le domaine de l'équité pour entrer dans celui de la punition.

Dans une action en contrefaçon, lorsque le demandeur choisit la reddition de compte quant aux bénéfices, le jugement n'est pas complet tant que les comptes ne sont pas établis et qu'il n'a pas été statué sur le rapport de la personne désignée pour les établir. En objectant que l'arbitre a pris plus de deux ans pour déposer son rapport, alors que les intérêts avant jugement couraient, l'appelante oublie que pendant cette même période où elle avait en main le montant des bénéfices, les intimées en étaient privées. En outre, l'octroi d'intérêts composés ne constitue pas une punition mais ne fait que reconnaître l'existence d'une réalité.

Il incombait à l'appelante de rendre compte des gains tirés des bénéfices, sinon le montant des gains devait être estimé. Il est raisonnable de présumer que la personne qui a irrégulièrement touché des bénéfices en a fait le meilleur usage possible. Il n'y a rien à reprocher à la recommandation de l'arbitre voulant que les profits portent intérêts au taux préférentiel appliqué par les banques à charte aux prêts commerciaux qu'elles consentent. Il n'y avait rien d'incorrect à utiliser le taux d'intérêt pratiqué au Canada parce que le contrat a été exécuté au Canada, les services étaient payables en dollars canadiens, la cause d'action a pris naissance au Canada, l'action a été intentée au Canada et, dans les décisions qu'ils ont rendues, l'arbitre et le juge siégeant en révision ont ordonné que l'appelante rende les bénéfices en argent canadien. Il y aurait sous-compensation si l'on accordait aux demandereses une somme en dollars canadiens et des intérêts avant jugement au taux américain, lequel est inférieur au taux canadien.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act, 1934* (R.-U.), 24 & 25 Geo. 5, ch. 41, art. 3.

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 500, 506.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 C.F. 305; (1987), 17 C.I.P.R. 68; 16 C.P.R. (3d) 193; 79 N.R. 305 (C.A.); *Canada c. «Jala Godavari» (Le)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 127; 135 N.R. 316 (C.A.F.); *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425; (1993), 93 DTC 5080 (C.A.); *Beloit Canada Ltd. c. Valmet Oy*, [1994] F.C.J. n° 682 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 361 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Teledyne Industries, Inc. et autres c. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Beloit Canada Ltée/Ltd. c. Valmet Oy* (1992), 45 C.P.R. (3d) 116 (C.A.F.).

## DISTINGUISHED:

*Invacare Corp. v. Everest & Jennings Cdn. Ltd.* (1987), 14 C.I.P.R. 295; 15 C.P.R. (3d) 278; 3 F.T.R. 279 (F.C.T.D.); *Gordon Form Lathe Co. v. Ford Motor Co.* 133 F. 2d 487 (6th Cir. 1943).

## CONSIDERED:

*Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1986), 8 C.I.P.R. 250; 13 C.P.R. (3d) 410; 2 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); aff'd (1987), 18 C.P.R. (3d) 180; 79 N.R. 351 (F.C.A.); *O'Sullivan v. Management Agency and Music Ltd.*, [1985] Q.B. 428 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 350; 125 N.R. 218 (F.C.A.); *My Kinda Town Limited v. Soll and Another*, [1983] R.P.C. 15 (Ch. D.); *Amusement Corporation of America v. Mattson*, 138 F. 2d 693 (5th Cir. 1943); *Ductmate Industries Inc. v. Exanno Products Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 115; 16 C.P.R. (3d) 15; 12 F.T.R. 37 (F.C.T.D.); *Corcoran v. Ehrlick Transport Ltd. et al.* (1984), 46 O.R. (2d) 225; 12 D.L.R. (4th) 134; 27 M.V.R. 197; 3 O.A.C. 148 (C.A.); *Theriault v. Day & Ross Ltd. and Monnier* (1977), 21 N.B.R. (2d) 120; 37 A.P.R. 120 (C.A.); *Engine and Leasing Co. et al. v. Atlantic Towing Ltd.* (1992), 51 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Dictionnaires (Les) Robert Canada SCC et al. v. Librairie du Nomade Inc. et al.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 319; 11 F.T.R. 44 (F.C.T.D.); *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173; (1986), 28 D.L.R. (4th) 178; 8 C.I.P.R. 153; 10 C.P.R. (3d) 1; 3 F.T.R. 118 (T.D.); *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. R.F.R. Holding Corp. et al.* (1987), 13 C.P.R. (3d) 115 (F.C.T.D.); *Belmont Finance Corp'n v. Williams Furniture Ltd (No 2)*, [1980] 1 All ER 393 (C.A.); *Westinghouse Electric and Manufacturing Company v. Wagner Electric and Manufacturing Company*, 225 U.S. 604 (1912); *Éditions JCL Inc. v. 91439 Canada Ltée*, [1995] 1 F.C. 380 (C.A.); *Wallersteiner v Moir (No. 2)*, [1975] 1 All ER 849 (C.A.); *Siddell v. Vickers* (1892), 9 R.P.C. 152 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Law Reform Commission of British Columbia. *Report on the Court Order Interest Act*, Vancouver: Ministry of the Attorney General, 1987.

Manitoba Law Reform Commission. *Report on Prejudgment Compensation on Money Awards: Alternatives to Interest*, Report No. 47, Winnipeg: Queen's Printer, 1982.

McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 15th ed., London: Sweet & Maxwell, 1988.

Ontario Law Reform Commission. *Report on Compensation for Personal Injuries and Death*, Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.

Saxe, Dianne. "Judicial Discretion in the Calculation of Prejudgment Interest" (1985-86), 6 *Adv. Q.* 433.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Invacare Corp. c. Everest & Jennings Cdn. Ltd.* (1987), 14 C.I.P.R. 295; 15 C.P.R. (3d) 278; 3 F.T.R. 279 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Gordon Form Lathe Co. v. Ford Motor Co.* 133 F. 2d 487 (6th Cir. 1943).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.* (1986), 8 C.I.P.R. 250; 13 C.P.R. (3d) 410; 2 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1987), 18 C.P.R. (3d) 180; 79 N.R. 351 (C.A.F.); *O'Sullivan v. Management Agency and Music Ltd.*, [1985] Q.B. 428 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 350; 125 N.R. 218 (C.A.F.); *My Kinda Town Limited v. Soll and Another*, [1983] R.P.C. 15 (Ch. D.); *Amusement Corporation of America v. Mattson*, 138 F. 2d 693 (5th Cir. 1943); *Ductmate Industries Inc. c. Exanno Products Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 115; 16 C.P.R. (3d) 15; 12 F.T.R. 37 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Corcoran v. Ehrlick Transport Ltd. et al.* (1984), 46 O.R. (2d) 225; 12 D.L.R. (4th) 134; 27 M.V.R. 197; 3 O.A.C. 148 (C.A.); *Theriault v. Day & Ross Ltd. and Monnier* (1977), 21 N.B.R. (2d) 120; 37 A.P.R. 120 (C.A.); *Engine and Leasing Co. et autres c. Atlantic Towing Ltd.* (1992), 51 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Dictionnaires (Les) Robert Canada SCC et al. c. Librairie du Nomade Inc. et autres* (1987), 16 C.P.R. (3d) 319; 11 F.T.R. 44 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173; (1986), 28 D.L.R. (4th) 178; 8 C.I.P.R. 153; 10 C.P.R. (3d) 1; 3 F.T.R. 118 (1<sup>re</sup> inst.); *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. R.F.R. Holding Corp. et autres* (1987), 13 C.P.R. (3d) 115 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Belmont Finance Corp'n v. Williams Furniture Ltd (No 2)*, [1980] 1 All ER 393 (C.A.); *Westinghouse Electric and Manufacturing Company v. Wagner Electric and Manufacturing Company*, 225 U.S. 604 (1912); *Éditions JCL Inc. c. 91439 Canada Ltée*, [1995] 1 F.C. 380 (C.A.); *Wallersteiner v Moir (No. 2)*, [1975] 1 All ER 849 (C.A.); *Siddell v. Vickers* (1892), 9 R.P.C. 152 (C.A.).

## DOCTRINE

Law Reform Commission of British Columbia. *Report on the Court Order Interest Act*, Vancouver: Ministry of the Attorney General, 1987.

Manitoba Law Reform Commission. *Report on Prejudgment Compensation on Money Awards: Alternatives to Interest*, Report No. 47, Winnipeg: Queen's Printer, 1982.

McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 15th ed., London: Sweet & Maxwell, 1988.

Ontario Law Reform Commission. *Report on Compensation for Personal Injuries and Death*, Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.

Saxe, Dianne. «Judicial Discretion in the Calculation of Prejudgment Interest» (1985-86), 6 *Adv. Q.* 433.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed., Toronto: Canada Law Book Inc., 1993.

APPEAL from trial judgment, *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 93; 56 F.T.R. 22 (F.C.T.D),<sup>a</sup> affirming the referee's report of profits made by a patent infringer. Appeal dismissed.

COUNSEL:

*B. D. Edmonds* for appellant.  
*R. E. Dimock* and *B. Stratton* for respondents.<sup>c</sup>

SOLICITORS:

*McCarthy Tétrault*, Toronto, for appellant.  
*Dimock & Associates*, Toronto, for respondents.<sup>d</sup>

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

LÉTOURNEAU J.A.: This appeal from a decision of the Trial Division [(1992), 44 C.P.R. (3d) 93], which confirmed the conclusions of a referee appointed to take account of the profits made by a patent infringer, raises interesting questions, some of which are brought before this Court for the first time:<sup>e</sup>

- a) the role of the Court under Rule 506 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] in reviewing the report of a referee made pursuant to a reference under Rule 500;
- b) the onus of proving the amount of profits in case of an infringement by use of a patent and their apportionment;
- c) the method of calculating the amount of profits in case of such infringement;
- d) the power of the Court to allow prejudgment interest at the prime rate compounded annually; and
- e) whether the rate should be the Canadian or the American interest rate.<sup>j</sup>

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed., Toronto: Canada Law Book Inc., 1993.

APPEL interjeté à l'encontre du jugement de première instance rendu dans *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 93; 56 F.T.R. 22 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), confirmant les conclusions formulées par un arbitre relativement aux bénéfices réalisés par le contrefacteur d'un brevet. Appel rejeté.<sup>b</sup>

AVOCATS:

*B. D. Edmonds* pour l'appelante.  
*R. E. Dimock* et *B. Stratton* pour les intimées.

PROCUREURS:

*McCarthy Tétrault*, Toronto, pour l'appelante.  
*Dimock & Associates*, Toronto, pour les intimées.

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Le présent appel, interjeté à l'encontre d'une décision de la Section de première instance [(1992), 44 C.P.R. (3d) 93] confirmant les conclusions formulées par un arbitre nommé pour l'établissement des comptes relativement aux bénéfices réalisés par un contrefacteur de brevet, soulève d'intéressantes questions qui, pour certaines, sont soumises à la Cour pour la première fois. La Cour doit statuer sur les questions suivantes:

- a) le rôle dévolu à la Cour par la Règle 506 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] en matière de révision du rapport préparé par un arbitre sous le régime de la Règle 500;
- b) le fardeau de preuve applicable quant au montant des bénéfices lorsqu'il y a eu contrefaçon de brevet et quant à la répartition de ces bénéfices;
- c) la méthode à utiliser pour calculer le montant des bénéfices dans un tel cas de contrefaçon;
- d) le pouvoir de la Cour d'ordonner le paiement d'intérêts avant jugement calculés au taux préférentiel et composés annuellement;
- e) la question de savoir s'il convient d'utiliser le taux d'intérêt appliqué aux États-Unis ou au Canada.

In August 1983, the respondents commenced two actions against the appellant alleging infringement of certain specified claims of patent no. 1,037,462 which could be described as the "follow liner patent" and of all the claims of patent no. 1,140,106 which was described as the "pull back patent."

Broadly stated, the "follow liner patent" refers to a method of drilling a pilot hole with a liner pipe along an inverted underground arcuate path beneath an obstacle. The "pull back patent" describes a method of both simultaneously and sequentially drilling that hole, lining it, and then pulling the liner back through the hole with a reamer and the production pipe attached. A summary description of that process can be found in the reasons for judgment of Strayer J. on the issue of liability rendered on March 20, 1986:

Essentially this process involves pushing and steering a small diameter non-rotating pipe, on whose end are mounted jets that emit water and mud which is pumped through the pipe from the drill rig. The erosive cutting effect of these emissions makes the hole through which the drillstring passes. The drillstring is directed from the rig positioned on one river bank, first at an angle downward into the ground, then across under the river and up the other side to reach the surface. As this work proceeds, a larger pipe variously described as a "follow liner", "wash pipe", or "washover pipe", or sometimes "guide casing", is pushed and rotated around the drillstring so as to follow it eventually to the other side of the river. The drillstring is then pulled back and by means of attaching the follow liner to a reamer (to enlarge the hole further) with a swivel connecting it to the gas pipeline or "production pipeline" which has been pre-assembled on the other shore, the latter is pulled back through the hole as the follow liner is withdrawn by the rig on the side of the river where drilling commenced. The swivel is used so that, while the follow liner is rotated in the pull back the production pipeline is not.<sup>1</sup>

The infringement arose out of the installation of a gas pipeline under the St. Lawrence River near Trois-Rivières, Quebec, in the summer of 1983. The appellant drilled a pilot hole from the north shore of the river to the south shore and then started the ream and pull back of the gas pipeline which lasted three days.

<sup>1</sup> (1986), 8 C.I.P.R. 250 (F.C.T.D.), at pp. 258-259.

Au mois d'août 1983, les intimées ont intenté deux poursuites en contrefaçon contre l'appelante relativement à certaines revendications du brevet n° 1,037,462, qui peut être décrit comme le «brevet de la chemise d'accompagnement» et à toutes les revendications du brevet n° 1,140,106, qui peut être décrit comme le «brevet de rappel».

De façon générale, le «brevet de la chemise d'accompagnement» porte sur une façon de forer un trou de guidage en plaçant un gainage sous un obstacle le long d'un parcours en forme d'arc inversé. Le «brevet de rappel» décrit une méthode permettant simultanément et séquentiellement de forer ce trou, de placer le gainage et de rappeler la gaine à l'aide d'un aléueur auquel est fixé la conduite de transport de gaz. Le juge Strayer a fait une brève description de ce processus dans les motifs qu'il a rendus, le 20 mars 1986, relativement à l'existence de la contrefaçon:

Pour l'essentiel, le procédé consiste à pousser et à diriger un tube non rotatif de faible diamètre dont l'extrémité comporte des gicleurs lançant de l'eau et de la boue ramenés ensuite par pompage le long du tube jusqu'à la tour de forage. L'effet abrasif de ce mélange d'eau et de boue permet de forer le trou par lequel passe le train de forage. Le train de forage est dirigé à partir de la tour de forage installée sur l'une des rives et s'incline tout d'abord dans le sol pour se redresser ensuite à l'horizontale sous la rivière et remonter de l'autre côté afin d'atteindre la surface. À mesure que ce travail s'effectue, un tube de plus grand diamètre, que l'on qualifie indifféremment de «gaine postérieure», de «tube d'usage» et de «tube de nettoyage» ou parfois même de «gainage servant de guide» est poussé en rotation autour du train de forage afin de le suivre jusque de l'autre côté du fleuve. Le train de forage est alors retiré et l'on fixe alors sur la gaine postérieure un aléueur (pour élargir davantage le trou) équipé d'un pivot le raccordant au gazoduc ou «tube de production» monté au préalable sur l'autre rive. L'ensemble est ramené en arrière le long du trou, la gaine postérieure étant tirée par la tour de forage installée de l'autre côté du fleuve, là où le forage a commencé. Grâce au pivot, la gaine postérieure tourne à mesure qu'elle est tirée en arrière sans entraîner la rotation du gazoduc.<sup>1</sup>

La contrefaçon a été commise lors de l'installation d'un gazoduc sous le fleuve Saint-Laurent, près de Trois-Rivières (Québec), au cours de l'été 1983. L'appelante a foré un trou de guidage de la rive nord à la rive sud du fleuve, puis elle a commencé l'alésage et le rappel, une opération qui a duré trois jours.

<sup>1</sup> (1986), 8 C.I.P.R. 250 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux p. 258 et 259.

The Trial Judge found that claims 1 to 6 and 10 to 13 of the “follow liner patent” were invalid, but that there had been an infringement of claims 1 to 9, 14 to 28, 33 to 44, 46 and 47 of the “pull back patent” in the installation of the pipeline. The respondents elected to take account of the appellant’s profits resulting from the infringement and the matter was referred to the Associate Senior Prothonotary for determination. An appeal from the judgment of the learned Judge on liability was dismissed by the Court of Appeal on November 20, 1987.<sup>2</sup>

In November 1989, the Associate Senior Prothonotary held a hearing pursuant to the reference on the issue of the accounting of the profits and reserved his decision. The report of the referee was finally filed more than two years later in January 1992. The appellant unsuccessfully appealed the referee’s decision to the Trial Division. Hence the present appeal to this Court.

As one can imagine, the facts and procedural incidents in this case were substantially more intricate than my brief summary reveals. However, as I address the various grounds of appeal raised by the appellant, I will have the opportunity of being more specific and providing additional details.

A. The Role of the Court on an Appeal Under Rule 506 against the Report of a Referee

Counsel for the appellant contends that with respect to legal issues, the learned Judge of the Trial Division (hereinafter called “the reviewing Judge”), who heard the appeal against the referee’s report, was free to substitute his own views of the law for those of the referee. He also submits that the reviewing Judge was not bound by the prothonotary’s opinion in discretionary matters and had to exercise his own discretion.

Le juge de première instance a statué que les revendications 1 à 6 et 10 à 13 du «brevet de la chemise d’accompagnement» étaient invalides, mais a jugé qu’il y avait eu contrefaçon des revendications 1 à 9, 14 à 28, 33 à 44, 46 et 47 du «brevet de rappel» dans l’installation du pipeline. Les intimées ont choisi de faire établir les comptes des bénéfices que l’appelante avait réalisés par suite de la contrefaçon, et l’affaire a été renvoyée devant le protonotaire adjoint pour qu’il procède à cet établissement. La Cour d’appel a rejeté, le 20 novembre 1987<sup>2</sup>, l’appel formé contre le jugement rendu relativement à l’existence de la contrefaçon.

Au mois de novembre 1989, le protonotaire adjoint a entendu la référence sur l’établissement des comptes relatifs aux bénéfices et a pris l’affaire en délibéré. Il a finalement déposé son rapport plus de deux ans après l’audience, au mois de janvier 1992. L’appelante a été déboutée de l’appel qu’elle a formé devant la Section de première instance contre la décision de l’arbitre, c’est pourquoi la Cour est saisie du présent appel.

Comme on peut l’imaginer, les faits et les incidents de procédure qui se sont produits en l’espèce sont infiniment plus complexes que ce bref résumé peut le laisser entrevoir. En abordant les divers motifs d’appel invoqués par l’appelante, j’aurai l’occasion, toutefois, de me montrer plus précis et de donner plus de détails.

A. Le rôle de la Cour dans un appel interjeté sous le régime de la Règle 506 à l’encontre du rapport d’un arbitre

L’avocat de l’appelante soutient qu’à l’égard des questions de droit, le juge de la Section de première instance (ci-après appelé «le juge siégeant en révision»), saisi de l’appel du rapport de l’arbitre, était habilité à substituer ses propres conclusions à celles de l’arbitre. Il prétend également que le juge siégeant en révision n’était pas lié par les positions prises par le protonotaire sur les questions de nature discrétionnaire, et qu’il devait exercer son propre pouvoir discrétionnaire.

<sup>2</sup> (1987), 18 C.P.R. (3d) 180 (F.C.A.).

<sup>2</sup> (1987), 18 C.P.R. (3d) 180 (C.A.F.).

It is clear from the decisions of my colleague Hugessen J.A. in *Canada v. "Jala Godavari" (The)*<sup>3</sup> and *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*<sup>4</sup> that a judge who reviews findings of fact based on an assessment of credibility and made by a referee who has heard witnesses is not at liberty to reverse these findings and substitute his views for those of the referee. I believe that, on an appeal from the decision of a referee under Rule 506, the reviewing judge should not interfere with findings of law and findings of fact unless, in making the former, the referee has committed some error of law and, in the latter case, the findings of fact are wrong in that they are made in a perverse or capricious manner or are the result of some palpable and overriding error.<sup>5</sup> To put the matter simply, a judge who reviews a referee's findings under Rule 506 is, as to questions of law and questions of fact, in very much the same position as this Court would be on an appeal from the Trial Division.

A judge is given more latitude when it comes to reviewing the exercise of a discretionary power by a prothonotary. In such case, the decision of *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.* stands for the proposition that the exercise of such power ought not to be disturbed unless it is clearly wrong, i.e., it is based upon a wrong principle or a misapprehension of the facts, or unless it raises questions vital to the final issue of the case. When the exercise of that discretion is reviewable, a judge ought to exercise his discretion *de novo*.<sup>6</sup>

Although such finding was made in the procedural context when the prothonotary sits on motions, I believe the principle to be applicable as well when he sits as a referee pursuant to Rule 500. In "*Jala Godavari*", *supra*, my colleague Hugessen J.A., in stating the law applicable to the review of findings of fact made by a referee, acknowledged that the referee could be a prothonotary. Therefore, the scope of

Il ressort clairement des décisions rendues par mon collègue le juge d'appel Hugessen dans les affaires *Canada c. «Jala Godavari» (Le)*<sup>3</sup> et *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Industries Canada Ltd.*<sup>4</sup> que le juge qui examine des conclusions de fait reposant sur une appréciation de la crédibilité des témoins, tirées par un arbitre qui a entendu ceux-ci, ne peut, à sa guise, infirmer ces conclusions et leur substituer les siennes. S'agissant de l'appel du rapport d'un arbitre prévu par la Règle 506, je suis d'avis que le juge siégeant en révision ne doit modifier les conclusions de droit que si l'arbitre a commis une erreur de droit, et les conclusions de fait que si celles-ci sont incorrectes parce qu'elles sont tirées de façon abusive ou arbitraire ou parce qu'elles découlent d'une erreur manifeste et cruciale<sup>5</sup>. En termes simples, le juge qui procède, sous le régime de la Règle 506, à la révision des conclusions d'un arbitre se trouve, en ce qui a trait aux questions de droit et de fait, dans une position très similaire à celle de la présente Cour quand elle entend l'appel d'une décision de la Section de première instance.

Lorsqu'il s'agit de contrôler l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un protonotaire, les juges disposent de plus de latitude. L'arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.* a établi que, dans un tel cas, il ne faut pas intervenir sauf si cet exercice est entaché d'erreur flagrante, c'est-à-dire s'il procède de l'application d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits, ou s'il soulève des questions ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause. Lorsque l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire peut faire l'objet d'une révision, le juge reprend l'affaire depuis le début<sup>6</sup>.

Bien que ce principe ait été formulé dans le contexte procédural où le protonotaire entend des requêtes, je crois qu'il s'applique également lorsque le protonotaire agit comme arbitre en vertu de la Règle 500. Dans l'affaire "*Jala Godavari*", précitée, mon collègue le juge Hugessen, J.C.A., en statuant sur le droit applicable à la révision des conclusions de fait formulées par un arbitre, a reconnu que ce der-

<sup>3</sup> (1991), 40 C.P.R. (3d) 127 (F.C.A.).

<sup>4</sup> [1988] 2 F.C. 305 (C.A.).

<sup>5</sup> *Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 350 (F.C.A.).

<sup>6</sup> [1993] 2 F.C. 425 (C.A.).

<sup>3</sup> (1991), 40 C.P.R. (3d) 127 (C.A.F.).

<sup>4</sup> [1988] 2 C.F. 305 (C.A.).

<sup>5</sup> *Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 350 (C.A.F.).

<sup>6</sup> [1993] 2 C.F. 425 (C.A.).



review of the prothonotary's discretion ought to be the same whether he sits as a prothonotary or as a referee. (Different considerations might apply where the referee was a judge.)

### B. The Onus of Proving the Profits and their Apportionment

The remedy of an accounting of profits in case of infringement of a patent is an equitable remedy whose object is not to punish the infringer but to prevent his unjust enrichment by compelling him to surrender those profits that were improperly made as a result of the infringement.<sup>7</sup>

It is trite to say that the exercise of this remedy has been associated with a number of practical difficulties which have somewhat diminished its usefulness. As early as 1892, Lindley L.J., of the English Court of Appeal, wrote:

The Plaintiff therefore was perfectly within his right in electing, as he did in this case, to have an account of profits; but I do not know any form of account which is more difficult to work out, or may be more difficult to work out than an account of profits. One sees it—and I personally have seen a good deal of it—in partnership cases where the capital of a deceased or outgoing partner has been left in the trade; an account has been directed of the profits made in respect of his capital, which is something like the profits made in respect of an invention, and the difficulty of finding out how much profit is attributable to any one source is extremely great—so great that accounts in that form very seldom result in anything satisfactory to anybody. The litigation is enormous, the expense is great, and the time consumed is out of all proportion to the advantage ultimately attained; so much so that in partnership cases I confess I never knew an account in that form worked out with satisfaction to anybody. I believe in almost every case people get tired of it and get disgusted. Therefore, although the law is that a Patentee has a right to elect which course he will take, as a matter of business he would generally be inclined to take an

nier pouvait être un protonotaire. Que le protonotaire entende des requêtes ou agisse comme arbitre, par conséquent, le contrôle de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire devrait avoir la même portée. (Lorsque l'arbitre est un juge, d'autres facteurs peuvent entrer en ligne de compte.)

### B. Le fardeau de la preuve relativement aux bénéfices et à leur répartition

Le redressement consistant à faire rendre compte des bénéfices lorsqu'il y a eu contrefaçon de brevet est un recours en *equity* dont l'objet n'est pas de punir le contrefacteur mais d'empêcher qu'il ne s'enrichisse injustement, en l'obligeant à remettre les bénéfices qu'il a irrégulièrement réalisés en contrefaisant le brevet<sup>7</sup>.

Il a été répété à satiété que l'exercice de ce recours suscite des difficultés d'ordre pratique qui en diminuent quelque peu l'utilité. Dès 1892, le lord juge Lindley, de la Cour d'appel d'Angleterre, écrivait:

[TRADUCTION] Le demandeur avait donc parfaitement le droit de choisir, comme il l'a fait en l'occurrence, qu'il soit rendu compte des bénéfices; mais je ne connais aucune forme de reddition de compte qui soit ou puisse être plus difficile à réaliser que celle des bénéfices. On y a recours—et je l'ai vu faire à de nombreuses reprises—dans des affaires visant une société, lorsque le capital d'un associé décédé ou sortant est laissé dans l'entreprise et qu'une ordonnance de reddition de compte est rendue relativement aux bénéfices réalisés grâce à ce capital. Ces bénéfices s'apparentent à ceux qu'on peut tirer d'une invention. La difficulté d'établir le montant des bénéfices attribuables à une source donnée, quelle qu'elle soit, est énorme, au point que ce type de reddition de compte réussit rarement à satisfaire qui que ce soit. Les différends s'accumulent, les dépenses s'additionnent et le temps qui y est consacré est hors de proportion avec l'avantage qu'on finit par obtenir, à telle enseigne qu'en matière de sociétés, il me faut confesser n'avoir jamais eu connaissance de comptes rendus qui aient donné satisfaction à qui que ce soit. Je crois que dans presque tous les cas, les gens se lassent et se découragent. Par conséquent, même si la loi prévoit que le breveté a le droit de choisir le recours dont il se prévaudra, il ferait bien, en pratique, d'opter pour la détermination du montant des dommages-intérêts plu-

<sup>7</sup> *My Kinda Town Limited v. Soll and Another*, [1983] R.P.C. 15 (Ch.D.), at p. 55; *Amusement Corporation of America v. Mattson*, 138 F. 2d 693 (5th Cir. 1943), at p. 697; *Ductmate Industries Inc. v. Exanno Products Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 115 (F.C.T.D.); *Teledyne Industries, Inc. et al. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (F.C.T.D.).

<sup>7</sup> *My Kinda Town Limited v. Soll and Another*, [1983] R.P.C. 15 (Ch.D.), à la p. 55; *Amusement Corporation of America v. Mattson*, 138 F. 2d 693 (5th Cir. 1943), à la page 697; *Ductmate Industries Inc. c. Exanno Products Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 115 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Teledyne Industries, Inc. et autres c. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

inquiry as to damages, rather than launch upon an inquiry as to profits.<sup>8</sup>

The remedy often leads to a relitigation of the nature and extent of the infringement in an attempt to minimize the amount of profits made from it or to obtain apportionment. It also gives rise to litigation in the determination of the secondary benefits, i.e., the level and amount of earnings made on the profits by a defendant. Central to the debate between the litigants are the extent and the proper allocation of the burden of proof. This case is no exception to the rule.

Counsel for the appellant submits that in an action for infringement of a patent, the plaintiff has the burden of proving the extent of his damages or, if as in the present case he elects to take account of the profits made by the defendant, the amount of these profits and their apportionment. In his view, placing such burden on the plaintiff, who claims the profits, creates no hardship for that plaintiff as he can make full and extensive use of examination and discovery procedures to gain access to the information detained by the defendant. In other words, the plaintiff has the burden of proving his claim whether he claims entitlement to damages or entitlement to profits.

This submission is no doubt attractive, but it fails to recognize the special nature of the accounting remedy. When a plaintiff elects to take account of the profits made as a result of a patent infringement, it is the infringer, not the plaintiff, who is made accountable for the profits improperly obtained and who has to reveal and disgorge these profits. Indeed, he has to account both for the profits and their subsequent use as the plaintiff is entitled to both. The plaintiff need only prove the amount of revenue made from the acts of infringement to the patent. To accept the appellant's contention and require that the plaintiff prove the profits and their proper apportionment would, in effect, reverse the roles and make the plaintiff accountable for the profits he claims entitlement to.

<sup>8</sup> *Siddell v. Vickers* (1892), 9 R.P.C. 152 (C.A.), at pp. 162-163.

tôt que de demander l'établissement des comptes relatifs aux bénéfices<sup>8</sup>.

Le recours donne souvent lieu, en effet, à la réouverture du débat judiciaire sur la nature et l'étendue de la contrefaçon, en raison des tentatives faites pour minimiser le montant des bénéfices réalisés ou pour en obtenir la répartition. Fait également l'objet d'un contentieux la question des bénéfices secondaires, c'est-à-dire la détermination du niveau et du montant des gains tirés des bénéfices réalisés par le défendeur. La question de la charge de la preuve, c'est-à-dire son ampleur et son attribution, constitue un élément capital d'un tel débat, et la présente espèce ne fait pas exception à la règle.

L'avocat de l'appelante affirme que dans une action en contrefaçon de brevet, c'est au demandeur qu'il incombe de prouver l'étendue des dommages qu'il a subis, ou, s'il choisit, comme en l'espèce, de demander un compte rendu des bénéfices réalisés par le défendeur, le montant de ces bénéfices et leur répartition. Selon l'avocat de l'appelante, le fait d'imposer cette charge de preuve au demandeur qui réclame les bénéfices ne crée pas de difficultés à celui-ci, car il peut se prévaloir pleinement de la procédure d'interrogatoire préalable et de communication de la preuve pour se procurer les renseignements en la possession du défendeur. Autrement dit, le demandeur doit prouver ses prétentions, qu'il réclame des dommages-intérêts ou qu'il fasse valoir son droit aux bénéfices.

Cet argument est certainement séduisant, mais il ne tient pas compte de la nature particulière du recours en reddition de compte. Lorsqu'un demandeur choisit de faire établir le compte des bénéfices réalisés par suite de la contrefaçon d'un brevet, c'est le contrefacteur et non le demandeur qui doit rendre compte des bénéfices irrégulièrement obtenus, et qui doit révéler et rendre ces bénéfices. De fait, il doit rendre compte à la fois des bénéfices et de leur emploi subséquent, car le demandeur a droit aux deux. Le demandeur n'a qu'à établir le montant des gains tirés des actes ayant contrefait le brevet. Si l'on acceptait l'argument de l'appelante et qu'on exigeait du demandeur qu'il prouve les bénéfices et la répartition qu'il convient d'effectuer, on se trouverait à inverser les rôles et

<sup>8</sup> *Siddell v. Vickers* (1892), 9 R.P.C. 152 (C.A.), aux p. 162 et 163.

The findings of Addy J. that an accounting of profits pursuant to a patent infringement is like an accounting by one found guilty of misappropriation or misuse of property are applicable in the present instance:

Where the defendant, as in the present case, has been found at fault and has been ordered to account, that obligation to account rests without reservation entirely on him. There exists no onus whatsoever in this respect on the owner of the property. The judgment obliges the defendant to account for the full amount of all revenue received from the use of the property. Negligent or wilful failure to declare any such amounts might well render the infringer guilty of contempt of court. The amount so declared becomes payable to the rightful owner of the property and is subject to be reduced only by such *bona fide* expenses or disbursements as the infringer can by positive evidence establish as having been actually incurred in the case of a claim for damages the onus rests with the plaintiff.<sup>9</sup>

Having said that, it becomes obvious that in cases where a defendant claims that part of the profits accounted for did not result from the infringement, the burden is on that defendant to prove his right to apportionment and the absence of a causal link between that portion of the profits and the infringement.

In the case at hand, the appellant failed, as required by law, to account for the subsequent use of the profits improperly made. In these circumstances, it was proper for the referee and the reviewing Judge to assume that the appellant had used them to realize such profits as an ordinary and responsible businessperson would be expected to realize. I shall come back to this assumption later when dealing with the rate of interest determined by the referee.

### C. The Method of Calculating the Amount of Profits

Counsel for the respondents claims that the respondents are entitled to all the profits made by the appellant and that the amount of such profits is obtained by

<sup>9</sup> *Teledyne Industries, Inc. et al. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (F.C.T.D.), at p. 209.

à imposer au demandeur de rendre compte des bénéfices auxquels il affirme avoir droit.

Sont applicables en l'espèce les conclusions du juge Addy selon lesquelles la reddition de compte visant les bénéfices réalisés par suite de la contrefaçon d'un brevet est similaire à celle que doit faire la personne reconnue coupable de détournement ou de mauvais usage de biens:

Lorsque le défendeur, comme en l'espèce, a été jugé coupable et qu'on lui a ordonné de rendre des comptes, cette dernière obligation lui incombe entièrement et sans réserve. À cet égard, le propriétaire des biens n'a absolument aucune preuve à fournir. Le jugement oblige le contrefacteur à rendre compte de la totalité du montant de tous les revenus qu'il a perçus par suite de l'usage des biens. Le fait de ne pas déclarer ce montant, par négligence ou sciemment, pourrait fort bien rendre le contrefacteur coupable d'outrage au tribunal. Le montant ainsi déclaré devient payable au propriétaire légitime des biens et ne pourrait être réduit que par la déduction des frais ou débours que le contrefacteur peut établir, par preuve directe, avoir effectivement engagés. Dans le cas d'une demande en dommages-intérêts, la charge de la preuve incombe au demandeur.<sup>9</sup>

Vu ce qui précède, il devient évident que dans les cas où le défendeur soutient qu'une partie des bénéfices dont il rend compte ne provient pas de la contrefaçon, c'est à lui qu'il incombe d'établir son droit à la répartition des bénéfices et de prouver l'absence de lien de causalité entre la contrefaçon et la partie des bénéfices qu'il réclame.

En l'espèce, l'appelante n'a pas rendu compte conformément aux exigences de la loi de l'emploi subséquent des bénéfices qu'elle a irrégulièrement réalisés. Dans ces circonstances, l'arbitre et le juge siégeant en révision pouvaient légitimement présumer que l'appelante les avaient employés de façon à en tirer les bénéfices qu'un homme d'affaires ordinaire et responsable chercherait vraisemblablement à réaliser. Je reviendrai sur cette présomption lorsque j'aborderai la question du taux d'intérêt fixé par l'arbitre.

### C. La méthode utilisée pour établir le montant des bénéfices

L'avocat des intimées soutient que ses clientes ont droit à la totalité des bénéfices réalisés par l'appelante, et qu'il convient d'établir le montant de ceux-ci

<sup>9</sup> *Teledyne Industries, Inc. et autres c. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 209.

deducting from the revenue received by the appellant from the infringing acts only those *bona fide* expenses or disbursements incurred by the appellant in the course of the operation. The revenue and the costs having on consent been established at the respective sums of \$4,529,000 and \$1,594,795, the total profit earned by the appellant is \$2,934,205.

Counsel for the appellant proposes a different method of computing the profits. He contends that the amount of profits is determined by comparing the profits made from the infringing activity with those that could have been made from a non-infringing activity. The difference represents the profits that a defendant is accountable for and has to disgorge. To put it another way, the amount of profits is the difference between the actual profits earned and the profits that would have been earned through use of an alternative, non-infringing method that the appellant would most likely have used instead of the infringing method. The appellant submits that four other methods were available to install the pipeline and, that if any one of those methods had been used, there would have been for the appellant, at the most, an additional cost of \$100,000.<sup>10</sup> Actually, the appellant estimates at approximately \$52,500<sup>11</sup> the maximum savings it made by using the respondents' invention.

On this accounting procedure, I believe one has to look at the profits that the appellant actually made through the infringing acts, not the profit that he could have made had he used a non-infringing method. As Rouleau J. noted in *Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy*,<sup>12</sup> "the objective of the award is to restore those actual profits to their rightful owner, the plaintiff, thereby eliminating whatever unjust enrichment has been procured by the defendant." The respondents elected and were entitled to receive the profits that the appellant actually made. Particularly in the circumstances of this case, it would be unjust and contrary to the equitable nature of the accounting remedy to force a sharing of the profits between the appellant and the respondents. If I were to accept the appellant's contention, the respondents, who lost the

<sup>10</sup> See transcript of proceedings, vol. I, at pp. 165-166.

<sup>11</sup> See the Appeal Book, vol. V, at p. 710 the affidavit of Mr. Garrett, an expert witness for the appellant.

<sup>12</sup> [1994] F.C.J. No. 682 (T.D.) (QL).

en ne déduisant des revenus perçus par l'appelante par suite de la contrefaçon que les dépenses ou déboursés qu'elle a effectivement engagés au cours de l'opération. Les recettes et les frais ayant été établis de consentement à, respectivement, 4 529 000 \$ et 1 594 795 \$, les bénéfices totaux réalisés par l'appelante se chiffrent donc à 2 934 205 \$.

L'avocat de l'appelante propose une méthode de comptabilisation des bénéfices différente. Soutenant que le montant des bénéfices est établi en comparant les profits réalisés par la contrefaçon à ceux qui auraient pu l'être par une méthode ne contrefaisant pas le brevet, il fait valoir que l'appelante ne doit rendre compte et n'est redevable que de la différence entre les deux montants. En d'autres termes, le montant des bénéfices correspond à la différence entre les bénéfices réels réalisés et ceux qui l'auraient été au moyen de la méthode de substitution ne contrefaisant pas le brevet que l'appelante aurait été le plus susceptible d'utiliser. Il affirme que l'appelante pouvait avoir recours à quatre autres méthodes pour installer le gazoduc, et qu'il lui en aurait coûté tout au plus 100 000 \$ de plus pour employer l'une ou l'autre d'entre elles<sup>10</sup>. En fait, l'appelante estime à 52 500 \$<sup>11</sup> le montant maximal qu'elle a épargné en utilisant l'invention des intimées.

En ce qui concerne cette méthode comptable, je suis d'avis qu'il faut considérer les bénéfices que l'appelante a effectivement réalisés en contrefaisant le brevet, et non ceux qu'elle aurait retirés si elle avait employé une méthode n'entraînant pas de contrefaçon. Ainsi que l'a fait remarquer le juge Rouleau dans l'affaire *Beloit Canada Ltd. c. Valmet Oy*<sup>12</sup>: «L'octroi de cette réparation vise à restituer les bénéfices réalisés à leur propriétaire légitime, soit le demandeur, de façon à éliminer tout enrichissement injuste du défendeur». Les intimées ont choisi de recevoir les bénéfices que l'appelante avaient effectivement réalisés, et elles avaient le droit de se les faire remettre. Dans les circonstances de la présente espèce, en particulier, il serait injuste et contraire à la nature du recours en *equity* qu'est la reddition de

<sup>10</sup> Voir la transcription des procédures, vol. I, aux p. 165 et 166.

<sup>11</sup> Voir le dossier d'appel, vol. V, à la p. 710, l'affidavit de M. Garrett, témoin expert pour l'appelante.

<sup>12</sup> [1994] F.C.J. n° 682 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

contract to the appellant in the tender process, would receive \$52,500 while the appellant who infringed the patent would retain a profit of \$2,881,705. Many compelling reasons militate against this unjust result.

First, the contract issued for the installation of the gas pipeline under the St. Lawrence River was a “No Hole, No Pay” contract. The appellant had an obligation of result. Therefore, it comes as no surprise that it used the method developed by the respondents as it was the best and safest method to profitably and, what is essential, successfully perform a work of this kind. It was the first time this type of installation of a pipeline was done over a distance of more than 5,200 feet in alluvial soils and silts. The appellant knew of the substantial risks involved in that undertaking. It also knew of the existence and great reliability of the respondents’ method for a project of this kind in comparison with the poor reliability of the alternative methods. It was interested in succeeding not in failing as the measure of its success was the measure of its profits. A failure to succeed meant no revenue and substantial losses. All these factors, in my view, properly led the referee to find as a fact that the appellant had at all times the intent to proceed as it did and infringe the respondents’ patent.

Second, the contract required the use of a directional drilling, ream and pull back method to install the pipeline,<sup>13</sup> which is the very method devised by the respondents.

Third, it is the whole process or method that has been infringed as the respondents’ invention is precisely a complete method of sequential directional drilling with simultaneous reaming and pulling back.

compte d’imposer un partage des bénéfices entre l’appelante et les intimées. Si je devais donner raison à l’appelante, les intimées, qui ont perdu le contrat remporté par l’appelante à la suite du processus de soumission, recevraient 52 500 \$, alors que l’appelante, qui a contrefait le brevet, conserverait des bénéfices d’un montant de 2 881 705 \$. De nombreuses raisons nous imposent d’écarter ce résultat injuste.

Premièrement, le contrat passé relativement à l’installation du gazoduc sous le fleuve Saint-Laurent était un contrat [TRADUCTION] «Pas de forage, pas d’argent». L’appelante assumait une obligation de résultat. Il n’est donc pas surprenant qu’elle ait fait appel à la méthode mise au point par les intimées, car c’était celle qui offrait le plus de garanties de réussite dans l’exécution de ce type de travaux—ce qui était essentiel—et qui lui permettait de les effectuer d’une façon rentable. C’était la première fois qu’on procédait à ce type d’installation de pipeline sur une distance de plus 5 200 pieds dans des sols alluviaux et limoneux. L’appelante connaissait les risques considérables associés à une telle entreprise. Elle connaissait également l’existence de la méthode des intimées et savait qu’il s’agissait d’une technique beaucoup plus fiable pour ce genre d’entreprise que les autres méthodes disponibles. Elle voulait réussir et non échouer, car ses bénéfices étaient en proportion de son succès. L’échec signifiait une absence de gains et des pertes substantielles. À mon avis, l’arbitre pouvait légitimement tirer, de tous ces facteurs, la conclusion de fait selon laquelle l’appelante avait toujours eu l’intention de procéder comme elle l’a fait et de contrefaire le brevet des intimées.

Deuxièmement, il fallait pour exécuter le contrat et installer le gazoduc avoir recours à une méthode de forage directionnel, d’alésage et de rappel<sup>13</sup>, soit la méthode même élaborée par les intimées.

Troisièmement, c’est la méthode ou le processus en entier qui a été contrefait, puisque l’invention des intimées consiste précisément en une technique complète de forage directionnel séquentiel comportant

<sup>13</sup> See the contract specifications in the Appeal Book, vol. III, at p. 292.

<sup>13</sup> Voir les stipulations contractuelles, dossier d’appel, vol. III, à la p. 292.

Claims 1 and 6 of patent no. 1,140,106 describe it in the following terms:

1. A method for placing a casing along an underground inverted arcuate path provided by a preceding pilot hole comprising: drawing reaming apparatus together with said casing in a following relationship to said reaming apparatus along an underground inverted arcuate path, without any substantial rotation of said casing.

6. A method according to claim 1 comprising the steps preceding the drawing of placing a pipe having two ends along said path, until said pipe completely occupies said path; attaching said reaming apparatus to one end of said pipe; attaching one end of said casing to said reaming apparatus in following relationship to said reaming apparatus; and wherein said drawing is effected by drawing said pipe along said path without rotating said casing.

As a result, the whole of the appellant's profits came through the infringing act, that is to say the use of the patented method.

Fourth, a sharing or an apportionment of the profits would be contrary to the decision of the Trial Judge on the infringement actions rendered in 1986 and confirmed by this Court in 1987. Both decisions concluded that the whole operation of the appellant in the installation of the pipeline infringed the respondents' method. Strayer J. adjudged that:

"claims 1 to 9, 14 to 28, 33 to 44, 46 and 47 of Canadian Letters Patent No. 1,140,106 are valid and have been infringed by the defendant Baker Energy Resources Corporation in the installation of a pipeline under the St-Lawrence River near Trois-Rivières, Québec, in the months of July and August, 1983."<sup>14</sup>

In other words, the entire performance of the contract was treated as an infringement. Neither the Trial Judge nor this Court made any provision for, or any finding as to, apportionment.

Yet counsel for the appellant invited us to interpret narrowly the words "in the installation of the pipeline" found in the decision of the Trial Judge and subsequently approved by this Court. He argued that the Court had found that an infringement had

<sup>14</sup> See in the Appeal Book, vol. I, p. 152 the decision of the Trial Judge and in vol. VI, p. 859, at p. 887 the decision of this Court agreeing that the Trial Judge has committed no error in finding that the patent involved a process of simultaneous reaming and pull back.

une opération d'alésage et de rappel simultanés. Les revendications 1 et 6 du brevet n° 1,140,106 décrivent ainsi le processus:

[TRADUCTION] 1. Une méthode permettant de placer un gainage dans le sol le long d'un avant-trou creusé précédemment en forme d'arc inversé, méthode qui comprend: le fait de tirer un ensemble aléreur en même temps que ledit gainage qui le suit dans le sol le long de l'arc inversé sans qu'il n'y ait de véritable rotation de ce gainage.

6. Une méthode conforme à la revendication 1 comprenant les étapes antérieures à la traction et à la mise en place d'un tube à deux extrémités le long dudit arc jusqu'à ce que le tube occupe entièrement l'avant-trou; la fixation de l'ensemble aléreur à une extrémité du tube; la fixation d'une extrémité du gainage à l'ensemble aléreur de façon qu'il suive celui-ci; et la traction du tube le long du trou sans rotation du gainage.

Il s'ensuit que la totalité des bénéfices retirés par l'appelante proviennent de la contrefaçon, c'est-à-dire de l'utilisation de la méthode brevetée.

Quatrièmement, le partage ou la répartition des profits irait à l'encontre de la décision que le juge de première instance a rendue relativement aux actions en contrefaçon en 1986, et que notre Cour a confirmée en 1987. Les deux décisions concluent que la totalité de l'opération de mise en place du gazoduc par l'appelante a contrefait la méthode des intimées. Le juge Strayer s'est ainsi prononcé:

«les revendications 1 à 9, 14 à 28, 33 à 44, 46 et 47 des lettres patentes canadiennes n° 1 140 106 sont valides et ont été contrefaites par la société défenderesse Baker Energy Resources Corporation, lors de l'installation d'un gazoduc sous le fleuve St-Laurent, près de Trois-Rivières (Québec), au cours des mois de juillet et août 1983»<sup>14</sup>.

En d'autres termes, la totalité de l'exécution du contrat a été traitée comme une contrefaçon. Ni le juge de première instance ni la Cour d'appel n'ont prévu de mesures ou formulé de conclusions quant à la répartition des bénéfices.

L'avocat de l'appelante n'en voudrait pas moins voir la Cour interpréter strictement les mots «lors de l'installation d'un gazoduc» employés par le juge de première instance dans sa décision, laquelle a par la suite été approuvée par la présente Cour. Il fait valoir

<sup>14</sup> Voir le dossier d'appel, vol. I, à la p. 152, la décision du juge de première instance, et vol. VI, p. 859, à la p. 887 la décision de la Cour d'appel affirmant que le juge de première instance n'a commis aucune erreur en concluant que le brevet portait sur un processus d'alésage et de rappel simultanés.

occurred “in the course of” and not “by” the installation of the pipeline. He inferred from the use of these words that it was open to us to decide that the installation of the pipeline involved two steps: one which did not infringe the method, i.e., the drilling of the hole, the other which did, i.e., the simultaneous reaming of the hole and pull back of the pipeline. Consequently, it would be open to us to apportion the profits between the respondents and the appellants.

What the appellants, in fact, is now asking us to do is to rewrite the liability judgment. I am not willing and we have simply no jurisdiction to do that. Furthermore, and as indicated, the drilling of the hole was of absolutely no value to the appellants and its customer except as an integral part of the subsequent ream and pull back. This is what distinguishes this case from the sort of cases where a patent or process represents only a part of the ultimate production.<sup>15</sup> Here the patent comprised the whole of what was sold by the appellants to its customer.

Fifth, the referee and the reviewing Judge both concluded that of the four alternative methods of installing the pipeline proposed by the appellants, the one (Method A) most likely to have been used would have infringed the patent in suit.<sup>16</sup> The three others (Methods B, C and D)<sup>17</sup> were either not available at the time of the installation of the pipeline, theoretical or associated with so many contingencies as to be non profitable and not workable.

Assuming that these alternatives could have been taken into consideration in computing the profits, the burden of proving their availability, their utility and

<sup>15</sup> See for example *Gordon Form Lathe Co. v. Ford Motor Co.*, 133 F. 2d 487 (6th Cir. 1943) where the embodiment of the invention was a lathe for turning the camshafts of automobile engines.

<sup>16</sup> For a description of this method, see the affidavit of Mr. Garrett at pp. 705 and 708 of the Appeal Book, vol. V. As to the infringing nature of that method, see the testimony of Mr. Garrett at pp. 107-128 of the transcript of proceedings, vol. II.

<sup>17</sup> For a description of these methods, see the Appeal Book, vol. V, at pp. 706-710.

que la Cour avait conclu que la contrefaçon avait eu lieu «au cours de» l'installation et non «du fait de» celle-ci. Il déduit de l'utilisation de ces mots qu'il nous était possible de décider que la mise en place du gazoduc comportait deux étapes: l'une qui ne contrefaisait pas la méthode, c'est-à-dire le forage, et l'autre qui constituait une contrefaçon, c'est-à-dire l'alésage et le rappel simultanés et que, par conséquent, nous pourrions partager les bénéfices entre les intimées et l'appelante.

Ce qu'en fait l'appelante demande maintenant à la Cour, c'est de récrire le jugement rendu quant à l'existence de la contrefaçon. Je ne suis pas disposé à le faire, et la Cour n'a tout simplement pas compétence pour y procéder. De plus, comme il en a déjà été fait mention, le forage du trou n'était d'absolument aucune utilité pour l'appelante et pour sa cliente s'il ne s'inscrivait pas dans une opération globale comportant l'alésage et le rappel subséquents. C'est cela qui distingue la présente espèce du genre d'affaire où le brevet ne constitue qu'un élément de la production finale<sup>15</sup>. En l'espèce, le brevet visait la totalité de ce que l'appelante a vendu à sa cliente.

Cinquièmement, l'arbitre et le juge siégeant en révision ont tous deux conclu que parmi les quatre méthodes de substitution proposées par l'appelante pour installer le gazoduc, celle qui était la plus susceptible d'être utilisée (la méthode A) aurait contrefait le brevet en cause<sup>16</sup>. Quant aux trois autres (les méthodes B, C et D)<sup>17</sup>, ou bien elles n'étaient pas disponibles au moment de l'installation ou bien elles étaient théoriques ou comportaient tellement d'impondérables qu'elles n'étaient ni rentables ni fonctionnelles.

En supposant que ces méthodes de substitution eussent pu être prises en considération dans la détermination des bénéfices, c'est à l'appelante qu'il

<sup>15</sup> Voir par exemple *Gordon Form Lathe Co. v. Ford Motor Co.*, 133 F. 2d 487 (6th Cir. 1943), dans laquelle la réalisation de l'invention consistait en un tour pour arbres à cames de moteurs d'automobiles.

<sup>16</sup> Pour une description de cette méthode, voir l'affidavit de M. Garrett aux p. 705 et 708 du dossier d'appel, vol. V. Quant à la contrefaçon que comporte son utilisation, voir le témoignage de M. Garrett aux p. 107 à 128 de la transcription des procédures, vol. II.

<sup>17</sup> Pour une description de ces méthodes, voir le dossier d'appel, vol. V, aux p. 706 à 710.

workability in conditions similar to those under which the work was performed, along with their costs, rested with the appellant. On that score, it obviously failed to persuade the referee and the reviewing Judge. There was ample written and oral evidence<sup>18</sup> on which the referee could have concluded as he did. In my view, the reviewing Judge was right in affirming the conclusion of the referee on this issue as his findings were properly made.

D. The Power of the Court to Allow Pre-judgment Interest at the Prime Rate Compounded Annually

a) The failure to request pre-judgment interest in the Statement of Claim

The appellant objects to the awarding of pre-judgment interest compounded annually. First, it complains that interest was not requested in the statement of claim. Since no motion was made to amend the statement of claim, it concludes that pre-judgment interest should not have been awarded. In support of its views, it cites the decision of the Trial Division in

<sup>18</sup> The evidence revealed that "Method A" had already been tried unsuccessfully by the respondents on a previous occasion in an attempt to install a pipeline. The method failed and the respondents suffered a loss of \$1.7 million. See the transcript of proceedings, vol. I, at pp. 87-88 and 203-204. "Method B" had only been used once out of more than a hundred jobs of which the witness for the appellant was aware. It was used more than five years after the installation of the pipeline in the St. Lawrence River for the crossing of a river under conditions very different and much more favourable than those encountered with the St. Lawrence River. Yet, losses in the amount of \$200,000 were incurred. See the transcript of proceedings, vol. II, at pp. 134-141. As to the impossibility of using "Method C" over a distance of more than 5,200 feet as required for the crossing of the St. Lawrence River, see the transcript of proceedings, vol. I, at pp. 206-207. According to the witness, the distance was too great and the pipe too slender. "Method D" was impractical for the St. Lawrence River project and could have led to a twist-off and the necessity of abandoning the hole and starting all over again. See the transcript of proceedings, vol. I, at pp. 208-210.

incombait de prouver qu'elles étaient disponibles et qu'elles étaient utiles et fonctionnelles dans des conditions similaires à celles du travail qui a été accompli, et d'en établir le coût. Sur ce point, elle n'a manifestement pas réussi à convaincre l'arbitre et le juge siégeant en révision. Les témoignages écrits et oraux renfermaient suffisamment d'éléments<sup>18</sup> permettant à l'arbitre de tirer les conclusions auxquelles il est parvenu. À mon avis, le juge siégeant en révision a eu raison de confirmer les conclusions de l'arbitre sur ces questions, car elles étaient bien fondées.

D. Le pouvoir de la Cour d'octroyer des intérêts avant jugement calculés au taux préférentiel et composés annuellement

a) L'absence de demande d'intérêts avant jugement dans la déclaration

L'appelante s'oppose à l'octroi d'intérêts avant jugement composés annuellement. Elle fait valoir, premièrement, que cette mesure n'a pas été demandée dans la déclaration et qu'en l'absence de requête visant à modifier cette plaidoirie, aucun intérêt avant jugement n'aurait dû être accordé. Au soutien de cette position, elle cite la décision rendue par la Section de première instance dans l'affaire *Invacare*

<sup>18</sup> La preuve a révélé que les intimées avaient déjà tenté sans succès d'employer la méthode A en essayant d'installer un pipeline. La méthode avait échoué et les intimées avaient subi une perte de 1,7 million de dollars. Voir la transcription des procédures, vol. I, aux p. 87 et 88 et 203 et 204. La méthode B n'avait été utilisée qu'une fois au cours de la centaine de travaux dont le témoin de l'appelante avait eu connaissance. Elle a été utilisée pour traverser une rivière, plus de cinq ans après l'installation du gazoduc sous le fleuve Saint-Laurent, dans des conditions très différentes et beaucoup plus favorables. Pourtant, l'entreprise avait subi des pertes de 200 000 \$ à cette occasion. Voir la transcription des procédures, vol. II, aux p. 134 à 141. Quant à l'impossibilité de recourir à la méthode C sur une distance supérieure à 5 200 pieds, c'est-à-dire la distance à franchir pour traverser le Saint-Laurent, voir la transcription des procédures, vol. I, aux p. 206 et 207. Selon le témoin, la distance était trop grande et le tube d'un trop faible diamètre. La méthode D ne convenait pas dans le cas du projet du Saint-Laurent et aurait pu provoquer une rupture par torsion, ce qui aurait nécessité l'abandon du trou et un nouveau forage. Voir la transcription des procédures, vol. I, aux p. 208 à 210.



*Invacare Corp. v. Everest & Jennings Cdn. Ltd.*<sup>19</sup> in which pre-judgment interest was denied for that very reason.

Let me say at the outset that the *Invacare Corp.* <sup>a</sup> case was not a case of accounting for profits. In this respect, I prefer the approach of MacKay J. in *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.* where he wrote:

At least in the case of the remedy of an accounting for profits, a remedy originating in equity, based on the principle of avoiding unjust enrichment of one who misappropriates the property of another, pre-judgment interest is a traditional component of the accounting: see Addy J. in *Teledyne Industries Inc. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 at pp. 223 and 226-7, 31 C.P.C. 285 (F.C.T.D.), and Reed J. in *Ductmate Industries Ltd. v. Exanno Products Ltd.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 15 at pp. 20 and 22, 15 C.I.P.R. 115 (F.C.T.D.).<sup>20</sup>

It is in the nature of the accounting remedy to prevent the unjust enrichment of the infringer who knows that he may have to account both for the profits he improperly made and the earnings on such profits. He should know that these earnings can be deemed when he fails to account for them. Therefore, he cannot complain of being taken by surprise simply because no request for such relief is made in the statement of claim.

In my view, pre-judgment interest as deemed earnings on the profits can be awarded against an infringer who has to account for the profits notwithstanding that it is not mentioned in the original or an amended statement of claim. Of course, the infringer must be given the opportunity of making submissions in relation to relevant issues such as the interest rate, its annual or periodical compounding and the length of the time period for which the interest ought to be given.

<sup>19</sup> (1987), 14 C.I.P.R. 295 (F.C.T.D.), at p. 297. But see *Corcoran v. Ehrlick Transport Ltd. et al.* (1984), 46 O.R. (2d) 225 (C.A.) and *Theriault v. Day & Ross Ltd. and Monnier* (1977), 21 N.B.R. (2d) 120 (C.A.) where pre-judgment interest was granted although it was not mentioned in the statement of claim.

<sup>20</sup> (1992), 40 C.P.R. (3d) 361 (F.C.T.D.), at p. 373.

*Corp. c. Everest & Jennings Cdn. Ltd.*<sup>19</sup>, où la Cour avait refusé, pour cette raison même, d'octroyer des intérêts avant jugement.

Il me faut préciser dès le début que l'affaire *Invacare Corp.* ne portait pas sur une reddition de compte concernant des bénéfices. En cette matière, je préfère la démarche suivie par le juge MacKay dans l'affaire *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.*; il écrit, dans sa décision:

En ce qui concerne tout au moins la comptabilisation des profits, mesure de réparation dérivée de l'*equity* qui repose sur le principe selon lequel celui qui détourne le bien d'autrui ne peut s'enrichir injustement, l'intérêt avant jugement a toujours fait partie de cette comptabilisation (voir le juge Addy dans *Teledyne Industries Inc. c. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204, aux p. 223, 226 et 227, 31 C.P.C. 285 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), et le juge Reed dans *Ductmate Industries Ltd. c. Exanno Products Ltd.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 15 aux p. 20 et 22; 15 C.I.P.R. 115 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).<sup>20</sup>

Le fait d'empêcher le contrefacteur, qui sait qu'il est susceptible d'avoir à rendre compte des bénéfices réalisés ainsi que des gains tirés de ces bénéfices, de s'enrichir injustement participe de la nature du redressement que constitue la reddition de compte relative aux bénéfices. Le contrefacteur devrait savoir que le montant de ces gains peut être établi par présomption s'il fait défaut d'en rendre compte; il ne peut donc se plaindre d'être pris par surprise simplement parce que la déclaration ne contenait pas de demande de cette nature.

J'estime que le contrefacteur qui doit rendre compte des bénéfices peut être condamné au paiement d'intérêts avant jugement au titre des gains qu'il est réputé avoir tirés des bénéfices, même si le demandeur n'en a pas fait mention dans la déclaration initiale ou dans une requête visant à modifier celle-ci. Naturellement, le contrefacteur doit avoir l'occasion de présenter des observations concernant des questions pertinentes, telles les taux d'intérêts, la périodicité à laquelle les intérêts sont composés

<sup>19</sup> (1987), 14 C.I.P.R. 295 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 297. Toutefois, voir également *Corcoran v. Ehrlick Transport Ltd. et al.* (1984), 46 O.R. (2d) 225 (C.A.) et *Theriault v. Day & Ross Ltd. and Monnier* (1977), 21 N.B.R. (2d) 120 (C.A.), où des intérêts avant jugement ont été accordés même s'il n'en avait pas été fait mention dans la déclaration.

<sup>20</sup> (1992), 40 C.P.R. (3d) 361 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 373.

(annuellement ou autrement) et la durée de la période pendant laquelle les intérêts courent.

b) The entitlement to pre-judgment interest

The appellant alleges that the reviewing Judge failed to recognize that the awarding of pre-judgment interest is purely discretionary. Consequently, he failed to recognize that he had a discretion and to exercise it.

I have already made it clear that the awarding of pre-judgment interest ought to be characterized as deemed secondary benefits, that is to say deemed earnings on the profits, where the infringer fails to account for them as required by law. Therefore, it is no discretionary matter.

I agree with the reviewing Judge and with Addy J. in *Teledyne Industries, Inc. et al. v. Lido Industrial Products Ltd.*<sup>21</sup> that the awarding of interest on the contract profits is part of the assessment of the profits that the plaintiff is entitled to and would have made if they had been paid to him rather than to the infringer.

c) Whether the interest should have been compounded

Relying upon some previous decisions of the Trial Division of this Court,<sup>22</sup> counsel for the appellant argued that the question of awarding compound as opposed to simple interest is a matter of discretion for the Court. He submitted that it is generally not awarded except in those cases where the defendant is

<sup>21</sup> (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (F.C.T.D.).

<sup>22</sup> *Engine and Leasing Co. et al. v. Atlantic Towing Ltd.* (1992), 51 F.T.R. 1 (F.C.T.D.), at p. 44; *Dictionnaires (Les) Robert Canada SCC et al. v. Librairie du Nomade Inc. et al.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 319 (F.C.T.D.); *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173 (T.D.); *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. R.F.R. Holding Corp. et al.* (1987), 13 C.P.R. (3d) 115 (F.C.T.D.).

a) Le droit à des intérêts avant jugement

L'appelante soutient que le juge siégeant en révision n'a pas tenu compte du fait que l'octroi d'intérêts avant jugement constituait un acte purement discrétionnaire et que, par conséquent, il n'a pas reconnu qu'il jouissait d'un pouvoir discrétionnaire et ne l'a pas exercé.

J'ai déjà indiqué clairement qu'il fallait considérer les intérêts avant jugement comme des bénéfices secondaires imputés au contrefacteur, c'est-à-dire comme des gains que celui-ci est réputé avoir tirés des bénéfices, lorsqu'il fait défaut d'en rendre compte ainsi que la loi le requiert. Il ne s'agit donc pas d'une question discrétionnaire.

Je partage l'opinion exprimée par le juge siégeant en révision et par le juge Addy dans l'affaire *Teledyne Industries, Inc. et autres c. Lido Industrial Products Ltd.*<sup>21</sup>, selon laquelle l'octroi d'intérêts sur les bénéfices retirés de l'exécution du contrat doit entrer dans l'évaluation des bénéfices auxquels le demandeur a droit et qu'il aurait touchés s'ils lui avaient été versés plutôt qu'au contrefacteur.

c) Les intérêts doivent-ils être composés?

S'appuyant sur quelques décisions antérieures de la Section de première instance de la Cour<sup>22</sup>, l'avocat de l'appelante a prétendu que la question de savoir s'il convient d'accorder des intérêts composés plutôt que des intérêts simples relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour. Il a soutenu que, de façon générale,

<sup>21</sup> (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>22</sup> *Engine and Leasing Co. et autres c. Atlantic Towing Ltd.* (1992), 51 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 44; *Dictionnaires (Les) Robert Canada SCC et al. c. Librairie du Nomade Inc. et autres* (1987), 16 C.P.R. (3d) 319 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (1<sup>re</sup> inst.); *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. R.F.R. Holding Corp. et autres* (1987), 13 C.P.R. (3d) 115 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

in a fiduciary position and has breached his fiduciary duty.<sup>23</sup>

In *O'Sullivan v. Management Agency and Music Ltd.*,<sup>24</sup> the English Court of Appeal stressed the difference between the rule at common law and the rule in equity. In this latter case, compound interest can be awarded where the profits made in breach of the fiduciary duty have been used in the trade.<sup>25</sup> The rationale is that equity looks at the advantage gained by the wrongdoer rather than the loss to the victim.

It has been held in a number of Canadian cases that the infringer of a patent has to be treated as the plaintiff's trustee and as a defalcating trustee who committed a species of fraud so that the awarding of compound interest is appropriate in such cases.<sup>26</sup> In the United States, where the accounting remedy was abolished in 1946,<sup>27</sup> a reference can also be found to this notion of a guilty trustee which, on established principles of equity, cannot take advantage of his own wrong.<sup>28</sup>

There is no doubt that the analogy between an infringer and a trustee is an imperfect one. However, it is one that the courts, in their struggle to achieve equity, devised at a time when the awarding of prejudgment interest was not permitted at common law,<sup>29</sup> but was emerging in equity. It eventually led,

<sup>23</sup> See for example in England, *Belmont Finance Corp v Williams Furniture Ltd (No 2)*, [1980] 1 All ER 393 (C.A.), at p. 419; *O'Sullivan v. Management Agency and Music Ltd.*, [1985] Q.B. 428 (C.A.), at pp. 461, 473-474.

<sup>24</sup> *Id.*

<sup>25</sup> *Id.*, at p. 461.

<sup>26</sup> See *Teledyne Industries, Inc. et al. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (F.C.T.D.); *Ductmate Industries Inc. v. Exanno Products Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 115 (F.C.T.D.).

<sup>27</sup> 69 C.J.S. Patents, s. 357, at p. 1098.

<sup>28</sup> *Westinghouse Electric and Manufacturing Company v. Wagner Electric and Manufacturing Company*, 225 U.S. 604 (1912), at p. 620.

<sup>29</sup> See for example in England, s. 3(1) of the *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act, 1934* [(U.K.), 24 & 25 Geo. 5, c. 41], which changed the law and allowed for prejudgment

la Cour ne les accorde que dans le cas où le défendeur occupe une position fiduciaire et qu'il a manqué à son obligation fiduciaire<sup>23</sup>.

Dans l'arrêt *O'Sullivan v. Management Agency and Music Ltd.*<sup>24</sup>, la Cour d'appel anglaise a insisté sur la différence qui existait entre la règle de common law d'une part et la règle prévue par l'*equity*. Selon cette dernière règle, il est possible d'octroyer des intérêts composés lorsque les profits réalisés par suite du manquement à l'obligation fiduciaire ont été réemployés dans l'entreprise<sup>25</sup>. Cette distinction s'explique par le fait que le système d'*equity* considère les avantages obtenus par l'auteur de la faute plutôt que les pertes causées à la victime.

Il a été décidé dans un certain nombre d'affaires canadiennes que le contrefacteur d'un brevet doit être considéré comme le fiduciaire du demandeur, et comme un fiduciaire ayant frauduleusement détourné des fonds, pour que des intérêts composés soient accordés<sup>26</sup>. Aux États-Unis, où le recours en reddition de compte a été aboli en 1946<sup>27</sup>, on trouve aussi exprimée la notion voulant qu'un fiduciaire coupable ne puisse, selon les principes reconnus en *equity*, tirer profit de son délit<sup>28</sup>.

Sans aucun doute, l'analogie entre le contrefacteur et le fiduciaire n'est pas parfaite, mais il s'agit d'un raisonnement que les tribunaux, dans leur effort pour parvenir à l'équité, ont élaboré à une époque où la common law ne permettait pas l'octroi d'intérêts avant jugement<sup>29</sup>, mais où l'*equity* commençait à

<sup>23</sup> Voir par exemple les décisions anglaises *Belmont Finance Corp v Williams Furniture Ltd (No 2)*, [1980] 1 All ER 393 (C.A.), à la p. 419; *O'Sullivan v. Management Agency and Music Ltd.*, [1985] Q.B. 428 (C.A.), à la p. 461 et aux p. 473 et 474.

<sup>24</sup> *Id.*

<sup>25</sup> *Id.*, à la p. 461.

<sup>26</sup> Voir *Teledyne Industries, Inc. et autres c. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Ductmate Industries Inc. c. Exanno Products Ltd.* (1987), 15 C.I.P.R. 115 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>27</sup> 69 C.J.S. Patents, art. 357, à la p. 1098.

<sup>28</sup> *Westinghouse Electric and Manufacturing Company v. Wagner Electric and Manufacturing Company*, 225 U.S. 604 (1912), à la p. 620.

<sup>29</sup> Voir par exemple l'art. 3(1) de la *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act, 1934* [(U.K.), 24 & 25 Geo. 5, ch. 41] d'Angleterre qui modifiait la loi et permettait l'octroi d'intérêts

in this latter case, to the compounding of interest because compound interest became a modern reality and the reality of business life. The modern reality is that interest paid or earned on deposits or loans is compound interest.<sup>30</sup>

In my view, bearing in mind this reality and the need to achieve equity in the accounting of profits, the awarding of compound pre-judgment interest as deemed earnings on the profits is the rule, subject to a Court's discretion to mitigate it or to award only simple interest in appropriate circumstances. The good faith of the infringer is certainly a criterion that a judge can take into account in the exercise of his discretion.<sup>31</sup> Other factors could include the highly debatable validity of the patent claim or the fact that compounding the interest may reach beyond equity into the realm of punishment.

In the case at hand, I see no reason to intervene in the awarding of compound pre-judgment interest.

d) The time-period over which the pre-judgment interest ought to have been calculated

The appellant complains that the reviewing Judge awarded the pre-judgment interest from the date of  
(Continued from previous page)

interest in the recovery of debt or damages, but prohibited the charging of interest on interest. Similar reform began in Canada in the 1970s. See Dianne Saxe, "Judicial Discretion in the Calculation of Prejudgment Interest" (1985-86) 6 *Adv. Q.* 433, at pp. 435-436. For a review of the common law history on the issue of interest, see *McGregor on Damages*, 15th ed., Sweet and Maxwell Ltd., London, 1988, p. 573.

<sup>30</sup> Indeed, the British Columbia Law Reform Commission and the Ontario Law Reform Commission have both recommended that there be, at common law, a general entitlement to compound interest. See their respective reports, *Report on the Court Order Interest Act*, Law Reform Commission of British Columbia, 1987, *Report on Compensation for Personal Injuries and Death*, Ontario Law Reform Commission, 1987. In its *Report on Prejudgment Compensation on Money Awards: Alternatives to Interest*, No. 47, 1982, the Manitoba Law Reform Commission saw no valid economic reason to refuse to award compound interest.

<sup>31</sup> *Éditions JCL Inc. c. 91439 Canada Ltée*, [1995] 1 F.C. 380 (C.A.).

l'accepter. Dans ce dernier système, le raisonnement a fini par mener à l'octroi d'intérêts composés parce que ceux-ci sont devenus une réalité moderne et se sont imposés dans la vie commerciale. La réalité moderne veut que les intérêts courant sur des prêts ou produits par des dépôts soient des intérêts composés<sup>30</sup>.

À mon avis, vu cette réalité et la nécessité d'assurer l'équité dans la reddition de compte, l'octroi d'intérêts composés au titre de gains réputés tirés des bénéfiques est la règle, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour d'en atténuer l'application ou de n'accorder que des intérêts simples lorsque les circonstances le demandent. La bonne foi du contrefacteur peut certes être prise en considération dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire<sup>31</sup>. D'autres facteurs peuvent être examinés, dont la validité douteuse de la revendication de brevet ou le fait que l'octroi d'intérêts composés déborde le domaine de l'équité pour entrer dans celui de la punition.

En l'espèce, je ne vois aucune raison d'intervenir dans l'octroi d'intérêts avant jugement composés.

d) La durée de la période devant servir au calcul des intérêts avant jugement

L'appelante se plaint de ce que le juge siégeant en révision a accordé des intérêts avant jugement cou-  
(Suite de la page précédente)

avant jugement sur une dette ou sur des dommages-intérêts, mais qui interdisait d'accorder des intérêts sur les intérêts. Au Canada, une réforme semblable a débuté dans les années 1970. Voir Dianne Saxe, «Judicial Discretion in the Calculation of Prejudgment Interest» (1985-86), 6 *Adv. Q.* 433, aux p. 435 et 436. Pour une étude de l'évolution de la common law relativement à la question des intérêts, voir *McGregor on Damages*, 15<sup>e</sup> éd., Sweet and Maxwell Ltd., Londres, 1988, à la p. 573.

<sup>30</sup> De fait, la British Columbia Law Reform Commission et la Commission de réforme du droit de l'Ontario ont toutes deux recommandé que soit prévu, en common law, un droit général aux intérêts composés. Voir les rapports de chaque organisme, *Report on the Court Order Interest Act*, Law Reform Commission of British Columbia, 1987, et *Report on Compensation for Personal Injuries and Death*, Commission de réforme du droit de l'Ontario, 1987. Dans son document intitulé *Report on Prejudgment Compensation on Money Awards: Alternatives to Interest*, n° 47, 1982, la Commission manitobaine de réforme du droit n'a trouvé aucun motif économique justifiant de refuser l'octroi d'intérêts composés.

<sup>31</sup> *Éditions JCL Inc. c. 91439 Canada Ltée*, [1995] 1 C.F. 380 (C.A.).

the receipt of the profits in September 1983 to the date of the judgment confirming the referee's report. In its opinion, this interest should have ended with the liability judgment on March 20, 1986.

This contention is without merit. A judgment in an action for infringement is not complete until the amount of damages is established or, in a case of an account of profits, these profits have been accounted for and the judgment rendered on the report of the person designated to take accounts.

The appellant complains that it suffered some prejudice from the fact that the referee took more than two years to file his report while pre-judgment interest was accruing in the meantime. In my view, this complaint overlooks the fact that the respondents have been deprived of that money during that period of time while the appellant had it. Furthermore, it fails to understand that compound interest, in this context, is not a penalty: it simply is a recognition of reality.

e) The rate of pre-judgment interest and whether it should be the Canadian or the American rate

The appellant submitted that there was no reasonable basis on which to presume that it would have used the contract profits in the course of its business in place of funds borrowed at prime rate. Such submission, in my view, ignores the fact that the burden is on the appellant to account for the earnings on the profits, failing which an estimated amount has to be established with the assistance of presumptions. As my colleague Hugessen J.A. said in *Beloit Canada Ltée/Ltd. v. Valmet Oy*,<sup>32</sup> there is "no reason in principle why a patentee, whose property has been wrongly appropriated through infringement, should not recover *all* the profits, direct and indirect, derived by the infringer from his wrongful infringement."

In determining the amount of earnings on profits, it is sensible to assume that the person who has improperly enjoyed the profits would have made the most beneficial use of them. One such beneficial use

rant de la date où elle a touché les bénéficiaires, au mois de septembre 1983, à celle du jugement confirmant le rapport de l'arbitre. Selon elle, ils auraient dû cesser de courir à la date du jugement prononçant sur l'existence de la contrefaçon, savoir le 20 mars 1986.

Cette affirmation ne saurait tenir. Dans une action en contrefaçon, le jugement n'est pas complet tant que le montant des dommages-intérêts n'est pas déterminé ou, dans le cas d'une reddition de compte quant aux bénéficiaires, tant que les comptes ne sont pas établis et qu'il n'a pas été statué sur le rapport de la personne désignée pour les établir.

L'appelante objecte qu'elle a subi un préjudice du fait que l'arbitre a pris plus de deux ans pour déposer son rapport, alors que les intérêts avant jugement couraient. À mon avis, elle oublie que pendant cette même période où elle avait en main le montant des bénéficiaires, les intimées en étaient privées. Son objection, en outre, ne tient pas compte du fait que dans le présent contexte, l'octroi d'intérêts composés ne constitue pas une punition, mais ne fait que reconnaître l'existence d'une réalité.

e) Le taux des intérêts avant jugement et le choix du taux canadien ou américain

L'appelante affirme qu'il n'existe aucun fondement raisonnable à la présomption selon laquelle elle aurait remployé les profits réalisés grâce au contrat dans son entreprise au lieu d'emprunter au taux préférentiel. C'est oublier que c'est à elle qu'il incombe de rendre compte des gains tirés des bénéficiaires, et que si elle ne s'acquitte pas de cette obligation, le montant des gains doit être estimé en recourant à des présomptions. Ainsi que l'a écrit mon collègue le juge d'appel Hugessen dans la décision *Beloit Canada Ltée/Ltd. c. Valmet Oy*<sup>32</sup>: «[n]ous ne voyons, en principe, aucune raison pour laquelle un breveté, dont la propriété a abusivement été appropriée par voie de contrefaçon, ne devrait pas recouvrer *tous* les profits, directs et indirects, que l'auteur de la contrefaçon a tirés de sa contrefaçon illégale».

Dans la détermination du montant des gains tirés des bénéficiaires, il est raisonnable de présumer que la personne qui a irrégulièrement touché des bénéficiaires en a fait le meilleur usage possible. S'agissant de

<sup>32</sup> (1992), 45 C.P.R. (3d) 116 (F.C.A.), at p. 119.

<sup>32</sup> (1992), 45 C.P.R. (3d) 116 (C.A.F.), à la p. 119.

would have been for the appellant to utilize these monies in their own trading operations or to help their subsidiaries, if any.<sup>33</sup> Therefore, I can find no fault with the referee's recommendation that the profits bear interest at the chartered bank rate on prime business loans.

In this regard, the appellant submits that it is the U.S. rate of interest which should have been used to determine the amount of secondary benefits. In its view, the referee and the reviewing Judge wrongly assumed that the profits would have been employed in Canada as the respondent Reading & Bates Horizontal Drilling Ltd. is a Canadian company. In support of its submission, the appellant stresses the fact that it is an American company headquartered in Texas and would have most likely repatriated its profits in the United States. Moreover, if it had borrowed money, it would likely have done so at home.

I see, in this case, nothing wrong in using the Canadian rate of interest to compute the appellant's earnings on its profits. The contract was performed in Canada and was payable in Canadian dollars. This is not a case where the contract was payable in American dollars. Furthermore, the cause of action arose in Canada, the proceedings were instituted in Canada and the decisions of the referee and reviewing Judge ordered the disgorgement of the appellant's profits in Canadian dollars. As Professor Waddams rightly points out, courts should act prudently in awarding interest at a foreign rate as it could be over-compensatory for a plaintiff to recover judgment in foreign currency and pre-judgment interest at Canadian rates where these exceed the foreign currency rate.<sup>34</sup> The opposite is also true. It would be under-compensatory here for the plaintiff to be given judgment in Canadian dollars and pre-judgment interest at the American rate which is lower than the Canadian rate.

<sup>33</sup> See *Wallersteiner v Moir (No. 2)*, [1975] 1 All ER 849 (C.A.), at pp. 855-856, per Lord Denning M.R.

<sup>34</sup> S. M. Waddams, *The Law of Damages*, 2nd ed., Canada Law Book Inc., Toronto, 1993, at pp. 7-39 and 7-40.

l'appelante, celle-ci aurait notamment pu les utiliser dans le cours de ses opérations commerciales ou pour aider ses filiales, le cas échéant<sup>33</sup>. Par conséquent, je ne trouve rien à reprocher à la recommandation de l'arbitre voulant que les profits portent intérêts au taux préférentiel appliqué par les banques à charte aux prêts commerciaux qu'elles consentent.

À cet égard, l'appelante prétend que c'est le taux en vigueur aux États-Unis qui aurait dû être appliqué pour déterminer le montant des bénéfices secondaires. Selon elle, l'arbitre et le juge siégeant en révision ont supposé à tort que, parce que l'intimée Reading & Bates Horizontal Drilling Ltd. était une société canadienne, les bénéfices seraient utilisés au Canada. Elle soutient, à l'appui de son argument, qu'il s'agit d'une société américaine ayant son siège social au Texas, et qu'il est fort probable qu'elle aurait rapatrié ses bénéfices aux États-Unis. De plus, si elle avait emprunté, elle l'aurait probablement fait aux États-Unis.

En l'espèce, je ne vois rien d'incorrect à utiliser, dans le calcul des gains que l'appelante a retirés de ses bénéfices, le taux d'intérêt pratiqué au Canada. Le contrat a été exécuté au Canada et les services étaient payables en dollars canadiens et non en dollars américains. En outre, la cause d'action a pris naissance au Canada, l'action a été intentée au Canada et, dans les décisions qu'ils ont rendues, l'arbitre et le juge siégeant en révision ont ordonné que l'appelante rende les bénéfices en argent canadien. Comme le professeur Waddams le fait judicieusement remarquer, les tribunaux doivent faire montre de prudence avant d'adjuger des intérêts à un taux étranger, car le fait pour le demandeur de recouvrer le montant du jugement en devises étrangères et de toucher des intérêts avant jugement au taux canadien pourrait mener à une surcompensation lorsque ce taux est supérieur à celui de la devise étrangère<sup>34</sup>. L'inverse est également vrai; il y aurait sous-compensation en l'espèce si l'on accordait aux demanderesses une somme en dollars canadiens et des intérêts avant jugement au taux américain, lequel est inférieur au taux canadien.

<sup>33</sup> Voir *Wallersteiner v Moir (No. 2)*, [1975] 1 All ER 849 (C.A.), aux p. 855 et 856, lord Denning, M.R.

<sup>34</sup> S. M. Waddams, *The Law of Damages*, 2<sup>e</sup> éd., Canada Law Book Inc., Toronto, 1993, aux p. 7-39 et 7-40.

For these reasons, the appeal should be dismissed with costs.

HUGESSEN J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

Pour ces motifs, l'appel devrait être rejeté avec dépens.

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

<sup>a</sup> LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

A-375-92

A-375-92

**Goody Gil (Appellant)****Goody Gil (appellant)**

v.

c.

**Minister of Employment and Immigration (Respondent)**<sup>a</sup> **Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)***INDEXED AS: GIL v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*<sup>b</sup> *RÉPERTORIÉ: GIL c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Hugessen, Desjardins and Décary J.J.A.—Montréal, September 12, 14; Ottawa, October 21, 1994.

Cour d'appel, juges Hugessen, Desjardins et Décary, J.C.A.—Montréal, 12 et 14 septembre; Ottawa, 21 octobre 1994.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appeal from Immigration and Refugee Board (IRB) decision appellant having well-founded fear of persecution but excluded from refugee status by Immigration Act, s. 2, Convention, Art. 1F(b) — Appellant Iranian citizen involved in bombing, arson with group of anti-Khomeini activists — IRB finding responsible for murder of innocent people — Whether "serious non-political crime" under Convention — Extradition, refugee law distinguished — No direct link between crime committed by appellant and alleged political purpose — Means employed disproportionate to legitimate political objective.*

<sup>c</sup> *Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Appel de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) a statué que l'appelant avait une crainte bien fondée de persécution, mais qu'il était exclu de la définition du statut de réfugié par l'art. 2 de la Loi sur l'immigration, et de l'art. 1Fb) de la Convention — L'appelant est un citoyen de l'Iran qui avait participé à des attentats à la bombe et à des incendies criminels avec un groupe d'activistes opposés à Khomeiny — La CISR l'a jugé responsable du meurtre d'innocents — Il s'agit de savoir s'il s'agissait d'un «crime grave de droit commun» au sens de la Convention — Distinction entre le droit des réfugiés et le droit de l'extradition — Absence de lien direct entre l'infraction commise par l'appelant et l'objectif politique invoqué — Les moyens employés étaient hors de proportion avec tout objectif politique légitime.*

*Extradition — Characterization of crimes as "political" in extradition, refugee law — Whether two sides of same coin — Extradition, refugee contexts considered, distinguished — Necessity for greater caution in characterizing crime as political in refugee than in extradition context — Review of English, American case law on political offences in extradition matters — "Incidence" test discussed — Crime not "political" if act disproportionate to objective, of barbarous nature — Violence against civilians not political crime regardless of motive — Act must be directly proximate to government.*

<sup>d</sup> *Extradition — Crimes qualifiés de crimes «à caractère politique» selon le droit des réfugiés et le droit de l'extradition — S'agit-il des deux côtés d'une même médaille? — Examen et distinction des domaines de la reconnaissance du statut de réfugiés et de l'extradition — Nécessité de faire preuve d'une plus grande prudence avant de qualifier une infraction d'infraction à caractère politique aux fins de la reconnaissance du statut de réfugié qu'en matière d'extradition — Revue de la jurisprudence anglaise et américaine sur les infractions à caractère politique en matière d'extradition — Analyse du critère du «caractère accessoire» — Un crime est un crime «de droit commun» si l'acte est disproportionné au but poursuivi ou s'il est de nature barbare — La violence contre des civils ne peut pas être qualifiée de crime politique, sans égard au motif invoqué — L'acte doit avoir un lien direct étroit avec le gouvernement.*

The appellant is an Iranian citizen who, in the years 1980 and 1981, became involved with a group of anti-Khomeini activists in incidents of bombing and arson directed against wealthy supporters of the regime. Those attacks consisted in the placing of bombs or Molotov cocktails in the supporters' business premises located in the bazaar. Since such premises were usually crowded at the time of the attacks, the latter frequently resulted in injury and even death to innocent bystanders. The Immigration and Refugee Board found as a fact that

<sup>e</sup> *L'appelant est un citoyen de l'Iran qui, au cours des années 1980 et 1981, a participé avec un groupe d'activistes opposés à Khomeiny à des attentats à la bombe et à des incendies criminels dirigés contre de riches partisans du régime. Ces attentats consistaient à faire exploser des bombes ou des cocktails Molotov à l'intérieur des commerces de ces partisans dans le bazar. Comme ces lieux étaient habituellement très fréquentés au moment des attentats, ils ont souvent blessé, voire tué, des innocents qui s'y trouvaient par hasard. La Commission de*



the appellant "was personally responsible for the murder of innocent people." It added that the crimes committed by the appellant were violent acts staged in crowded bazaars, with a blatant disregard for the safety of innocent civilians and that such crimes could not and should not be considered to be "political" in nature. The Board's conclusion was that the appellant had a well-founded fear of persecution in the event of his return to Iran, but that he was excluded by the provisions of Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*. This appeal concerned the interpretation and application of the "serious non-political crime" exception in Article 1F(b) of the Convention.

*Held*, the appeal should be dismissed.

Although the concept of "political crime" is not normally thought of as known to Canadian criminal law, in two respects at least the laws of Canada recognize that the consequences of an otherwise criminal act may vary if that act can be characterized as political. In both instances the reference is to actions committed outside Canada but the standard to be applied is one which is mandated by Canadian law and administered by Canadian courts. The two exceptions are found in the law of refugee status and in extradition law. Although they are said to be but two sides of the same coin and serve to complement one another, there are important differences between the two. These differences would seem to point to a need for even greater caution in characterizing a crime as political for the purposes of applying Article 1F(b) than for the purpose of denying extradition. Case law on extradition, rather than refugee claims, in the United Kingdom, the United States and elsewhere has developed the so-called "incidence" test for determining whether or not an offence was of political character. The first requirement of the test is that the alleged crimes must be committed in the course of and incidental to a violent political disturbance such as a war, revolution or rebellion. The "political offense" exception is thus applicable only when a certain level of violence exists and when those resorting to violence are seeking to accomplish a particular objective such as to bring about political change or to combat violent political opposition. The second branch of the test is focused on the need for a nexus between the crime and the alleged political objective. The nature and purpose of the offense require examination, including whether it was committed out of genuine political motives or merely for personal reasons or gain, whether it was directed towards a modification of the political organization or the very structure of the state, and whether there is a close and direct causal link between the crime committed and its alleged political purpose and object. The political element should in principle outweigh the common law character of the offence, which may not be the case if the acts committed are grossly disproportionate to the objective, or are of an atrocious or barbarous nature.

l'immigration et du statut de réfugié a tiré une conclusion de fait selon laquelle l'appelant «était personnellement responsable du meurtre d'innocents». Elle a ajouté que les crimes commis par l'appelant étaient des actes de violence accomplis dans des bazars bondés avec un flagrant mépris pour la sécurité des civils innocents et que ces actes ne pouvaient et ne devaient pas être considérés comme des crimes à caractère politique. La Commission a conclu que l'appelant avait une crainte bien fondée d'être persécuté s'il retournait en Iran, mais qu'il était exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention par application de la section 1Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*. L'appel touchait l'interprétation et l'application de l'exception visant un «crime grave de droit commun» prévue à la section 1Fb) de l'article premier de la Convention.

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

Bien qu'on considère habituellement la notion de «crime politique» comme étrangère au droit criminel canadien, la législation canadienne reconnaît, au moins à deux égards, la possibilité que les conséquences d'un acte par ailleurs tenu pour criminel varient, selon qu'on lui attribue ou non un caractère politique. Dans les deux cas, la loi vise les actes commis à l'extérieur du pays, mais la norme applicable est celle imposée par le droit canadien et appliquée par les tribunaux du Canada. Ces deux exceptions ressortissent au droit du statut de réfugié et au droit de l'extradition. Bien qu'on dise qu'il s'agit là des deux côtés d'une même médaille, qui se complètent l'un l'autre, des différences importantes distinguent ces deux domaines du droit. Ces différences semblent faire ressortir la nécessité de faire preuve d'une plus grande prudence avant de qualifier un infraction d'infraction à caractère politique aux fins de la section 1Fb) de l'article premier qu'aux fins du rejet d'une demande d'extradition. La jurisprudence concernant l'extradition, plutôt que la reconnaissance du statut de réfugié, émanant du Royaume-Uni, des États-Unis et d'autres ressorts a élaboré le critère dit du «caractère accessoire» pour déterminer si l'infraction avait ou non un caractère politique. Le premier volet de ce critère exige que les crimes reprochés aient été commis dans le cours de troubles politiques violents, comme une guerre, une révolution ou une rébellion, ou qu'ils leur soient accessoires. L'exception liée au «caractère politique» de l'infraction ne s'applique donc que lorsque la violence atteint un certain niveau et que ceux qui s'y livrent cherchent à atteindre un objectif précis comme réaliser un changement politique ou réprimer l'opposition politique violente. Le deuxième volet du critère est axé sur l'existence d'un lien entre le crime et l'objectif politique poursuivi. Il faut examiner la nature et le but de l'infraction, et notamment vérifier si elle a été commise pour des motifs véritablement politiques ou pour des raisons personnelles ou des considérations de profit, si elle visait une modification de l'organisation politique ou de la structure même de l'État et s'il existe un lien de causalité direct et étroit entre le crime commis et le but et l'objectif politique invoqué. L'élément politique doit en principe avoir prépondérance sur le caractère de droit commun de l'infraction, ce qui risque de ne pas être le cas lorsque les actes commis sont complètement disproportionnés par rapport à l'objectif visé, ou lorsqu'ils sont de nature atroce ou barbare.

Although a purely personal motive such as monetary gain or the settling of accounts with a hated adversary might serve to vitiate a claim that a crime was political, the Board's characterization of the appellant's motives as being "revenge" or "vindictiveness" was unfair. While he was, in a sense, seeking revenge against those thought responsible for his difficult political, social and economic situation, such perception was a normal component of a desire for political revenge. The appellant met the first branch of the incidence test as enunciated in the authorities, since the materials in the record showed that, in the years in question, Iran was a turbulent society in which a number of armed groups were in conflict with the Khomeini regime. He did not meet, however, the second branch of the test. There was no objective rational connection between injuring the commercial interests of certain wealthy supporters of the regime and any realistic goal of forcing the regime itself to fall or to change its ways or its policies. Even if some of the businesses targeted were owned by highly placed members of local revolutionary committees, the nexus between such businesses and the general structure of the Government of Iran at the time appeared far too tenuous to support or justify the kind of indiscriminate violence which the appellant admitted to. The Board had been correct in finding that the means employed by the appellant were such as to exclude his crimes from any claim to be political in nature. The crucial point was not merely that some of the victims were innocent bystanders but, much more importantly, that the attacks themselves were not carried out against armed adversaries and were bound to injure the innocent. Violence of this sort was wholly disproportionate to any legitimate political objective. The appellant's claim failed for the lack of nexus between the crimes and any realistic political objective, and the fact that the means employed were unacceptable as a form of political protest against any regime, no matter how repressive, totalitarian or dictatorial.

Bien qu'il ne fasse aucun doute qu'un motif purement personnel comme l'appât du gain ou un règlement de compte avec un adversaire que l'on hait, puisse faire échec à la prétention qu'un crime a un caractère politique, la Commission n'a pas rendu justice à l'appelant en concluant que ses motifs étaient la «vengeance» ou la «rancune». L'appelant voulait en un sens se venger parce qu'il percevait ses cibles comme responsables de la situation économique, sociale et politique difficile dans laquelle il se trouvait, mais cette perception constitue une composante normale du désir de vengeance politique. L'appelant a satisfait au premier volet du critère du caractère accessoire énoncé dans la jurisprudence car les documents versés au dossier indiquent qu'au cours des années en cause, des troubles bouleversaient la société iranienne, un certain nombre de groupes armés étant en conflit avec le régime Khomeiny. Il n'a toutefois pas satisfait au deuxième volet de ce critère. Il n'y avait aucun lien logique objectif entre le fait de causer un préjudice aux intérêts commerciaux de certains riches partisans du régime et un but réaliste consistant à provoquer la chute du régime même ou à changer ses méthodes et son orientation. Même si certains des commerces visés appartenaient à des membres haut placés des comités révolutionnaires locaux, le lien logique entre ces commerces et la structure générale du gouvernement iranien à cette époque est beaucoup trop ténu pour appuyer ou justifier le genre d'actes de violence aveugle que l'appelant a admis avoir commis. La Commission n'a pas commis d'erreur en concluant que les moyens employés par l'appelant étaient de nature à faire échec à toute prétention voulant que ses crimes aient un caractère politique. L'élément crucial n'était pas le fait que certaines victimes étaient des innocents qui se trouvaient sur les lieux par hasard mais, ce qui est plus important, c'est que les attentats mêmes n'ont pas été perpétrés contre des adversaires armés et qu'ils allaient fatalement blesser des innocents. Des actes de violence de ce type sont totalement hors de proportion avec tout objectif politique légitime. La revendication de l'appelant a été rejetée en raison de l'absence de lien entre les crimes et un objectif politique réaliste, ainsi que du fait que les moyens employés constituaient des formes inacceptables de protestation politique contre tout régime, peu importe son caractère répressif, totalitaire ou dictatorial.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 21.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2 "Convention refugee" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), Sch. (as enacted *idem*, s. 34).  
*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art.1E, F(a),(b),(c).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Castioni, In re*, [1891] 1 Q.B. 149; *Meunier, In re*, [1894] 2 Q.B. 415; *Regina v. Governor of Brixton Prison. Ex*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, le 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, Art.1E, Fa),b),c).  
*Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 21.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2 «réfugié au sens de la Convention» (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1), annexe (éditée, *idem*, art. 34).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Castioni, In re*, [1891] 1 Q.B. 149; *Meunier, In re*, [1894] 2 Q.B. 415; *Regina v. Governor of Brixton Prison. Ex*

*parte Kolczynski*, [1955] 1 Q.B. 540; *Regina v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Schtraks*, [1964] A.C. 556 (H.L.); *Reg. v. Governor of Pentonville Prison, Ex parte Cheng*, [1973] A.C. 931 (H.L.); *Koskotas v. Roche*, 931 F.2d 169 (1st Cir. 1991); *McMullen v. I.N.S.*, 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986); *Quinn v. Robinson*, 783 F.2d 776 (9th Cir. 1986); *Eain v. Wilkes*, 641 F.2d 504 (7th Cir. 1981); *Suarez-Mason, Matter of Extradition of*, 694 F. Supp. 676 (N.D. Cal. 1988); *Folkerts v. Public Prosecutor* (1978), 74 I.L.R. 498 (Netherlands S.C.); *Ellis v. O'Dea*, [1991] ILRM 346 (H.C.); affd [1991] 1 I.R. 251 (S.C.); *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 646; (1994), 115 D.L.R. (4th) 403 (C.A.).

## CONSIDERED:

*A. (T.W.) (Re)*, [1991] C.R.D.D. No. 430 (QL); *Atta, Matter of Extradition of*, 706 F. Supp.1032 (E.D.N.Y.); affd *sub nom. Ahmad v. Wigen*, 910 F.2d 1063 (2nd Cir. 1990).

## REFERRED TO:

*Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 129 N.R. 81.

## AUTHORS CITED

*Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practice Violence*. Prepared by Legal Project, UNHCR Branch Office in Canada, Note No. 5. Ottawa, August 2, 1989 (unpublished).

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*. Leyden: A. W. Sijthoff, 1966.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.

Immigration and Refugee Board. Documentation Centre. *Iran: Country Profile*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, 1989.

La Forest, Anne W. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1991.

Stephen, James Fitzjames, Sir. *A History of the Criminal Law of England*. London: Macmillan, 1883.

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva, September 1979.

APPEAL from a decision of the Immigration and Refugee Board that the appellant had a well-founded fear of persecution, but was excluded under Article

*parte Kolczynski*, [1955] 1 Q.B. 540; *Regina v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Schtraks*, [1964] A.C. 556 (H.L.); *Reg. v. Governor of Pentonville Prison, Ex parte Cheng*, [1973] A.C. 931 (H.L.); *Koskotas v. Roche*, 931 F.2d 169 (1st Cir. 1991); *McMullen v. I.N.S.*, 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986); *Quinn v. Robinson*, 783 F.2d 776 (9th Cir. 1986); *Eain v. Wilkes*, 641 F.2d 504 (7th Cir. 1981); *Suarez-Mason, Matter of Extradition of*, 694 F. Supp. 676 (N.D. Cal. 1988); *Folkerts v. Public Prosecutor* (1978), 74 I.L.R. 498 (Netherlands S.C.); *Ellis v. O'Dea*, [1991] ILRM 346 (H.C.); confirmé par [1991] 1 I.R. 251 (C.S.); *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 646; (1994), 115 D.L.R. (4th) 403 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*A. (T.W.) (Re)*, [1991] D.S.S.R. n° 430 (QL); *Atta, Matter of Extradition of*, 706 F. Supp.1032 (E.D.N.Y.); confirmé *sub nom. Ahmad v. Wigen*, 910 F.2d 1063 (2nd Cir. 1990).

## DÉCISION CITÉE:

*Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 129 N.R. 81.

## DOCTRINE

*Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practice Violence*. Préparé par le projet juridique du Bureau canadien du Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, note n° 5. Ottawa, 2 août 1989 (non publié).

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*. Leyden: A. W. Sijthoff, 1966.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.

Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Centre de documentation. *Iran: Profil d'un pays*. Ottawa: Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1989.

La Forest, Anne W. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1991.

Stephen, James Fitzjames, Sir. *A History of the Criminal Law of England*. London: Macmillan, 1883.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. Genève, septembre 1979.

APPEL de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a statué que l'appelant avait une crainte bien fondée de persécution

1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*. Appeal dismissed.

COUNSEL:

*Stewart Istvanffy* for appellant.  
*Normand Lemyre* for respondent.

SOLICITORS:

*Stewart Istvanffy*, Montréal, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada*, for respondent.

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

HUGESSEN J.A.

Introduction

The very expression "political crime" rings curiously and indeed offensively to Canadian ears. We do not think of crimes as being "political" except in the broadest sense of that word in that they cause injury not only to individuals but also to the public peace and therefore to the polity in which we live. Politicians who commit crimes are hounded from office as well as punished. Political motivation or political purpose are for us quite simply irrelevant to the determination of whether a given action is criminal and should be punished. The murders of D'Arcy McGee and Pierre Laporte were viewed by Canadian law as simply murders, no more and no less.

It may come therefore as some surprise to most Canadians to learn that in two respects at least the laws of Canada recognize that the consequences of an otherwise criminal act may vary if that act can be characterized as political. In both instances the reference is to actions committed outside Canada but the standard to be applied is one which is mandated by Canadian law and administered by Canadian courts.

The two exceptions in question are found in the law of refugee status and in extradition law.

tion, mais était exclu par la section 1Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*. Appel rejeté.

*a* AVOCATS:

*Stewart Istvanffy* pour l'appellant.  
*Normand Lemyre* pour l'intimé.

*b* PROCUREURS:

*Stewart Istvanffy*, Montréal, pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'intimé.

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.

*d*

Introduction

L'expression même «crime politique» a une résonance étrange et elle est en fait choquante pour les Canadiens. Nous ne percevons pas les crimes comme «politiques», si ce n'est dans le sens le plus large du terme, c'est-à-dire dans la mesure où ils nuisent non seulement aux personnes, mais aussi à la paix publique et, partant, au régime politique dans lequel nous vivons. Les politiciens qui commettent des crimes sont destitués et punis. Les motifs ou les buts politiques n'ont simplement aucune pertinence à nos yeux lorsqu'il s'agit de déterminer si un acte donné est de nature criminelle et doit être puni. Les meurtres de D'Arcy McGee et de Pierre Laporte ont été considérés par le droit canadien comme de simples meurtres, ni plus ni moins.

*h* La plupart des Canadiens seront donc surpris d'apprendre que la législation canadienne reconnaît, au moins à deux égards, la possibilité que les conséquences d'un acte par ailleurs tenu pour criminel varient, selon qu'on lui attribue ou non un caractère politique. Dans les deux cas, la loi vise les actes commis à l'extérieur du pays, mais la norme applicable est celle imposée par le droit canadien et appliquée par les tribunaux du Canada.

*j* Ces deux exceptions ressortissent au droit du statut de réfugié et au droit de l'extradition.

Section 2 of the *Immigration Act*<sup>1</sup> in defining the term “Convention refugee” concludes with the words “but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof.” Section F of Article 1 of the Convention [United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6], set out in the schedule [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 34] to the Act, reads:<sup>2</sup>

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

(a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

(b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;

(c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations. [Emphasis added.]

For its part, section 21 of the *Extradition Act*<sup>3</sup> reads:

21. No fugitive is liable to surrender under this Part if it appears that

(a) the offence in respect of which proceedings are taken under this Part is one of a political character; or

(b) the proceedings are being taken with a view to prosecute or punish the fugitive for an offence of a political character.

This case concerns the proper interpretation and application of the “serious non-political crime” exception contained in Article 1F(b) of the Convention. It is, as far as we have been informed, the first such case to be decided by a Canadian court.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. I-2 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1].

<sup>2</sup> While the French text of paragraph (b) does not mention the word “politique” there can be no doubt that the English “serious non-political crime” is an accurate rendition of “crime grave de droit commun.”

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. E-23.

La définition de l’expression «réfugié au sens de la Convention» énoncée à l’article 2 de la *Loi sur l’immigration*<sup>1</sup> se termine par les termes suivants: «Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l’application de la Convention par les sections E ou F de l’article premier de celle-ci.» La section F de l’article premier de la Convention [Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, le 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6], reproduite à l’annexe [éditée par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 34] de la Loi, se lit comme suit<sup>2</sup>:

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

a) Qu’elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;

b) Qu’elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d’accueil avant d’y être admises comme réfugiés;

c) Qu’elles se sont rendues coupables d’agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. [Non souligné dans le texte original.]

Pour sa part, l’article 21 de la *Loi sur l’extradition*<sup>3</sup> dispose:

21. Le fugitif ne peut être livré dans le cadre de la présente partie s’il ressort:

a) soit que l’infraction pour laquelle son extradition est demandée a un caractère politique;

b) soit que l’extradition est demandée dans le but de le poursuivre ou de le punir pour une infraction à caractère politique.

La présente instance touche l’interprétation juste et l’application de l’exception visant un «crime grave de droit commun» prévue à la section Fb) de l’article premier de la Convention. Selon les renseignements qui nous ont été communiqués, c’est la première fois qu’un tribunal canadien se prononce sur cette question.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. I-2 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1].

<sup>2</sup> Bien que la version française de l’alinéa b) n’emploie pas le terme «politique», il ne fait aucun doute que l’expression anglaise «serious non-political crime» constitue un équivalent juste de l’expression «crime grave de droit commun».

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), ch. E-23.

### The facts

The facts may be shortly stated. The appellant is an Iranian citizen, son of a wealthy family which had been an active supporter of the Shah's regime. Indeed the appellant's father had worked directly for the Shah's brother. As might be expected, the family experienced considerable difficulties after the coming to power of the Ayatollah Khomeini's government in 1979. The appellant was at that time a student and he experienced harassment at the hands of the local revolutionary committee and of the school authorities, one of whom later became a senior official in the Revolutionary Guards. The appellant joined an underground student group that met regularly and in due course became associated with a larger militant group of anti-Khomeini activists. In the years 1980 and 1981, the appellant personally took part in five or six incidents of bombing and arson. Those attacks were said to be directed against wealthy supporters of the regime and members of the local revolutionary committee and consisted in the placing of bombs or Molotov cocktails in their business premises in the bazaar. Since such premises were usually crowded at the time of the attacks (indeed the crowds seem to have served as cover for the attackers) they frequently resulted in injury and even death to innocent bystanders. The Board found as a fact, and there was evidence to support the finding, that the appellant "was personally responsible for the murder of innocent people".<sup>4</sup>

Although he was three times arrested and interrogated by the authorities, the appellant never confessed to his activities and he was ultimately released

<sup>4</sup> Indexed as: *A. (T.W.) (Re)*, [1991] C.R.D.D. No. 430 (QL). While the appellant admitted his personal participation in several bombings and also admitted that the bombings carried out by the group had killed people, he denied knowing whether the bombs he had placed had actually resulted in deaths rather than merely causing serious injury. In my view this was quite enough to constitute "serious reasons" for considering him to have been responsible for the death of innocent people. This is not a case of guilt by mere association but of willing and active participation in activities which were of a nature to injure and did injure bystanders and were of the very same type which had, on his own admission, killed some of them.

### Les faits

Les faits peuvent être exposés brièvement. L'appellant est un citoyen de l'Iran, fils d'une famille fortunée qui appuyait activement le régime du schah. En fait, le père de l'appellant travaillait directement pour le frère du schah. Comme on peut s'y attendre, sa famille a connu de graves problèmes après la venue au pouvoir du gouvernement de l'ayatollah Khomeiny en 1979. À cette époque, l'appellant était étudiant et il a été harcelé par le comité révolutionnaire local ainsi que par les autorités scolaires, dont un membre est devenu par la suite officier supérieur de la Garde révolutionnaire. L'appellant s'est joint à un groupe étudiant clandestin qui se réunissait régulièrement et qui s'est associé par la suite à un groupe militant plus important d'activistes opposés à Khomeiny. Au cours des années 1980 et 1981, l'appellant a participé personnellement à cinq ou six attentats à la bombe et incendies criminels. On a affirmé que ces attentats étaient dirigés contre des gens riches qui appuyaient le régime et contre des membres du comité révolutionnaire local; on a fait exploser des bombes ou des cocktails Molotov à l'intérieur de leurs commerces dans le bazar. Comme ces lieux étaient habituellement très fréquentés au moment des attentats (de fait, leurs auteurs ont utilisé la foule pour se dissimuler), ceux-ci ont souvent blessé, voire tué, des innocents qui s'y trouvaient par hasard. La Commission a tiré une conclusion de fait, appuyée par des éléments de preuve, selon laquelle l'appellant «était personnellement responsable du meurtre de personnes innocentes»<sup>4</sup>.

Bien qu'il ait été arrêté et interrogé par les autorités à trois reprises, l'appellant n'a jamais avoué ses activités et, chaque fois, il a finalement été libéré. Par

<sup>4</sup> Répertoire: *A. (T.W.) (Re)*, [1991] D.S.S.R. n° 430 (QL). Bien que l'appellant ait reconnu avoir participé personnellement à plusieurs explosions et qu'il ait admis que les bombes posées par le groupe avaient tué des gens, il a déclaré ne pas savoir si les bombes qu'il avait placées avaient effectivement causé des décès, plutôt que, simplement, des blessures graves. Selon moi, ces aveux suffisent pour constituer des «raisons sérieuses» de le considérer comme responsable de la mort d'innocents. Il ne s'agit pas d'un cas de culpabilité par simple association, mais de participation active et délibérée à des activités qui pouvaient et qui ont effectivement blessé des personnes qui se trouvaient sur les lieux par hasard, et qui étaient exactement de la même nature que celles qui ont, de son propre aveu, tué des innocents.

on each occasion. In due course he left Iran and arrived in this country in 1986. Because he was subsequently imprisoned for an offence against the laws of Canada, his claim to refugee status was not heard until 1991.

#### The decision under review

By the decision now under review, the Board found that the appellant did indeed have a well-founded fear of persecution in the event of his return to Iran, but that he was excluded by the provisions of Article 1F(b) of the Convention, *supra*.

As I read the Board's decision it turns largely on two findings. In the first place, the Board expressed some doubt as to whether the appellant's crimes were politically motivated at all. As the Board put it, the appellant's evidence led them to "question whether there was anything beyond revenge and anarchy in his mind and the mind of his group."<sup>5</sup> And again "there is no indication . . . that their crimes attempted to go beyond personal vindictiveness towards something which would alter the political organisations that existed at the time."<sup>6</sup>

The second and more telling finding of the Board deals with the methods employed by the appellant:

In a case such as this, the offenses are of such a particularly serious and disproportionate nature that it cannot be treated as "political" for the purpose of Section F(b), regardless of the alleged political motive. For the crimes committed by Mr. [Gil] go well beyond those considered to be political offenses. Rather they are violent acts which were staged in crowded bazaars, with a blatant disregard for the safety of innocent civilians. Such kinds of crimes cannot and should not ever be considered to be "political" in nature.

. . . one must look to the target of the attack to determine whether a person can be classified as being a freedom fighter or a terrorist. The freedom fighter, or the resistance fighter, attempts to achieve his aim by going after military and government targets primarily, while the terrorist uses the innocent seeking to create chaos by striking out at the most vulnerable.

<sup>5</sup> *Supra*, note 4.

<sup>6</sup> *Ibid*.

la suite, il a quitté l'Iran et il est arrivé au Canada en 1986. Il a été emprisonné, plus tard, pour une infraction aux lois canadiennes; sa revendication du statut de réfugié n'a donc été entendue qu'en 1991.

#### La décision visée par la demande de contrôle

Dans la décision visée par la demande de contrôle, la Commission a conclu que l'appellant avait effectivement une crainte bien fondée d'être persécuté s'il retournait en Iran, mais qu'il était exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention par application de la section Fb) de l'article premier de la Convention, précitée.

Après avoir lu la décision de la Commission, j'estime qu'elle tient en grande partie à deux conclusions. Premièrement, la Commission a exprimé un doute quant à la question de savoir si les infractions commises par l'appellant avaient un motif politique quelconque. La Commission a déclaré que la preuve produite par l'appellant l'amenait à «nous demander s'il y avait dans son esprit ou dans celui de son groupe autre chose que vengeance et anarchie»<sup>5</sup>. Puis, «rien . . . n'indique que leurs crimes avaient un but autre que d'assouvir leur vengeance personnelle à l'égard de quelque chose qui modifierait les organisations politiques en place à ce moment»<sup>6</sup>.

La deuxième conclusion de la Commission, qui est plus significative, concerne les méthodes employées par l'appellant:

En l'espèce, les crimes ont un caractère si grave et si disproportionné qu'ils ne peuvent être considérés comme «politiques» pour l'application de l'alinéa Fb), peu importe le motif politique allégué. De fait, les crimes commis par M. [Gil] dépassent de loin ce qu'on considère être un crime politique. Il s'agit plutôt d'actes violents, qui ont été perpétrés dans des bazars bondés de monde, en faisant fi, de façon flagrante, de la sécurité de civils innocents. De tels crimes ne peuvent et ne devraient jamais être considérés comme «politiques».

. . . ce qu'il faut considérer, c'est la cible de l'attaque, afin de déterminer si une personne peut être classée parmi les défenseurs de la liberté ou les terroristes. Le défenseur de la liberté ou le résistant tente d'atteindre son but en visant surtout des cibles militaires et gouvernementales, tandis que le terroriste se sert de personnes innocentes pour créer le désordre en s'atta-

<sup>5</sup> Précité, note 4.

<sup>6</sup> *Ibid*.

That is what Mr. [Gil] did. As he said himself, he chose crowded market places so the innocent could serve as his cover. He did what he did knowing full well the consequences, knowing that some bystanders would die or be injured. In so doing, he has committed what must be defined as a "serious non-political crime". [*Supra*, note 4.]

### The law

I have previously indicated that the characterization of crimes as "political" is found in both extradition and refugee law. This has led some commentators to suggest that they are but two sides of the same coin and serve to complement one another:<sup>7</sup> the fugitive who cannot be extradited may seek asylum; the refugee claimant who is excluded may be extradited. While there is much truth to this observation, and while, as will be seen, we must rely almost entirely on cases relating to extradition rather than to refugee claims, it is, I think, of some utility to observe at the outset that there are important differences between the two. In particular:

1) Extradition is carried out as an obligation under treaty owed by Canada to the requesting state; the grant of refugee status arises from an obligation owed to the individual claimant under a domestic law enacted in compliance with an international convention;

2) In extradition the foreign state wants the fugitive returned and actively seeks that result; the judicial proceedings in this country are an offshoot of judicial proceedings in the requesting state. In refugee law, by contrast, only the claimant is before the court and there is generally no indication whether his country of origin knows or even cares about his criminal activities;

3) In extradition the fugitive generally contests his guilt and it is up to the requesting state to prove it; in refugee claims the claimant often admits his crimes

<sup>7</sup> See for example James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworths, at pp. 221 ff. Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Vol. I, A.W. Sijthoff, Leyden, 1966, at pp. 290-292.

quant aux plus vulnérables. C'est ce que M. [Gil] a fait. Comme il l'a dit lui-même, il a choisi les marchés bondés de monde pour que les personnes innocentes lui servent de couverture. Il a agi comme il l'a fait en sachant très bien quelles en seraient les circonstances, en sachant que certains spectateurs mourraient ou seraient blessés. Ce faisant, il a commis ce que l'on peut appeler un «crime grave de droit commun». [Précité, note 4.]

### Le droit applicable

J'ai déjà mentionné que la classification des infractions, selon qu'elles ont ou non un «caractère politique», est régie à la fois par le droit en matière d'extradition et de statut de réfugié. Pour cette raison, certains observateurs ont émis l'hypothèse qu'il s'agit là des deux côtés d'une même médaille, qui se complètent l'un l'autre<sup>7</sup>: le fugitif qui ne peut être extradé peut demander asile et le demandeur du statut de réfugié qui est exclu peut être extradé. Bien qu'il y ait beaucoup de vrai dans cette remarque et que nous devons, comme nous le verrons, nous en remettre presque entièrement à la jurisprudence touchant l'extradition plutôt que la revendication du statut de réfugié, il me semble utile de souligner d'entrée de jeu que des différences importantes distinguent ces deux domaines du droit. Soulignons plus particulièrement les différences qui suivent:

1) L'extradition est effectuée en exécution d'une obligation du Canada envers l'État requérant, prévue dans un traité; la reconnaissance du statut de réfugié découle d'une obligation envers le revendicateur du statut, prévue dans une loi interne édictée en conformité avec une convention internationale.

2) En matière d'extradition, l'État étranger désire le retour du fugitif et poursuit activement cet objectif; la procédure judiciaire dans notre pays est une conséquence de la procédure judiciaire dans l'État requérant. Par contre, en matière de statut de réfugié, seul le demandeur s'adresse à la Cour et rien n'indique généralement si son pays d'origine a connaissance ou se soucie même de ses activités criminelles.

3) Dans les cas d'extradition, le fugitif conteste généralement sa culpabilité et c'est à l'État requérant qu'il incombe de l'établir; le revendicateur du statut de

<sup>7</sup> Voir par exemple, James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworths, aux p. 221 et suivantes; Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. I, A.W. Sijthoff, Leyden, 1966, aux p. 290 à 292.



(as this appellant did) but tries to show that they are political;

4) Since Article 1F(b) is stated as an exception to the definition of a refugee, the claimant against whom it is invoked is, *ex hypothesi*, in danger of persecution in the event of his return; if the crime is “political,” persecution for political opinion would therefore seem to be almost a foregone conclusion. In extradition, on the other hand, it is generally assumed that the requesting state will afford to the fugitive all the usual legal protections and no ulterior motive is presumed;

5) The *Extradition Act* draws a distinction between the “political” crime (paragraph 21(a) above) and the “political” motive of the prosecution (paragraph 21(b)). The implication is clear that a non-political crime may be prosecuted for political motives. The Convention definition in Article 1F(b) speaks only of the crime itself. In theory, therefore, there may be some offences which would not be extraditable under paragraph 21(b) but would still operate to exclude the offenders from refugee status under Article 1F(b);

6) The extradition exception applies to both “pure” and “relative” political offences,<sup>8</sup> and the rationale for the rule is clear enough. It is less clear why, in refugee law, an offence which is only “relatively” political, i.e. because it was committed for a political motive, should oblige a state to grant asylum to the criminal. It is one thing to refuse to return a political

<sup>8</sup> See Anne Warner La Forest, *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed., Canada Law Book Inc., 1991, at p. 83:

Although the terminology of “political offence” is widespread, a satisfactory definition remains to be formulated. The term embraces two concepts: first, the purely political offence, which is an act directed against the political organization or government of a state and contains no element of common crime; and secondly, what is described in the Act as an offence of a political character, one that is a common crime but is so closely integrated with political acts or events that it is regarded as political.

réfugié admet souvent les infractions qu’il a commises (comme l’a fait l’appelant), mais tente de démontrer qu’il s’agit d’infractions à caractère politique.

a 4) Étant donné que la section Fb) de l’article premier établit une exception à la définition de la qualité de réfugié, le demandeur contre qui on l’invoque risque, par hypothèse, d’être persécuté s’il retourne dans son pays; s’il s’agit d’une infraction «à caractère politique», le risque qu’il soit persécuté en raison de ses opinions politiques semble pratiquement acquis. Par contre, dans le cadre d’une demande d’extradition, on présume généralement que l’État requérant accordera au fugitif toutes les protections juridiques habituelles et qu’il n’agit pas pour un motif inavoué.

b 5) La *Loi sur l’extradition* établit une distinction entre l’infraction qui a «un caractère politique» (alinéa 21a) précité et le but «à caractère politique» de la poursuite (alinéa 21b)). Il en ressort clairement qu’un crime de droit commun peut donner lieu à une poursuite pour un mobile politique. La définition énoncée à la section Fb) de l’article premier de la Convention touche uniquement l’infraction. En théorie, l’alinéa 21b) pourrait donc écarter l’extradition dans le cas de certaines infractions qui excluraient néanmoins leurs auteurs de la définition du statut de réfugié par application de la section Fb) de l’article premier.

c 6) L’exception aux règles de l’extradition s’applique aux infractions à caractère politique, «absolu» ou «relatif»,<sup>8</sup> et le fondement de cette règle est assez clair. On discerne moins nettement pourquoi, selon le droit du statut de réfugié, un État devrait donner asile à un criminel qui a commis une infraction dont le caractère politique est «relatif», c’est-à-dire une

<sup>8</sup> Voir Anne Warner La Forest, *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3<sup>e</sup> éd., Canada Law Book Inc., 1991, à la p. 83:

[TRADUCTION] Bien que l’expression «infraction à caractère politique» soit très répandue, aucune définition satisfaisante de cette notion n’a encore été formulée. Cette expression englobe deux concepts: premièrement, l’infraction à caractère purement politique, qui désigne un acte dirigé contre l’organisation politique ou le gouvernement d’un État et qui ne comprend aucun élément d’un crime de droit commun; deuxièmement, l’infraction que la Loi décrit comme une infraction à caractère politique, qui constitue un crime de droit commun, mais qui est si intimement liée à des actes ou à des événements politiques qu’on la considère comme une infraction de nature politique.

assassin; it is quite another to welcome him with open arms;

7) The refugee exception is limited to "serious" crimes; extradition law has no such qualification;

8) The result of a successful extradition is the return of the fugitive to face trial; the result of a failed refugee claim is not necessarily the return of the claimant to the country where his crime was committed, which may even not be his country of origin;

9) Extradition law is ultimately concerned with the punishment by foreign states of what are generally and internationally recognized to be crimes; refugee law, in this country at least, is concerned with the admission to Canada of permanent residents who may ultimately become citizens.

On balance, these considerations would seem to me to point to a need for even greater caution in characterizing a crime as political for the purposes of applying Article 1F(b) than for the purpose of denying extradition.

In the light of these general observations I turn now to look at the state of the authorities in the United Kingdom, the United States and elsewhere. All the decided cases, except where otherwise specifically noted, concern extradition rather than refugee claims and must therefore be read in the light of the foregoing comments.

#### United Kingdom cases

The first decision, and one that is still cited, is the judgment of the Divisional Court in *Castioni, In re*.<sup>9</sup> The Court allowed a writ of *habeas corpus* to block the extradition to Switzerland of a fugitive who had killed a Cantonal official in the course of an armed uprising against the Government of the Canton. The

<sup>9</sup> [1891] 1 Q.B. 149, at p. 166.

infraction perpétrée pour un motif politique. Il y a une marge entre refuser de livrer un assassin politique et l'accueillir à bras ouverts.

7) L'exception applicable au statut de réfugié se limite aux crimes «graves»; le droit de l'extradition ne tient pas compte de cette caractéristique.

8) Lorsqu'une demande d'extradition est accueillie, le fugitif retourne dans son pays pour y subir un procès; lorsqu'une revendication du statut de réfugié est rejetée, le revendicateur ne retourne pas nécessairement dans le pays où il a commis l'infraction, pays qui peut même être différent de son pays d'origine.

9) L'objet des règles de droit en matière d'extradition est de permettre aux États étrangers de punir des actes qui sont reconnus comme des crimes de façon générale et sur le plan international; les règles de droit en matière de statut de réfugié visent, du moins dans notre pays, à admettre au Canada des résidents permanents qui peuvent, en bout de ligne, devenir citoyens canadiens.

L'examen de ces considérations, en regard les unes des autres, semble faire ressortir, selon moi, la nécessité de faire preuve d'une plus grande prudence avant de qualifier un infraction d'infraction à caractère politique aux fins de la section F(b) de l'article premier qu'aux fins du rejet d'une demande d'extradition.

À la lumière de ces observations d'ordre général, j'examinerai maintenant l'état de la jurisprudence étrangère, émanant notamment du Royaume-Uni et des États-Unis. À moins d'indication contraire expresse, toutes les décisions mentionnées ont été rendues dans le contexte d'une demande d'extradition plutôt que d'une revendication du statut de réfugié et doivent donc être interprétées en tenant compte des remarques qui précèdent.

#### La jurisprudence émanant du Royaume-Uni

La première décision pertinente, à laquelle on se réfère encore, est le jugement rendu par la Divisional Court dans l'affaire *Castioni, In re*<sup>9</sup>. Dans cette affaire, la Cour a accordé un bref d'*habeas corpus* pour empêcher l'extradition en Suisse d'un fugitif qui avait tué un fonctionnaire d'un canton au cours d'un

<sup>9</sup> [1891] 1 Q.B. 149, à la p. 166.

Court laid down what was subsequently to become known as the “incidence” test for determining whether or not an offence was of a political character. Hawkins J., quoting and adopting the test suggested in the well-known treatise of Stephen J. [*A History of the Criminal Law of England*] (who was also a member of the Court), put the matter thus:

I think, therefore, that the expression in the Extradition Act ought (unless some better interpretation of it can be suggested) to be interpreted to mean that fugitive criminals are not to be surrendered for extradition crimes, if those crimes were incidental to and formed a part of political disturbances. [Emphasis added.]

Denman J. expressed the same thing in somewhat different language (at pages 158-159):

... an act done, not only in the course of a political rising, but as part of a political rising . . . . The question really is, whether, upon the facts, it is clear that the man was acting as one of a number of persons engaged in acts of violence of a political character with a political object, and as part of the political movement and rising in which he was taking part. [Emphasis added.]

A few years later in *Meunier, In re*,<sup>10</sup> the Divisional Court used the incidence test to deny the “political offence” exception claimed by, and thereby permit the extradition of, an anarchist who had thrown a bomb into a military barracks. The case is important in that it appears to draw a distinction between offences committed against governments and their officials and those committed against private citizens. Cave J., speaking for the Court, set out both the test and the distinction in the following words:

The last point taken is, that, so far as regards the outrage at the barracks, the offence charged is one of a political character, and therefore the accused is not liable to be surrendered under the Extradition Acts; for it is said that the outrage was an attack on Government property, and was an attempt to destroy the quarters occupied by the troops of the French Government. It appears to me that, in order to constitute an offence of a political character, there must be two or more parties in the State, each seeking to impose the Government of their own choice on the other, and that, if the offence is committed by one side or the other in pursuance of that object, it is a political offence, otherwise not. In the present case there are not two

<sup>10</sup> [1894] 2 Q.B. 415, at p. 419.

soulèvement armé contre le gouvernement du canton. La Cour a établi ce qu'on a par la suite désigné comme le critère du «caractère accessoire» pour déterminer si l'infraction avait ou non un caractère politique. Le juge Hawkins a cité et adopté le critère suggéré dans le traité bien connu du juge Stephen [*A History of the Criminal Law of England*] (qui faisait aussi partie de la Cour), puis s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Je suis donc d'avis que l'expression qui figure dans l'Extradition Act doit (à moins qu'une meilleure interprétation ne soit proposée) être interprétée de façon à signifier que les criminels fugitifs ne doivent pas être extradés pour des crimes donnant lieu à l'extradition si ceux-ci ont été commis accessoirement à des troubles politiques et dans le cadre de tels troubles. [Non souligné dans le texte original.]

Le juge Denman a exprimé la même opinion en des termes différents (aux pages 158 et 159):

[TRADUCTION] . . . un acte accompli non seulement au cours d'un soulèvement politique, mais aussi dans le cadre de celui-ci . . . La question revient en fait à déterminer si, d'après les faits, il ressort clairement que la personne s'est livrée, avec d'autres, à des actes de violence à caractère politique, dans un but politique et dans le cadre d'un mouvement ou d'une insurrection politique auxquels elle prenait part. [Non souligné dans le texte original.]

Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Meunier, In re*<sup>10</sup>, la Divisional Court a utilisé le critère du caractère accessoire pour écarter l'application de l'exception visant l'«infraction à caractère politique» invoquée par un anarchiste qui avait fait exploser une bombe dans une caserne et permettre son extradition. Cet arrêt est important car il semble établir une distinction entre les infractions commises contre les gouvernements et leurs représentants et celles commises contre de simples citoyens. Le juge Cave a formulé ce critère et cette distinction dans les termes suivants, au nom de la Cour:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'attentat contre la caserne, le dernier argument invoqué veut qu'il s'agisse là d'une infraction à caractère politique et que l'accusé ne soit par conséquent pas passible d'extradition en vertu des lois sur l'extradition; car l'attentat constituait une attaque contre les biens du gouvernement et une tentative de destruction des quartiers occupés par les troupes françaises. Il me semble que, pour qu'il y ait infraction à caractère politique, il doit y avoir au sein de l'État plusieurs factions, chacune d'entre elles cherchant à imposer aux autres le gouvernement de son choix, et que, si l'une ou l'autre de ces factions commet une infraction dans ce but, il s'agit alors d'une infraction à caractère politique; sinon il ne s'agit

<sup>10</sup> [1894] 2 Q.B. 415, à la p. 419.

parties in the State, each seeking to impose the Government of their own choice on the other; for the party with whom the accused is identified by the evidence, and by his own voluntary statement, namely, the party of anarchy, is the enemy of all Governments. Their efforts are directed primarily against the general body of citizens. They may, secondarily and incidentally, commit offences against some particular Government; but anarchist offences are mainly directed against private citizens. [Emphasis added.]

Some of the weaknesses inherent in seeking to apply the incidence test in all cases appear from the decision in *Regina v. Governor of Brixton Prison. Ex parte Kolczynski*.<sup>11</sup> In that case, the crew of a Polish fishing trawler had overpowered the master and the political officer and had brought the ship to Britain where they sought asylum. Clearly this was an extraditable offence and it could even arguably be said to constitute the international crime of piracy. Equally clearly, the crew were not participating in any revolution or uprising against the Polish government and could not reasonably have expected their actions to bring about any change of government in Poland. They were simply seeking to escape. Extradition was nonetheless refused. Cassels J. put the matter in this way:

The words "offence of a political character" must always be considered according to the circumstances existing at the time when they have to be considered. The present time is very different from 1891, when *Castioni's* case was decided. It was not then treason for a citizen to leave his country and start a fresh life in another. Countries were not regarded as enemy countries when no war was in progress. Now a state of totalitarianism prevails in some parts of the world and it is a crime for citizens in such places to take steps to leave. In this case the members of the crew of a small trawler engaged in fishing were under political supervision and they revolted by the only means open to them. They committed an offence of a political character, and if they were surrendered there could be no doubt that, while they would be tried for the particular offence mentioned, they would be punished as for a political crime.

The judgment of Lord Goddard C.J., at page 550 is also helpful in that it emphasises the political nature

<sup>11</sup> [1955] 1 Q.B. 540, at p. 549.

pas de ce genre d'infraction. Dans la présente affaire, il n'y a pas deux factions au sein de l'État, chacune cherchant à imposer à l'autre le gouvernement de son choix, puisque la faction à laquelle l'accusé est identifié par la preuve et par sa déclaration volontaire, soit la faction de l'anarchie, est l'ennemi de tous les gouvernements. Les anarchistes s'en prennent principalement à l'ensemble des citoyens. Ils peuvent, de façon accessoire, commettre des infractions contre un gouvernement en particulier, mais leurs attaques sont principalement dirigées contre de simples citoyens. [Non souligné dans le texte original.]

L'une des faiblesses de l'application générale du critère du caractère accessoire ressort de la décision *Regina v. Governor of Brixton Prison. Ex parte Kolczynski*<sup>11</sup>. Dans cette affaire, les membres d'équipage d'un chalutier de pêche polonais avaient maîtrisé le capitaine et le représentant politique et avaient conduit le bateau en Grande-Bretagne où ils avaient cherché asile. Il s'agissait manifestement d'une infraction pouvant donner lieu à l'extradition et il était même possible de prétendre qu'il s'agissait de l'infraction internationale de piraterie. Il était aussi évident que les membres d'équipage ne participaient pas à quelque révolution ou soulèvement que ce soit contre le gouvernement polonais et qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre que leurs actions entraînent un changement de gouvernement en Pologne. Ils tentaient simplement de s'échapper. L'extradition a néanmoins été refusée. Le juge Cassels s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] L'expression «infraction à caractère politique» doit toujours être examinée à la lumière des circonstances qui existent à l'époque en cause. L'époque actuelle diffère grandement de l'année 1891, au cours de laquelle l'affaire *Castioni* a été décidée. Le citoyen qui quittait alors son pays pour recommencer sa vie ailleurs ne commettait pas un acte de trahison. En temps de paix, les autres pays n'étaient pas considérés comme des ennemis. De nos jours, le totalitarisme prévaut dans certaines parties du monde où cela constitue un crime pour un citoyen que de prendre des mesures pour quitter le pays. En l'espèce, les membres d'équipage d'un petit chalutier de pêche faisaient l'objet d'une surveillance politique et se sont révoltés de la seule façon possible. Ils ont commis une infraction à caractère politique et, s'ils étaient extradés, il ne fait aucun doute que, même s'ils étaient jugés pour l'infraction mentionnée, ils seraient punis comme les auteurs d'un crime politique.

L'opinion du lord juge en chef Goddard, à la page 550, est aussi utile en ce qu'elle met l'accent sur la

<sup>11</sup> [1955] 1 Q.B. 540, à la p. 549.

of the prosecution to which the seamen would be subject:

Prima facie the evidence in support of the requisition merely show a revolt by two or more of the persons charged on board a ship on the high seas against the authority of the master, and this is a scheduled offence. The evidence, the truth of which the magistrate accepted, showed that these men while at sea found that a political officer was overhearing and recording their conversations and keeping observation upon them for the purpose of preparing a case against them on account of their political opinions, presumably in order that they might be punished for holding or at least expressing them. A resultant prosecution would thus have been a political prosecution. The revolt of the crew was to prevent themselves being prosecuted for a political offence and in my opinion, therefore, the offence had a political character.

In *Regina v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Schraks*,<sup>12</sup> the House of Lords, while rejecting a political offence claim urged in opposition to an extradition request, cast some doubt on the validity of the formulation of the incidence test in *Castioni* and *Meunier, supra*. Lord Reid, in particular, went much farther than any of the other law Lords in questioning the rigidity and utility of that formulation in modern conditions:

We cannot inquire whether a "fugitive criminal" was engaged in a good or a bad cause. A fugitive member of a gang who committed an offence in the course of an unsuccessful putsch is as much within the Act as the follower of a Garibaldi. But not every person who commits an offence in the course of a political struggle is entitled to protection. If a person takes advantage of his position as an insurgent to murder a man against whom he has a grudge I would not think that that could be called a political offence. So it appears to me that the motive and purpose of the accused in committing the offence must be relevant and may be decisive. It is one thing to commit an offence for the purpose of promoting a political cause and quite a different thing to commit the same offence for an ordinary criminal purpose.

Moreover, I do not think that the application of the section can be limited to cases of open insurrection. An underground resistance movement may be attempting to overthrow a government and it could hardly be that an offence committed the day before open disturbances broke out would be treated as non-political while a precisely similar offence committed two days later would be of a political character. And I do not see why the section should be limited to attempts to overthrow a government. The use of force, or it may be other means, to compel a sovereign to change his advisers, or to compel a gov-

nature politique de la poursuite dont les marins auraient fait l'objet:

[TRADUCTION] De prime abord, il ressort simplement de la preuve à l'appui de la requête que plusieurs personnes à bord d'un bateau parti en haute mer se sont révoltées contre le capitaine et qu'il s'agit là d'une infraction prévue par la législation. La preuve, dont le magistrat a accepté la véracité, indique que ces hommes ont découvert, lorsqu'ils étaient en mer, qu'un représentant politique écoutait leurs conversations, les enregistrait et consignait des observations à leur égard dans le but de constituer contre eux un dossier fondé sur leurs opinions politiques, vraisemblablement afin qu'ils soient punis pour avoir soutenu ces opinions, ou du moins pour les avoir exprimées. La poursuite qui aurait suivi aurait donc été de nature politique. L'équipage s'est révolté pour éviter d'être poursuivi pour une infraction à caractère politique et, par conséquent, je suis d'avis que l'infraction avait un caractère politique.

Dans l'affaire *Regina v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Schraks*<sup>12</sup>, la Chambre des lords, tout en niant le caractère politique d'une infraction invoqué pour contester une demande d'extradition, a mis en doute la validité de l'énoncé du critère du caractère accessoire établi dans les affaires *Castioni* et *Meunier*, précitées. Lord Reid, en particulier, est allé beaucoup plus loin que les autres lords en s'interrogeant sur la rigidité et l'utilité de cet énoncé dans notre société moderne:

[TRADUCTION] Nous ne pouvons rechercher si un « criminel fugitif » a été mêlé à une bonne ou à une mauvaise cause. Un membre fugitif d'un gang qui a commis une infraction au cours d'un putsch raté relève autant de la loi qu'un partisan de Garibaldi. Mais l'auteur d'une infraction commise au cours d'une lutte politique n'a pas toujours droit à cette protection. Si une personne se prévaut de sa qualité d'insurgé pour assassiner une personne contre qui elle a un grief, je ne pense pas qu'on puisse appeler cela une infraction à caractère politique. Il me semble donc que le motif et les buts de l'accusé qui a commis l'infraction doivent être pertinents, et qu'ils peuvent être décisifs. C'est une chose que de commettre une infraction dans le but de faire avancer une cause politique et une chose tout à fait différente de commettre la même infraction dans un but purement criminel.

Qui plus est, je ne crois pas que l'application de cet article puisse être limitée aux cas d'insurrection. Un mouvement de résistance clandestin peut essayer de renverser un gouvernement et on pourrait difficilement considérer une infraction commise la veille du soulèvement comme une infraction de droit commun, alors qu'exactement la même infraction commise deux jours plus tard aurait un caractère politique. En outre, je ne vois pas pourquoi l'application de cet article devrait être limitée aux tentatives de renversement d'un gouvernement. L'utilisation de la force, ou d'autres moyens, pour

<sup>12</sup> [1964] A.C. 556, at pp. 583-584.

<sup>12</sup> [1964] A.C. 556, aux p. 583 et 584.

ernment to change its policy may be just as political in character as the use of force to achieve a revolution. And I do not see why it should be necessary that the refugee's party should have been trying to achieve power in the State. It would be enough if they were trying to make the government concede some measure of freedom but not attempting to supplant it.

It appears to me that the provisions of section 3 of the Act of 1870 are clearly intended to give effect to the principle that there should in this country be asylum for political refugees, and I do not think that it is possible, or that the Act evinces any intention to define the circumstances in which an offence can properly be held to be of a political character.

With an expression so vague as "an offence of a political 'character' there must be many borderline cases, for example, actions against a turbulent group trying to seize power which the government is too weak to suppress. But the present case appears to me to be beyond any possible extension of that category. I am willing to assume that the accused did what he believed to be right, and that many people, and even a whole political party, agreed with him, but I cannot find any political character in the alleged offences. There is nothing to indicate that he acted as he did in order to force or even promote a change of government, or even a change of government policy, or to achieve a political objective of any kind. I do not say that every act done for such purposes would necessarily be of a political character, but without any such purpose it could only be in some exceptional case which I cannot foresee that the act could, in my view, be said to be of a political character. [Emphasis added.]

Viscount Radcliffe, for his part, while agreeing with the need to liberalize the test, retained the requirement of a political struggle for power (at pages 591-592):

In my opinion the idea that lies behind the phrase "offence of 'a political character'" is that the fugitive is at odds with the State that applies for his extradition on some issue connected with the political control or government of the country. The analogy of "political" in this context is with "political" in such phrases as "political refugee," "political asylum" or "political prisoner." It does indicate, I think that the requesting State is after him for reasons other than the enforcement, of the criminal law in its ordinary, what I may call its common or international, aspect. It is this idea that the judges were seeking to express in the two early cases of *In re Castioni* and *In re Meunier* when they connected the political offence with an uprising, a disturbance, an insurrection, a civil war or struggle for power: and in my opinion it is still necessary to maintain the idea of that connection. It is not departed from by taking a liberal view as to what is meant by disturbance or these other words, provided that the idea of political opposition as between fugitive and requesting State is not lost sight of: but it would

contraindre un souverain à changer ses conseillers, ou obliger un gouvernement à modifier sa politique peut avoir un caractère tout aussi politique que l'utilisation de la force pour faire une révolution. Je ne vois donc pas pourquoi il doit être nécessaire que le parti du réfugié ait essayé de prendre le pouvoir dans le pays. Il suffit qu'ils essayent d'obtenir du gouvernement des mesures de liberté sans toutefois essayer de le renverser.

Il me semble que les dispositions de l'article 3 de la loi de 1870 visent clairement à mettre en vigueur le principe selon lequel ce pays doit accorder l'asile aux réfugiés politiques, et je ne pense pas qu'il soit possible de définir les circonstances dans lesquelles on peut décider à bon droit qu'une infraction a un caractère politique ou que cette définition ressorte de la loi.

Une expression aussi vague que l'«infraction à "caractère" politique» doit donner lieu à un grand nombre de cas limites, notamment des poursuites contre des groupes d'agitateurs qui tentent de s'emparer du pouvoir, mais que le gouvernement est trop faible pour maîtriser. Il me semble toutefois impossible d'élargir cette catégorie pour y inclure la présente affaire. Je veux bien présumer que l'accusé a fait ce qu'il croyait juste et qu'un grand nombre de personnes, même un parti politique au complet, étaient d'accord avec lui, mais je ne peux voir aucun caractère politique aux infractions reprochées. Rien n'indique qu'il a agi dans le but de forcer ou de promouvoir un changement de gouvernement, ou même un changement de politique, ou encore d'atteindre un objectif politique quelconque. Je ne veux pas dire que tous les actes accomplis à ces fins auraient nécessairement un caractère politique mais que, sans ces objectifs, un acte ne saurait avoir ce caractère que dans des circonstances exceptionnelles et, à mon avis, ce n'est pas le cas en l'espèce. [Non souligné dans le texte original.]

Bien qu'il ait reconnu la nécessité d'assouplir ce critère, le vicomte Radcliffe a pour sa part retenu l'exigence d'une lutte politique pour le pouvoir (aux pages 591 et 592):

[TRADUCTION] À mon avis, l'idée qui sous-tend l'expression «infraction à "caractère politique"» est que le fugitif est en désaccord avec l'État qui demande son extradition sur certains problèmes liés au gouvernement ou au régime politique du pays. Dans ce contexte, on peut rapprocher le mot «politique» du mot «politique» dans des expressions telles que «réfugié politique», «asile politique» ou «prisonnier politique». Cela indique en fait, à mon avis, que l'État recherchant le recherche pour des motifs autres que l'application du droit pénal vu sous son aspect ordinaire, que je pourrais appeler commun ou international. C'est cette idée que les juges cherchaient déjà à exprimer dans les deux arrêts *In re Castioni* et *In re Meunier* quand ils établissaient un rapport entre l'infraction politique et une émeute, des troubles, une insurrection, une guerre civile ou une lutte pour le pouvoir; à mon avis, il est encore nécessaire de conserver cette connexité. On ne s'en éloigne pas en prenant un point de vue libéral quant à la signification du mot troubles ou de ces autres mots, sous réserve qu'on ne perde pas de vue

be lost sight of, I think, if one were to say that all offences were political offences, so long as they could be shown to have been committed for a political object or with a political motive or for the furtherance of some political cause or campaign. There may, for instance, be all sorts of contending political organisations or forces in a country and members of them may commit all sorts of infractions of the criminal law in the belief that by so doing they will further their political ends: but if the central government stands apart and is concerned only to enforce the criminal law that has been violated by these contestants, I see no reason why fugitives should be protected by this country from its jurisdiction on the ground that they are political offenders. [Emphasis added.]

Viscount Radcliffe's views were specifically approved by the majority of the House of Lords in *Reg. v. Governor of Pentonville Prison, Ex parte Cheng*.<sup>13</sup> Once again, however, the comments of the law Lords must be viewed as *obiter dicta*, since the case was actually decided on the ground that Cheng's alleged offence, an attempt to assassinate a Taiwanese government official, could have no political character in the United States, which was both the country where the crime was committed and the state requesting extradition. Lord Diplock's comments in particular, however, are useful in their emphasis on the need for a real connection between the crime and the alleged political object:

My Lords, the noun that is qualified by the adjectival phrase "of a political character," is "offence." One must, therefore, consider what are the juristic elements in an offence, particularly one which is an extradition crime, to which the epithet "political" can apply. I would accept that it applies to the mental element: the state of mind of the accused when he did the act which constitutes the physical element in the offence with which he is charged. I would accept, too, that the relevant state of mind is not restricted to the intent necessary to constitute the offence with which he is charged, for in the case of none of the extradition crimes can this properly be described as being political. The relevant mental element must involve some less immediate object which the accused sought to achieve by doing the physical act. It is unnecessary for the purposes of the present appeal, and would, in my view, be unwise, to attempt to define how remote that object might be. If the accused had robbed a bank in order to obtain funds to support a political party, the object would, in my view, clearly be too remote to constitute a political offence. But if the accused had killed a dictator in the hope of changing the government of the country, his object would be sufficiently immediate to justify

<sup>13</sup> [1973] A.C. 931, at pp. 944-945.

l'idée d'une opposition politique entre le fugitif et l'État requérant; mais on la perdrait de vue, à mon avis, si l'on devait dire que toutes les infractions sont des infractions politiques dans la mesure où l'on peut démontrer qu'elles ont été commises dans un but politique ou avec un motif politique ou pour favoriser des causes ou des campagnes politiques. Par exemple, il peut exister toutes sortes d'organisations ou de forces politiques contestataires dans un pays dont les membres peuvent commettre toutes sortes d'infractions pénales en croyant que, ce faisant, ils atteindront plus aisément leurs buts politiques: mais si le gouvernement central ne partage pas ce point de vue et désire simplement appliquer le droit pénal qui a été violé par ces contestataires, je ne vois aucune raison pour que notre pays soustraie ces fugitifs à son autorité au motif qu'ils sont des délinquants politiques. [Non souligné dans le texte original.]

L'opinion du vicomte Radcliffe a été expressément approuvée par la majorité de la Chambre des lords dans l'affaire *Reg. v. Governor of Pentonville Prison, Ex parte Cheng*.<sup>13</sup> Cette fois encore, les remarques des lords doivent toutefois être considérées comme des remarques incidentes, étant donné que cette décision se fondait en réalité sur le fait que l'infraction reprochée à M. Cheng, soit une tentative d'assassinat d'un représentant du gouvernement de Taiwan, ne pouvait avoir aucun caractère politique aux États-Unis, pays où l'infraction avait été commise et qui réclamait l'extradition. Les remarques de lord Diplock sont toutefois particulièrement utiles du fait qu'elles soulignent la nécessité d'établir une véritable connexité entre le crime et l'objectif politique invoqué:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, la locution adjectivale «à caractère politique» qualifie le nom «infraction». Il faut donc examiner quels sont les éléments juridiques d'une infraction, plus particulièrement d'une infraction qui constitue un crime donnant lieu à l'extradition, à laquelle peut s'appliquer l'épithète «politique». Je conviens qu'il s'applique à l'élément mental: l'état d'esprit de l'accusé lorsqu'il a accompli l'acte qui constitue l'élément matériel de l'infraction dont il est accusé. Je conviens également que l'état d'esprit pertinent ne se limite pas à l'intention nécessaire à la commission de l'infraction dont il est accusé car, en ce qui concerne les crimes donnant lieu à l'extradition, elle ne peut jamais être décrite à bon droit comme politique. L'élément mental pertinent doit comprendre un but moins immédiat que l'accusé voulait atteindre en accomplissant l'acte matériel. Il n'est pas nécessaire pour les fins du présent appel de tenter de définir jusqu'à quel point ce but peut être éloigné et, à mon avis, il serait malavisé de le faire. Si l'accusé avait commis un vol de banque afin d'obtenir des fonds pour appuyer un parti politique, son but, à mon avis, serait clairement trop éloigné pour qu'il s'agisse d'une infraction politique. Mais si l'accusé avait assassiné un

<sup>13</sup> [1973] A.C. 931, aux p. 944 et 945.

the epithet "political." For politics are about government. "Political" as descriptive of an object to be achieved must, in my view, be confined to the object of overthrowing or changing the government of a state or inducing it to change its policy or escaping from its territory the better so to do. [Emphasis added.]

### United States cases

The courts of the United States have adapted and refined the incidence test as originally laid down in *Castioni*, *supra* and have brought it into line with modern political reality in much the same way as have the British courts. A recent and succinct statement of the test in an extradition case is found in *Koskotas v. Roche*:<sup>14</sup>

In order to come within the "political offense" exception, Koskotas must meet the so-called "incidence" test, by demonstrating that the alleged crimes were "committed in the course of and incidental to a violent political disturbance such as a war, revolution or rebellion."

The "political offense" exception historically has embraced only offenses aimed either at accomplishing political change by violent means or at repressing violent political opposition. The exception is "applicable only when a certain level of violence exists and when those engaged in that violence are seeking to accomplish a particular objective." [Emphasis added.]

There has been some dispute in the United States courts as to whether or not the incidence test is comprehensive and, in particular, as to whether it is subject to a further requirement which looks to the means employed for the purposes of bringing about the alleged political ends. In *McMullen v. I.N.S.*<sup>15</sup> (one of the very few refugee cases to deal with the question) the test was stated as follows:

Under this standard, a "serious non-political crime" is a crime that was not committed out of "genuine political motives," was not directed toward the "modification of the political organization or . . . structure of the state," and in which there is no direct, "causal link between the crime committed and its alleged political purpose and object." In addition, even if the preceding standards are met, a crime should be considered a serious nonpolitical crime if the act is dispropor-

dictateur dans l'espoir de changer le gouvernement du pays, son but serait suffisamment immédiat pour justifier l'usage de l'épithète «politique». Car la politique concerne le gouvernement. L'utilisation du terme «politique» pour qualifier le but à atteindre doit, à mon avis, être limitée au but visant à renverser ou à changer le gouvernement d'un État, à l'inciter à modifier sa politique ou à fuir son territoire en agissant pour le mieux. [Non souligné dans le texte original.]

### La jurisprudence émanant des États-Unis

Les tribunaux des États-Unis ont adapté et raffiné le critère du caractère accessoire établi à l'origine dans l'affaire *Castioni*, précitée, et ils l'ont actualisé en fonction de la réalité politique moderne, de la même façon que les tribunaux britanniques. On trouve un énoncé récent et succinct de ce critère en matière d'extradition dans la décision *Koskotas v. Roche*:<sup>14</sup>

[TRADUCTION] Afin de se prévaloir de l'exception liée au «caractère politique» de l'infraction, Koskotas doit se conformer au prétendu critère du «caractère accessoire», en démontrant que les crimes reprochés ont été «commis dans le cours de troubles politiques violents, comme une guerre, une révolution ou une rébellion, ou qu'ils leur sont accessoires».

Historiquement, l'exception liée au «caractère politique» de l'infraction inclut seulement les infractions qui visent soit à réaliser un changement politique par des moyens violents, soit à réprimer l'opposition politique violente. Cette exception «ne s'applique que lorsque la violence atteint un certain niveau et que ceux qui s'y livrent cherchent à atteindre un objectif précis.» [Non souligné dans le texte original.]

Une certaine controverse a eu cours aux États-Unis sur la question de savoir si le critère du caractère accessoire est exhaustif ou non et, plus particulièrement, s'il est assujéti à une exigence supplémentaire concernant les moyens employés afin d'atteindre les buts politiques invoqués. Dans l'affaire *McMullen v. I.N.S.*<sup>15</sup> (l'une des très rares décisions en matière de statut de réfugié qui touche cette question), ce critère a été énoncé comme suit:

[TRADUCTION] Selon cette norme, un «crime grave de droit commun» est un crime qui n'a pas été commis dans un «but véritablement politique», qui ne visait pas à «modifier l'organisation politique ou . . . la structure de l'État» et qui ne comporte directement «aucun lien causal entre le crime commis et son prétendu but politique». En outre, même si les normes qui précèdent sont respectées, un crime devrait être considéré comme un crime grave de droit commun si l'acte est dispropor-

<sup>14</sup> 931 F.2d 169 (1st Cir. 1991), at pp. 171-172.

<sup>15</sup> 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986), at p. 595.

<sup>14</sup> 931 F.2d 169 (1st Cir. 1991), aux p. 171 et 172.

<sup>15</sup> 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986), à la p. 595.



tionate to the objective, or if it is “of an atrocious or barbarous nature.” [Emphasis added.]

The underlined words indicate where the controversy lies. *McMullen*, *supra*, was decided by the 9th Circuit Court on April 25, 1986. Only two months earlier, on February 18, 1986, a different panel of the same Court in *Quinn v. Robinson*,<sup>16</sup> by a majority, and in what was in fact an *obiter dictum*,<sup>17</sup> had taken vigorous issue with any suggestion that the Court should look at the means employed:

We do not believe it appropriate to make qualitative judgments regarding a foreign government or a struggle designed to alter that government . . . . Such judgments themselves cannot be other than political and, as such, involve determinations of the sort that are not within the judicial role.

A second premise may underlie the analyses of courts that appear to favour narrowing the exception, namely, that modern revolutionary *tactics* which include violence directed at civilians are not politically “legitimate.” This assumption, which may well constitute an understandable response to the recent rise of international terrorism, skews any political offense analysis because of an inherent conceptual short-coming. In deciding what tactics are acceptable, we seek to impose on other nations and cultures our own traditional notions of how internal political struggles should be conducted.

The structure of societies and governments, the relationships between nations and their citizens, and the modes of altering political structures have changed dramatically since our courts first adopted the *Castioni* test. Neither wars nor revolutions are conducted in as clear-cut or mannerly a fashion as they once were. Both the nature of the acts committed in struggles for self-determination . . . and the geographic location of those struggles have changed considerably since the time of the French and American revolutions. Now challenges by insurgent movements to the existing order take place most frequently in Third World countries rather than in Europe or North America. In contrast to the organized, clearly identifiable, armed forces of past revolutions, today’s struggles are often carried out by networks of individuals joined only by a common interest in opposing those in power.

It is understandable that Americans are offended by the tactics used by many of those seeking to change their governments. Often these tactics are employed by persons who do not share our cultural and social values or mores. Sometimes they are employed by those whose views of the nature, importance,

<sup>16</sup> 783 F.2d 776 (9th Cir. 1986), at pp. 804-805.

<sup>17</sup> The extradition was allowed to proceed on the grounds that even in its pure form the incidence test had not been satisfied.

portionné au but poursuivi ou s’il est «de nature atroce ou barbare». [Non souligné dans le texte original.]

Ce sont les passages soulignés qui font l’objet de la controverse. La décision *McMullen*, précitée, a été rendue par la 9th Circuit Court le 25 avril 1986. À peine deux mois plus tôt, le 18 février 1986, un tribunal différent de la même Cour a prononcé la décision *Quinn v. Robinson*<sup>16</sup>, dans laquelle la majorité a critiqué énergiquement, sous forme de remarques incidentes<sup>17</sup>, toute prétention selon laquelle la Cour devrait tenir compte des moyens utilisés:

[TRADUCTION] Nous ne croyons pas qu’il soit approprié de porter des jugements qualitatifs sur un gouvernement étranger ou sur la lutte engagée dans le but de le modifier . . . Ces jugements eux-mêmes ne peuvent être que politiques et, en tant que tels, ils impliquent des décisions qui outrepassent le rôle du juge.

Une deuxième prémisse peut servir de fondement aux analyses faites par les tribunaux, qui semblent favoriser une interprétation étroite de l’exception, c’est-à-dire, que les *tactiques* révolutionnaires modernes qui incluent la violence dirigée contre des civils ne sont pas «légitimes» sur le plan politique. Cette hypothèse, qui peut représenter une réaction normale à la montée récente du terrorisme international, fausse l’analyse des infractions politiques en raison d’un défaut conceptuel inhérent. En déterminant quelles tactiques sont acceptables, nous cherchons à imposer aux autres nations et cultures notre propre conception traditionnelle de la façon dont les luttes politiques intérieures devraient être menées.

La structure des sociétés et des gouvernements, les relations entre les États et leurs citoyens et les façons de modifier les structures politiques ont changé radicalement depuis que nos tribunaux ont commencé à adopter le critère énoncé dans *Castioni*. La façon de faire la guerre et la révolution n’est plus aussi nette et formelle qu’autrefois. Tant la nature des actes accomplis dans les luttes pour l’autodétermination . . . que la situation géographique de ces luttes ont changé considérablement depuis les révolutions française et américaine. De nos jours, les luttes menées par des groupes d’insurgés contre l’ordre établi ont lieu la plupart du temps dans des pays du Tiers monde plutôt qu’en Europe ou en Amérique du Nord. Contrairement aux forces armées organisées et facilement reconnaissables des révolutions précédentes, ce sont maintenant des réseaux d’individus qui n’ont entre eux qu’un intérêt commun contre le pouvoir en place qui mènent ces luttes.

Il est compréhensible que les Américains soient choqués par les tactiques qu’utilisent les personnes qui veulent changer de gouvernement. Souvent, elles ne partagent pas nos moeurs ou nos valeurs culturelles et sociales. Leur conception de la nature, de l’importance ou de la signification de la vie humaine

<sup>16</sup> 783 F.2d 776 (9th Cir. 1986), aux p. 804 et 805.

<sup>17</sup> L’extradition a été accordée au motif que le critère du caractère accessoire n’avait pas été rempli, même dans sa forme la plus pure.

or relevance of individual human life differ radically from ours. Nevertheless, it is not our place to impose our notions of civilized strife on people who are seeking to overthrow the regimes in control of their countries in contexts and circumstances that we have not experienced, and with which we can identify only with the greatest difficulty. It is the fact that the insurgents are seeking to change their governments that makes the political offense exception applicable, not their reasons for wishing to do so or the nature of the acts by which they hope to accomplish that goal.

Politically motivated violence, carried out by dispersed forces and directed at private sector institutions, structures, or civilians, is often undertaken—like the more organized, better disciplined violence of preceding revolutions—as part of an effort to gain the right to self-government . . . We believe the tactics that are used in such internal political struggles are simply irrelevant to the question whether the political offense exception is applicable. [Emphasis added; references omitted.]

It will be recalled that as early as in *Meunier, supra*, there had been an indication that random acts of indiscriminate violence against civilians could not qualify as political crimes regardless of motive. That view had found resonance in a large number of American decisions of which a leading example is *Eain v. Wilkes*:<sup>18</sup>

The reason that the bombing was not “incidental to” the conflict does not lie in the motivation for the act, since, for purposes of extradition, motivation is not itself determinative of the political character of any given act . . . The definition of “political disturbance,” with its focus on organized forms of aggression such as war, rebellion and revolution, is aimed at acts that disrupt the political structure of a State, and not the social structure that established the government. The exception does not make a random bombing intended to result in the cold-blooded murder of civilians incidental to a purpose of toppling a government, absent a direct link between the perpetrator, a political organization’s political goals, and the specific act. Rather, the indiscriminate bombing of a civilian populace is not recognized as a protected political act even when the larger “political” objective of the person who sets off the bomb may be to eliminate the civilian population of a country. Otherwise, isolated acts of social violence undertaken for personal reasons would be protected simply because they occurred during a time of political upheaval, a result we think the political offense exception was not meant to produce.

This policy long has been articulated in extradition cases of this and other nations in the context of terrorist activities, particularly those of anarchists.

<sup>18</sup> 641 F.2d 504 (7th Cir. 1981), at pp. 520-522.

est parfois fondamentalement différente de la nôtre. Néanmoins, il ne nous appartient pas d'imposer notre conception de ce qu'est une lutte civilisée aux personnes qui veulent renverser le régime qui est à la tête de leur pays dans des contextes et des circonstances qui nous sont étrangers et auxquels nous pouvons très difficilement nous identifier. C'est le fait que les insurgés cherchent à changer leur gouvernement qui rend applicable l'exception liée au caractère politique de l'infraction, et non pas les raisons qui les motivent ou la nature des actes par lesquels ils espèrent atteindre leur but.

La violence dont le motif est politique, exercée par des forces disséminées et dirigée contre des établissements et des structures du secteur privé ou contre des civils est souvent entreprise—comme la violence mieux organisée et plus disciplinée des révolutions précédentes—dans le cadre de tentatives pour obtenir le droit à l'autonomie. Nous sommes d'avis que les tactiques qui sont utilisées dans les luttes politiques intérieures n'ont tout simplement rien à voir avec l'applicabilité de l'exception liée au caractère politique de l'infraction. [Non souligné dans le texte original; renvois omis.]

Il ne faut pas oublier que dès l'affaire *Meunier*, précitée, la jurisprudence a indiqué que les actes de violence aléatoires et aveugles commis contre des civils ne pourraient pas être qualifiés de crimes politiques, sans égard au motif invoqué. Cette opinion a trouvé son écho dans un grand nombre de décisions américaines parmi lesquelles on note l'arrêt de principe *Eain v. Wilkes*<sup>18</sup>:

[TRADUCTION] La raison pour laquelle l'attentat à la bombe n'était pas «accessoire» au conflit ne se trouve pas dans le motif de l'acte puisque, en matière d'extradition, le motif n'est pas en soi déterminant du caractère politique d'un acte donné. . . . La définition de «troubles politiques», qui met l'accent sur les formes organisées d'agressions, comme la guerre, la rébellion et la révolution, vise les actes qui perturbent la structure politique d'un État, et non pas la structure sociale qui a mis le gouvernement en place. Un attentat à la bombe aléatoire visant à assassiner des civils de sang-froid ne devient pas, en raison de l'exception, accessoire au but de renverser un gouvernement, s'il n'existe pas de lien direct entre l'auteur de l'attentat, les buts politiques d'une organisation politique et l'acte précis. Au contraire, l'attentat à la bombe aléatoire dirigé contre la population civile n'est pas reconnu comme un acte politique protégé, même si le grand objectif «politique» de la personne qui fait exploser la bombe peut être l'élimination de la population civile d'un pays. Sinon, des actes de violence isolés commis pour des raisons personnelles seraient protégés tout simplement parce qu'ils sont commis durant une période de bouleversements politiques et, à notre avis, l'exception liée au caractère politique de l'infraction ne vise pas ce résultat.

Cette politique est établie depuis longtemps en matière d'extradition, ici et ailleurs, dans le contexte d'activités terroristes, menées en particulier par des anarchistes.

<sup>18</sup> 641 F.2d 504 (7th Cir. 1981), aux p. 520 à 522.

Anarchy presents the extreme situation of violent political activity directed at civilians and serves to highlight the considerations appropriate for this country's judiciary in construing the requirements of our extradition laws and treaties. But we emphasize that in this case, even assuming some measure of PLO involvement, we are presented with a situation that solely implicates anarchist-like activity, i.e., the destruction of a political system by undermining the social foundation of the government. The record in this case does not indicate that petitioner's alleged acts were anarchist-inspired. Yet the bombing, standing detached as it is from any substantial tie to political activity (and even if tied, as petitioner insists, to certain aspects of the PLO's strategy to achieve its goals), is so closely analogous to anarchist doctrine considered in cases like *In re Meunier*, as to be almost indistinguishable. [Emphasis added; reference omitted.]

The criticism of *Eain, supra*, and similar cases which was expressed by the 9th Circuit Court in *Quinn, supra*, was not long unanswered. In *McMullen, supra*, which, as indicated, was decided only a little more than two months later, a different panel of the same Court both quoted and followed *Eain*, at page 598:

If acts of violence directed at ordinary citizens were deemed "political crimes" for the purposes of this subsection, then the Attorney General would be *required* to withhold deportation of the perpetrators. As the Seventh Circuit observed, if such were the law:

[N]othing would prevent an influx of terrorists seeking a safe haven in America. Those terrorists who flee to this country would avoid having to answer to anyone anywhere for their crimes. The law is not so utterly absurd. Terrorists who have committed barbarous acts elsewhere would be able to flee to the United States and live in our neighbourhoods and walk our streets forever free from any accountability for their acts. We do not need them in our society. We have enough of our own domestic criminal violence with which to contend without importing and harbouring with open arms the worst that other countries have to export. We recognize the validity and usefulness of the political offense exception, but it should be applied with care lest our country become a social jungle and an encouragement to terrorists everywhere. *Eain*, 641 F.2d at 520.

*McMullen* was, as indicated, a refugee case and the Court emphasised some of the differences between refugee law and extradition law which I have enumerated earlier in these reasons. However, any

L'anarchie représente la situation extrême en ce qui concerne les activités politiques violentes dirigées contre des civils, et sert à mettre en lumière les facteurs que les tribunaux de ce pays jugent pertinents dans l'interprétation des exigences posées par notre législation et nos traités en matière d'extradition. Mais nous insistons sur le fait qu'en l'espèce, même en admettant une certaine participation de l'OLP, nous sommes placés devant une situation qui n'implique que des activités de type anarchiste, c'est-à-dire, la destruction d'un système politique par l'ébranlement du fondement social du gouvernement. Dans la présente affaire, le dossier n'indique pas que les actes reprochés au requérant s'inspiraient de l'anarchie. Cependant, l'attentat à la bombe, qui n'a pas de lien substantiel avec une activité politique (et même s'il était lié, comme le requérant persiste à le dire, à certains aspects de la stratégie de l'OLP pour atteindre ses objectifs), est tellement analogue à la doctrine anarchiste examinée dans des arrêts comme *In re Meunier*, qu'il est presque impossible de l'en distinguer. [Non souligné dans le texte original; renvoi omis.]

La réaction à la critique formulée contre l'affaire *Eain*, précitée, et des causes semblables par la 9th Circuit Court dans la décision *Quinn*, précitée, n'a pas tardé. Dans l'affaire *McMullen*, précitée, qui a été tranchée à peine deux mois plus tard, comme je l'ai déjà mentionné, un tribunal différent de la même Cour a cité et suivi l'arrêt *Eain* à la page 598:

[TRADUCTION] Si des actes de violence dirigés contre des citoyens ordinaires étaient réputés être des «crimes politiques» aux fins de ce paragraphe, l'Attorney General serait *tenu* de refuser la déportation des auteurs de ces actes. Comme l'a souligné la Seventh Circuit Court, si telle était la loi:

[R]ien ne pourrait empêcher un afflux de terroristes qui chercheraient refuge en Amérique. Ces terroristes qui se réfugieraiient dans notre pays n'auraient pas à répondre de leurs crimes à qui que ce soit, ni où que ce soit. Le droit n'est pas encore à ce point absurde. Des terroristes qui ont commis ailleurs des actes barbares pourraient trouver refuge aux États-Unis, vivre dans nos quartiers et se promener dans nos rues sans jamais être tenus responsables de leurs actes. Nous n'avons pas besoin d'eux dans notre société. Nous avons déjà assez de notre propre violence sans importer et accueillir à bras ouverts les pires éléments que les autres pays ont à exporter. Nous convenons de la validité et de l'utilité de l'exception liée au caractère politique de l'infraction, mais elle devrait être appliquée avec prudence de crainte que notre pays ne devienne une jungle et un encouragement pour les terroristes du monde entier. *Eain*, 641 F.2d, page 520.

L'affaire *McMullen* touchait le statut de réfugié, comme je l'ai déjà mentionné, et la Cour a mis en lumière certaines caractéristiques, déjà énumérées dans les présents motifs, qui différencient le droit du

thought that the majority view in *Quinn, supra*, might survive in extradition matters, even if not for refugee cases, was short-lived. In the *Atta, Matter of Extradition of*,<sup>19</sup> the District Court specifically refused to follow *Quinn*, and its decision was approved on appeal (*sub nom. Ahmad v. Wigen*):<sup>20</sup>

We agree that an attack on a commercial bus carrying civilian passengers on a regular route is not a political offense. Political motivation does not convert every crime into a political offense. [Emphasis added.]

In one respect, however, *Quinn* has survived unscathed and that is in its development of a detailed and sophisticated articulation of the incidence test, at page 817:

The incidence test has two components, designed so that the exception comports with its original justifications and protects acts of the kind that inspired its inclusion in extradition treaties. First, there must be an uprising—a political disturbance related to the struggle of individuals to alter or abolish the existing government in their country. An uprising is both temporally and spatially limited. Second, the charged offense must have been committed in furtherance of the uprising; it must be related to the political struggle or be consequent to the uprising activity.

The second branch of the test thus stated, focusing as it does on the need for a nexus between the crime and the alleged political objective, brings to mind the concerns expressed by Viscount Radcliffe in *Schtracks, supra*, and by Lord Diplock in *Cheng, supra*. Those concerns are also usefully articulated in recent United States District Court decisions such as *Suarez-Mason, Matter of Extradition of*:<sup>21</sup>

American Courts appear to have taken a liberal view toward the "incidental to" requirement. See, e.g., *Quinn*, 783 F.2d at 797; Garcia-Mora, *The Nature of Political Offenses: A Knotty Problem of Extradition Law*, 48 Va. L. Rev. 1226, 1244 (1962). Nevertheless, as persuasively articulated in *Extradition of Artukovic*, 628 F. Supp. 1370 (C.D. Cal. 1986), the person seeking to invoke the exception must show a rational nexus between the uprising and the offense:

statut de réfugié du droit de l'extradition. Toutefois, toute possibilité que l'opinion majoritaire dans l'affaire *Quinn*, précitée, subsiste en matière d'extradition, sinon en matière de statut de réfugié, a été rapidement écartée. Dans *Atta, Matter of Extradition of*<sup>19</sup>, la District Court a expressément refusé de suivre l'arrêt *Quinn*, et sa décision a été approuvée en appel (*sub nom. Ahmad v. Wigen*):<sup>20</sup>

[TRADUCTION] Nous convenons qu'un attentat commis contre un autobus commercial transportant des passagers civils sur un trajet régulier n'est pas une infraction à caractère politique. Un motif politique ne transforme pas tous les crimes en infractions à caractère politique. [Non souligné dans le texte original.]

Le raisonnement énoncé dans l'affaire *Quinn* est toutefois demeuré intact sous un aspect, soit en ce qui concerne la formulation détaillée et complexe du critère du caractère accessoire, à la page 817:

[TRADUCTION] Le critère du caractère accessoire comprend deux éléments qui font en sorte que l'exception s'accorde avec sa justification première et protège des actes du genre de ceux qui ont inspiré son introduction dans les traités d'extradition. D'une part, il doit y avoir un soulèvement: des troubles politiques liés à la lutte menée par des individus dans le but de changer ou d'abolir le gouvernement en place dans leur pays. Un soulèvement est limité à la fois dans le temps et dans l'espace. D'autre part, l'infraction reprochée doit avoir été commise dans le cadre du soulèvement; elle doit être liée à la lutte politique ou être une conséquence du soulèvement.

Le deuxième volet du critère ainsi énoncé, axé sur l'existence d'un lien entre le crime et l'objectif politique poursuivi, rappelle les préoccupations exprimées par le vicomte Radcliffe dans *Schtracks*, précité, et par lord Diplock dans *Cheng*, précité. Ces préoccupations ont aussi été formulées de façon utile dans des décisions récentes de la United States District Court et notamment dans *Suarez-Mason, Matter of Extradition of*:<sup>21</sup>

[TRADUCTION] Les tribunaux américains semblent avoir adopté un point de vue libéral à l'égard de l'exigence de «caractère accessoire». Voir par exemple, *Quinn*, 783 F.2d à la p. 797; Garcia-Mora, *The Nature of Political Offenses: A Knotty Problem of Extradition Law*, 48 Va. L. Rev. 1226, 1244 (1962). Néanmoins, comme on l'exprime de façon convaincante dans *Extradition of Artukovic*, 628 F. Supp. 1370 (C.D. Cal. 1986), la personne qui veut invoquer l'exception doit démontrer l'existence d'un lien rationnel entre le soulèvement et l'infraction:

<sup>19</sup> 706 F. Supp. 1032 (E.D.N.Y. 1989).

<sup>20</sup> 910 F.2d 1063 (2nd Cir. 1990), at p. 1066.

<sup>21</sup> 694 F. Supp. 676 (N.D. Cal. 1988), at p. 707.

<sup>19</sup> 706 F. Supp. 1032 (E.D.N.Y. 1989).

<sup>20</sup> 910 F.2d 1063 (2nd Cir. 1990), à la p. 1066.

<sup>21</sup> 694 F. Supp. 676 (N.D. Cal. 1988), à la p. 707.

[R]espondent cannot avail himself of the defense merely because the alleged crimes occurred at the same time as a political disturbance. A rational nexus between the alleged crimes and the prevailing turmoil must be demonstrated . . . *the focus of the inquiry is on the circumstances, and on the status of those harmed*, and not on whether the acts merely were committed during the disorder. [Emphasis added.] a

### Cases from other countries

While we have been referred to a fairly considerable body of cases from other countries, I find that the Anglo-American jurisprudence is more developed and more consonant with our own legal traditions. It is, however, helpful to refer to two such decisions, both of them extradition cases. In *Folkerts v. Public Prosecutor*,<sup>22</sup> the Supreme Court of the Netherlands put the requirement of nexus rather neatly when it emphasized the objective nature of the standard:

In judging whether the political aspect of the offences concerned is of predominant importance, the Court has at all times applied the following criterion: could the offenders reasonably have expected that the offences—separately or combined—would yield any result directly related to the ultimate political goal described above? [Emphasis added.] e

In *Ellis v. O'Dea*<sup>23</sup> (affirmed [1991] 1 I.R. 251 (S.C.)) the President of the High Court of Ireland echoed the prevailing modern American view when he said [at page 362]:

For the reasons set out by me when dealing with the nature and object of the acts alleged against the applicant in the course of this judgment, I am satisfied that, independent of the provisions of the Extradition Act of 1987, the offences set forth in the two warrants therein cannot be regarded as political offences or offences connected with a political offence as they contemplate and involve indiscriminate violence and can be correctly characterised as terrorism. [Emphasis added.] g

### Other writings

To complete this survey of the relevant authorities, I would also refer to the following. i

Paragraph 152 of the UNHCR Handbook [*Handbook on Procedures and Criteria for Determining*

<sup>22</sup> (1978), 74 I.L.R. 498, at p. 501.

<sup>23</sup> [1991] ILRM 346.

[L]’intimé ne peut se prévaloir de ce moyen de défense simplement parce que les crimes reprochés ont eu lieu en même temps que des troubles politiques. Un lien rationnel entre les crimes reprochés et les troubles qui avaient lieu à l’époque doit être démontré . . . *l’enquête doit mettre l’accent sur les circonstances et sur le statut des victimes* et non pas sur la question de savoir si les actes ont simplement été commis durant les désordres. [Non souligné dans le texte original.]

### Jurisprudence émanant d’autres pays

Bien qu’un nombre assez considérable de causes émanant d’autres pays aient été portées à notre attention, j’estime que la jurisprudence anglo-américaine est plus abondante et plus compatible avec nos propres traditions juridiques. Il est toutefois utile de mentionner deux décisions concernant des demandes d’extradition. Dans l’affaire *Folkerts v. Public Prosecutor*<sup>22</sup>, la Cour suprême des Pays-Bas a posé plutôt clairement l’exigence d’un lien logique lorsqu’elle a souligné le caractère objectif de la norme applicable: d

[TRADUCTION] Lorsqu’il s’agit de juger si l’aspect politique de l’infraction en question est d’une importance prédominante, la Cour a en tout temps appliqué le critère suivant: les contrevenants pouvaient-ils raisonnablement s’attendre que les infractions produisent—séparément ou ensemble—un résultat qui soit directement lié au but politique ultime décrit précédemment? [Non souligné dans le texte original.]

Dans *Ellis v. O'Dea*<sup>23</sup> (confirmé par [1991] 1 I.R. 251 (C.S.)), le président de la High Court of Ireland a repris l’opinion moderne qui prédomine aux États-Unis [à la page 362]:

[TRADUCTION] Pour les motifs que j’ai énoncés dans la présente décision lorsque j’ai traité de la nature et du but des actes reprochés au requérant, je suis convaincu que, indépendamment des dispositions de l’Extradition Act de 1987, les infractions décrites dans les deux mandats ne peuvent être considérées comme des infractions politiques ou comme ayant un lien avec une infraction politique parce qu’elles envisagent et impliquent des actes de violence aveugle et peuvent, à bon droit, être qualifiées de terrorisme. [Non souligné dans le texte original.] h

### Autres textes

Pour compléter cette analyse des sources pertinentes, je mentionnerais également les textes qui suivent.

Le paragraphe 152 du Guide du HCNUR [*Guide des procédures et critères à appliquer pour détermi-*

<sup>22</sup> (1978), 74 I.L.R. 498, à la p. 501.

<sup>23</sup> [1991] ILRM 346.

*Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*] reads:

152. In determining whether an offence is "non-political" or is, on the contrary, a "political" crime, regard should be given in the first place to its nature and purpose i.e. whether it has been committed out of genuine political motives and not merely for personal reasons or gain. There should also be a close and direct causal link between the crime committed and its alleged political purpose and object. The political element of the offence should outweigh its common-law character. This would not be the case if the acts committed are grossly out of proportion to the alleged objective. The political nature of the offence is also more difficult to accept if it involves acts of an atrocious nature.

Goodwin-Gill in *The Refugee in International Law*,<sup>24</sup> says:

The nature and purpose of the offence require examination, including whether it was committed out of genuine political motives or merely for personal reasons or gain, whether it was directed towards a modification of the political organization or the very structure of the state, and whether there is a close and direct causal link between the crime committed and its alleged political purpose and object. The political element should in principle outweigh the common law character of the offence, which may not be the case if the acts committed are grossly disproportionate to the objective, or are of an atrocious or barbarous nature.

The following comments in *La Forest*, *supra*, at pages 94-95, on the political offence exception in extradition matters are useful:

These two decisions [referring to *Armstrong v. The State of Wisconsin*<sup>25</sup> and *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*]<sup>26</sup> combined appear to suggest that, at least in most cases, for an offence to be considered as political by a Canadian court, the act must be for a political purpose which is in direct opposition to the government of the country; the object of the act must be directly proximate to that government; the person acting must prove that he is a member of some political group or organization and that it is the policy of such a movement to use such measures; and the government of the state must be seeking the return of the offender for some other reason than the enforcement of the criminal law in its ordinary aspect.

<sup>24</sup> Oxford: Clarendon Press, 1983, at pp. 60-61.

<sup>25</sup> [1973] F.C. 437 (C.A.).

<sup>26</sup> [1973] F.C. 1206 (C.A.).

*ner le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*] se lit comme suit:

152. Pour déterminer si une infraction est une infraction de «droit commun» ou, au contraire, une infraction «politique», il faut tenir compte en premier lieu de sa nature et de son but, c'est-à-dire rechercher si elle a été commise pour des motifs véritablement politiques et non pas simplement pour des motifs personnels ou des considérations de profit. Il faut également qu'il existe un lien de causalité étroit et direct entre le crime commis et le but politique invoqué. L'élément politique de l'infraction doit en outre l'emporter sur son caractère de droit commun. Cette condition ne serait pas remplie si l'acte accompli était tout à fait hors de proportion avec l'objectif prétendument visé. De même, le caractère politique d'un crime est plus difficilement admissible lorsque ce crime consiste en un acte atroce.

Dans *The Refugee in International Law*<sup>24</sup>, Goodwin-Gill affirme:

[TRADUCTION] Il faut examiner la nature et le but de l'infraction, et notamment vérifier si elle a été commise pour des motifs véritablement politiques ou pour des raisons personnelles ou des considérations de profit, si elle visait une modification de l'organisation politique ou de la structure même de l'État et s'il existe un lien de causalité direct et étroit entre le crime commis et le but et l'objectif politique invoqué. L'élément politique doit en principe avoir prépondérance sur le caractère de droit commun de l'infraction, ce qui risque de ne pas être le cas lorsque les actes commis sont complètement disproportionnés par rapport à l'objectif visé, ou lorsqu'ils sont de nature atroce ou barbare.

Il est utile de prendre connaissance des remarques suivantes concernant l'exception fondée sur le caractère politique de l'infraction en matière d'extradition, formulées dans l'ouvrage de *La Forest*, précité, aux pages 94 et 95:

[TRADUCTION] Ces deux décisions [soit les affaires *Armstrong c. L'État du Wisconsin*<sup>25</sup> et *L'État portoricain c. Hernandez*<sup>26</sup>] semblent laisser entendre que, du moins dans la plupart des cas, une infraction ne peut être considérée avoir un caractère politique par un tribunal canadien que si l'acte vise un but politique qui s'oppose directement au gouvernement du pays; l'objectif de cet acte doit avoir un lien direct étroit avec le gouvernement; la personne qui commet les actes doit établir qu'elle appartient à un groupe ou à une organisation politique quelconque et que ce mouvement a comme politique d'avoir recours à ce genre de mesure; et le gouvernement de l'État doit essayer d'obtenir le retour du contrevenant pour une raison autre que l'application du droit criminel sous son aspect ordinaire.

<sup>24</sup> Oxford: Clarendon Press, 1983, aux p. 60 et 61.

<sup>25</sup> [1973] C.F. 437 (C.A.).

<sup>26</sup> [1973] C.F. 1206 (C.A.).

The underlying rationale seems to be that political asylum ought to be granted individuals in direct confrontation with the state, whether overt or covert, because of a desire not to be involved in the internal political struggles of other states and a recognition that such activities are the only means of effecting political change in many states. But terrorism strikes at the very nature of political order provided by states and the security of its citizens in every walk of life. So it is treated as akin to anarchy. Looked at in this light, bombings of postboxes and the like, such as occurred in the period of terrorism in Quebec, would probably not be regarded as political by Canadian or British courts. And incidents like those of the Cross kidnapping or the Laporte murder, though directly aimed at obtaining concessions from the state, would pose difficult problems, not only because there was no uprising, but because the victims were at best only tangentially related to the central state authorities. [Emphasis added.]

Finally, an unpublished document dated August 2, 1989, and prepared by the Legal Project of the UNHCR Branch Office in Canada [*Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practice Violence*], contains the following commentary:

10. When seeking to establish whether or not a common law offence constitutes both a "serious" and a "non-political" crime, regard should be had to the motive and purpose of the offence (the subjective element), as well as to its gravity and the extent to which the offence is proportional to the alleged goal (the objective elements).

11. Motive should be examined in the first instance, in the light whether it can be clearly demonstrated that the offence was not committed for personal reasons or gain but out of a genuine political commitment and towards a clearly identifiable political goal. Such might be the case, for example, where the offence was directed towards modification of the political organization (or the very structure) of the State. Where there is, from the outset, no identifiable political motive, the exemption from exclusion for political offenders does not arise.

12. Assuming there is an identifiable political motive, this fact has, in the overall judgment, to be set off against the character of the act in question. Where the offence is of a particularly serious and disproportionate nature it can not be treated as "political" for the purpose of Article 1(F) regardless of alleged political motive. In determining the gravity and proportionality of the offence, the following factors should be taken into account:

Le principe qui sous-tend ce raisonnement est le suivant: il faut accorder l'asile politique aux personnes qui sont en conflit direct avec l'État, ouvertement ou clandestinement, en raison du désir de demeurer à l'écart des luttes politiques internes des autres États et de la reconnaissance du fait que ces activités sont les seuls moyens d'obtenir un changement politique dans beaucoup d'États. Par contre, le terrorisme s'attaque à la nature même de l'ordre politique établi par les États et à la sécurité des citoyens de toutes conditions. Il doit donc être assimilé à l'anarchie. Lorsqu'on les envisage sous cet angle, les attentats à la bombe contre des boîtes à lettres et les actes similaires, comme ceux qui se sont produits au cours de la période de terrorisme qu'a connue le Québec, ne seraient probablement pas considérés comme politiques par les tribunaux britanniques ou canadiens. Des incidents comme l'enlèvement de M. Cross ou le meurtre de M. Laporte, malgré leur objectif direct qui consistait à obtenir des concessions de la part de l'État, poseraient de graves problèmes, non seulement parce qu'aucun soulèvement n'était en cours, mais encore parce qu'il n'existait, au mieux, qu'un lien indirect entre les victimes et les autorisés de l'État central. [Non souligné dans le texte original.]

Enfin, un document interne daté du 2 août 1989, préparé par le projet juridique du Bureau canadien du Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés [*Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practice Violence*], contient les remarques suivantes:

[TRADUCTION] 10. Pour déterminer si une infraction de droit commun constitue ou non un crime «grave» et «de droit commun», il faut tenir compte du motif et du but de l'infraction (l'élément subjectif), ainsi que de sa gravité et de la mesure dans laquelle l'infraction est proportionnelle au but invoqué (les éléments objectifs).

11. Le motif doit d'abord être considéré à la lumière de la question de savoir s'il peut être clairement démontré que l'infraction n'a pas été commise pour des raisons personnelles ou pour des considérations de profit, mais découle d'un engagement véritablement politique et dans un but politique clairement identifiable. Tel peut être le cas lorsque, par exemple, l'infraction visait la modification d'une organisation politique (ou de la structure même) de l'État. Lorsqu'il n'y a, au départ, aucun motif politique identifiable, l'exemption touchant l'expulsion des auteurs d'infractions à caractère politique ne s'applique pas.

12. En tenant pour acquis qu'il existe un motif politique identifiable, il faut, dans l'ensemble de l'examen, le soupeser avec la nature de l'acte en cause. Lorsque l'infraction est particulièrement grave et disproportionnée, elle ne peut pas être considérée comme ayant «un caractère politique» aux fins de la section 1F, peu importe le motif politique invoqué. Pour apprécier la gravité et le caractère proportionnel de l'infraction, il faut tenir compte des facteurs suivants:

- The means used and the possibility of attaining the ultimate goal through alternative means (was, for example, murder or indiscriminate bombing the sole or even the most reasonable and explicable means of attaining the alleged, political end?).
- The proportionality of the offence to any alleged political goal (clearly the more atrocious, the less proportional);

### Analysis

Applying these authorities and, in particular, the most recent case law from the United States and the United Kingdom, to the facts of the present case, I am of the opinion that the conclusion reached by the Board was correct notwithstanding that the reasons given in support of such conclusion are not above reproach.

In particular, the Board's scepticism as to whether the appellant was politically motivated seems to me to be misconceived. While there is no doubt that a purely personal motive such as monetary gain or the settling of accounts with a hated adversary might serve to vitiate a claim that a crime was political, I do not think that characterizing this appellant's motives as being "revenge" or "vindictiveness" does him justice. There is no indication in the evidence that the rich merchants who were the target of the appellant's attacks were personally known to him,<sup>27</sup> and indeed he indicated that he took orders from higher ranking members of his group who selected the targets for him. In a sense, of course, the appellant was seeking revenge in that he perceived those targets as being responsible for the difficult political, social and economic situation in which he found himself. Such perception, however, is a normal component of a desire for political revenge and the emotion, although not the action, is common enough in political relationships even in this country.

Also, while the Board does not mention it, I think it is clear enough from the evidence that the appellant

<sup>27</sup> There is one exception, mentioned in the Board's reasons where there had apparently been some personal animosity between the appellant and one of his victims. This is clearly not enough to taint all his actions as being motivated by personal vindictiveness.

- le moyen employé et la possibilité d'atteindre le but ultime par d'autres moyens (par exemple, le meurtre ou des attentats à la bombe aléatoires constituaient-ils l'unique moyen ou même le moyen le plus raisonnable et justifiable d'atteindre les fins politiques invoquées?);
- la proportionnalité de l'infraction par rapport au but politique invoqué (de toute évidence, plus l'infraction est atroce, plus elle est disproportionnée);

a

### b Analyse

Si l'on applique ces sources, et plus particulièrement la jurisprudence la plus récente émanant des États-Unis et du Royaume-Uni, aux faits de la présente cause, j'estime que la conclusion tirée par la Commission était juste, malgré que les motifs formulés à l'appui de cette conclusion ne soient pas à l'abri de tout reproche.

En particulier, le scepticisme de la Commission quant à la question de savoir si l'appellant avait des motifs politiques me semble injustifié. Bien qu'il ne fasse aucun doute qu'un motif purement personnel comme l'appât du gain ou un règlement de compte avec un adversaire que l'on hait, puisse faire échec à la prétention qu'un crime a un caractère politique, je ne pense pas qu'on rende justice à l'appellant en concluant que ses motifs étaient la «vengeance» ou la «rancune». Aucun élément de preuve n'indique que l'appellant connaissait personnellement les riches marchands qui ont été la cible de ses attentats<sup>27</sup>, et il a effectivement affirmé qu'il recevait ses ordres de membres supérieurs du groupe qui déterminaient pour lui à quelles cibles il s'attaquerait. Dans un certain sens, l'appellant voulait évidemment se venger puisqu'il percevait ses cibles comme responsables de la situation économique, sociale et politique difficile dans laquelle il se trouvait. Cette perception constitue toutefois une composante normale du désir de vengeance politique et ce sentiment, dissocié des actes accomplis, est assez courant dans les rapports politiques, même dans notre pays.

En outre, bien que la Commission ne le précise pas, j'estime qu'il ressort assez clairement de la

<sup>27</sup> La Commission note une exception dans ses motifs. Il existait apparemment une certaine animosité personnelle entre l'appellant et l'une de ses victimes. Cela ne suffit manifestement pas pour que tous ses actes soient viciés du fait qu'ils auraient été motivés par la rancune personnelle.



meets the first branch of the incidence test as enunciated in the authorities. The materials in the record show that, in the years in question, Iran was a turbulent society in which a number of armed groups were in conflict with the Khomeini regime.<sup>28</sup> The Board found the appellant to be generally credible and his assertion that he was a member of such a group appears consistent with this material.

Where the appellant's claim fails the incidence test, however, is in the second branch thereof. There is, in my view, simply no objective rational connection between injuring the commercial interests of certain wealthy supporters of the regime and any realistic goal of forcing the regime itself to fall or to change its ways or its policies. This, I think, is what the Board was attempting to convey when it talked of the appellant's crimes failing "to go beyond personal vindictiveness towards something which would alter the political organisations that existed at the time." Even if we accept (which the Board appears not to have done) that some of the businesses targeted were owned by highly placed members of local revolutionary committees, the nexus between such businesses and the general structure of the Government of Iran at the time appears far too tenuous to support or justify the kind of indiscriminate violence which the appellant admitted to.

It is also my view that the Board was correct to find that the means employed by the appellant were such as to exclude his crimes from any claim to be political in nature. The Board, in the passage of its reasons earlier quoted, puts emphasis on the fact that innocent civilians were killed and maimed in the attacks. That, in itself, is not quite enough in my view: the accidental killing of innocent bystanders is a risk inherent to any armed conflict. Indeed, such accidents have been known to take place even in this country and innocent bystanders have been killed or wounded in police shoot-outs with armed criminals.

<sup>28</sup> See *Iran: Country Profile*, prepared by the Immigration and Refugee Board Documentation Centre, Appeal Book, Vol. I, at pp. 49-84 particularly at pp. 51-53.

preuve que l'appelant satisfait au premier volet du critère du caractère accessoire énoncé dans la jurisprudence. Les documents versés au dossier indiquent qu'au cours des années en cause, des troubles bouleversaient la société iranienne, un certain nombre de groupes armés étant en conflit avec le régime Khomeiny<sup>28</sup>. La Commission a conclu que l'appelant était crédible dans l'ensemble et que son assertion portant qu'il était membre d'un tel groupe était compatible avec ces documents.

L'appelant ne satisfait toutefois pas au deuxième volet du critère du caractère accessoire. Selon moi, il n'y a simplement aucun lien logique objectif entre le fait de causer un préjudice aux intérêts commerciaux de certains riches partisans du régime et un but réaliste consistant à provoquer la chute du régime même ou à changer ses méthodes et son orientation. Je pense que c'est ce que la Commission a voulu dire lorsqu'elle a affirmé que les crimes de l'appelant n'ont pas «un but autre que d'assouvir leur vengeance personnelle à l'égard de quelque chose qui modifierait les organisations politiques en place à ce moment». Même si l'on acceptait (contrairement à ce que la Commission semble avoir fait) que certains des commerces visés appartenaient à des membres haut placés des comités révolutionnaires locaux, le lien logique entre ces commerces et la structure générale du gouvernement iranien à cette époque est beaucoup trop ténu pour appuyer ou justifier le genre d'actes de violence aveugle que l'appelant a admis avoir commis.

Je pense également que la Commission n'a pas commis d'erreur en concluant que les moyens employés par l'appelant étaient de nature à faire échec à toute prétention voulant que ses crimes aient un caractère politique. La Commission, dans l'extrait de ses motifs cités plus haut, met l'accent sur le fait que des victimes civiles innocentes ont été tuées et mutilées lors des attentats. Selon moi, cela n'est pas vraiment suffisant: le meurtre accidentel d'innocents qui se trouvent sur les lieux par hasard est un risque inhérent à toute lutte armée. De fait, on sait que de tels accidents se produisent même dans notre pays et

<sup>28</sup> Voir le document *Iran: Profil d'un pays*, préparé par le Centre de documentation de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, Cahier d'appel, vol. I, aux p. 49 à 84, et plus particulièrement aux p. 51 à 53.

If an armed conflict is the occasion for political crimes the fact that some of the victims may be non-participants does not serve to make the crimes any less political. As my colleague Létourneau J.A. said in a different context:

... the Board misconstrued the very notion of crime against humanity and erred in law in too readily assuming that the essential elements of the crime can consist of the mere killing of innocent civilians by military personnel during an action against an armed enemy.<sup>29</sup>

The crucial point in the present case is not merely that some of the victims were innocent bystanders but, much more importantly, that the attacks themselves were not carried out against armed adversaries and were bound to injure the innocent. It is one thing, under the first branch of the incidence test, to accept that the appellant's crimes were committed in the general context of violent opposition to the government; it is quite another thing to condone the use of deadly force against an unarmed civilian commercial target in circumstances where serious injury or death to innocent bystanders was simply inevitable. Violence of this sort is wholly disproportionate to any legitimate political objective.

One final point. Another panel of this Court has already rejected the suggestion made by a number of authors that Article 1F(a) requires a kind of proportionality test which would weigh the persecution likely to be suffered by the refugee claimant against the gravity of his crime.<sup>30</sup> Whether or not such a test may be appropriate for Article 1F(b) seems to me to be even more problematical. As I have already indicated, the claimant to whom the exclusion clause applies is *ex hypothesi* in danger of persecution; the

<sup>29</sup> *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 646 (C.A.), at p. 661.

<sup>30</sup> See *Gonzalez*, *supra*, per Mahoney J.A., at pp. 656-657. For examples of the doctrine see Hathaway, *op. cit.*, at p. 224-225; Grahl-Madsen, *op. cit.*, at p. 298; Goodwin-Gill, *op. cit.*, at pp. 61-62.

que des innocents ont été tués ou blessés lors de fusillades entre des policiers et des criminels armés. Si des crimes politiques sont commis à l'occasion d'une lutte armée, le fait que certaines des victimes puissent ne pas y avoir participé ne porte en rien atteinte au caractère politique de ces crimes. Comme l'a affirmé mon collègue, le juge Létourneau, J.C.A., dans un contexte différent:

... la Commission a mal interprété la notion même de crime contre l'humanité et qu'elle a commis une erreur de droit en présument trop rapidement que les éléments essentiels du crime pouvaient consister dans le simple fait, pour des militaires, de tuer des civils innocents dans le cours d'une action contre un ennemi armé<sup>29</sup>.

L'élément crucial de la présente cause n'est pas le fait que certaines victimes étaient des innocents qui se trouvaient sur les lieux par hasard mais, ce qui est plus important, c'est que les attentats mêmes n'ont pas été perpétrés contre des adversaires armés et qu'ils allaient fatalement blesser des innocents. Dans l'application du premier volet du critère du caractère accessoire, c'est une chose que d'accepter que les crimes de l'appelant ont été commis dans le contexte général d'une opposition violente contre le gouvernement; c'est une toute autre chose que de tolérer l'utilisation de la force meurtrière contre des cibles commerciales civiles qui ne sont pas armées, dans des circonstances où il est inévitable que des innocents seront tués ou grièvement blessés. Des actes de violence de ce type sont totalement hors de proportion avec tout objectif politique légitime.

Je ferai une dernière remarque. Un autre tribunal de la présente Cour a déjà rejeté la prétention de bon nombre d'auteurs voulant que la section Fa) de l'article premier exige un type de critère de proportionnalité qui soupèserait la persécution que risque de subir le demandeur du statut de réfugié en regard de la gravité de son crime<sup>30</sup>. La question de savoir si un critère semblable convient pour l'application de la section Fb) de l'article premier me semble encore plus problématique. Comme je l'ai déjà indiqué, le

<sup>29</sup> *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 646 (C.A.), à la p. 661.

<sup>30</sup> Voir dans l'arrêt *Gonzalez*, précité, l'opinion du juge Mahoney, J.C.A., aux p. 656 et 657. Dans la doctrine, on trouve des exemples dans Hathaway, *op. cit.*, aux p. 224 et 225; Grahl-Madsen, *op. cit.*, à la p. 298; Goodwin-Gill, *op. cit.*, aux p. 61 et 62.

crime which he has committed is by definition “serious” and will therefore carry with it a heavy penalty which at a minimum will entail a lengthy term of imprisonment and may well include death. This country is apparently prepared to extradite criminals to face the death penalty<sup>31</sup> and, at least for a crime of the nature of that which the appellant has admitted committing, I can see no reason why we should take any different attitude to a refugee claimant. It is not in the public interest that this country should become a safe haven for mass bombers.

Where it is appropriate to use a proportionality test under Article 1F(b) is in the weighing of the gravity of the crime as part of the process of determining if we should brand it as “political.” A very serious crime, such as murder, may be accepted as political if the regime against which it is committed is repressive and offers no scope for freedom of expression and the peaceful change of government or government policy. Under such a regime the claimant might be found to have had no other option to bring about political change. On the other hand, if the regime is a liberal democracy with constitutional guarantees of free speech and expression (assuming that such a regime could ever produce a genuine refugee) it is very difficult to think of any crime, let alone a serious one, which we would consider to be an acceptable method of political action. To put the matter in concrete terms, the plotters against Hitler might have been able to claim refugee status; the assassin of John F. Kennedy could never do so. These considerations, however, do not come into play in the present case for, although there is no doubt as to the extremely repressive nature of the regime in Iran, the appellant’s claim fails for other reasons: notably, the lack of nexus between the crimes and any realistic political objective, and the fact that the means employed are unacceptable as a form of political protest against any regime, no matter how repressive, totalitarian or dictatorial.

<sup>31</sup> *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779.

demandeur auquel s’applique la clause d’expulsion risque, par hypothèse, d’être persécuté; le crime qu’il a commis est par définition «grave» et entraînera par conséquent une peine sévère qui comportera au moins une longue période d’emprisonnement et, peut-être, la mort. Notre pays est apparemment disposé à extraditer des criminels qui risquent la peine de mort<sup>31</sup> et je ne vois aucune raison, du moins dans le cas d’un crime de la nature de celui que l’appelant a admis avoir commis, pour laquelle nous devrions adopter une attitude différente à l’égard d’un demandeur du statut de réfugié. Il n’est pas dans l’intérêt public que notre pays devienne un havre pour les auteurs d’attentats à la bombe qui font de nombreuses victimes.

L’utilisation d’un critère de proportionnalité pour l’application de la section Fb) de l’article premier est pertinente dans l’appréciation de la gravité d’un crime dans le processus de détermination de son «caractère politique». Un crime très grave, comme le meurtre, peut être qualifié de crime politique si le régime contre lequel il a été commis est répressif et n’offre aucune liberté d’expression ni aucune possibilité de modification pacifique du gouvernement ou de la politique du gouvernement. Dans un tel régime, on peut conclure que le demandeur n’avait aucun autre moyen de provoquer un changement politique. Par contre, si le régime en cause est une démocratie libérale dont la constitution garantit la liberté de parole et d’expression (en supposant qu’un tel régime puisse vraisemblablement produire un véritable réfugié), il est très difficile de croire qu’un crime quelconque, sans parler d’un crime grave, puisse être considéré comme un moyen acceptable d’action politique. En termes concrets, les personnes qui ont fomenté un complot contre Hitler auraient pu revendiquer le statut de réfugié; l’assassin de John F. Kennedy n’aurait jamais pu le faire. Toutefois, ces facteurs ne sont pas en cause en l’espèce car, si la nature extrêmement répressive du régime en place en Iran ne fait aucun doute, la demande de l’appelant doit être rejetée pour d’autres motifs: savoir, l’absence de lien entre les crimes et un objectif politique réaliste, et le fait que les moyens employés constituent des formes inacceptables de protestation politique contre tout régime,

<sup>31</sup> *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779.

peu importe son caractère répressif, totalitaire ou dictatorial.

Conclusion

I would dismiss the appeal.

DESJARDINS J.A.: I concur.

DÉCARY J.A.: I concur.

Conclusion

*a* Je rejetterais l'appel.

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

*b* LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

IMM-2186-94

IMM-2186-94

François Malouf (*Applicant*)François Malouf (*requérant*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

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

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

*RÉPERTORIÉ: MALOUF c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Gibson J.—Vancouver, October 12; Ottawa, October 31, 1994.

Section de première instance, juge Gibson—Vancouver, 12 octobre; Ottawa, 31 octobre 1994.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee as excluded by Convention, Art. 1F(b) — Applicant, Lebanese citizen, went to U.S.A. — Charged with possession, trafficking in cocaine — Allegedly accepted voluntary deportation from U.S.A. when on bail after pleading guilty to charges — Whether American crimes serious non-political crimes within meaning of Convention — CRDD decision based on applicant's lack of credibility, implausibility of alleged voluntary deportation — Case law on interpretation of exclusion clause — CRDD failing to consider applicant's refugee claim as against Lebanon and to give notice exclusion clause would be considered — Applicant not given opportunity to present evidence, make representations — Failure to observe principle of procedural fairness.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a statué que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention parce qu'il était exclu par l'art. 1F(b) de la Convention — Le requérant, un citoyen du Liban, s'est rendu aux États-Unis — Il a été accusé de possession et de trafic de cocaïne — Il a prétendu avoir accepté volontairement d'être expulsé des États-Unis lorsqu'il se trouvait en liberté conditionnelle après avoir plaidé coupable à ces accusations — Il s'agit de savoir si ces crimes commis aux États-Unis sont des crimes graves de droit commun au sens de la Convention — La décision de la SSR était fondée sur le manque de crédibilité du requérant et le caractère non plausible de sa prétendue expulsion volontaire — Jurisprudence sur l'interprétation de la clause d'exclusion — Omission de la SSR d'examiner la revendication du statut de réfugié du requérant par rapport au Liban et de donner avis de la prise en compte de la clause d'exclusion — Le requérant n'a pas eu la possibilité de présenter une preuve et de faire des observations — Défaute de respecter un principe de l'équité procédurale.*

This was an application for judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division (CRDD) that the applicant was not a Convention refugee within the meaning of the *Immigration Act* because he was excluded by the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Article 1F(b). The applicant is a citizen of Lebanon who claimed Convention refugee status by alleging a well-founded fear of persecution arising out of his active participation in the Lebanese civil war. After leaving Lebanon in 1977, he travelled to the United States, returned to Lebanon three years later for a visit during which he was detained by the Falangists, harshly beaten and threatened with death, and returned to the United States. In 1991, after pleading guilty to charges of possession and trafficking in cocaine and other offences, he left the United States while on bail, alleging that he accepted voluntary deportation, and claimed Convention refugee status in Canada. The CRDD found it implausible that immigration authorities in the United States would execute a deportation order against the applicant, convicted as he was of serious charges and on bail pending sentencing; it also found that the offences committed by the applicant in the United States were serious non-political crimes within the meaning of the Convention and concluded that the latter was clearly excluded from the definition of Convention

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié (SSR) a statué que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention par application de la *Loi sur l'immigration* parce qu'il était exclu par la section Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*. Le requérant est un citoyen du Liban qui a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention en invoquant sa crainte bien fondée d'être persécuté en raison de sa participation active à la guerre civile au Liban. Après avoir quitté le Liban en 1977, il s'est rendu aux États-Unis, puis il est retourné au Liban trois ans plus tard en qualité de visiteur. Pendant son séjour au Liban, il a été détenu par les phalangistes, battu sauvagement et menacé de mort, après quoi il est retourné aux États-Unis. En 1991, après avoir plaidé coupable à différentes accusations, dont celles de possession et de trafic de cocaïne, il a quitté les États-Unis pendant qu'il se trouvait en liberté conditionnelle, ayant accepté d'être expulsé, selon ce qu'il prétend, et il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention au Canada. La SSR a conclu qu'il n'était pas plausible que les autorités américaines en matière d'immigration aient exécuté une mesure d'expulsion contre le requérant, compte tenu du fait qu'il avait été déclaré coupable d'infractions graves et qu'il

refugee by the application of Article 1F(b) of the Convention. Three main issues were raised herein: 1) the credibility of the applicant; 2) the CRDD's application of the exclusion clause and 3) the issue of fairness.

*Held*, the application should be allowed.

1) The inferences drawn by the CRDD in light of the applicant's failure to file any documentary evidence to support his claim of voluntary deportation were reasonably open to it. While the finding of implausibility based upon a presumption that the laws of California and the U.S.A. are similar to those of British Columbia and Canada respectively was built on a rather fragile base, the applicant had failed to discharge the burden on him of showing that the CRDD could not have reasonably drawn such inference. The same could be said of the inference drawn regarding the implausibility that the applicant would voluntarily relinquish rights of appeal against deportation. There was no basis on which to interfere with the CRDD's finding regarding credibility.

2) There was no indication that the Minister had been notified in accordance with the provisions of subrules 9(2), (3) and (4) of the *Convention Refugee Determination Division Rules*. The CRDD, once it concluded that the exclusion clause might apply in respect of the applicant, should have, through the refugee hearing officer, given notice to the Minister and provided an opportunity for the Minister to make representations. Whether or not the Minister intervened, after taking into account the evidence and submissions of the applicant, it would still have been open to the CRDD to conclude, as it did here, that the exclusion clause applied on the basis of the evidence and submissions then before it. If it had followed such a procedure, there would at least have been a reasonable likelihood that the quality of the evidence before it would have been enhanced. The CRDD did not err in determining that there were serious reasons for considering that the applicant had committed a serious non-political crime. The latter was liable to sanction in another state, the United States, but he was not an accused person who was a fugitive from prosecution, at least in respect of the crimes to which he had pleaded guilty and that are acknowledged on the face of his personal information form. He was a convicted person who, if one rejects his allegation of voluntary deportation as the CRDD did, was a fugitive from incarceration. The CRDD did not focus on the second portion of Article 1F(b) which requires that the serious non-political crimes seriously considered to have been committed must have taken place "outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee." The reference in Article 1F(b) is to "the" country of refuge rather than to "a" country of refuge. In circumstances such as those before the Court, where there has been more than one country of refuge

était en liberté conditionnelle en attendant le prononcé de sa sentence; la SSR a aussi conclu que les infractions commises par le requérant aux États-Unis étaient des crimes graves de droit commun au sens de la Convention et qu'il ne faisait pas de doute que le requérant était exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention par application de la section 1F(b) de l'article premier de la Convention. Trois questions principales devaient être tranchées en l'espèce: 1) la crédibilité du requérant; 2) l'application de la clause d'exclusion par la SSR et 3) la question de l'équité.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

1) La SSR pouvait raisonnablement tirer les inférences qu'elle a tirées en raison du défaut du requérant de déposer toute preuve documentaire à l'appui de sa prétendue expulsion volontaire. La SSR s'est appuyée sur une base plutôt fragile lorsqu'elle a conclu que le témoignage du requérant n'était pas plausible après avoir présumé que les lois de la Californie et des États-Unis étaient respectivement semblables à celles de la Colombie-Britannique et du Canada, mais le requérant ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que la SSR ne pouvait pas raisonnablement tirer cette inférence. La même conclusion vaut pour l'inférence tirée par la SSR selon laquelle il n'était pas plausible que le requérant ait renoncé volontairement à ses droits d'appel contre toute mesure d'expulsion. Aucune raison ne justifiait la Cour de modifier la conclusion de la SSR relativement à la crédibilité.

2) Rien n'indiquait que le ministre avait été informé comme l'exigent les paragraphes 9(2), (3) et (4) des *Règles de la section du statut de réfugié*. Après avoir constaté que la clause d'exclusion pouvait s'appliquer au requérant, la SSR aurait dû, par l'entremise de l'agent d'audience, en informer le ministre et lui donner l'occasion de présenter des observations. Que le ministre soit intervenu ou non, après avoir tenu compte de la preuve et des observations du requérant, la SSR aurait encore pu conclure que la clause d'exclusion s'appliquait, comme elle l'a fait, en se fondant sur les éléments de preuve et les observations présentés. Si elle avait suivi cette procédure, il aurait au moins été raisonnablement vraisemblable qu'elle aurait disposé d'une meilleure preuve. La SSR n'a commis aucune erreur en statuant qu'il existait des raisons sérieuses de penser que le requérant avait commis un crime grave de droit commun. Ce dernier était passible d'une peine dans un autre État, les États-Unis, mais il n'était pas une personne accusée qui cherche à échapper à des poursuites, du moins en ce qui a trait aux infractions à l'égard desquelles il a inscrit un plaidoyer de culpabilité et qu'il a reconnues selon son formulaire de renseignements personnels. Il était une personne déclarée coupable qui cherchait à échapper à l'incarcération, si on rejette, comme la SSR l'a fait, la prétention voulant qu'il ait consenti à être expulsé. La SSR n'a pas centré son attention sur la deuxième partie de la section Fb) de l'article premier, qui exige que les personnes dont on a des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis un crime grave de droit commun l'aient commis «en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés». La section Fb) de l'article premier fait mention «du» pays d'accueil, plutôt que «d'un» pays d'accueil. Dans une situation comme celle qui était soumise à la Cour, où le requé-

since the applicant left the country against which Convention refugee status is claimed, "the" country of refuge must be the country of refuge at the time the application of Article 1F(b) was being considered. The applicant's country of refuge at the time his refugee claim was being considered by the CRDD was Canada and he had been admitted to Canada as a refugee at that time. It is settled law that the inclusion of the applicant as a refugee as against Lebanon need not have been considered, however desirable it might have been to do so, if the exclusion in question were under Article 1F(a) rather than Article 1F(b). The latter contains a qualitative qualifier, "serious," that has no equivalent in Articles 1F(a) and (c). The CRDD erred in law in failing to consider the applicant's Convention refugee claim as against Lebanon and in failing to balance the risk to the applicant that would flow from his return to Lebanon by reason of the exclusion clause against the seriousness of the serious non-political crimes here at issue.

3) The CRDD failed to provide the applicant with notice that an exclusion clause, particularly Article 1F(b), would be considered. This failure to effectively give notice and provide an opportunity to present evidence and make representations at any stage of the proceeding, tied as it was to the failure on the part of the CRDD and the refugee hearing officer to give notice to the Minister and an absence of involvement of the Minister on his own initiative, amounted to a failure to observe a principle of procedural fairness that went to the heart of this matter. In a matter such as this, an applicant is entitled to reasonable notice of the issues considered to be central to the tribunal's decision and to an opportunity to respond. The applicant was ambushed as to the basis for the CRDD's determination against him.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Convention Refugee Determination Division Rules*, SOR/93-45, R. 9(2),(3),(4).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2 "Convention refugee" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 69.1(5) (as enacted *idem*, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60), Sch. (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 34).  
*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a), (b),(c).  
*United Nations Protocol relating to the Status of Refugees*, January 31, 1967, [1969] Can. T.S. No. 29.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Aguebor v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.); *Kone v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, IMM-561-93, Nadon J., order dated 11/5/94, F.C.T.D., not yet reported; *Fletes*

rant a eu plus d'un pays d'accueil depuis qu'il a quitté le pays à l'égard duquel il revendique le statut de réfugié au sens de la Convention, le pays d'accueil visé doit être le pays d'accueil au moment où est examinée la question de l'application de la section Fb) de l'article premier. Le pays d'accueil du requérant au moment où sa revendication du statut de réfugié a été examinée par la SSR était le Canada et, à ce moment, il avait été admis au Canada comme réfugié. Il est établi qu'il n'aurait pas été obligatoire de déterminer si le requérant était un réfugié par rapport au Liban, peu importe la mesure dans laquelle cet examen aurait été désirable, si l'exclusion particulière en cause était celle prévue à la section Fa) de l'article premier plutôt qu'à la section Fb) de l'article premier. Cette dernière disposition utilise l'adjectif qualificatif «grave» dont aucun équivalent ne figure dans les sections Fa) et c) de l'article premier. La SSR a commis une erreur de droit en s'abstenant de se prononcer sur la revendication du statut de réfugié du requérant par rapport au Liban et d'apprécier le risque que présenterait pour le requérant son retour au Liban en raison de la clause d'exclusion au regard de la gravité des crimes graves de droit commun en cause en l'espèce.

3) La SSR n'a pas informé le requérant que l'application d'une clause d'exclusion, et plus particulièrement de la section Fb) de l'article premier, serait examinée. Le défaut d'informer effectivement le requérant et de lui donner l'occasion de présenter une preuve et des observations à une étape quelconque de la procédure, combiné à l'omission de la SSR et de l'agent d'audience d'informer le ministre et à l'absence d'intervention du ministre de son plein gré, constituait un manquement à un principe d'équité procédurale qui touche au fond de l'affaire. En pareil cas, un requérant a le droit d'être raisonnablement informé des questions jugées essentielles à la décision du tribunal et d'avoir l'occasion d'y répondre. Le requérant est tombé dans un piège en ce qui a trait au fondement de la décision rendue contre lui par la SSR.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fa), b),c).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2 «réfugié au sens de la Convention» (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1), 69.1(5) (édicte, *idem*, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60), ann. (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 34).  
*Protocole des Nations Unies relatif au statut des réfugiés*, 31 janvier 1967, [1969] R.T. Can. n° 29.  
*Règles de la section du statut de réfugié*, DORS/93-45, art. 9(2),(3),(4).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Aguebor c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 160 N.R. 315 (C.A.F.); *Kone c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, IMM-561-93, juge Nadon, ordonnance en date du 11-5-94, C.F. 1<sup>re</sup> inst.,

*v. Canada (Secretary of State)*, A-1521-92, Noël J., order dated 16/6/94, F.C.T.D., not yet reported; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321; *Thamotharampillai v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 99 (T.D.); *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; (1993), 159 N.R. 210 (C.A.); *Mileva v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 398; (1991), 81 D.L.R. (4th) 244; 50 Admin. L.R. 269; 15 Imm. L.R. (2d) 204; 129 N.R. 262 (C.A.); *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 646 (C.A.); *Cardenas v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1994), 23 Imm. L.R. (2d) 244; 74 F.T.R. 214 (F.C.T.D.).

## CONSIDERED:

*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.).

## AUTHORS CITED

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983.  
 Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*, Leyden: A.W. Sijthoff, 1966.  
 United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. Canadian Branch. *Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practice Violence*, Paper 5, Ottawa, 1989.  
 Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, vol. 1, Toronto: Butterworths Canada Ltd., 1992.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division that the applicant was not a Convention refugee within the meaning of the *Immigration Act*. Application allowed.

## COUNSEL:

*Renée Miller* for applicant.  
*Esta Resnick* for respondent.

## SOLICITORS:

*Gounden & Miller*, Vancouver, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

encore inédite; *Fletes c. Canada (Secrétaire d'État)*, A-1521-92, juge Noël, ordonnance en date du 16-6-94, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321; *Thamotharampillai c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 99 (1<sup>re</sup> inst.); *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298; (1993), 159 N.R. 210 (C.A.); *Mileva c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 398; (1991), 81 D.L.R. (4th) 244; 50 Admin. L.R. 269; 15 Imm. L.R. (2d) 204; 129 N.R. 262 (C.A.); *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 646 (C.A.); *Cardenas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 23 Imm. L.R. (2d) 244; 74 F.T.R. 214 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*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.).

## DOCTRINE

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983.  
 Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*, Leyden: A.W. Sijthoff, 1966.  
 Nations Unies. Bureau canadien du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. Délégation pour le Canada. *Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practice Violence*, Paper 5, Ottawa, 1989.  
 Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, vol. 1, Toronto: Butterworths Canada Ltd., 1992.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié a statué que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention par application de la *Loi sur l'immigration*. Demande accueillie.

## AVOCATS:

*Renée Miller* pour le requérant.  
*Esta Resnick* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Gounden & Miller*, Vancouver, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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



GIBSON J.: This is an application for judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division (the CRDD) of the Immigration and Refugee Board wherein the CRDD determined the applicant not to be a Convention refugee within the meaning of the *Immigration Act*.<sup>1</sup> The decision of the CRDD is dated March 24, 1994. The basis of the CRDD's decision is its conclusion that the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* signed at Geneva on July 28, 1951 [[1969] Can., T.S. No. 6] including the Protocol [*United Nations Protocol relating to the Status of Refugees*] thereto signed at New York City on January 31, 1967 [[1969] Can. T.S. No. 29] does not apply to the applicant by reason of section F(b) of Article 1 thereof. Section F of Article 1 of the Convention is set out in the schedule [as enacted *idem*, s. 34] to the *Immigration Act*. The relevant portions of that section read as follows:

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

(b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee.

The applicant alleges that he is a citizen of Lebanon. He bases his claim to Convention refugee status on an alleged well-founded fear of persecution if he is required to return to Lebanon, on the basis of a Convention reason arising out of his alleged active participation prior to February 19, 1977 in the Lebanese civil war as a member of the bodyguard of the former Liberal Party leader and national president Camille Chamoun. He alleges that, by reason of his performance of his duties associated with that post, he attracted the undying enmity of a substantial but unknown number of potential persecutors in Lebanon.

## BACKGROUND

The factual background to the applicant's claim may be briefly summarized as follows. The applicant left Lebanon in February 1977 by travelling to Jordan. In November, 1978, having obtained a visitor's

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

LE JUGE GIBSON: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la section du statut de réfugié (la SSR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a statué que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention par application de la *Loi sur l'immigration*<sup>1</sup>. La décision de la SSR est datée du 24 mars 1994. La SSR a fondé sa décision sur sa conclusion portant que la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* signée à Genève le 28 juillet 1951 [[1969] R.T. Can. n° 6] et le protocole [*Protocole des Nations Unies relatif au statut des réfugiés*] signé à New York le 31 janvier 1967 [[1969] R.T. Can. n° 29], ne s'appliquent pas au requérant compte tenu de la section F(b) de l'article premier. La section F de l'article premier de la Convention est reproduite dans l'annexe de la *Loi sur l'immigration* [éditée, *idem*, art. 34]. Les dispositions pertinentes de cette section se lisent comme suit:

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

b) Qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés.

Le requérant affirme être citoyen du Liban. Il fonde sa revendication du statut de réfugié sur la crainte bien fondée d'être persécuté pour l'une des raisons énumérées dans la Convention, si on l'oblige à retourner au Liban, parce qu'il y aurait participé activement à la guerre civile en qualité de membre des gardes du corps de l'ancien chef du parti libéral et président national Camille Chamoun, avant le 19 février 1977. Il soutient que l'exécution des fonctions reliées à ce poste lui a valu à jamais l'inimitié d'un nombre important mais indéterminé de personnes susceptibles de le persécuter au Liban.

## LE CONTEXTE

Le contexte factuel de la revendication du requérant peut être résumé sommairement. Le requérant a quitté le Liban en février 1977 pour se rendre en Jordanie. En novembre 1978, il a gagné les États-Unis

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1).

visa to the United States, he travelled to that country. His step-mother, an American citizen, aided him in obtaining a "green card." With the green card, he was able to settle in the United States. Around Christmas, 1980, he returned to Lebanon for a visit. While in that country he alleges he was detained by the Falangists, harshly beaten, threatened with death and denied any medical attention. He returned to the United States. During the summer of 1991, he was charged with and pleaded guilty to charges that may generally be described as possession of a controlled substance for the purpose of sale, sale of a controlled substance, receiving stolen property and taking a vehicle without lawful authority. Before being sentenced, he left the United States while on bail, allegedly when he accepted voluntary deportation. He alleges that by such action, he lost the equivalent of permanent resident status that he had acquired in the United States. In late July 1991, he claimed Convention refugee status here in Canada. He alleges that this was his first ever claim to such status. On August 30, 1991, he was sentenced in California, in his absence, to ten years imprisonment.

### THE CRDD DECISION

In its reasons for decision, the CRDD described the issues before it in the following terms:

In my opinion, the determinative issues of the claim are:

- (a) the application of exclusion clause F(b) of the schedule to the Immigration Act ("Act"), and
- (b) the claimant's personal credibility respecting his allegation that he accepted voluntary deportation from the USA before he last came into Canada.

The CRDD went on to deal with the second issue first. It commented on the applicant's failure to file any documents to support his allegation that he had accepted voluntary deportation from the U.S.A. It stated:

Even in a non-adversarial refugee determination process, the burden of proving all the facts necessary for a determination of Convention refugee status must, of necessity, ultimately rest upon the persons seeking it. There is nothing unusual or unfair in obliging parties to a civil proceedings, which claimants in

après avoir obtenu un visa de visiteur. Sa belle-mère, une citoyenne américaine, lui a aidé à obtenir une «carte verte». Cette carte verte lui permettait de s'établir aux États-Unis. Durant la période de Noël 1980, il est retourné au Liban comme visiteur. Pendant qu'il se trouvait dans ce pays, il prétend avoir été détenu par les phalangistes, battu sauvagement, menacé de mort et privé de tout secours médical. Il est retourné aux États-Unis. Pendant l'été 1991, des accusations auxquelles il a plaidé coupable ont été portées contre lui. On l'a accusé, en gros, d'avoir eu en sa possession une substance contrôlée dans le but d'en faire le commerce, d'avoir vendu une substance contrôlée, d'avoir recelé des biens volés et d'avoir pris possession d'un véhicule sans permission légale. Pendant qu'il était en liberté conditionnelle, avant le prononcé de sa sentence, il a quitté les États-Unis en prétendant avoir accepté d'être expulsé. Il soutient qu'en agissant ainsi, il a perdu l'équivalent du statut de résident permanent qu'il avait obtenu aux États-Unis. À la fin du mois de juillet 1991, il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention au Canada. Il prétend que c'était la première fois qu'il revendiquait ce statut. Le 30 août 1991, on lui a infligé une peine de dix ans d'emprisonnement, en son absence, en Californie.

### LA DÉCISION DE LA SSR

Dans les motifs de sa décision, la SSR a ainsi décrit les questions qu'elle devait trancher:

[TRADUCTION] Selon moi, les questions déterminantes quant à la revendication sont les suivantes:

- (a) l'application de la clause d'exclusion F(b) reproduite dans l'annexe à la *Loi sur l'immigration* («la Loi»);
- (b) la crédibilité du revendicateur relativement à son allégation voulant qu'il ait accepté d'être expulsé des États-Unis avant d'entrer finalement au Canada.

La SSR s'est d'abord prononcée sur la deuxième question. Elle a formulé des remarques concernant le défaut du requérant de déposer quelque document que ce soit à l'appui de sa prétention voulant qu'il ait accepté d'être expulsé volontairement des États-Unis. La SSR a déclaré:

[TRADUCTION] Même dans le processus de reconnaissance du statut de réfugié, qui n'est pas une procédure contradictoire, le fardeau d'établir tous les faits nécessaires à la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention doit nécessairement incomber, en définitive, aux personnes qui le revendiquent.

the Division are, to acquire and make available for the tribunal all reasonably available relevant evidence.

Later, the CRDD wrote:

The second relatively unusual factor which I have considered in assessing the claimant's credibility is a principle of the conflicts of laws. In assessing his allegations of events in the USA I have, in the absence of credible or trustworthy evidence to the contrary, presumed that the laws of California and the laws of the USA are similar to the laws of British Columbia and Canada respectively.

The CRDD then went on to examine the admissions in the applicant's personal information form regarding the convictions against him in the state of California previously referred to. It indicated that the "controlled substance" at the heart of certain of his convictions was cocaine.

The CRDD found it implausible that immigration authorities in the United States would execute a deportation order against the applicant, convicted as he was of serious charges and on bail pending sentencing and, apparently, while at least one further charge was outstanding against him. The CRDD further found it not to be plausible that the applicant would voluntarily relinquish the rights which it presumed he had, as the equivalent of a permanent resident of the United States, to appeal against any deportation order that might be made against him. It further found the applicant's testimony respecting the circumstances under which he allegedly lost his equivalent of permanent resident status in the U.S. to be inconsistent. Finally, it found contradictory evidence to some of the evidence of the applicant.

In the result, on the issue of "voluntary deportation," the CRDD concluded:

In my opinion, the claimant's testimony that he has been deported from the USA and has waived his right to appeal

quent. Il n'y a rien d'inhabituel ni d'injuste à obliger les parties à une instance civile—qualité qu'ont les revendicateurs devant la Section—à obtenir et à présenter au tribunal tous les éléments de preuve pertinents auxquels elles peuvent raisonnablement avoir accès.

a

La SSR a affirmé plus loin:

b [TRADUCTION] Le deuxième facteur relativement inhabituel dont j'ai tenu compte pour apprécier la crédibilité du revendicateur est un principe de droit international. Pour apprécier sa version des faits survenus aux États-Unis, j'ai présumé, en l'absence de toute preuve contraire crédible ou digne de foi, que les lois de la Californie et des États-Unis sont, respectivement, semblables aux lois de la Colombie-Britannique et du Canada.

c

d La SSR a ensuite examiné les déclarations faites par le requérant dans son formulaire de renseignements personnels en ce qui a trait aux déclarations de culpabilité susmentionnées prononcées contre lui dans l'État de la Californie. Il en ressort que la «substance contrôlée» en cause dans certaines déclarations de culpabilité était de la cocaïne.

e

f La SSR a conclu qu'il n'était pas plausible que les autorités américaines en matière d'immigration aient exécuté une mesure d'expulsion contre le requérant, compte tenu du fait qu'il avait été déclaré coupable d'infractions graves et qu'il était en liberté conditionnelle en attendant le prononcé de la sentence, et du fait qu'au moins une autre accusation pesait apparemment toujours contre lui. La SSR estimait en outre qu'il n'était pas plausible que le requérant ait volontairement renoncé aux droits qu'il était présumé avoir, en raison de son statut équivalent au statut de résident permanent aux États-Unis, d'interjeter appel de toute mesure d'expulsion qui pourrait être prise contre lui. La section a aussi conclu à l'incohérence du témoignage du requérant relativement aux circonstances dans lesquelles il prétend avoir perdu son statut équivalent au statut de résident permanent aux États-Unis. Enfin, elle a constaté que des éléments de preuve contredisaient une partie du témoignage du requérant.

g

h

i

j

En conséquence, en ce qui a trait à «l'expulsion volontaire», la SSR a conclu:

[TRADUCTION] Selon moi, le témoignage du revendicateur portant qu'il a été expulsé des États-Unis et qu'il a renoncé à son

against any deportation order which might have been made against him was false.

The CRDD then turned to the first of the “determinative issues” described by it, that is, the application of exclusion Article 1F(b) set out in the schedule to the *Immigration Act* which is quoted earlier in these reasons. By reference to the maximum punishments provided in Canadian law for possession of cocaine for the purpose of trafficking and trafficking in cocaine, the CRDD concluded that:

... the claimant’s own description of the charges to which he pleaded guilty in California establish serious reasons for believing that he has committed such an offence.

And further:

I have no doubt the California offenses [*sic*] fall within the range of serious crimes envisaged by clause F(b).

Further, the CRDD also concluded that:

... as offenses [*sic*] equivalent to offenses [*sic*] in Canada, committed in a democratic foreign state against a law of general application, they are patently non-political crimes.

The CRDD does not focus on the remaining portion of Article 1F(b), that is to say, the words “outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee.”

The CRDD does consider the allegation by the applicant that the charges of which he was convicted were the result of illegal entrapment in the United States. It disposes of that issue in the following terms:

Whether this may have been so under the criminal law of California is a moot question. He pleaded guilty to most of those offenses [*sic*]. Therefore, I can give no credit to the suggestion that the charges were improper.

Finally, the CRDD concluded that, since it had concluded that the claimant was clearly excluded from the definition of Convention refugee by the application of Article 1F(b), it was unnecessary for it, and indeed inappropriate for it, to examine the ques-

droit de porter en appel toute mesure d’expulsion prise contre lui était faux.

La SSR a ensuite examiné la première des «questions déterminantes» qu’elle avait énoncées, soit l’application de la clause d’exclusion de la section Fb) de l’article premier reproduite dans l’annexe de la *Loi sur l’immigration* et citée plus haut. La SSR s’est référée aux peines maximales prévues par le droit canadien pour possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic et pour trafic de cocaïne, puis elle a conclu:

[TRADUCTION] ... la description même fournie par le revendicateur des accusations auxquelles il a plaidé coupable en Californie donne des raisons sérieuses de croire qu’il a commis une telle infraction.

La SSR a ajouté:

[TRADUCTION] Je crois, sans l’ombre d’un doute, que les infractions commises en Californie appartiennent à la catégorie des crimes graves visés par l’alinéa Fb).

La SSR a conclu plus loin:

[TRADUCTION] ... comme ces infractions, qui correspondent à des infractions au Canada, ont été commises dans un État étranger démocratique en contravention à une loi d’application générale, elles constituent manifestement des crimes de droit commun.

La SSR n’a pas centré son attention sur la dernière partie de la section Fb) de l’article premier, savoir sur les mots: «en dehors du pays d’accueil avant d’y être admises comme réfugiés».

La SSR a examiné la prétention du requérant portant que les infractions dont il a été déclaré coupable résultent d’un piège qu’on lui aurait illégalement tendu aux États-Unis. Elle a tranché cette question dans les termes suivants:

[TRADUCTION] La question de savoir si tel aurait pu être le cas par application du droit criminel de la Californie est théorique. Il a plaidé coupable à la plupart de ces infractions. Par conséquent, je ne peux accorder foi à l’hypothèse voulant que ces accusations aient été irrégulières.

Enfin, la SSR a affirmé que, compte tenu de sa conclusion portant que le revendicateur était clairement exclu de la définition de l’expression «réfugié au sens de la Convention» par application de la section Fb) de l’article premier, il était inutile, voire

tion of whether the applicant met the requirements of the inclusion clauses, that is to say, whether he would have been a Convention refugee as a national of Lebanon but for the application of Article 1F(b).

### THE ISSUES BEFORE THE COURT

In her opening submissions, counsel for the applicant described three main issue areas. The first was the credibility of the applicant and within that area, the two components of concern were described as the CRDD's treatment of the applicant's failure to file supporting documents regarding the alleged voluntary deportation and the CRDD's finding of implausibility of the alleged voluntary deportation.

The second issue area related to the CRDD's application of the exclusion clause, and more particularly Article 1F(b) set out in the schedule to the *Immigration Act*. Within this issue area counsel made submissions with respect to notice, onus and process, the meaning of serious non-political crime, the factors which should be taken into consideration by the CRDD in its consideration of the exclusion clause, the concept of country of refuge prior to admission as a refugee, and finally the question of whether the CRDD must balance the risk to the applicant in returning to his country of origin, that is Lebanon, against the risk to society of allowing him to remain in Canada as part of its determination on the application of the exclusion clause.

The third issue area was fairness. Counsel addressed the question of the adequacy of notice to the applicant that the exclusion clause, and more particularly Article 1F(b), would be considered in relation to the applicant's claim, the question of onus of proof in applying the exclusion clause and finally whether the CRDD erred by refusing to grant an adjournment when requested at the first day of the applicant's hearing and by refusing to allow the applicant to file further material.

inapproprié, qu'elle examine la question de savoir si le requérant satisfaisait aux conditions pour être inclus dans cette définition, c'est-à-dire, s'il aurait été un réfugié au sens de la Convention en qualité de citoyen du Liban, n'eût été l'application de la section Fb) de l'article premier.

### LES QUESTIONS DONT LA COUR EST SAISIE

Dans ses remarques introductives, l'avocate du requérant a décrit trois questions principales. La première est celle de la crédibilité du requérant et comprend deux volets, soit l'attitude de la SSR relativement au défaut du requérant de déposer des documents à l'appui de sa prétendue expulsion volontaire et la conclusion de la SSR selon laquelle son expulsion volontaire n'est pas plausible.

La deuxième question concerne l'application par la SSR de la clause d'exclusion, et plus particulièrement de la section Fb) de l'article premier reproduit dans l'annexe de la *Loi sur l'immigration*. Dans le cadre de cette question, l'avocate a formulé des observations concernant l'avis, le fardeau de la preuve et la procédure, la signification de l'expression crime grave de droit commun, les facteurs dont la SSR doit tenir compte pour se prononcer sur la clause d'exclusion, le concept de pays d'accueil avant l'admission comme réfugié et, enfin, la question de savoir si la SSR doit soulever le risque que courrait le requérant en retournant dans son pays d'origine, c'est-à-dire au Liban, au regard du risque que courrait la société si on lui permettait de demeurer au Canada, dans le cadre de l'examen de l'application de la clause d'exclusion.

La troisième question est celle de l'équité. L'avocate a soulevé la suffisance de l'avis donné au requérant de l'intention de la Commission de tenir compte de la clause d'exclusion, et plus particulièrement de la section Fb) de l'article premier, pour apprécier sa revendication, le fardeau de la preuve dans le cadre de l'application de la clause d'exclusion et, enfin, la question de savoir si la SSR a commis une erreur lorsqu'elle a refusé d'accorder l'ajournement demandé le premier jour de l'audition relative au requérant et de permettre à celui-ci de déposer des documents supplémentaires.

ANALYSIS

The issue of the CRDD's finding as to the credibility of the applicant's testimony as to voluntary deportation can be briefly disposed of.

I am satisfied that the inferences drawn by the CRDD in light of the failure of the applicant to file any documentary evidence to support his claim of voluntary deportation were reasonably open to it.

In *Aguebor v. Minister of Employment and Immigration*<sup>2</sup> Mr. Justice Décary J.A. states:

There is no longer any doubt that the Refugee Division, which is a specialized tribunal, has complete jurisdiction to determine the plausibility of testimony: who is in a better position than the Refugee Division to gauge the credibility of an account and to draw the necessary inferences? As long as the inferences drawn by the tribunal are not so unreasonable as to warrant our intervention, its findings are not open to judicial review. In *Giron*, the court merely observed that in the area of plausibility, the unreasonableness of a decision may be more palpable, and so more easily identifiable, since the account appears on the face of the record. In our opinion, *Giron* in no way reduces the burden that rests on an appellant, of showing that the inferences drawn by the Refugee Division could not reasonably have been drawn. In this case, the appellant has not discharged this burden.<sup>3</sup>

While the finding of implausibility based upon a presumption, "in the absence of credible or trustworthy evidence to the contrary," that the laws of California and the laws of the U.S.A. are similar to the laws of British Columbia and Canada respectively is, I find, built on a rather fragile base, I nonetheless conclude that, as in *Aguebor*, the applicant herein did not discharge the burden on him of showing that the inference drawn by the CRDD could not reasonably have been drawn. The same can be said of the inference drawn regarding the implausibility that the applicant would voluntarily relinquish rights of appeal against deportation.

<sup>2</sup> (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.), at pp. 316-317.

<sup>3</sup> *Giron v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 143 N.R. 238 (F.C.A.).

ANALYSE

La question de la conclusion de la SSR quant à la crédibilité du témoignage du requérant relativement à son expulsion volontaire peut être tranchée rapidement.

Je suis convaincu que la SSR pouvait raisonnablement tirer les inférences qu'elle a effectivement tirées en raison du défaut du requérant de déposer toute preuve documentaire à l'appui de sa prétendue expulsion volontaire.

Dans l'affaire *Aguebor c. Ministre de L'Emploi et de l'Immigration*<sup>2</sup>, le juge Décary, J.C.A., a déclaré:

Il ne fait pas de doute que le tribunal spécialisé qu'est la section du statut de réfugié a pleine compétence pour apprécier la plausibilité d'un témoignage. Qui, en effet, mieux que lui, est en mesure de jauger la crédibilité d'un récit et de tirer les inférences qui s'imposent? Dans la mesure où les inférences que le tribunal tire ne sont pas déraisonnables au point d'attirer notre intervention, ses conclusions sont à l'abri du contrôle judiciaire. Dans *Giron*, la cour n'a fait que constater que dans le domaine de la plausibilité, le caractère déraisonnable d'une décision peut être davantage palpable, donc plus facilement identifiable, puisque le récit apparaît à la face même du dossier. *Giron*, à notre avis, ne diminue en rien le fardeau d'un appellant de démontrer que les inférences tirées par le tribunal ne pouvaient pas raisonnablement l'être. L'appellant, en l'espèce, ne s'est pas déchargé de ce fardeau<sup>3</sup>.

Selon moi, la SSR s'est appuyée sur une base plutôt fragile lorsqu'elle a conclu que le témoignage du requérant n'était pas plausible après avoir présumé, «en l'absence de preuve contraire crédible ou digne de foi» que les lois de la Californie et des États-Unis étaient respectivement semblables à celles de la Colombie-Britannique et du Canada. Je conclus néanmoins que, tout comme dans l'affaire *Aguebor*, le requérant ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que la SSR ne pouvait pas raisonnablement tirer l'inférence qu'elle a effectivement tirée. La même conclusion vaut pour l'inférence tirée par la SSR selon laquelle il n'était pas plausible que le requérant ait renoncé volontairement à ses droits d'appel contre toute mesure d'expulsion.

<sup>2</sup> (1993), 160 N.R. 315 (C.A.F.), aux p. 316 et 317.

<sup>3</sup> *Giron c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 143 N.R. 238 (C.A.F.).

For the foregoing reasons, I find no basis on which to interfere with the CRDD's finding regarding credibility.

I turn then to the issues surrounding the CRDD's finding that the exclusion clause, and more particularly Article 1F(b), applies to the applicant, that is to say, that the applicant is a person with respect to whom there are serious reasons for considering that he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee.

The relevant portions of subsection 69.1(5) [as enacted *idem*, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60] of the *Immigration Act* read as follows:

69.1 . . .

(5) At the hearing into a person's claim to be a Convention refugee, the Refugee Division

(a) shall give

. . . .

(ii) the Minister a reasonable opportunity to present evidence and, if the Minister notifies the Refugee Division that the Minister is of the opinion that matters involving section E or F of Article 1 of the Convention or subsection 2(2) of this Act are raised by the claim, to question the person making the claim and other witnesses and make representations.

No allegation was made before me that the Minister was denied a reasonable opportunity to present evidence in this matter. The Minister did not present any evidence. The Minister did not give notice to the CRDD as contemplated by subsection 69.1(5).

Subrules 9(2), (3) and (4) of the *Convention Refugee Determination Division Rules*<sup>4</sup> provide as follows:

9. . . .

(2) Where, before the commencement of a hearing, the refugee hearing officer or the Refugee Division is of the opinion that a claim before the Refugee Division might involve section E or F of Article 1 of the Convention or subsection 2(2) of the Act, the refugee hearing officer shall forthwith notify the Minister and provide the Minister with such information as is necessary.

(3) Where, during a hearing, the refugee hearing officer or a member is of the opinion that a claim before the Refugee Division might involve section E or F of Article 1 of the Conven-

<sup>4</sup> SOR/93-45.

Pour les motifs qui précèdent, j'estime qu'aucune raison ne justifie que je modifie la conclusion de la SSR relativement à la crédibilité.

J'examinerai maintenant les questions touchant la conclusion de la SSR portant que la clause d'exclusion, et plus particulièrement la section Fb) de l'article premier, s'appliquent au requérant, c'est-à-dire que le requérant est une personne dont on a des raisons sérieuses de penser qu'elle a commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admise comme réfugié.

Les dispositions pertinentes du paragraphe 69.1(5) [édicte, *idem*, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60] de la *Loi sur l'immigration* se lisent comme suit:

69.1 . . .

(5) À l'audience, la section du statut:

a) est tenue de donner:

. . . .

(ii) au ministre, la possibilité de produire des éléments de preuve, d'interroger l'intéressé ou tout autre témoin et de présenter des observations, ces deux derniers droits n'étant toutefois accordés au ministre que s'il l'informe qu'à son avis, la revendication met en cause la section E ou F de l'article premier de la Convention ou le paragraphe 2(2) de la présente loi.

On n'a pas prétendu devant moi que le ministre avait été privé de toute possibilité raisonnable de produire des éléments de preuve. Le ministre n'a présenté aucun élément de preuve. Il n'a pas informé la SSR de l'existence de la situation prévue au paragraphe 69.1(5).

Les paragraphes 9(2), (3) et (4) des *Règles de la section du statut de réfugié*<sup>4</sup> disposent:

9. . . .

(2) Lorsque, avant le début d'une audience, l'agent d'audience ou la section du statut est d'avis qu'une revendication dont elle est saisie pourrait mettre en cause les sections E ou F de l'article premier de la Convention ou le paragraphe 2(2) de la Loi, l'agent d'audience en informe sans délai le ministre et lui fournit les renseignements nécessaires.

(3) Lorsque, au cours d'une audience, l'agent d'audience ou un membre est d'avis qu'une revendication dont est saisie la section du statut pourrait mettre en cause les sections E ou F de

<sup>4</sup> DORS/93-45.

tion or subsection 2(2) of the Act, the refugee hearing officer or the member shall so inform the presiding member and, if the presiding member so directs, the refugee hearing officer shall forthwith notify the Minister and provide the Minister with such information as is necessary.

(4) The refugee hearing officer shall serve the person concerned forthwith with a copy of all written information that the refugee hearing officer provides to the Minister pursuant to subrules (2) and (3). [Underlining added by me for emphasis.]

There was no indication before me that the Minister was notified in accordance with the provisions of these subrules.

In *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>5</sup> MacGuigan J.A., speaking for the Court stated:

There was no issue between the parties as to which party bore the onus. Both agreed that the burden of establishing serious reasons for considering that international offences had been committed rested on the party asserting the existence of such reasons, i.e., the respondent. Aside from avoiding the proving of a negation by a claimant, this also squares with the onus under paragraph 19(1)(j) of the Act, according to which it is the Government that must establish that it has reasonable grounds for excluding claimants. For all of these reasons, the Canadian approach requires that the burden of proof be on the Government, as well as being on a basis of less than the balance of probabilities.

In *Kone v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>6</sup> the applicant argued that the CRDD failed to observe several principles of procedural fairness in that it failed to inform the applicant that the exclusion clause was being applied against him, informed him of this only after the evidence had been declared closed, failed to inform the Minister that in its opinion the exclusion clause was in issue, and denied the motion made by Counsel for the applicant that the Minister be invited to participate in the proceedings in order to protect his client's rights. I will turn to the issue of notice to the applicant that the exclusion clause might be applied later in these reasons. I will deal only with the failure to inform the Minister at this time.

<sup>5</sup> [1992] 2 F.C. 306 (C.A.), at p. 314.

<sup>6</sup> Court File: IMM-561-93, Nadon J., order dated May 11, 1994, F.C.T.D., not yet reported.

l'article premier de la Convention ou le paragraphe 2(2) de la Loi, il en informe le président de l'audience et, si ce dernier l'ordonne, l'agent d'audience en informe sans délai le ministre et lui fournit les renseignements nécessaires.

<sup>a</sup> (4) L'agent d'audience signifie sans délai à l'intéressé une copie de tous les renseignements écrits qu'il a fournis au ministre conformément aux paragraphes (2) et (3). [Non souligné dans le texte original.]

<sup>b</sup> Rien n'indique que le ministre ait été informé conformément à ces dispositions.

<sup>c</sup> Dans l'affaire *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*,<sup>5</sup> le juge MacGuigan a affirmé, au nom de la Cour d'appel:

<sup>d</sup> La question de savoir qui assume le fardeau de la preuve n'est pas en litige. Les deux parties s'entendent sur le fait que c'est à la partie qui invoque l'existence de raisons sérieuses de penser que des infractions internationales ont été commises qu'il incombe de les prouver, c'est-à-dire l'intimé. En plus d'éviter aux demandeurs d'avoir à prouver un élément négatif, cette attribution du fardeau est également conforme à l'alinéa 19(1)(j) de la Loi, qui impose au gouvernement la charge de démontrer qu'il a des motifs raisonnables d'exclure les demandeurs. Pour toutes ces raisons, la procédure appliquée au Canada exige que le gouvernement assume la charge de la preuve et que la norme de preuve soit moindre que la prépondérance des probabilités.

<sup>e</sup>

<sup>f</sup> Dans l'affaire *Kone c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*,<sup>6</sup> le requérant a soutenu que la SSR n'avait pas observé plusieurs principes d'équité procédurale parce qu'elle n'avait pas informé le requérant qu'elle lui appliquait la clause d'exclusion, parce qu'elle l'en avait informé uniquement après la clôture de la preuve, parce qu'elle n'avait pas informé le ministre qu'à son avis, la clause d'exclusion était en cause et parce qu'elle avait rejeté la requête présentée par l'avocat du requérant afin de demander que le ministre soit invité à participer à la procédure pour protéger les droits de son client. J'examinerai plus tard dans les présents motifs la question de l'avis qui doit être donné au requérant du fait que la clause d'exclusion pourrait lui être appliquée. Je m'en tiendrai pour l'instant au défaut d'informer le ministre.

<sup>5</sup> [1992] 2 C.F. 306 (C.A.), à la p. 314.

<sup>6</sup> Numéro du greffe: IMM-561-93, juge Nadon, ordonnance en date du 11 mai 1994, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite.



In his reasons in *Kone*, Nadon J. cites Lorne Waldman in *Immigration Law and Practice*<sup>7</sup> to the following effect:

The Minister can intervene pursuant to s. 69.1(5) if “the Minister notifies the Refugee Division that the Minister is of the opinion that matters involving section E or F of Article 1 of the Convention or subsection 2(2) of this Act are raised by the claim, to cross-examine witnesses and make representations”. The question arises as to what should be the appropriate conduct of the tribunal when it becomes aware that an issue of exclusion might arise at the hearing. Since the burden of proof falls squarely on the respondent, it is not appropriate for the tribunal members themselves to engage in an investigation with respect to the issue of exclusion. For them to do so would result in their becoming prosecutors seeking to establish that the claimant falls within the exclusion clauses. Moreover, given that the Act clearly provides that the Minister can intervene in the hearing in situations involving exclusion, once exclusion becomes an issue at the hearing the tribunal should adjourn, notify the Minister, and leave it to the Minister to determine whether the evidence in the particular case justifies his or her intervention.

As in this matter, the Minister did not intervene in *Kone*. Nonetheless, the CRDD considered the issue of exclusion. Nadon J., at page 11 of his reasons, states:

To all appearances, in my opinion, the tribunal tried, perhaps unconsciously, to take upon itself the role that belonged to the Minister and his representative, that is, of establishing that the applicant should have been excluded because he had done something or had committed a crime that fell within the exclusion in section F of Article 1 of the Convention. That is the only reasonable interpretation we can place on the questions asked by the tribunal if we want to understand why the exclusion clause was invoked at the end of the hearing on August 10, 1993.

Accordingly, I am of the opinion that during the hearing the tribunal played the roles of both judge and Minister’s representative. In fact, the tribunal usurped the role that belonged to the Minister and his representative in respect of the exclusion clause.

In the end, Nadon J. set aside the decision of the CRDD.

In *Fletes v. Canada (Secretary of State)*,<sup>8</sup> another case involving the application of the exclusion clause, the Minister was represented at the hearing before the CRDD. The Minister made no representa-

Dans les motifs qu’il a prononcés dans l’affaire *Kone*, le juge Nadon cite l’ouvrage *Immigration Law and Practice*<sup>7</sup> de Lorne Waldman:

[TRADUCTION] Le ministre peut intervenir en vertu du paragraphe 69.1(5) afin «d’interroger l’intéressé ou tout autre témoin et de présenter des observations, ces deux derniers droits n’étant toutefois accordés au ministre que s’il l’informe qu’à son avis, la revendication met en cause la section E ou F de l’article premier de la Convention ou le paragraphe 2(2) de la présente Loi». La question se pose de savoir quelles sont les mesures appropriées que doit prendre le tribunal lorsqu’il est averti que la question de l’exclusion peut être soulevée à l’audience. Étant donné que le fardeau de la preuve incombe manifestement à l’intimé, il ne convient pas que les membres du tribunal mènent eux-mêmes une enquête en ce qui a trait à la question de l’exclusion. S’ils agissaient ainsi, ils deviendraient des poursuivants qui tenteraient d’établir que le revendicateur tombe sous le coup des clauses d’exclusion. De plus, comme la Loi prévoit clairement que le ministre peut intervenir à l’audience lorsque l’exclusion est en cause, une fois cette question soulevée à l’audience, le tribunal doit ajourner, en informer le ministre et lui permettre de décider si, dans chaque cas, la preuve justifie qu’il intervienne.

Dans l’affaire *Kone*, tout comme en l’espèce, le ministre n’est pas intervenu. La SSR a néanmoins examiné la question de l’exclusion. À la page 11 de ses motifs, le juge Nadon a déclaré:

De toute évidence, à mon avis, le tribunal a tenté, peut-être inconsciemment, de s’accaparer du rôle qui appartenait au Ministre et à son représentant à savoir de démontrer que le requérant devait être exclu parce qu’il avait posé des gestes ou avait commis un crime tombant sous l’exclusion F de l’article premier de la Convention. Cela est la seule interprétation raisonnable que l’on puisse donner aux questions posées par le tribunal si l’on veut comprendre pourquoi la clause d’exclusion a été soulevée à la fin de l’audition du 10 août 1993.

Par conséquent, je suis d’avis que durant l’audition le tribunal a cumulé les fonctions de juge et de représentant du Ministre. En fait, le tribunal a usurpé le rôle qui appartenait au Ministre et à son représentant relativement à la clause d’exclusion.

Le juge Nadon a finalement annulé la décision de la SSR.

Dans l’affaire *Fletes c. Canada (Secrétaire d’État)*<sup>8</sup>, qui touchait également l’application de la clause d’exclusion, le ministre était représenté à l’audience devant la SSR. Le ministre n’a fait aucune

<sup>7</sup> Butterworths Canada Ltd., 1992, vol. 1, paragraphe 8.204 (at p. 8.188).

<sup>8</sup> Court File: A-1521-92, Noël J., order dated June 16, 1994, F.C.T.D., not yet reported.

<sup>7</sup> Butterworths Canada Ltd., 1992, vol. 1, paragraphe 8.204 (à la p. 8.188).

<sup>8</sup> Numéro du greffe: A-1521-92, juge Noël, ordonnance en date du 16 juin 1994, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite.

tions on the issue of the exclusion clause. Nonetheless, the CRDD applied the exclusion clause. The Court found that the evidence that was before the CRDD was sufficient to support its conclusion that the exclusion clause should apply. In the result, the Court dismissed the application for judicial review.

I conclude that the CRDD, once it concluded that the exclusion clause might apply in respect of the applicant, should have, through the refugee hearing officer, given notice to the Minister and provided an opportunity for the Minister to make representations, even if it reached that conclusion following the end of the hearing which took place over two days and thus at a time when the provisions of its own rule 9 were not clearly applicable. At that time, by analogy to subrule 9(4), the refugee hearing officer should have served the applicant with a copy of all written information that he or she provided to the Minister. Further, whether or not the Minister intervened, the CRDD should have provided the applicant an opportunity to provide evidence, orally or in writing or both, and to argue the issue of the applicability of the exclusion clause. More will be said about this later. As in *Fletes*, whether or not the Minister intervened, after taking into account the evidence and submissions of the applicant, it would still have been open to the CRDD to conclude, as it did here, that the exclusion clause applied on the basis of the evidence and submissions then before it. If it had followed such a procedure, there would at least have been a reasonable likelihood that the quality of the evidence before it would have been enhanced.

I turn then to the issue of whether the CRDD erred in reaching the conclusion on the evidence before it that there were serious reasons for considering that the applicant had committed a serious non-political crime.

In *Canada (Attorney General) v. Ward*,<sup>9</sup> La Forest J., referring to Article 1F(b), the basis for exclusion here at issue, states at page 743:

Hathaway, *supra*, at p. 221, interprets this exclusion to embrace "persons who are liable to sanctions in another state

<sup>9</sup> [1993] 2 S.C.R. 689.

observation sur la question de la clause d'exclusion. Néanmoins, la SSR a appliqué la clause d'exclusion. La Cour a conclu que la preuve produite devant la SSR était suffisante pour appuyer sa conclusion portant que la clause d'exclusion devait s'appliquer. Par conséquent, la Cour a rejeté la demande de contrôle judiciaire.

Je conclus qu'après avoir constaté que la clause d'exclusion pouvait s'appliquer au requérant, la SSR aurait dû, par l'entremise de l'agent d'audience, en informer le ministre et lui donner l'occasion de présenter des observations, même si elle n'a fait cette constatation qu'après la fin de l'audience qui a duré plus de deux jours et, partant, à un moment où les dispositions de son propre article 9 n'étaient pas manifestement applicables. À ce moment, par analogie avec le paragraphe 9(4) des Règles, l'agent d'audience aurait dû signifier au requérant une copie de tous les renseignements écrits qu'il avait fournis au ministre. De plus, que le ministre intervienne ou non, la SSR aurait dû donner au requérant la chance de présenter des éléments de preuve, oralement ou par écrit, ou de ces deux façons, et de formuler une argumentation sur la question de l'applicabilité de la clause d'exclusion. Je reparlerai de cette question plus tard. Comme dans l'affaire *Fletes*, qu'il y ait eu ou non intervention du ministre, après avoir tenu compte de la preuve et des observations du requérant, la SSR aurait encore pu conclure que la clause d'exclusion s'appliquait, comme elle l'a fait, en se fondant sur les éléments de preuve et les observations présentés. Si elle avait suivi cette procédure, il aurait au moins été raisonnablement vraisemblable qu'elle aurait disposé d'une meilleure preuve.

J'examinerai maintenant la question de savoir si la SSR a commis une erreur lorsqu'elle a conclu, en se fondant sur la preuve produite devant elle, qu'il existait des raisons sérieuses de penser que le requérant avait commis un crime grave de droit commun.

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*<sup>9</sup>, à la page 743, le juge La Forest a déclaré en parlant de la section Fb) de l'article premier sur lequel l'exclusion s'appuie dans la présente instance:

Hathaway, *op. cit.*, à la p. 221, interprète cette exclusion comme visant [TRADUCTION] «les personnes qui sont passibles

<sup>9</sup> [1993] 2 R.C.S. 689.

for having committed a genuine, serious crime, and who seek to escape legitimate criminal liability by claiming refugee status". In other words, Hathaway would appear to confine paragraph (b) to accused persons who are fugitives from prosecution. The interpretation of this amendment was not argued before us. I note, however, that Professor Hathaway's interpretation seems to be consistent with the views expressed in the *Travaux préparatoires*, regarding the need for congruence between the Convention and extradition law; see statement of United States delegate Henkin, U.N. Doc. E/AC.32/SR.5 (January 30, 1950), at p. 5. As such, Ward would still not be excluded on this basis, having already been convicted of his crimes and having already served his sentence.

I have no difficulty concluding that the CRDD did not err in determining that there were serious reasons for considering that the applicant committed a serious non-political crime. He acknowledged on the face of his personal information form that he had pleaded guilty to what would appear to be the equivalent of possession for the purpose of trafficking and to trafficking in cocaine. That those crimes are both serious and non-political is, I think, not open to question. But the applicant appears to fall between the Hathaway interpretation cited by Mr. Justice La Forest and the situation of Ward that was before the Supreme Court of Canada. The applicant is liable to sanction in another state, the United States, but he is not an accused person who is a fugitive from prosecution, at least in respect of the crimes to which he pleaded guilty and that are acknowledged on the face of his personal information form. He is a convicted person who, if one rejects his claim to voluntary deportation as the CRDD did, is a fugitive from incarceration.

In *Thamotharampillai v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>10</sup> a matter involving the interpretation of Article 1F(c) in the schedule to the Act, I quoted from *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*<sup>11</sup> where Robertson J. A., speaking for the Federal Court of Appeal stated:

<sup>10</sup> [1994] 3 F.C. 99 (T.D.), at p. 109.

<sup>11</sup> [1994] 1 F.C. 298 (C.A.), at p. 307.

de peines, dans un autre État, pour avoir commis un véritable crime grave, et qui cherchent à se soustraire à leur responsabilité criminelle légitime en revendiquant le statut de réfugié». En d'autres termes, Hathaway semblerait limiter l'application de l'al. b) aux personnes accusées qui cherchent à échapper à des poursuites. La question de l'interprétation de cette modification n'a pas été débattue devant nous. Toutefois, je remarque que l'interprétation du professeur Hathaway semble être compatible avec le point de vue exprimé dans les *Travaux préparatoires*, au sujet du besoin de conformité entre la Convention et le droit en matière d'extradition; voir la déclaration du délégué Henkin des États-Unis, doc. des Nations Unies E/AC.32/SR.5 (30 janvier 1950), à la p. 5. À ce sujet, Ward ne serait toujours pas exclu pour ce motif, puisqu'il a déjà été déclaré coupable des crimes qu'il a commis et qu'il a déjà purgé sa peine.

Je conclus, sans hésiter, que la SSR n'a commis aucune erreur en statuant qu'il existait des raisons sérieuses de penser que le requérant avait commis un crime grave de droit commun. Il ressort de son formulaire de renseignements personnels qu'il a reconnu avoir plaidé coupable à des accusations correspondant à des accusations de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic et de trafic de cocaïne. Il ne fait selon moi aucun doute qu'il s'agit à la fois de crimes graves et de crimes de droit commun. Toutefois, le requérant semble se trouver dans une situation intermédiaire entre celle visée dans l'interprétation du professeur Hathaway citée par le juge La Forest et celle dont la Cour suprême était saisie dans l'affaire *Ward*. Le requérant est passible d'une peine dans un autre État, les États-Unis, mais il n'est pas une personne accusée qui cherche à échapper à des poursuites, du moins en ce qui a trait aux infractions à l'égard desquelles il a inscrit un plaidoyer de culpabilité et qu'il a reconnues selon son formulaire de renseignements personnels. Il est une personne qui a été déclarée coupable et qui cherche à échapper à l'incarcération, si on rejette, comme la SSR l'a fait, la prétention voulant qu'il ait consenti à être expulsé.

Dans l'affaire *Thamotharampillai c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>10</sup>, qui concernait l'interprétation de la section Fc) de l'article premier reproduite dans l'annexe de la Loi, j'ai cité les propos formulés par le juge Robertson au nom de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>11</sup>:

<sup>10</sup> [1994] 3 C.F. 99 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 109.

<sup>11</sup> [1994] 1 C.F. 298 (C.A.), à la p. 307.

The thrust of the appellant's argument is that the Board, and this Court, should construe narrowly the exclusion clause in view of the possible persecution awaiting persons who might otherwise be declared Convention refugees. I recognize that this view is echoed by all of the leading commentators and reinforced in the UNHCR Handbook: [Numerous authorities cited here are omitted.]

As persuasive as the commentaries may be, I am bound to approach the application of the exclusion clause, first, by reference to the existing jurisprudence of this Court and, second, by reference to the clear intent of the signatories to the Convention. Where, however, there is an unresolved ambiguity or issue, the construction most agreeable to justice and reason must prevail.

On the facts before me in *Thamotharampillai*, I concluded that the CRDD made no error of law or other reviewable error in concluding as it did that the applicant was excluded from Convention refugee status. I stated [at page 111]:

Assuming for the moment an unresolved ambiguity or issue that was before the CRDD, and I believe there to have been no unresolved ambiguity or issue arising out of the facts of this case, I conclude that the construction of section F(c) Article 1 of the Convention adopted by the CRDD is the construction most agreeable to justice and reason in all of the circumstances of this case.

I reach the same conclusion here with regard to the CRDD's conclusion that there were serious reasons for considering that the applicant herein had committed serious non-political crimes.

As indicated earlier in these reasons, the CRDD did not focus on the second portion of Article 1F(b) which requires that the serious non-political crimes seriously considered to have been committed must have taken place "outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee."

The reference in Article 1F(b) is to "the" country of refuge rather than to "a" country of refuge. In circumstances such as those before me, where there has been more than one country of refuge since the applicant left the country against which Convention refugee status is claimed, I conclude that "the" country of refuge must be the country of refuge at the time the application of Article 1F(b) is being considered.

À l'appui de sa prétention, l'appelant soutient que la Commission et cette Cour devraient interpréter de façon restrictive la disposition d'exclusion, étant donné le risque de persécution auquel sont soumis ceux qui pourraient par ailleurs être déclarés réfugiés au sens de la Convention. Je reconnais que cette opinion est partagée par tous les auteurs reconnus et renforcée par le Guide du HCNUR; [les nombreuses citations sont omises].

Quelque convaincants que puissent être les commentaires, je suis tenu de considérer l'application de la disposition d'exclusion en tenant compte, tout d'abord, de la jurisprudence de cette Cour, puis de l'intention manifeste des signataires de la Convention. Lorsque, par contre, il existe une ambiguïté ou une question non résolue, l'interprétation la plus conforme à la justice et à la raison doit prévaloir.

Compte tenu des faits dont j'étais saisi dans l'affaire *Thamotharampillai*, j'ai conclu que la SSR n'avait commis aucune erreur de droit ni aucune autre erreur susceptible de contrôle en concluant, comme elle l'avait fait, que le requérant était exclu du statut de réfugié au sens de la Convention. J'ai déclaré [à la page 111]:

En supposant, pour le moment, que la SSR faisait face à une ambiguïté ou à une question non résolue, mais je crois que les faits de l'espèce n'en recelaient aucune, je conclus que l'interprétation donnée de la section Fc) de l'article premier de la Convention par la SSR est celle qui est la plus conforme à la justice et à la raison dans les circonstances.

Je tire la même conclusion en l'espèce en ce qui a trait à la décision de la SSR qu'il existe des raisons sérieuses de penser que le requérant a commis des crimes graves de droit commun.

Comme je l'ai mentionné plus tôt dans les présents motifs, la SSR n'a pas centré son attention sur la deuxième partie de la section Fb) de l'article premier, qui exige que les personnes dont on a des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis un crime grave de droit commun l'aient commis «en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés».

La section Fb) de l'article premier fait mention «du» pays d'accueil plutôt que «d'un» pays d'accueil. Dans une situation comme celle qui m'est soumise, où le requérant a eu plus d'un pays d'accueil depuis qu'il a quitté le pays à l'égard duquel il revendique le statut de réfugié au sens de la Convention, je conclus que le pays d'accueil visé doit être le pays d'accueil au moment où est examinée la question de

Thus, on the facts of this case, “the” country of refuge is Canada. The question remains, was the applicant ever admitted to “that country,” Canada, as a refugee?

In *Mileva v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>12</sup> Marceau J. A., in reasons concurring in the result, stated:

The first idea is that a person is necessarily a refugee before being recognized as such: he does not become a refugee because he is recognized, but is recognized because he is a refugee; there is first a situation of fact which gives rise to a condition, then recognition of a right which is expressed by a status.

Although Mr. Justice Marceau’s reasoning in this passage may not have found favour with his colleagues in the context in which he expressed it, I find it apt to the circumstances before me. The applicant arrived in Canada on July 20, 1991. Four days later he indicated to a Canadian official that, for the first time in his life, he intended to claim recognition as a Convention refugee. Thus, in the terms of the quotation from Marceau J.A., a situation of fact was created that gave rise to a condition. The reality that the fact might subsequently be determined not to be a fact at all, and thus, no status would be created through recognition of a right, is of no consequence. I conclude that the applicant’s country of refuge at the time his refugee claim was being considered by the CRDD was Canada and he had been admitted to Canada as a refugee at that time. There were serious reasons for considering that he had committed a serious non-political crime, prior to that time, outside of Canada, that is, in the United States.

I next turn to the question of whether the CRDD erred in failing to consider the inclusion of the applicant as a refugee as against Lebanon. In *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>13</sup> Mahoney J. A., in reasons concurred in by

l’application de la section Fb) de l’article premier. Par conséquent, compte tenu des faits, le pays d’accueil en cause dans la présente instance est le Canada. Il reste à déterminer si le requérant «y» a été admis comme réfugié.

Dans l’affaire *Mileva c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*<sup>12</sup>, le juge Marceau, J.C.A., a déclaré, dans ses motifs concordants quant au résultat:

La première idée est qu’une personne est nécessairement réfugiée avant d’être reconnue comme telle; elle ne devient pas réfugiée parce qu’elle est reconnue mais elle est reconnue parce qu’elle est réfugiée; on a d’abord une situation de fait qui donne lieu à un état, on a ensuite une reconnaissance de droit qui se traduit par un statut.

Bien que le raisonnement énoncé par le juge Marceau dans ce passage ait pu ne pas recevoir l’aval de ses collègues dans le contexte dans lequel il a été formulé, j’estime qu’il est valable dans la situation dont je suis saisi. Le requérant est arrivé au Canada le 20 juillet 1991. Quatre jours plus tard, il a indiqué à un fonctionnaire canadien que, pour la première fois de sa vie, il avait l’intention de demander à être reconnu comme un réfugié au sens de la Convention. Par conséquent, selon les termes utilisés par le juge Marceau, J.C.A., dans le passage cité, il y a eu création d’une situation de fait qui a donné lieu à un état. En réalité, il se peut que ce fait soit par la suite jugé inexistant et, par conséquent, qu’aucun statut ne soit créé à la suite d’une reconnaissance de droit, mais cette possibilité est sans conséquence. Je conclus que le pays d’accueil du requérant au moment où sa revendication du statut de réfugié a été examinée par la SSR était le Canada et, qu’à ce moment, il avait été admis au Canada comme réfugié. Il existait des raisons sérieuses de penser qu’il avait commis antérieurement un crime grave de droit commun en dehors du Canada, savoir aux États-Unis.

J’examinerai maintenant la question de savoir si la SSR a commis une erreur en s’abstenant de déterminer si le requérant était un réfugié par rapport au Liban. Dans l’affaire *Gonzalez c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*<sup>13</sup>, le juge Mahoney,

<sup>12</sup> [1991] 3 F.C. 398 (C.A.), at p. 411.

<sup>13</sup> [1994] 3 F.C. 646 (C.A.), at pp. 655-657.

<sup>12</sup> [1991] 3 C.F. 398 (C.A.), à la p. 411.

<sup>13</sup> [1994] 3 C.F. 646 (C.A.), aux p. 655 à 658.

Robertson J.A., Létourneau J. A. having written concurring reasons, stated:

The applicant based the argument that a finding on the merits is essential because the quality of persecution which a claimant might suffer if returned must be weighed against the gravity of what had been done to engage the exclusion clause and that the balance was a factor which the Refugee Board was required to take into account in deciding whether or not the exclusion clause ought to be invoked. That argument finds support in commentary if not jurisprudence, for example:

Article 1F excludes 'persons' rather than 'refugees' from the benefits of the Convention, suggesting that the issue of a well-founded fear of persecution is irrelevant and need not be examined at all if there are 'serious reasons for considering' that an individual comes within its terms. In practice, the claim to be a refugee can rarely be ignored, for a balance must also be struck between the nature of the offence presumed to have been committed and the degree of persecution feared. A person with a well-founded fear of very severe persecution, such as would endanger life or freedom, should only be excluded for the most serious reasons. If the persecution feared is less, then the nature of the crime or crimes in question must be assessed to see whether criminal character in fact outweighs the applicant's character as a bona fide refugee.

That passage appears under the subtitle of "Serious Non-Political Crimes" which are the subject of Article 1F(b), rather than 1F(a), but the commentary is not limited in its terms nor, given the way Article 1F is drafted, could the author apply his reasoning to anything but Article 1F in its entirety. Perusal of the other commentary to which we were referred satisfies me that it, too, finds its entire support in 1F(b).

Can crimes committed in the prosecution or suppression of a revolution be characterized as "non-political"? I doubt it. Perhaps the modifier "serious" in 1F(b) would make possible the balancing suggested but there is no room for it in 1F(a). The crimes of 1F(a) are, by any definition, extremely serious. In so far as the commentary has a message applicable to 1F(a), it may be that what has occurred in combat is not to be readily found to be a crime.

In my opinion, the reasoning of this Court in *Rasaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* ([1992] 1 F.C. 706 (C.A.)), which held the internal flight alternative concept to be inherent to the Convention refugee definition has application here. If a claimant had an internal flight alternative, there is simply no question of that claimant having ceased to be a Convention refugee. If there was an internal flight alternative, the claimant never was a Convention refugee because the expressed unwillingness to return to the country of nationality

J.C.A., a déclaré, dans des motifs auxquels a souscrit le juge Robertson, J.C.A., le juge Létourneau, J.C.A., ayant rédigé des motifs concordants:

Le requérant soutient qu'une conclusion quant au bien-fondé de la revendication est essentielle parce que la persécution qu'il pourrait subir advenant son retour doit être appréciée au regard de la gravité des actes susceptibles de donner lieu à l'application de la disposition d'exclusion; selon lui, cette appréciation est un facteur dont la Commission du statut de réfugié devait tenir compte pour décider s'il y avait lieu d'invoquer la clause d'exclusion. Cet argument est étayé par la doctrine sinon par la jurisprudence, comme en témoigne le passage suivant:

[TRADUCTION] L'article 1F exclut les «personnes» et non les «réfugiés» de la protection de la Convention, laissant ainsi croire que la question du bien-fondé de la crainte de persécution n'est pas pertinente et qu'il n'y a pas lieu de l'examiner s'il existe des «raisons sérieuses de penser» qu'un individu est visé par ces dispositions. En pratique, il peut rarement ne pas être tenu compte de la revendication du statut de réfugié car il faut aussi établir une pondération entre la nature de l'infraction reprochée et le degré de persécution appréhendée. La personne qui craint avec raison de subir des persécutions de nature à mettre sa vie ou sa liberté en danger ne devrait être exclue que pour des motifs très sérieux. Si le degré de persécution appréhendée est moindre, la nature du ou des crimes en cause doit être appréciée pour voir si, de fait, la moralité criminelle du requérant empêche de le considérer comme un réfugié de bonne foi.

Ce passage apparaît sous le sous-titre «Crimes graves de droit commun», lesquels sont visés par la section Fb) de l'article premier et non par Fa). Vu cependant le caractère non limitatif de ce commentaire et le libellé de la section F, de l'article premier, l'auteur ne pouvait appliquer son raisonnement qu'au paragraphe dans son ensemble. L'analyse d'un autre commentaire cité devant nous me convainc que lui aussi est entièrement étayé par Fb) de l'article premier.

Les crimes commis par les auteurs d'une révolution ou ses opposants peuvent-ils être qualifiés de crimes de «droit commun»? J'en doute. Peut-être l'adjectif «grave» utilisé à la section Fb) de l'article premier rend-il possible la pondération suggérée mais on ne retrouve rien de tel à la section Fa). Les crimes visés par cette dernière disposition sont, par définition, extrêmement graves. Dans la mesure où le commentaire s'applique aussi à cette disposition, c'est peut-être que ce qui se produit en situation de combat ne doit pas forcément être considéré comme un crime.

À mon avis, le raisonnement de cette Cour dans l'arrêt *Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* ([1992] 1 C.F. 706 (C.A.)), où il a été décidé que le concept de possibilité de refuge dans une autre partie du même pays est inhérent à la définition de réfugié au sens de la Convention, s'applique en l'espèce. Dans le cas d'un demandeur ayant eu la possibilité de se réfugier dans une autre partie du même pays, la question de savoir s'il a cessé d'être un réfugié au sens de la Convention ne se pose tout simplement pas. S'il y avait effecti-

by reason of fear of persecution was necessarily not well-founded objectively.

I find nothing in the Act that would permit the Refugee Division to weigh the severity of potential persecution against the gravity of the conduct which has led it to conclude that what was done was an Article 1F(a) crime. The exclusion of Article 1F(a) is, by statute, *integral to the definition*. Whatever merit there might otherwise be to the claim, if the exclusion applies, the claimant simply cannot be a Convention refugee.

In my opinion, there is no error in law in either approach but there is a practical reason for the Refugee Division to deal with all elements of a claim in its decision. If it were to hold without reviewable error that, but for the exclusion, a claim was not well-founded, it would not be necessary, as it was in *Moreno*, for the matter to be referred back for yet another full hearing should a court find that the exclusion had been wrongly invoked. On the other hand, if it were to hold, as it did in *Ramirez* and *Sivakumar*, that the claim was well-founded but for application of the exclusion and, unlike those cases, it were found on appeal to have erred in applying it, this Court could make the necessary declaration without requiring the Refugee Division to deal with it again. Taxpayers might appreciate the economies of that approach.<sup>14</sup> [Underlining added by me for emphasis.]

Thus, it is settled that inclusion need not have been considered as against Lebanon, however desirable it might have been to do so, if the particular exclusion here in question were under Article 1F(a) rather than Article 1F(b). Mahoney J. A. left the issue open, at least to some degree, on the fact situation that was here before the CRDD.

<sup>14</sup> The commentary quoted within the above quotation from *Gonzalez* is footnoted as follows: Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1983, at pp. 61-62. See also Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1966, Vol. 1, at pp. 297-298 and U.N.H.C.R., Canadian Branch, *Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practice Violence*, Paper 5, Ottawa, 1989.

vement une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays, le demandeur n'a jamais été un réfugié au sens de la Convention parce que sa réticence à retourner dans le pays de sa nationalité par crainte de la persécution n'était de toute évidence pas fondée objectivement.

*a* À mon avis, rien dans la Loi ne permet à la section du statut de réfugié d'apprécier la sévérité de la persécution potentielle au regard de la gravité de la conduite qui l'a amenée à conclure qu'il s'agissait d'un crime visé par la section Fa) de l'article premier. L'exclusion de la section Fa) de l'article premier fait, en vertu de la loi, partie intégrante de la définition. Quel que soit par ailleurs le bien-fondé de sa revendication, le demandeur ne peut aucunement être un réfugié au sens de la Convention si l'exclusion s'applique.

*c* À mon avis, l'une ou l'autre voie est exempte d'erreur de droit mais il serait souhaitable, pour des raisons pratiques, que la section du statut de réfugié traite dans sa décision de tous les éléments d'une revendication. Si, en l'absence d'erreur susceptible d'examen, elle devait décider que, n'eût été l'exclusion, la revendication était mal fondée, il ne serait pas nécessaire, contrairement à ce qui s'est passé dans l'arrêt *Moreno*, de renvoyer l'affaire pour une nouvelle audition dans le cas où le tribunal conclurait que l'exclusion a été invoquée à tort. Par contre, si elle devait décider, comme dans les arrêts *Ramirez* et *Sivakumar*, que la revendication aurait été bien fondée n'eût été l'application de la clause d'exclusion mais qu'à la différence de ces arrêts, il était jugé en appel que la section avait commis une erreur en appliquant cette clause, le tribunal ferait alors la déclaration nécessaire mais sans exiger que la section du statut se saisisse à nouveau de l'affaire. Les contribuables apprécieraient peut-être l'économie ainsi réalisée<sup>14</sup>. [J'ai ajouté le soulignement pour mettre ce passage en évidence.]

*e* Par conséquent, il est établi qu'il n'aurait pas été obligatoire de déterminer si le requérant était un réfugié par rapport au Liban, peu importe la mesure dans laquelle cet examen aurait été désirable, si l'exclusion particulière en cause était celle prévue de la section Fa) de l'article premier plutôt qu'à la section Fb) de l'article premier. Le juge Mahoney, J.C.A., a laissé sans réponse, du moins dans une certaine mesure, la situation de fait dont la SSR a été saisie en l'espèce.

<sup>14</sup> La doctrine citée dans l'extrait de l'arrêt *Gonzalez* reproduit ci-dessus renvoie à la note en bas de page suivante: Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1983, aux p. 61 et 62. Voir également Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, A.W. Sijthoff, Leyden, 1966, Vol. 1, aux p. 297 et 298 et H.C.N.U.R., Délégation pour le Canada, *Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practice Violence*, Paper 5, Ottawa, 1989.

In *Cardenas v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*,<sup>15</sup> the Associate Chief Justice, in considering a case involving the application of Article 1F(a), stated:

The board must be extremely cautious in its application of the exclusion clause, particularly in situations such as this one where it has concluded that the claimant has a well-founded fear of persecution in his country of origin. In light of the potential danger faced by such a claimant, the board must base its decision to exclude only on clear and convincing evidence, not simply on suspicion and speculation.

The CRDD was aware at the time that it dealt with this matter that bench warrants had been issued for the arrest of the applicant in the state of California and that extradition proceedings seeking return of the applicant to the United States had been commenced. There was no evidence before me that those proceedings had reached a conclusion by the time the CRDD issued its decision. If they had, and if it was clear that the applicant would leave Canada to return to the United States rather than to return to Lebanon, I would conclude that the CRDD made no error in failing to consider the applicant's Convention refugee status in respect of Lebanon. But that is not the case. As Mahoney J.A. pointed out in the quotation from *Gonzalez* above, the commentary which is also part of that quotation appears under the subtitle "Serious Non-Political Crimes" which are the subject of Article 1F(b), the Article here under consideration. That article contains a qualitative qualifier, "serious" that has no equivalent in Articles 1F(a) and (c). It is conceivable that what might, in abstract, be considered to be a serious non-political crime in respect of this applicant might not in relative terms be considered so "serious" when weighed against the risk that return of the applicant to Lebanon might present.

Against the cautionary note sounded by the Associate Chief Justice in *Cardenas*, a cautionary note with which I concur, I conclude that the CRDD erred in law in failing to consider the applicant's Convention refugee claim as against Lebanon and in failing

<sup>15</sup> (1994), 23 Imm. L.R. (2d) 244 (F.C.T.D.), at p. 252.

Dans la décision *Cardenas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>15</sup>, le juge en chef adjoint a déclaré, relativement à l'application de la section Fa) de l'article premier:

La Commission doit être extrêmement prudente dans son application de la clause d'exclusion, et particulièrement dans des situations telles que celle-ci où elle admet que le demandeur de statut craint avec raison d'être persécuté dans son pays d'origine. Étant donné les dangers que risque de courir, dans ce genre de situation, le demandeur de statut, la Commission doit fonder sa décision d'exclusion sur des preuves nettes et convaincantes, et non simplement sur des soupçons et des conjectures.

Au moment où elle a tranché la demande du requérant, la SSR savait que des mandats d'amener avaient été décernés afin que le requérant soit arrêté dans l'État de la Californie et qu'une procédure d'extradition en vue d'obtenir son retour aux États-Unis avait été engagée. Aucun élément de preuve produit devant moi n'établit que cette procédure était terminée au moment où la SSR a prononcé sa décision. Si elle l'avait été, et s'il avait été évident que le requérant retournerait aux États-Unis plutôt qu'au Liban en quittant le Canada, je conclurais que la SSR n'a commis aucune erreur en s'abstenant de se prononcer sur le statut de réfugié au sens de la Convention du requérant par rapport au Liban. Mais tel n'est pas le cas. Comme l'a souligné le juge Mahoney, J.C.A., dans l'extrait de l'arrêt *Gonzalez* cité plus haut, le passage cité dans cet extrait apparaît sous le sous-titre «Crimes graves de droit commun», lesquels sont visés par la section Fb) de l'article premier en cause dans la présente espèce. Cette disposition utilise l'adjectif qualificatif «grave» dont aucun équivalent ne figure dans les sections Fa) et Fc) de l'article premier. On peut concevoir qu'une infraction qui pourrait être considérée, hors contexte, comme un crime grave de droit commun relativement au requérant puisse, en termes relatifs, ne pas être considérée comme aussi «grave» lorsqu'on l'apprécie au regard du risque que pourrait courir le requérant s'il retournait au Liban.

Vu l'avertissement servi par le juge en chef adjoint dans l'affaire *Cardenas*, avertissement auquel je souscris, je conclus que la SSR a commis une erreur de droit en s'abstenant de se prononcer sur la revendication du statut de réfugié du requérant par rapport

<sup>15</sup> (1994), 23 Imm. L.R. (2d) 244 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 252.



to balance the risk to the applicant that would flow from his return to Lebanon by reason of the exclusion clause against the seriousness of the serious non-political crimes here at issue. Having conducted that balancing, the CRDD would have then been in a position to determine whether the serious non-political crimes were of such a nature as to warrant the application of the exclusion clause and the imposition on the applicant of the risk that would flow from his return to Lebanon. If on the other hand, the outcome of a consideration of the applicant's refugee claim against Lebanon was such that he was determined not to be a Convention refugee, then, of course, no balancing would be required and no resort to the exclusion clause would have to be considered.

Finally, I turn to the issues of fairness. Although a number of concerns are raised in the applicant's material under this head, I will only comment on the failure of the CRDD to provide the applicant with notice that an exclusion clause, and particularly, Article 1F(b) would be considered. This matter has been referred to and dealt with in part earlier in these reasons.

The applicant's activities in the United States that led to his arrival in Canada were discussed briefly at the first hearing on this matter before the CRDD on January 21, 1993. At that time, the applicant was not represented by counsel. Following that hearing, on February 2, 1993, the refugee hearing officer provided to the applicant documentation that included the applicant's criminal record and sentencing abstract, bench warrants for his arrest and a "sanitized" decision of another panel of the CRDD that involved the application of Article 1F(c). When counsel for the applicant attempted to address the issue of the applicant's convictions on the second day of hearing, that is on August 20, 1993, he was prevented from reopening the issue. The hearing was adjourned at the end of the August 20 process and time was allowed to the applicant to October 20, 1993 to file additional affidavit evidence and to November 10 for closing submissions by the applicant's counsel. The refugee hearing officer was given to November 24 to file his or her closing submissions. Finally, time was given to December 1, 1993 to file

au Liban et d'apprécier le risque que présenterait pour le requérant son retour au Liban en raison de la clause d'exclusion au regard de la gravité des crimes graves de droit commun en cause en l'espèce. Si elle avait procédé à cette appréciation comparative, la SSR aurait été en mesure de déterminer si ces crimes graves de droit commun étaient de nature à justifier l'application de la clause d'exclusion et l'imposition, au requérant, du risque que comporterait son retour au Liban. Par contre, si l'examen de la revendication du statut de réfugié du requérant par rapport au Liban avait mené à la conclusion qu'il n'est pas un réfugié au sens de la Convention, aucune appréciation comparative n'aurait alors été nécessaire et il n'y aurait pas eu lieu de s'interroger sur l'application de la clause d'exclusion.

Enfin, j'examinerai les questions d'équité. Bien que le requérant soulève de nombreux éléments sous cette rubrique dans les documents qu'il a déposés, je me contenterai de me prononcer sur le défaut de la SSR d'informer le requérant que l'application d'une clause d'exclusion, et plus particulièrement de la section Fb) de l'article premier, serait examinée. Cette question a déjà été mentionnée et examinée en partie dans les présents motifs.

Les activités que le requérant a menées aux États-Unis et qui l'ont conduit au Canada ont été débattues brièvement lors de la première audience devant la SSR, le 21 janvier 1993. À ce moment, le requérant n'était pas représenté par avocat. À la suite de cette audience, l'agent d'audience a fourni au requérant, le 2 février 1993, des documents comprenant son dossier criminel et un résumé de la sentence prononcée contre lui, les mandats d'amener décernés en vue de son arrestation et une version «épurée» d'une décision d'un autre tribunal de la SSR concernant l'application de la section Fc) de l'article premier. Lorsque l'avocate du requérant a tenté de traiter de la question des condamnations du requérant le deuxième jour de l'audience, soit le 20 août 1993, on l'a empêchée de rouvrir la question. L'audience a été ajournée à la fin de la séance du 20 août; l'expiration du délai accordé au requérant pour déposer une preuve additionnelle par affidavit a été fixée au 20 octobre 1993 et celle du délai de présentation des observations finales de l'avocate du requérant a été fixée au 10 novembre. L'agent d'audience avait jusqu'au 24 novembre pour

the applicant's reply. On November 23, the refugee hearing officer gave notice to the applicant that application of the exclusion clause and Article 1F(c) was being considered. Following the notice given on November 23, 1993, no opportunity was provided to the applicant to file additional evidence. In the result, in any event, the CRDD focussed its decision on Article 1F(b) and not on Article 1F(c).

I am satisfied that this failure to effectively give notice and provide an opportunity to present evidence and make representations at any stage of the proceeding, tied as it was to the failure on the part of the CRDD and the refugee hearing officer to give notice to the Minister and an absence of involvement of the Minister on the Minister's own initiative, amounted to a failure to observe a principle of procedural fairness that goes to the heart of this matter. It is trite law that, in a matter such as this and in circumstances such as those before me, an applicant is entitled to reasonable notice of the issues considered to be central to the tribunal's decision and to an opportunity to respond. Over the two days on which this matter was heard, virtually all of the evidence and argument presented by the applicant related to the Convention refugee status of the applicant as against Lebanon. Only on the first day, and then very briefly and in the absence of counsel, did the issue of the applicant's criminal conduct in the United States come up for consideration. In effect, the applicant herein was ambushed as to the basis for the CRDD's determination against him.

On the basis of the foregoing analysis and my conclusions that the CRDD erred in law in failing to consider the applicant's inclusion as against Lebanon and, if necessary, to balance its finding thereon against exclusion on the basis of Article 1F(b), and failed to observe a principle of procedural fairness in not notifying the applicant in an effective and timely way of the fact that it was proposing to rely on Article 1F(b) and providing an opportunity to respond, I have allowed this application and referred this matter back to the Immigration and Refugee Board for rehearing and redetermination by a differently constituted panel.

déposer ses observations finales. Enfin, on a permis au requérant de déposer une réponse au plus tard le 1<sup>er</sup> décembre 1993. Le 23 novembre, l'agent d'audience a informé le requérant que l'application de la clause d'exclusion et la section Fc) de l'article premier serait examinée. À la suite de cet avis, on n'a donné à l'appelant aucune occasion de déposer une preuve additionnelle. Quoi qu'il en soit, la SSR a finalement axé sa décision sur la section Fb) de l'article premier et non sur la section Fc) de l'article premier.

Je suis convaincu que, compte tenu de l'omission de la SSR et de l'agent d'audience d'informer le ministre et de l'absence d'intervention du ministre de son plein gré, le défaut d'informer effectivement le requérant et de lui donner l'occasion de présenter une preuve et des observations à une étape quelconque de la procédure constitue un manquement à un principe d'équité procédurale qui touche au fond de l'affaire. Il va sans dire qu'en pareil cas et dans une situation comme celle dont je suis saisi, le requérant a le droit d'être raisonnablement informé des questions jugées essentielles à la décision du tribunal et d'avoir l'occasion d'y répondre. Au cours des deux jours de l'audience, la presque totalité de la preuve et de l'argumentation du requérant a concerné son statut de réfugié au sens de la Convention par rapport au Liban. La question du comportement criminel du requérant aux États-Unis a été soulevée uniquement le premier jour de l'audience, très brièvement et en l'absence de son avocate. Le requérant est en fait tombé dans un piège en ce qui a trait au fondement de la décision rendue contre lui par la SSR.

Compte tenu de l'analyse qui précède et de ma conclusion portant que la SSR a commis une erreur de droit en n'appréciant pas le statut de réfugié du requérant par rapport au Liban et, le cas échéant, en n'appréciant pas sa conclusion sur ce point au regard de l'exclusion prévue à la section Fb) de l'article premier, et qu'elle a violé un principe d'équité procédurale en n'informant pas le requérant effectivement et à temps qu'elle se proposait de fonder sa décision sur la section Fb) de l'article premier et en ne lui a fournissant pas l'occasion d'y répondre, j'ai accueilli la requête et renvoyé l'affaire à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour qu'un tribunal

I turn then to the issue of certification of a question. At paragraphs 60 and 61 of the respondent's further memorandum of argument filed with the Court on September 28, 1994, the respondent requests certification of the following question:

Does the Board have the jurisdiction to apply the exclusion clauses as part of the definition of Convention refugee, without "Ministerial participation" at the refugee hearing?

The respondent goes on to request certification of a further question in the event that the Court answers the above question in the negative. The second question is in the following terms:

In the event there must be "Ministerial participation" at all refugee hearings where the Board considers the application of the exclusion clauses, does "Ministerial participation" mean personal participation by the Minister's representative at the hearing, or can "Ministerial participation" be satisfied by the Minister submitting relevant documentary evidence concerning the claimant (such as certificates of conviction or the activities of the group to which the claimant is alleged to belong), as well as written representation, to the CRDD registry, to be provided to the Board panel hearing the claim, (with a copy of the documentary evidence and written submission to the claimant) without personal participation by the Minister's representative at the hearing?

(The first question is slightly modified from the text contained in the respondent's further memorandum of argument in accordance with discussion that took place at the hearing.)

Counsel for the applicant supported certification of the two questions. Further, she recommended certification of a third question in the following terms:

What is the proper procedure before the IRB when considering the applicability of the exclusion clauses and whether they must consider the validity of the Convention refugee claim prior to the applicability of exclusion?

Counsel for the respondent opposed certification of the applicant's suggested question on the basis that the issue as stated is settled law by virtue of the Court of Appeal's decision in *Gonzalez v. Canada (Minis-*

différemment constitué tiennent une nouvelle audition et rendent une nouvelle décision.

J'examinerai maintenant la question de la certification d'une question. Aux paragraphes 60 et 61 du mémoire additionnel de l'intimé déposé à la Cour le 28 septembre 1994, l'intimé demande la certification de la question suivante:

La Commission a-t-elle compétence pour appliquer les clauses d'exclusion comprises dans la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention», sans la «participation du ministre» à l'audience sur le statut de réfugié?

L'intimé demande de plus la certification d'une autre question dans l'éventualité où la Cour répondrait à la question susmentionnée par la négative. La deuxième question est ainsi libellée:

Si la «participation du ministre» est obligatoire à toutes les audiences sur le statut de réfugié au cours desquelles la Commission se prononce sur l'application des clauses d'exclusion, la «participation du ministre» s'entend-elle de la participation en personne à l'audience d'un représentant du ministre, ou la «participation du ministre» peut-elle se limiter à la présentation par le ministre, au greffe de la SSR, d'une preuve documentaire pertinente concernant le revendicateur (tel un certificat de déclaration de culpabilité ou les activités du groupe auquel le revendicateur appartient prétendument) et d'observations écrites qui sont transmises au tribunal de la Commission qui entend la revendication (une copie de la preuve documentaire et des observations écrites étant fournie au revendicateur) sans que le représentant du ministre participe en personne à l'audience?

(La première question a été légèrement modifiée par rapport au texte proposé dans le mémoire additionnel de l'intimé, de façon à tenir compte du débat tenu à l'audience.)

L'avocate du requérant appuie la certification de ces deux questions. Elle recommande en outre la certification d'une troisième question:

Quelle procédure doit suivre la Commission de l'immigration et du statut de réfugié lorsqu'elle examine l'applicabilité des clauses d'exclusion et la Commission doit-elle apprécier la validité de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention avant de décider si l'exclusion s'applique?

L'avocate de l'intimé s'est opposée à la certification de la question suggérée par le requérant, en prétendant que cette question est résolue compte tenu de la décision rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Im-*

*ter of Employment and Immigration*).<sup>16</sup> I am in agreement only in part with the position of counsel for the respondent. As indicated in the rather lengthy quotation from *Gonzalez* that appears earlier in these reasons, Mahoney J.A. leaves open the issue where application of the exclusion clause is based on Article 1F(b). He states [at page 656]:

Perhaps the modifier "serious" in Article 1F(b) would make possible the balancing suggested but there is no room for it in Article 1F(a).

In the result, despite the fact that I have answered the respondent's first question positively, I will certify the two questions proposed on behalf of the respondent and agreed to on behalf of the applicant and a third question in the following terms:

3. Where the Convention Refugee Determination Division is considering exclusion under Article 1F(b) of the Convention, is it required to consider the well-foundedness of the Convention refugee claimants' claim and then, if it is determined to be well-founded, to balance the seriousness of the non-political crime considered to have been committed by the claimant against the persecution feared by the claimant?

*migration*)<sup>16</sup>. Je suis d'accord en partie seulement avec la position de l'avocate de l'intimé. Comme l'indique le long passage de la décision *Gonzalez* cité dans les présents motifs, le juge Mahoney, J.C.A., n'a pas tranché cette question dans les cas où l'application de la clause d'exclusion se fonde sur la section Fb) de l'article premier. Il déclare [à la page 656]:

Peut-être l'adjectif «grave» utilisé à la section Fb) de l'article premier rend-il possible la pondération suggérée mais on ne retrouve rien de tel à la section Fa).

En conséquence, bien que j'aie répondu à la première question de l'intimé par l'affirmative, je certifierai les deux questions proposées par l'intimé et auxquelles on a consenti au nom du requérant, ainsi que la troisième question énoncée comme suit:

3. Lorsque la section du statut de réfugié envisage l'exclusion du revendicateur par application de la section Fb) de l'article premier de la Convention, doit-elle examiner le bien-fondé de sa revendication du statut de réfugié et, si elle conclut à son bien-fondé, doit-elle apprécier la gravité du crime de droit commun qu'il aurait commis au regard de la persécution qu'il craint de subir?

<sup>16</sup> *Supra*, footnote 13.

<sup>16</sup> Précitée, note 13.

	T-279-93		T-279-93
<b>Her Majesty the Queen (Plaintiff)</b>		<b>Sa Majesté la Reine (demanderesse)</b>	
v.		c.	
<b>Elizabeth Ann Poker (Defendant)</b>		<b>Elizabeth Ann Poker (défenderesse)</b>	
	T-280-93		T-280-93
<b>Her Majesty the Queen (Plaintiff)</b>		<b>Sa Majesté la Reine (demanderesse)</b>	
v.		c.	
<b>F. Marianne Folster (Defendant)</b>		<b>F. Marianne Folster (défenderesse)</b>	
<i>INDEXED AS: CANADA v. POKER (T.D.)</i>		<i>c RÉPERTORIÉ: CANADA c. POKER (1<sup>re</sup> INST.)</i>	

Trial Division, Cullen J.—Winnipeg, September 19; Ottawa, October 13, 1994.

*Native peoples — Taxation — Appeals from TCC decisions employment income earned for services performed in school, hospital located off reserve, but servicing Indian communities, exempt from taxation — Indian Act, s. 90(1)(a) deeming personal property purchased by Crown with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for use of Indians, situated on reserve — S. 90(1) not applicable — Salary, wages not purchased, but paid — Indian Act, s. 87 exempting from taxation personal property of Indian situated on reserve — Taxpayers residing on reserve — Situs of employment income — Purpose of ss. 87, 90 to prevent erosion of use of property on reserve lands — Liberal, purposive interpretation of statutes relating to Indians — Employment earnings from school, part of system of reserve schools, administrative office of which on reserve, deemed situated on reserve — Employment earnings from hospital not situated on reserve as employer not residing thereon; duties performed off reserve — Absent connecting factor other than taxpayer's residence, employment duties benefitting Indians on reserve insufficient to tie income to reserve.*

*Income tax — Exemptions — Appeals from TCC decisions employment income earned for services performed in school, hospital located near, but not on reserve, servicing Indian communities, exempt from taxation — Parliament funding construction, operation of school, health care of Indians using hospital pursuant to Constitution Act, s. 91 responsibility for Indians — Indian Act, s. 87 exempting from taxation personal property of Indians situated on reserve — Situs of employment income — Taxpayers residing on reserve — Circumstances surrounding employment closely connected to reserve — As administrative office on reserve, school part of system of*

Section de première instance, juge Cullen—Winnipeg, 19 septembre; Ottawa, 13 octobre 1994.

*Peuples autochtones — Taxation — Appels de décisions par lesquelles la CCI a statué que le revenu d'emploi gagné pour des services fournis dans une école et dans un hôpital situés hors réserve, mais desservant des communautés indiennes, était exempté de taxation — En vertu de l'art. 90(1)a de la Loi sur les Indiens, les biens personnels qui ont été achetés par Sa Majesté avec des deniers des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage d'Indiens sont tenus pour situés sur une réserve — L'art. 90(1) ne s'applique pas — Les traitements ou les salaires ne sont pas achetés, mais payés — L'art. 87 de la Loi sur les Indiens exempte de taxation les biens personnels d'un Indien situés sur une réserve — Contribuables résidant sur la réserve — Situs du revenu d'emploi — L'objet des art. 87 et 90 est d'éviter toute atteinte à l'utilisation des biens situés sur les réserves — Lois concernant les Indiens interprétées de façon libérale, en fonction de leur objet — Le revenu d'emploi gagné dans une école qui fait partie du réseau scolaire de la réserve et dont les bureaux administratifs sont situés sur la réserve est réputé situé sur la réserve — Le revenu d'emploi gagné dans l'hôpital n'est pas situé sur la réserve parce que l'employeur est situé à l'extérieur de la réserve; le travail est accompli à l'extérieur de la réserve — En l'absence d'un facteur de rattachement autre que la résidence du contribuable, les fonctions d'un emploi exercées au profit des Indiens d'une réserve ne suffisent pas à rattacher le revenu tiré de cet emploi à la réserve.*

*Impôt sur le revenu — Exemptions — Appels de décisions par lesquelles la CCI a statué que le revenu d'emploi gagné pour des services fournis dans une école et un hôpital situés à proximité mais à l'extérieur de la réserve et desservant les communautés indiennes est exempté de taxation — Le Parlement a fourni les fonds nécessaires à la construction et au fonctionnement de l'école, les soins de santé sont dispensés aux Indiens qui utilisent l'hôpital en vertu de l'art. 91 de la Loi constitutionnelle qui attribue la responsabilité des Indiens — L'art. 87 de la Loi sur les Indiens exempte de taxation les biens personnels d'un Indien situés sur une réserve — Situs du*

*reserve schools, employer residing on reserve — Employment earnings from school deemed situated on reserve — Employment earnings from hospital not situated on reserve as employer, hospital, not residing on reserve; duties performed off reserve.*

*Construction of statutes — Tax exemption under Indian Act, s. 87 — Purpose of legislation considered — Statutes relating to Indians to be liberally construed but courts to determine purpose intended by Parliament — Necessity for comprehensive approach to situs of employment income — All connecting factors interpreted in light of purpose of tax exemption.*

These were appeals from Tax Court decisions holding that employment income earned for services performed in a school and hospital that serviced Indian communities were exempt from taxation even though the facilities were not physically located on an Indian reserve.

The defendants were Indians who resided on the Norway House Indian Band reserve. Poker was employed by the Frontier School Division, the administrative office of which was located on the reserve, and her duties were primarily performed at the school, located adjacent to, but not within, the geographical boundaries of the reserve. The school primarily serviced Indian children. Funding for the school came primarily from the Government of Canada, pursuant to Parliament's responsibility for Indians under the *Constitution Act, 1867*, section 91.

Folster was employed by and at the Norway House Indian Hospital which was outside the geographical boundaries of the reserve. The hospital had been built by the Federal Government. About 80 per cent of the persons served by the hospital are status Indians. The funds for the status Indians who use the hospital come from Health and Welfare Canada, again under section 91 of the *Constitution Act, 1867*.

*Indian Act*, section 87 provides that the personal property of an Indian situated on a reserve is exempt from taxation. Paragraph 90(1)(a) provides that for the purposes of sections 87 and 89, personal property that was purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands shall be deemed to be situated on a reserve.

The Tax Court held that employment earnings are personal property and a tax on employment income is a tax on personal property. With respect to Poker, it concluded that, as the funds were paid by the Government of Canada to operate the school which had been established pursuant to treaty obligation, the defendant's employment earnings were deemed to be situated on the reserve and exempt from taxation. With respect to Folster, the Court concluded that the establishment of the hospital

*revenu d'emploi — Contribuables résidant sur la réserve — Les circonstances entourant l'emploi étaient très étroitement liées à la réserve — Les bureaux administratifs étant situés sur la réserve, l'école faisant partie du réseau scolaire de la réserve, l'employeur réside sur la réserve — Le revenu d'emploi provenant de l'école est réputé situé sur la réserve — Le revenu d'emploi provenant de l'hôpital n'est pas situé sur la réserve parce que l'employeur, l'hôpital, ne réside pas sur la réserve; le travail est accompli à l'extérieur de la réserve.*

*Interprétation des lois — Exemption de taxation prévue par l'art. 87 de la Loi sur les Indiens — Examen de l'objet de la Loi — Les lois concernant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale, mais les tribunaux doivent établir l'intention du législateur — La question du situs du revenu d'emploi doit être abordée globalement — Tous les facteurs de rattachement doivent être interprétés en regard de l'objet de l'exemption d'impôt.*

Il s'agissait d'appels formés à l'encontre de décisions par lesquelles la Cour de l'impôt a statué que le revenu d'emploi gagné pour des services fournis dans une école et un hôpital desservant des communautés indiennes était exempté de taxation, même si ces établissements n'étaient pas situés de fait sur une réserve indienne.

Les défenderesses étaient des Indiennes qui résidaient sur la réserve de la Bande indienne de Norway House. Mme Poker travaillait pour la Division scolaire Frontier, dont les bureaux administratifs étaient situés sur la réserve, et elle exerçait ses fonctions principalement à l'école, qui est adjacente à la réserve, mais n'est pas située à l'intérieur de ses limites géographiques. L'école desservait principalement des enfants indiens. L'école était financée principalement par le gouvernement du Canada, en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui lui attribue la responsabilité des Indiens.

Mme Folster travaillait au Norway House Indian Hospital qui était son employeur et qui se trouvait à l'extérieur des limites géographiques de la réserve. L'hôpital a été construit par le gouvernement fédéral. Environ 80 p. 100 des personnes qui utilisent les services de l'hôpital sont des Indiens inscrits. C'est Santé et Bien-être Canada qui fournit les fonds liés à l'utilisation de l'hôpital par les Indiens inscrits, également en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'article 87 de la *Loi sur les Indiens* exempte de taxation les biens personnels d'un Indien situés sur la réserve. L'alinéa 90(1)a dispose que, pour l'application des articles 87 et 89, les biens personnels qui ont été achetés par Sa Majesté avec des deniers des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes sont tenus pour situés sur une réserve.

La Cour de l'impôt a statué que le revenu d'emploi constitue un bien personnel et que, en conséquence, l'impôt touchant le revenu d'emploi est un impôt sur un bien personnel. En ce qui a trait à Mme Poker, elle a conclu que, parce que les fonds de fonctionnement de l'école établie en exécution d'une obligation imposée par un traité avaient été payés par le gouvernement du Canada, le revenu d'emploi de la défenderesse était réputé situé sur la réserve et exempté de taxation. En ce qui a

pursuant to the decision to provide health care to Indians by the Government of Canada, the continuing funding of the health services at the hospital by that Government, and the specific location of the hospital in relation to the reserve lands, taxpayer's employment earnings were deemed to be situated on the reserve and were exempt from taxation.

The issues were: (1) whether income earned off the reserve is personal property purchased by the Crown with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands by virtue of the *Indian Act*, subsection 90(1); and (2) whether income earned off the reserve is personal property situated on the reserve and exempt from taxation by virtue of *Indian Act*, section 87.

*Held*, the Poker appeal should be dismissed; the Folster appeal should be allowed.

Salary or wages are not purchased, but are paid, by Her Majesty, for services rendered by her employees out of monies appropriated for that purpose by Parliament. The employment income of the defendants was not property purchased by Her Majesty and was not situated on a reserve. The employment income was not exempt from taxation under subsection 90(1).

Most of the requirements of section 87 had been met. The receipt of employment income was personal property. The property was owned by Indians. The Indians were being taxed in respect of that property, since it was included in their income for the purpose of income taxation. The remaining question was whether the property was situated on a reserve.

A purposive approach should be adopted when considering the *situs* of employment income. The first step is to identify the various connecting factors, analyze them, and determine the weight to be placed thereon in identifying the location of the property, in light of (1) the purpose of the exemption under the *Indian Act*; (2) the type of property in question, and (3) the nature of the taxation of that property. The purpose of sections 87 and 90 is to preserve the entitlement of Indians to their reserve lands and to ensure that the use of their property on reserve lands would not be eroded by the ability of governments to tax or creditors to seize. The Court must ask whether taxation of that form of property would amount to the erosion of the entitlement of that property of the Indian *qua* Indian on a reserve. Treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed. Courts should attempt to construe provisions of treaties as the Indians may be taken to have understood them. Courts should attempt to glean the purpose of statutes intended by Parliament. A liberal interpretation of the statutory tax exemption provisions, coupled with an interpretation of Parliament's intent for the provisions, demands a comprehensive approach to the *situs* of employment income. Not any one condition determines the *situs* of employment income; rather it is all of the connecting factors interpreted in light of the pur-

trait à Mme Folster, l'établissement de l'hôpital conformément à la décision prise par le gouvernement du Canada de fournir des soins de santé aux Indiens, le financement actuel et continu par le gouvernement du Canada des services de santé dispensés à l'hôpital et l'emplacement précis de l'hôpital par rapport à la réserve ont amené la Cour à conclure que le revenu d'emploi de la défenderesse était réputé situé sur la réserve et exempté de taxation.

Les questions à trancher étaient les suivantes: (1) Le revenu gagné à l'extérieur de la réserve constitue-t-il un bien personnel acheté par Sa Majesté avec des deniers des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes au sens du paragraphe 90(1) de la *Loi sur les Indiens*? (2) Le revenu gagné à l'extérieur de la réserve constitue-t-il un bien personnel situé sur la réserve et exempté de taxation par application de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*?

*Jugement*: l'appel concernant Mme Poker doit être rejeté; l'appel concernant Mme Folster doit être accueilli.

Les traitements ou les salaires ne sont pas achetés, mais payés par Sa Majesté en contrepartie des services fournis par ses employés, au moyen des fonds votés à cette fin par le Parlement. Le revenu d'emploi des défenderesses n'est pas un bien acheté par Sa Majesté et n'est pas situé sur une réserve. Le revenu d'emploi n'était pas exempté de taxation par application du paragraphe 90(1).

La plupart des exigences posées par l'article 87 ont été respectées. Le revenu d'emploi était un bien personnel. Ce bien appartenait à des Indiennes. Les Indiennes ont dû payer un impôt relativement à ce bien, étant donné qu'il était inclus dans leur revenu aux fins de l'impôt sur le revenu. La question qui demeurerait irrésolue était celle de savoir si le bien en cause était situé sur une réserve.

Il faut adopter une méthode axée sur les buts poursuivis pour déterminer le *situs* d'un revenu d'emploi. Il faut d'abord identifier les divers facteurs de rattachement, les analyser, puis déterminer le poids à leur accorder afin d'identifier l'emplacement du bien en tenant compte de trois choses: (1) l'objet de l'exemption prévue dans la *Loi sur les Indiens*, (2) le genre de bien en cause et (3) la nature de l'imposition de ce bien. L'objet des articles 87 et 90 est de préserver le droit des Indiens à leurs réserves et d'éviter que la capacité des gouvernements de prélever des impôts ou des créanciers de saisir des biens porte atteinte à l'utilisation de leurs biens situés sur les réserves. La Cour doit se demander si l'imposition de ce type de bien représenterait une atteinte aux droits de l'Indien à titre d'Indien sur une réserve. Les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale. Les tribunaux judiciaires doivent tenter d'interpréter les dispositions des traités de la façon dont on peut supposer que les Indiens les ont comprises. Les tribunaux doivent tenter de faire la lumière sur l'intention du législateur. Une interprétation libérale des dispositions législatives créant l'exemption d'impôt, combinée à l'interprétation de l'intention du législateur, exige qu'on aborde globalement la question du *situs* du revenu d'emploi. Une condition unique ne saurait déterminer le *situs* d'un revenu d'emploi; il

pose of the tax exemption. The factors to be given the greatest weight in determining the *situs* of employment income herein were the residence of the employer and the location where the duties of employment were performed. Residence of the taxpayers was less important than the above-mentioned factors.

Poker was paid by the Frontier School Division. The administrative office of the employer was located on the reserve. Accordingly, the residence of the debtor (the employer) was on the reserve. Taxpayer as well resided on the reserve. Although the place of employment was not physically on the reserve, the nature or purpose of taxpayer's employment was closely connected to the reserve. The school in question and schools on the reserve were seen by the Frontier School Division and the Band as one system. The defendant's work was performed off the reserve on instructions from her employer. Most of the students were Indians. The Government of Canada provided operating funds as part of its programme to fund services, including education, for Indians. The circumstances surrounding the employment, and the income earned therefrom, point to the reserve. The taxpayer's employment earnings were deemed to be situated on the reserve and exempt from taxation.

Folster's employer was the hospital. She performed her duties of employment at the hospital which was not on the reserve. Her employer was not resident on the reserve; likewise she performed her employment duties off the reserve, although she lived there. The nature or purpose of, and the circumstances surrounding the employment were closely connected to the reserve. Absent any connecting factor other than taxpayer's residence, employment duties which are to the benefit of Indians on a reserve are not sufficient to tie the income arising from the employment to the reserve. The employment earnings were not situated on the reserve.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act to amend the Tax Court of Canada Act and other Acts in consequence thereof*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 27.

*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].

*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.

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 81(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 46).

*Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 2(1), 87, 89, 90.

*Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 12 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 4).

faut plutôt tenir compte de tous les facteurs de rattachement interprétés à la lumière de l'objet de l'exemption d'impôt. En ce qui a trait au revenu d'emploi, les facteurs auxquels il fallait accorder le plus de poids étaient la résidence de l'employeur et l'endroit où les fonctions de l'emploi étaient exercées. La résidence des contribuables avait une importance moindre que celle des facteurs susmentionnés.

Mme Poker était rémunérée par la Division scolaire Frontier. Le bureau administratif de l'employeur était situé sur la réserve. En conséquence, la résidence du débiteur (l'employeur) se trouvait sur la réserve. La contribuable résidait également sur la réserve. Bien que le lieu de travail n'ait pas été situé de fait sur la réserve, la nature ou l'objet de l'emploi étaient étroitement liés à la réserve. L'école en cause et les écoles situées sur la réserve sont considérées comme appartenant à un seul et même réseau par la Division scolaire Frontier et par la Bande. La défenderesse accomplissait son travail à l'extérieur de la réserve, conformément aux instructions reçues de son employeur. La plupart des élèves étaient des Indiens. Le gouvernement du Canada fournissait des fonds de fonctionnement dans le cadre de son programme de financement de services, et notamment de services éducatifs, au profit des Indiens. Les circonstances relatives à l'emploi et au revenu tiré de cet emploi désignent la réserve. Le revenu d'emploi de la défenderesse était réputé situé sur la réserve et exempté de taxation.

L'employeur de Mme Folster était l'hôpital. Elle exerçait ses fonctions à l'hôpital, qui se trouve à l'extérieur des limites de la réserve. Son employeur ne résidait pas sur la réserve; de plus, elle exerçait ses fonctions à l'extérieur de la réserve, même si elle y résidait. La nature ou l'objet de son emploi, ainsi que les circonstances relatives à son emploi étaient étroitement liés à la réserve. En l'absence d'un facteur de rattachement autre que la résidence du contribuable, les fonctions d'un emploi exercées au profit des Indiens d'une réserve ne suffisent pas à rattacher le revenu tiré de cet emploi à la réserve. Le revenu d'emploi n'était pas situé sur la réserve.

#### 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].

*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 de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 81(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 46).

*Loi modifiant la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt et d'autres lois en conséquence*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 51, art. 27.

*Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, art. 12 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 51, art. 4).



*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 2(1), 87, 89, 90.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *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; *R. v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103; (1978), 92 D.L.R. (3d) 333; [1978] CTC 680; 78 DTC 6488 (T.D.); affd [1985] F.C.J. No. 820 (QL) (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied [1986] 1 S.C.R. xi (as to interpretation of *Indian Act*, s. 90(1)(a)); *Horn v. M.N.R.*, [1989] 3 C.N.L.R. 59; [1989] 1 C.T.C. 2208; (1989), 89 DTC 147 (T.C.C.); *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41 (for proposition receipt of employment income is personal property for the purposes of tax exemption); *Brant (H.W.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2635; (1992), 92 DTC 2274 (T.C.C.); *McNab (B.) v. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 2547 (T.C.C.).

## CONSIDERED:

*Federation of Saskatchewan Indians v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2117; (1992), 92 DTC 1749 (T.C.C.); *Boissoneau v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1992] T.C.J. No. 338 (QL) (T.C.C.); *R. v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103; (1978), 92 D.L.R. (3d) 333; [1978] CTC 680; 78 DTC 6488 (T.D.); affd [1985] F.C.J. No. 820 (QL) (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied [1986] 1 S.C.R. xi (as to test for determining *situs* of property under s. 87); *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41 (as to test to be applied in determining the *situs* of property under s. 87).

## REFERRED TO:

*Paul (D.N.) v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2413; (1990), 90 DTC 1298 (T.C.C.); *Gamble and Marion v. M.N.R.*, 83-1126 (IT) and 85-593 (IT), Cardin T.C.J., decision dated 24/9/87, T.C.C., not reported; *Pachanos (V.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2273; (1990), 90 DTC 1668 (T.C.C.); *Kirkness (M.F.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2028; (1991), 91 DTC 905 (T.C.C.); *Faries (B.L.) v. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2295; (1992), 92 DTC 1485 (T.C.C.); *Clarke (W.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2743; (1992), 92 DTC 2267 (T.C.C.).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *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; *R. c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103; (1978), 92 D.L.R. (3d) 333; [1978] CTC 680; 78 DTC 6488 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1985] A.C.F. n° 820 (QL) (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1986] 1 R.C.S. xi (quant à l'interprétation de la *Loi sur les Indiens*, art. 90(1a)); *Horn c. M.N.R.*, [1989] 3 C.N.L.R. 59; [1989] 1 C.T.C. 2208; (1989), 89 DTC 147 (C.C.I.); *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 (quant à la proposition selon laquelle le revenu d'emploi est un bien personnel aux fins de l'exemption de taxation); *Brant (H.W.) c. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2635; (1992), 92 DTC 2274 (C.C.I.); *McNab (B.) c. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 2547 (C.C.I.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Federation of Saskatchewan Indians c. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2117; (1992), 92 DTC 1749 (C.C.I.); *Boissoneau c. Canada (Ministre du Revenu national—M.N.R.)*, [1992] A.C.I. n° 338 (QL) (C.C.I.); *R. c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103; (1978), 92 D.L.R. (3d) 333; [1978] CTC 680; 78 DTC 6488 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1985] A.C.F. n° 820 (QL) (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1986] 1 R.C.S. xi (quant au critère de détermination du *situs* d'un bien sous le régime de l'art. 87); *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 (quant au critère à appliquer pour déterminer le *situs* d'un bien sous le régime de l'art. 87).

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Paul (D.N.) c. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2413; (1990), 90 DTC 1298 (C.C.I.); *Gamble et Marion c. M.N.R.*, 83-1126 (IT) et 85-593 (IT), Cardin J.C.I., décision en date du 24-9-87, C.C.I., non publiée; *Pachanos (V.) c. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2273; (1990), 90 DTC 1668 (C.C.I.); *Kirkness (M.F.) c. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2028; (1991), 91 DTC 905 (C.C.I.); *Faries (B.L.) c. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2295; (1992), 92 DTC 1485 (C.C.I.); *Clarke (W.) c. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2743; (1992), 92 DTC 2267 (C.C.I.).

## AUTHORS CITED

Canada. Department of National Revenue. Taxation. *Interpretation Bulletin* IT-62, August 18, 1972.  
Morry, Howard L. "Taxation of Aborigines in Canada" (1992), 21 *Man. L.J.* 426.

APPEALS from Tax Court decisions [*Clarke (W.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2743] holding that employment income earned for services performed in a school and hospital servicing Indian communities were exempt from taxation even though the facilities were not physically located on an Indian reserve. Appeal concerning income of school employee dismissed; that concerning income of hospital employee allowed.

## COUNSEL:

*Barbara M. Shields* for plaintiff.  
*Sidney Green, Q.C.* for defendants.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for plaintiff.  
*Sidney Green, Q.C.*, Winnipeg, for defendants.

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

CULLEN J.: These are appeals by the plaintiff from decisions of the Tax Court of Canada [*Clarke (W.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2743] concerning the defendants dated September 29, 1992, and were heard together.

Amendments made by S.C. 1988, c. 61, now R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51 [s. 4] to the *Tax Court of Canada Act* [R.S.C., 1985, c. T-2, s. 12] gave the Tax Court exclusive original jurisdiction on most income tax matters. However, pursuant to section 27 of R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, any appeal from a decision in a proceeding before January 1, 1991 is instituted before the Federal Court, Trial Division, as though the amendments had not been enacted. Although the Tax Court decision is dated in 1992, the Minister's decisions arose prior to January 1, 1991. Accordingly, this Court has jurisdiction to consider the appeals.

## DOCTRINE

Canada. Ministère du Revenu national. Impôt. *Bulletin d'interprétation* IT-62, 18 août 1972.  
Morry, Howard L. «Taxation of Aborigines in Canada» (1992), 21 *Man. L.J.* 426.

a

APPELS de décisions [*Clarke (W.) c. M.R.N.*, [1992] 2 C.T.C. 2743] par lesquelles la Cour canadienne de l'impôt a statué que le revenu d'emploi gagné pour des services fournis dans une école et un hôpital desservant des communautés indiennes était exempté de taxation même si ces établissements n'étaient pas situés de fait sur une réserve indienne. L'appel concernant le revenu de l'employée de l'école est rejeté; celui concernant le revenu de l'employée de l'hôpital est accueilli.

c

## AVOCATS:

*Barbara M. Shields* pour la demanderesse.  
*Sidney Green, c.r.* pour les défenderesses.

d

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour la demanderesse.  
*Sidney Green, c.r.*, Winnipeg, pour les défenderesses.

e

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

LE JUGE CULLEN: Il s'agit d'appels interjetés par la demanderesse à l'encontre de décisions concernant les défenderesses, rendues le 29 septembre 1992 par la Cour canadienne de l'impôt [*Clarke (W.) c. M.R.N.*, [1992] 2 C.T.C. 2743]; les appels ont été entendus simultanément.

f

Les modifications apportées à la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt* [L.R.C. (1985), ch. T-2, art. 12] par L.C. 1988, ch. 61, maintenant L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 51, [art. 4] ont conféré compétence exclusive à la Cour de l'impôt sur la plupart des questions concernant l'impôt sur le revenu. Toutefois, par application de l'article 27 de L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 51, l'appel d'une décision rendue dans une procédure intentée avant le 1<sup>er</sup> janvier 1991 est interjeté devant la Cour fédérale, Section de première instance, comme si les modifications n'avaient pas été édictées. Bien que la décision de la Cour de l'impôt ait été rendue en 1992, les décisions du ministre

i

j

The Tax Court allowed the appeals of the defendants from a decision of the Minister of National Revenue. The Court found that employment income earned for services performed in health and educational facilities that serviced Indian communities were exempt from taxation even though the facilities were not physically located on an Indian reserve.

### FACTS

The defendants are Indians within the meaning of subsection 2(1) of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, as amended, and resided on the reserve of the Norway House Indian Band (the reserve).

### ELIZABETH ANN POKER

This appeal concerns the 1981 and 1982 taxation years. In computing her income for those years, the defendant reported her earnings from the Jack River School (the school) as \$11,132.48 and \$12,875.83 respectively. In 1984, the defendant requested an adjustment on her earnings for 1981 and 1982 on the grounds that the above-noted amounts were exempt from taxation pursuant to section 87 of the *Indian Act*. Although a reassessment was issued, on further investigation, the Minister again included the earnings in the defendant's taxable income for the 1981 and 1982 taxation years. The correcting reassessment was dated January 7, 1986. The defendant objected by notices of objection, but the Minister's position was confirmed by a notice of confirmation dated December 21, 1987. On appeal to the Tax Court of Canada, Hamlyn T.C.C.J. referred the matter back to the Minister for reconsideration and reassessment on the basis that the employment earnings in question were deemed to be situated on a reserve and were exempt from taxation.

The defendant was employed by the Frontier School Division at the school and her duties of employment were primarily performed at the school.

sont antérieures au 1<sup>er</sup> janvier 1991. En conséquence, la Cour a compétence pour trancher les appels.

La Cour de l'impôt a accueilli les appels interjetés par les défenderesses à l'encontre d'une décision du ministre du Revenu national. La Cour a conclu que le revenu d'emploi gagné dans des établissements d'enseignement et de santé desservant les communautés indiennes était exempté de taxation, même si ces établissements n'étaient pas situés de fait sur une réserve indienne.

### LES FAITS

Les défenderesses sont des Indiennes au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6, modifiée, et elles résidaient sur la réserve de la bande indienne de Norway House (la réserve).

### ELIZABETH ANN POKER

Cet appel concerne les années d'imposition 1981 et 1982. Dans le calcul de son revenu pour ces années, la défenderesse a déclaré avoir reçu, de la Jack River School (l'école), des revenus de 11 132,48 \$ et de 12 875,83 \$, respectivement. En 1984, la défenderesse a demandé un rajustement de son revenu pour les années 1981 et 1982 au motif que les montants susmentionnés étaient exemptés de taxation par application de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*. Bien qu'une nouvelle cotisation ait été établie, après une enquête plus approfondie, le ministre a de nouveau inclus ces revenus dans le revenu imposable de la défenderesse pour les années d'imposition 1981 et 1982. La nouvelle cotisation apportant des corrections était datée du 7 janvier 1986. La défenderesse l'a contestée au moyen d'avis d'opposition, mais la position du ministre a été confirmée par un avis de confirmation daté du 21 décembre 1987. En appel devant la Cour canadienne de l'impôt, le juge Hamlyn a renvoyé l'affaire au ministre pour qu'il la réexamine et qu'il établisse une nouvelle cotisation en tenant pour acquis que le revenu d'emploi en cause était réputé situé sur une réserve et exempté de taxation.

La défenderesse travaillait dans une école en qualité d'employée de la Division scolaire Frontier; elle exerçait ses fonctions principalement à l'école.

The school is located adjacent to, but not within, the geographical boundaries of the reserve. The ownership of the land is disputed by the Norway House Indian Band.

The Frontier School Division, under which the school operates, is responsible for 37 schools in 34 northern Manitoba communities. For the 1991 school year, it received its operating revenue from the following sources:

Provincial Government	54.0%
Indian Bands	26.5%
Federal Government	11.5%
Private Organizations	6.5%
Municipal Levy	1.5%

It is believed by the parties that the percentage of operating revenue for the Frontier School Division was approximately the same in 1981 and 1982, the taxation years in question. In 1981, there were 468 students at the Jack River School, of which 314 were status Indians; in 1982, there were 421 students at the school, of which 302 were status Indians. Although the school admits non-native students, it primarily services Indian children.

A tuition agreement between the Government of Canada, the Manitoba Indian Brotherhood, and the Government of the province of Manitoba was in effect for the taxation years in question. Under this agreement, the federal government paid the Frontier School Division directly on a *per capita* basis for Indian students attending the school. In 1987, the Norway House Indian Band opted for Alternative Funding Arrangement status (AFA status) with Indian and Northern Affairs. AFA status permits the Band to receive a lump sum of money from Indian and Northern Affairs. In turn, the Band "purchases" educational services from the Frontier School Division.

Although the funding for the school came primarily from the Government of Canada, the defendant and the plaintiff agree that the defendant's employer was the Frontier School Division. The administrative office for the Frontier School Division was located on the reserve. Accordingly, the defendant's employer was situated on the reserve.

L'école est adjacente à la réserve, mais n'est pas située à l'intérieur de ses limites géographiques. La propriété du bien-fonds en cause est contestée par la Bande indienne de Norway House.

La Division scolaire Frontier, dont relève l'école, est responsable de 37 écoles dans 34 communautés du nord du Manitoba. Pour l'année scolaire 1991, son revenu de fonctionnement provenait des sources suivantes:

Gouvernement provincial	54,0 p. 100
Bandes indiennes	26,5 p. 100
Gouvernement fédéral	11,5 p. 100
Organismes privés	6,5 p. 100
Impôts municipaux	1,5 p. 100

Les parties croient que le revenu de fonctionnement de la Division scolaire Frontier se répartissait à peu près de la même façon en 1981 et en 1982, soit pour les années d'imposition en cause. En 1981, 468 élèves dont 314 Indiens inscrits fréquentaient la Jack River School; en 1982, l'école comptait 421 élèves dont 302 étaient des Indiens inscrits. Bien que l'école accepte les élèves non autochtones, elle dessert principalement des enfants indiens.

Une entente sur les frais de scolarité conclue entre le gouvernement du Canada, la Manitoba Indian Brotherhood et le gouvernement de la province du Manitoba était en vigueur au cours des années d'imposition en cause. En vertu de cette entente, le gouvernement fédéral a versé directement un montant donné à la Division scolaire Frontier pour chaque élève indien qui fréquentait l'école. En 1987, la bande indienne de Norway House a décidé de se prévaloir d'un mode optionnel de financement (MOF) auprès des Affaires indiennes et du Nord. Un MOF permet à la bande de recevoir une somme globale des Affaires indiennes et du Nord. En retour, la bande «achète» des services éducatifs de la Division scolaire Frontier.

Bien que l'école ait été financée principalement par le gouvernement du Canada, la défenderesse et la demanderesse ont convenu que l'employeur de la défenderesse était la Division scolaire Frontier. Les bureaux administratifs de la Division scolaire Frontier étaient situés sur la réserve. Par conséquent, l'employeur de la défenderesse était situé sur la réserve.

I cannot find that the school in question was built pursuant to an obligation under Treaty No. 5 (between Her Majesty the Queen and the Saulteaux and Swampy Cree Tribes of Indians at Beren's River and Norway House with adhesions). In this Treaty, Her Majesty the Queen "agrees to maintain schools for instruction in such reserves hereby made as to Her Government of the Dominion of Canada may seem advisable, whenever the Indians of the reserve shall desire it." There are two schools on the reserve lands (an elementary school and a high school) and it would be reasonable to find an obligation to maintain them pursuant to the Treaty. However, the school in question, also an elementary school, is off reserve lands and I cannot find that the Treaty provides for its maintenance, regardless that it serves primarily Indian students. However, I find that 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] the Parliament of Canada is granted responsibility for Indians. This responsibility intrudes into areas of provincial jurisdiction, like education. Pursuant to its obligations under the Constitution, the Government of Canada built and provided money for the operation of the school.

Status Indians employed at Frontier Division schools on the reserve are entitled to a tax exemption for their employment income under the *Indian Act*, whereas Indians employed at the school are denied. I accept that the schools situated on the reserve and the school in question are seen as one system by the Norway House Indian Band.

#### F. MARIANNE FOLSTER

This appeal by the plaintiff is in respect of the 1984 and 1985 taxation years. The defendant claimed as a deduction from her income the amounts of \$26,173.23 and \$22,528.27 respectively. The defendant claimed that 100 per cent of her employment income for the 1984 taxation year and 82 per cent of her employment income for the 1985 taxation year was exempt from taxation pursuant to section 87 of

Je ne peux conclure que l'école en cause a été construite en exécution d'une obligation prévue au Traité n° 5 (entre Sa Majesté la Reine et les tribus indiennes des Saulteux et des Cris de la savane à la rivière Berens et à Norway House et adhésions à ce dernier). Dans ce traité, Sa Majesté la Reine «consent à maintenir des écoles pour l'instruction dans telles réserves faites par les présentes, comme le jugera à propos son gouvernement du Canada, lorsque les Sauvages de la réserve le désireront». Il y a deux écoles dans la réserve (une école primaire et une école secondaire) et il serait raisonnable de conclure que le traité impose l'obligation de les maintenir. Toutefois, l'école en cause, qui est aussi une école primaire, est située à l'extérieur de la réserve et je ne peux conclure que le traité prévoit son maintien, indépendamment du fait qu'elle dessert principalement des élèves indiens. Je conclus cependant que 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] attribue la responsabilité des Indiens au Parlement du Canada. Cette responsabilité empiète sur des domaines de compétence provinciale, comme l'éducation. Le gouvernement du Canada a construit l'école et a fourni les fonds nécessaires à son fonctionnement en exécution de ses obligations constitutionnelles.

Les Indiens inscrits employés aux écoles de la Division Frontier situées sur la réserve ont droit à une exemption d'impôt pour leur revenu d'emploi, en vertu de la *Loi sur les Indiens*, alors que les Indiens employés à l'école n'y ont pas droit. J'admets que la bande indienne de Norway House considère les écoles situées sur la réserve et l'école en cause comme appartenant à un seul et même réseau.

#### F. MARIANNE FOLSTER

Cet appel interjeté par la demanderesse touche les années d'imposition 1984 et 1985. La défenderesse a déduit de son revenu des montants de 26 173,23 \$ et de 22 528,27 \$, respectivement. La défenderesse soutient que la totalité de son revenu d'emploi pour l'année d'imposition 1984 et 82 p. 100 de son revenu d'emploi pour l'année d'imposition 1985 sont exemptés de taxation en application de l'article 87 de

the *Indian Act*. By notices of assessment dated June 13, 1985 and May 22, 1986, the Minister of National Revenue disallowed the deduction. The defendant objected by notices of objection. The Minister's position was confirmed by a notice of confirmation, dated December 21, 1987. On appeal to the Tax Court of Canada, Hamlyn T.C.C.J. referred the matter back to the Minister for reconsideration and reassessment on the basis that the employment earnings in question were deemed to be situated on a reserve and were exempt from taxation.

The defendant was employed as an administrator at the Norway House Indian Hospital (the hospital) which is in the vicinity of, but not within, the geographical boundaries of the reserve. The hospital in question replaced an original facility which was located on the reserve. The old Norway House Indian Hospital required expansion and it was demolished when the new Norway House Indian Hospital was constructed.

The hospital is a general acute care facility, built by the Government of Canada. The hospital provides services to the people of the reserve. Approximately 80 per cent of the persons served by the hospital are status Indians although non-Native persons can and do occasionally make use of the facilities.

The funds for the status Indians who use the hospital come from Health and Welfare Canada. Specified funds may be found in the estimates for Health and Welfare Canada for medical health services for Indians. Although health care falls under provincial authority, under section 91 of the *Constitution Act, 1867*, the Government of Canada has assumed responsibility for the health care of Indians.

The hospital was built by Health and Welfare Canada, but there is a local administrator for the facility who works at the hospital. The defendant's duties of employment were performed at the hospital. I find that the defendant's employer was the hospital and that her employer is located off the reserve lands.

la *Loi sur les Indiens*. Par des avis de cotisation datés du 13 juin 1985 et du 22 mai 1986, le ministre du Revenu national a refusé cette déduction. La défenderesse a contesté cette décision au moyen d'avis d'opposition. La position du ministre a été confirmée par un avis de confirmation daté du 21 décembre 1987. En appel devant la Cour canadienne de l'impôt, le juge Hamlyn a renvoyé l'affaire au ministre afin qu'il la réexamine et qu'il établisse une nouvelle cotisation en tenant pour acquis que le revenu d'emploi en cause est réputé situé sur la réserve et exempté de taxation.

La défenderesse travaillait en qualité de gestionnaire au Norway House Indian Hospital (l'hôpital) qui se trouve à proximité de la réserve, mais à l'extérieur de ses limites géographiques. L'hôpital en cause a remplacé un premier établissement situé sur la réserve. L'ancien Norway House Indian Hospital n'était pas assez grand et il a été démoli lorsque le nouveau Norway House Indian Hospital a été construit.

L'hôpital est un établissement général de soins aigus construit par le gouvernement du Canada. L'hôpital dessert les personnes de la réserve. Environ 80 p. 100 des personnes qui utilisent les services de l'hôpital sont des Indiens inscrits, bien que les non-autochtones puissent s'y faire traiter et qu'ils le fassent à l'occasion.

C'est Santé et Bien-être Canada qui fournit les fonds liés à l'utilisation de l'hôpital par les Indiens inscrits. Des fonds spécifiques sont prévus dans les estimations de Santé et Bien-être Canada pour les services médicaux dispensés aux Indiens. Bien que les soins de santé soient de compétence provinciale, le gouvernement du Canada assume la responsabilité des soins de santé dispensés aux Indiens en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'hôpital a été construit par Santé et Bien-être Canada, mais une personne chargée de la gestion locale de l'établissement travaille à l'hôpital. La défenderesse exerçait ses fonctions à l'hôpital. Je conclus que l'employeur de la défenderesse était l'hôpital et que son employeur est situé à l'extérieur de la réserve.

THE DECISION OF THE TAX COURT

The Tax Court reviewed the relevant provisions of the *Indian Act* and the case law which concerned the interpretation of tax legislation relating to Indians. The Court determined that employment earnings are personal property. Accordingly, a tax on employment income is a tax on personal property. However, under section 87 of the *Indian Act*, personal property situated on the reserve is exempt from taxation. The purpose of section 87 is to preserve Indian entitlement to reserve land and to ensure that the use of property on reserve land is not eroded by the ability of governments to tax or creditors to seize.

With respect to the matter of Elizabeth Ann Poker, the Court concluded that, given the substantive designated funds paid by the Government of Canada to operate the school on a continuing basis and the establishment of the school pursuant to treaty obligation, the defendant's employment earnings were deemed to be situated on the reserve and were exempt from taxation.

Likewise, with respect to F. Marianne Folster, the Court concluded that the establishment of the hospital pursuant to the decision to provide health care to Indians by the Government of Canada, the present and continuing funding of the health services at the hospital by the Government of Canada, and the specific location of the hospital in relation to the reserve lands, the employment earnings of the defendant were deemed to be situated on the reserve and were exempt from taxation.

ISSUES

There are two issues before this Court:

1. whether income earned off the reserve is personal property purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands by virtue of subsection 90(1) of the *Indian Act*; and

LA DÉCISION DE LA COUR DE L'IMPÔT

La Cour de l'impôt a passé en revue les dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens* et la jurisprudence concernant l'interprétation des dispositions législatives à caractère fiscal concernant les Indiens. La Cour a statué que le revenu d'emploi constitue un bien meuble. En conséquence, l'impôt touchant le revenu d'emploi est un impôt sur un bien meuble. Toutefois, l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* exempte de l'impôt les biens meubles situés sur la réserve. L'objet de l'article 87 consiste à préserver les droits des Indiens à leurs réserves et à éviter que les pouvoirs des gouvernements et des créanciers en matière de taxation et de saisie respectivement portent atteinte à l'utilisation des biens des Indiens situés sur les réserves.

En ce qui a trait à la cause d'Elizabeth Ann Poker, la Cour a conclu que le revenu d'emploi de la défenderesse était réputé situé sur la réserve et exempté de taxation, parce que le gouvernement du Canada versait des fonds désignés importants pour faire fonctionner l'école de façon continue et que l'école avait été établie en exécution d'une obligation imposée par un traité.

De la même façon, en ce qui a trait à F. Marianne Folster, le fait que l'hôpital ait été établi conformément à la décision prise par le gouvernement du Canada de fournir des soins de santé aux Indiens, le financement actuel et continu par le gouvernement du Canada des services de santé dispensés à l'hôpital et l'emplacement précis de l'hôpital par rapport à la réserve ont amené la Cour à conclure que le revenu d'emploi de la défenderesse était réputé situé sur la réserve et exempté de taxation.

LES QUESTIONS EN LITIGE

Deux questions doivent être tranchées par la Cour:

1. Le revenu gagné à l'extérieur de la réserve constitue-t-il un bien meuble acheté par Sa Majesté avec l'argent des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes au sens du paragraphe 90(1) de la *Loi sur les Indiens*?

2. whether income earned off the reserve is personal property situated on the reserve and exempt from taxation by virtue of section 87 of the *Indian Act*.<sup>1</sup>

### RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

For ease of reference, I will set out the relevant provisions of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended [subsection 81(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 46)], and the *Indian Act*.

#### *Income Tax Act*

**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 of Canada, other than an amount received or receivable by an individual that is exempt by virtue of a provision contained in a tax convention or agreement with another country that has the force of law in Canada;

#### *Indian Act*

**87.** Notwithstanding any other Act of the Parliament of Canada or any Act of the legislature of a province, but subject to subsection (2) and to section 83, the following property is exempt from taxation, namely:

(a) the interest of an Indian or a band in reserve or surrendered lands; and  
(b) the personal property of an Indian or band situated on a reserve;

and no Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use of any property mentioned in paragraph (a) or (b) or is otherwise subject to taxation in respect of any such property; and no succession duty, inheritance tax or estate duty is payable on the death of any Indian in respect of any such property or the succession thereto if the property passes to an Indian, nor shall any such property be taken into account in determining the duty payable under the *Dominion Succession Duty Act*, being chapter 89 of the Revised Statutes of Canada, 1952, or the tax payable under the *Estate Tax Act*, on or in respect of other property passing to an Indian.

<sup>1</sup> Howard L. Morry in "Taxation of Aboriginals in Canada" (1992), 21 *Man. L.J.* 426, states [at page 429]:

The battle in the courts for the Indian tax exemption is usually fought over whether an Indian's or Band's property is situated on a reserve, because if it is situated on a reserve it will be exempt from tax.

2. Le revenu gagné à l'extérieur de la réserve constitue-t-il un bien meuble situé sur la réserve et exempté de taxation par application de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*<sup>1</sup>?

a

### LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

Pour plus de commodité, je reproduis les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifiée [paragraphe 81(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 46)], et de la *Loi sur les Indiens*.

#### *Loi de l'impôt sur le revenu*

**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 du Parlement du Canada, autre qu'un montant reçu ou à recevoir par un particulier qui est exonéré en vertu d'une disposition d'une convention ou d'un accord fiscal conclu avec un autre pays et qui a force de loi au Canada.

d

#### *Loi sur les Indiens*

**87.** Nonobstant toute autre loi du Parlement du Canada ou toute loi de la législature d'une province, mais sous réserve du paragraphe (2) et de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation, savoir:

a) l'intérêt d'un Indien ou d'une bande dans une réserve ou des terres cédées; et  
b) les biens personnels d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve;

f

et 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 a) ou b) ni autrement soumis à une taxation quant à l'un de ces biens. Aucun droit de mutation par décès, taxe d'héritage ou droit de succession n'est exigible à la mort d'un Indien en ce qui concerne un bien de cette nature ou la succession audit bien, si ce dernier est transmis à un Indien, et il ne sera tenu compte d'aucun bien de cette nature en déterminant le droit payable, en vertu de la *Loi fédérale sur les droits successoraux*, chapitre 89 des Statuts révisés du Canada de 1952, ou l'impôt payable en vertu de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*, sur d'autres biens transmis à un Indien ou à l'égard de ces autres biens.

g

h

<sup>1</sup> Howard L. Morry a déclaré, dans «Taxation of Aboriginals in Canada» (1992), 21 *Man. L.J.* 426 [à la page 429]:

[TRADUCTION] Le débat mené devant les tribunaux judiciaires en ce qui a trait à l'exemption d'impôt des Indiens touche habituellement la question de savoir si les biens des Indiens ou des bandes sont situés sur une réserve, parce que s'ils sont situés sur une réserve, ils sont exemptés d'impôt.



Section 83 of the *Indian Act*, referred to in section 87, has no application. Subsection 87(2), also mentioned, was repealed in 1960 by S.C. 1960, c. 8, although the reference to it in what was formerly subsection 86(1) remains in the legislation quoted above.

**89.** (1) Subject to this Act, the real and personal property of an Indian or a band situated on a reserve is not subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress or execution in favour or at the instance of any person other than an Indian.

(2) A person who sells to a band or a member of a band a chattel under an agreement whereby the right of property or right of possession thereto remains wholly or in part in the seller, may exercise his rights under the agreement notwithstanding that the chattel is situated on a reserve.

**90.** (1) For the purposes of sections 87 and 89, personal property that was

(a) purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands, or

(b) given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty,

shall be deemed always to be situated on a reserve.

(2) Every transaction purporting to pass title to any property that is by this section deemed to be situated on a reserve, or any interest in such property, is void unless the transaction is entered into with the consent of the Minister or is entered into between members of a band or between the band and a member thereof.

(3) Every person who enters into any transaction that is void by virtue of subsection (2) is guilty of an offence, and every person who, without the written consent of the Minister, destroys personal property that is by this section deemed to be situated on a reserve, is guilty of an offence.

#### THE NATURE AND PURPOSE OF THE EXEMPTION FROM TAXATION

The purpose of sections 87 and 90 of the *Indian Act* was discussed by La Forest J. in *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, and cited with approval in *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877. In *Mitchell*, *supra*, La Forest J. [at pages 130-131] expressed the view that the purpose of the sections was to preserve the entitlement of Indians to their reserve lands and to ensure that the use of their property on their reserve lands was not eroded by the ability of governments to tax or creditors to seize:

L'article 83 de la *Loi sur les Indiens*, mentionné à l'article 87, ne s'applique pas. Le paragraphe 87(2), aussi mentionné, a été abrogé en 1960 par S.C. 1960, ch. 8, bien qu'on trouve encore dans les dispositions citées ci-dessus un renvoi à ce paragraphe dans la disposition qui constituait à l'origine le paragraphe 86(1).

**89.** (1) Sous réserve de la présente loi, les biens réels et personnels d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien.

(2) Une personne, qui vend à une bande ou à un membre d'une bande un bien meuble en vertu d'une entente selon laquelle le droit de propriété ou le droit de possession y relatif demeure acquis en tout ou en partie au vendeur, peut exercer ses droits aux termes de l'entente, même si le bien meuble est situé sur une réserve.

**90.** (1) Pour l'application des articles 87 et 89, les biens personnels qui ont été

a) achetés par Sa Majesté avec des deniers des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes, ou

b) donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté,

sont toujours tenus pour situés sur une réserve.

(2) Toute opération tendant à transporter le titre à un bien considéré, selon le présent article, comme situé sur une réserve, ou tout intérêt dans un semblable bien, est nulle à moins qu'elle n'ait lieu avec le consentement du Ministre ou ne soit conclue entre les membres d'une bande ou entre une bande et l'un de ses membres.

(3) Quiconque conclut une opération déclarée nulle par le paragraphe (2) est coupable d'une infraction; est aussi coupable d'une infraction quiconque détruit, sans le consentement écrit du Ministre, un bien personnel considéré, selon le présent article, comme situé sur une réserve.

#### LA NATURE ET L'OBJET DE L'EXEMPTION DE TAXATION

Le juge La Forest a examiné l'objet des articles 87 et 90 de la *Loi sur les Indiens* dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, cité avec approbation dans l'arrêt *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877. Dans l'affaire *Mitchell*, précitée, le juge La Forest [aux pages 130 et 131] a exprimé l'opinion que l'objet de ces articles est de préserver le droit des Indiens à leurs réserves et d'éviter que les pouvoirs des gouvernements et des créanciers en matière de taxation et de saisie respectivement portent atteinte à

The exemptions from taxation and distraint have historically protected the ability of Indians to benefit from this property in two ways. First, they guard against the possibility that one branch of government, through the imposition of taxes, could erode the full measure of the benefits given by that branch of government entrusted with the supervision of Indian affairs. Secondly, the protection against attachment ensures that the enforcement of civil judgments by non-natives will not be allowed to hinder Indians in the untrammelled enjoyment of such advantages as they had retained or might acquire pursuant to the fulfillment by the Crown of its treaty obligations. In effect, these sections shield Indians from the imposition of the civil liabilities that could lead, albeit through an indirect route, to the alienation of the Indian land base through the medium of foreclosure sales and the like; see Brennan J.'s discussion of the purpose served by Indian tax immunities in the American context in *Bryan v. Itasca County*, 426 U.S. 373 (1976), at p. 391.

In summary, the historical record makes it clear that ss. 87 and 89 of the *Indian Act*, the sections to which the deeming provision of s. 90 applies, constitute part of a legislative "package" which bears the impress of an obligation to native peoples which the Crown has recognized at least since the signing of the Royal Proclamation of 1763. From that time on, the Crown has always acknowledged that it is honour-bound to shield Indians from any efforts by non-natives to dispossess Indians of the property which they hold *qua* Indians, i.e., their land base and the chattels on that land base.

It is also important to underscore the corollary to the conclusion I have just drawn. The fact that the modern-day legislation, like its historical counterparts, is so careful to underline that exemptions from taxation and distraint apply only in respect of personal property situated on reserves demonstrates that the purpose of the legislation is not to remedy the economically disadvantaged position of Indians by ensuring that Indians may acquire, hold, and deal with property in the commercial mainstream on different terms than their fellow citizens. An examination of the decisions bearing on these sections confirms that Indians who acquire and deal in property outside lands reserved for their use, deal with it on the same basis as all other Canadians.

Accordingly, in keeping with the purpose of sections 87 and 90 of the *Indian Act*, it is necessary to determine whether the Indian holds the property in question *qua* Indian on a reserve.

#### ANALYSIS, SECTION 90

It was not strenuously argued that the skills or services of the defendants were purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by

l'utilisation des biens des Indiens situés sur les réserves:

Historiquement, les exemptions de taxe et de saisie ont protégé de deux façons la capacité des Indiens de profiter de cette propriété. Premièrement, elles empêchent qu'un palier de gouvernement, par l'imposition de taxes, puisse porter atteinte à l'intégrité des bénéfices accordés par le palier de gouvernement responsable du contrôle des affaires indiennes. Deuxièmement, la protection contre les saisies assure que l'exécution de jugements obtenus par des non-Indiens en matière civile ne pourra entraver les Indiens dans la libre jouissance des avantages qu'ils ont acquis ou pourront acquérir conformément à l'exécution par la Couronne de ses obligations prévues par traité. Dans les faits, ces articles ont protégé les Indiens contre l'imposition d'obligations de nature civile qui pouvaient conduire, quoique indirectement, à l'aliénation de leurs terres à la suite de ventes forcées et par d'autres moyens semblables; voir l'examen par le juge Brennan du but des exemptions de taxe accordées aux Indiens en contexte américain dans l'arrêt *Bryan v. Itasca County*, 426 U.S. 373 (1976), à la p. 391.

En résumé, le dossier historique indique clairement que les art. 87 et 89 de la *Loi sur les Indiens*, auxquels s'applique la présomption de l'art. 90, font partie d'un ensemble législatif qui fait état d'une obligation envers les peuples autochtones, dont la Couronne a reconnu l'existence tout au moins depuis la signature de la Proclamation royale de 1763. Depuis ce temps, la Couronne a toujours reconnu qu'elle est tenue par l'honneur de protéger les Indiens de tous les efforts entrepris par des non-Indiens pour les déposséder des biens qu'ils possèdent en tant qu'Indiens, c'est-à-dire leur territoire et les chatels qui y sont situés.

Il est également important de souligner la conséquence de la conclusion que je viens de tirer. Le fait que la loi contemporaine, comme sa contrepartie historique, prenne tant de soin pour souligner que les exemptions de taxe et de saisie ne s'appliquent que dans le cas des biens personnels situés sur des réserves démontre que l'objet de la Loi n'est pas de remédier à la situation économiquement défavorable des Indiens en leur assurant le pouvoir d'acquérir, de posséder et d'aliéner des biens sur le marché à des conditions différentes de celles applicables à leurs concitoyens. Un examen des décisions portant sur ces articles confirme que les Indiens qui acquièrent et aliènent des biens situés à l'extérieur des terres réservées à leur usage le font aux mêmes conditions que tous les autres Canadiens.

Par conséquent, pour respecter l'objet des articles 87 et 90 de la *Loi sur les Indiens*, il faut déterminer si un Indien possède le bien en cause en tant qu'Indien sur la réserve.

#### ANALYSE, ARTICLE 90

Il n'a pas été soutenu vigoureusement que les compétences ou les services des défenderesses ont été achetés par Sa Majesté avec l'argent des Indiens ou

Parliament for the use and benefit of Indians. This proposition was discussed and rejected by Thurlow A.C.J. in *R. v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103 (T.D.) [at page 108]; affd [[1985] F.C.J. No. 820 (QL)] (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied, February 28, 1986 [[1986] 1 S.C.R. xi]:

In my opinion, it is not possible to regard the salaries here in question as “personal property that was purchased by Her Majesty” within the meaning of paragraph 90(1)(a) and I am unable to accept counsel’s submission that the paragraph should be interpreted as if it read “personal property that was . . . monies appropriated by Parliament” as I think that grammatically the word “purchased by Her Majesty with” govern the whole of the remainder of the paragraph. The provision therefore cannot apply.

In *Horn v. M.N.R.*, [1989] 3 C.N.L.R. 59 (T.C.C.), the Court also found that the appellant’s skills, training and background were not and could not have been purchased by Her Majesty. Lamarre Proulx T.C.J. stated [at page 62]:

With respect to the first proposition, I would say that Her Majesty cannot purchase the appellant’s skills and training as the appellant cannot divest herself of such skills or training. Such a proposition appears to me as a contract for slavery, something which is surely not meant by counsel for the appellant. In *Rapistan Canada Ltd. v. M.N.R.*, 48 D.L.R. (3d) 613 at page 616, Chief Justice Jaccett stated that:

. . . as far as I know, under no system of law in Canada, does knowledge, skill or experience constitute “property” that can be the subject matter of a gift, grant or assignment . . . . As I understand the law, knowledge or ideas, as such, do not constitute property.

The decisions in *National Indian Brotherhood*, *supra*, and *Horn*, *supra*, were subsequently applied in *Paul (D.N.) v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2413 (T.C.C.) and *Boissoneau v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1992] T.C.J. No. 338 (QL).

I accept the reasoning articulated in the above-noted cases. Salary or wages are not purchased by Her Majesty. Rather, salary or wages are paid by Her Majesty for services rendered by her employees out of monies appropriated for that purpose by Parliament. Accordingly, the employment income of the defendants is not property purchased by Her Majesty

des fonds votés par le Parlement à l’usage et au profit d’Indiens. Cette proposition a été examinée et rejetée par le juge en chef adjoint Thurlow dans l’affaire *R. c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103 (1<sup>re</sup> inst.) [à la page 108]; conf. [[1985] A.C.F. n° 820 (QL)] (C.A.F.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée le 28 février 1986 [[1986] 1 R.C.S. xi]:

À mon avis, il n’est pas possible de considérer le traitement en question comme «les biens personnels qui ont été achetés par Sa Majesté» au sens de l’alinéa 90(1)a) et je ne peux pas admettre l’allégation de l’avocat que ledit alinéa doit être interprété comme s’il se lisait «biens personnels qui ont été . . . des deniers . . . votés par le Parlement» car j’estime que, du point de vue grammatical, le membre de phrase «achetés par Sa Majesté avec» régit tout le reste de l’alinéa. La disposition n’est donc pas applicable.

Dans l’affaire *Horn c. M.R.N.*, [1989] 3 C.N.L.R. 59 (C.C.I.), la Cour a aussi conclu que les compétences, la formation et les antécédents de l’appelante n’avaient pas été achetés par Sa Majesté et ne pouvaient pas l’avoir été. Le juge Lamarre Proulx de la Cour de l’impôt a déclaré [à la page 62]:

Pour ce qui est de la première proposition, je dirais que Sa Majesté ne peut pas acheter les compétences et la formation de l’appelante car l’appelante ne peut pas se départir elle-même de ses compétences et de sa formation. Une telle proposition m’apparaît comme une forme d’esclavage, et ce n’est certainement pas ce qu’a voulu dire l’avocat de l’appelante. Dans l’affaire *Rapistan Canada Ltd. v. M.N.R.*, 48 D.L.R. (3d) 613, le juge [en chef] Jaccett a déclaré à la page 616:

Ces connaissances, compétence ou expérience, pour autant que je sache, ne constituent pas, au regard d’aucun système juridique au Canada des «biens» pouvant faire l’objet d’une donation, d’un octroi ou d’une cession, . . . Si je comprends bien la loi, les connaissances ou les idées en tant que telles, ne constituent pas des biens.

Les décisions *National Indian Brotherhood*, précitée, et *Horn*, précitée, ont été appliquées par la suite dans les affaires *Paul (D.N.) c. M.R.N.*, [1990] 1 C.T.C. 2413 (C.C.I.) et *Boissoneau c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1992] A.C.I. n° 338 (QL).

J’accepte le raisonnement formulé dans les causes susmentionnées. Les traitements ou les salaires ne sont pas achetés par Sa Majesté. Sa Majesté paie plutôt les traitements ou les salaires, en contrepartie des services fournis par ses employés, au moyen des fonds votés à cette fin par le Parlement. En conséquence, le revenu d’emploi des défenderesses n’est

and is not situated on a reserve. The employment income is not exempt from taxation by virtue of subsection 90(1) of the *Indian Act*.

#### ANALYSIS, SECTION 87

##### (1) Employment Income and the Incidence of Taxation:

The Supreme Court's decision in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, stands for the proposition that the receipt of employment income is personal property for the purpose of the exemption from taxation provided by the *Indian Act*. Moreover, the inclusion of personal property in the calculation of a taxpayer's income gives rise to a tax in respect of that personal property within the meaning of the *Indian Act*, despite the fact that the tax is on the person rather than on the property directly. Dickson J. (as he then was) reasoned [at page 41]:

As I read it, s. 87 creates an exemption for both persons and property. It does not matter then that the taxation of employment income may be characterized as a tax on persons, as opposed to a tax on property.

Most of the requirements of section 87 of the *Indian Act* have been met in the cases at bar. The receipt of employment income is personal property, as determined by *Nowegijick, supra*. The property is owned by Indians. The Indians are being taxed in respect of that property, since it is being included in their income for the purpose of income taxation. The remaining question is whether the property in question is situated on a reserve.

##### (2) The Test for *Situs* Under the *Indian Act*:

The Supreme Court of Canada considered the *situs* of property pursuant to section 87 of the *Indian Act* in both *Nowegijick, supra* and *Williams, supra*.

Traditionally, the residence of the debtor—the person paying the income—was of primary importance. In *National Indian Brotherhood, supra*, Thurlow A.C.J. stated [at page 109]:

pas un bien acheté par Sa Majesté et n'est pas situé sur une réserve. Le revenu d'emploi n'est pas exempté de taxation par application du paragraphe 90(1) de la *Loi sur les Indiens*.

a

#### ANALYSE, ARTICLE 87

##### (1) Le revenu d'emploi et l'incidence de l'impôt:

b

La décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, appuie la proposition selon laquelle le revenu d'emploi est un bien meuble aux fins de l'exemption de taxation prévue dans la *Loi sur les Indiens*. De plus, l'inclusion d'un bien meuble dans le calcul du revenu d'un contribuable donne lieu à l'imposition de ce bien meuble au sens de la *Loi sur les Indiens*, malgré qu'il s'agisse d'un impôt personnel plutôt que d'un impôt prélevé directement sur le bien. Le juge Dickson (qui n'était pas encore juge en chef) a déclaré [à la page 41]:

Selon moi, l'art. 87 crée une exemption à l'égard des personnes et des biens. Il est donc sans importance que la taxation du revenu tiré d'un emploi puisse être qualifiée d'impôt personnel et non pas d'impôt réel.

La plupart des exigences posées par l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* ont été respectées dans les causes dont je suis saisi. Le revenu d'emploi est un bien meuble, comme il en ressort de l'arrêt *Nowegijick, précité*. Ce bien appartient à des Indiennes. Les Indiennes sont imposées relativement à ce bien, étant donné qu'il est inclus dans leur revenu aux fins de l'impôt sur le revenu. La question qui demeure irrésolue est celle de savoir si le bien en cause est situé sur une réserve.

h

##### (2) Le critère du *situs* sous le régime de la *Loi sur les Indiens*:

La Cour suprême du Canada a examiné le *situs* d'un bien sous le régime de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, dans les deux affaires *Nowegijick* et *Williams, précitées*.

Traditionnellement, la résidence du débiteur, soit la personne qui verse le revenu, revêt une importance primordiale. Dans la décision *National Indian Brotherhood, précitée*, le juge en chef adjoint Thurlow a déclaré [à la page 109]:

A chose in action such as the right to a salary in fact has no situs. But where for some purpose the law has found it necessary to attribute a situs, in the absence of anything in the contract or elsewhere to indicate the contrary, the situs of a simple contract debt has been held to be the residence or place where the debtor is found. See Cheshire, *Private International Law*, seventh edition, pp. 420 *et seq.*

This conclusion was cited with approval in *Nowegijick, supra* [at page 34]:

The Crown conceded in argument, correctly in my view, that the situs of the salary which Mr. Nowegijick received was sited on the reserve because it was there that the residence or place of the debtor, the Gull Bay Development Corporation, was to be found and it was there that the wages were payable. See Cheshire and North, *Private International Law* (10th ed., 1979) at pp. 536 *et seq.* and also the judgment of Thurlow A.C.J. in *R. v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103 particularly at pp. 109 *et seq.*

However, in *Williams, supra*, the Supreme Court moved away from a strict "residence of the debtor" construction of the situs test. Instead, the Court [at pages 890-891] adopted a purposive approach, in keeping with the intent of section 87 of the *Indian Act*:

In resolving this question, it is readily apparent that to simply adopt general conflicts principles in the present context would be entirely out of keeping with the scheme and purposes of the *Indian Act* and *Income Tax Act*. The purposes of the conflict of laws have little or nothing in common with the purposes underlying the *Indian Act*. It is simply not apparent how the place where a debt may normally be enforced has any relevance to the question whether to tax the receipt of the payment of that debt would amount to the erosion of the entitlement of an Indian *qua* Indian on a reserve. The test for situs under the *Indian Act* must be constructed according to its purposes, not the purposes of the conflict of laws. Therefore, the position that the residence of the debtor exclusively determines the situs of benefits such as those paid in this case must be closely reexamined in light of the purposes of the *Indian Act*. It may be that the residence of the debtor remains an important factor, or even the exclusive one. However, this conclusion cannot be directly drawn from an analysis of how the conflict of laws deals with such an issue.

Although *Williams, supra*, did not overrule the test applied in *Nowegijick, supra*, the Court found that the residence of the debtor test alone was not determina-

Un droit incorporel, comme le droit à un traitement, n'a véritablement pas de situs. Mais lorsque, pour une fin déterminée, la loi a jugé nécessaire de lui en attribuer un, et en l'absence de toute disposition contraire dans le contrat ou dans tout autre document, les tribunaux ont établi que le situs d'une simple dette contractuelle est la résidence du débiteur ou le lieu où il se trouve. Voir Cheshire, *Private International Law*, 7<sup>e</sup> édition, pages 420 et suivantes.

Cette conclusion a été citée avec approbation dans l'arrêt *Nowegijick*, précité [à la page 34]:

Sa Majesté a reconnu au cours des plaidoiries, avec raison selon moi, que le situs du salaire de M. Nowegijick était la réserve parce que c'est là où la débitrice, Gull Bay Development Corporation, avait sa résidence ou son lieu d'affaires et parce que c'est là que le salaire devait être payé. Voir Cheshire et North, *Private International Law* (10<sup>e</sup> éd., 1979), aux pp. 536 et suiv. et aussi le jugement du juge en chef adjoint Thurlow dans l'affaire *R. c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103, particulièrement aux pp. 109 et suivantes.

Toutefois, dans l'affaire *Williams*, précitée, la Cour suprême s'est écartée de l'interprétation stricte du critère du situs fondée sur la «résidence du débiteur». La Cour [aux pages 890 et 891] a plutôt adopté une méthode axée sur les buts poursuivis, en accord avec l'esprit de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*:

En répondant à cette question, il est évident qu'il serait complètement contraire à l'économie et aux objets de la *Loi sur les Indiens* et de la *Loi de l'impôt sur le revenu* d'adopter simplement les principes généraux du droit international privé dans le présent contexte. En effet, les objets du droit international privé ont peu sinon rien en commun avec ceux qui sous-tendent la *Loi sur les Indiens*. On ne voit pas en quoi le lieu d'exécution normal d'une dette est pertinent pour décider si l'imposition de la réception du paiement de la dette représenterait une atteinte aux droits détenus par un Indien à titre d'Indien sur une réserve. Le critère du situs en vertu de la *Loi sur les Indiens* doit être interprété conformément aux objets de cette loi et non à ceux du droit international privé. En conséquence, il faut réexaminer attentivement, en fonction des objets de la *Loi sur les Indiens*, si l'on doit retenir la résidence du débiteur comme facteur exclusif pour déterminer le situs de prestations comme celles qui ont été versées en l'espèce. Il se peut que la résidence du débiteur demeure un facteur important, voire même le seul. Toutefois, on ne peut arriver directement à cette conclusion à partir d'une analyse de la façon dont le droit international privé tranche cette question.

L'arrêt *Williams*, précité, n'a pas écarté le critère appliqué dans l'affaire *Nowegijick*, précitée, mais la Cour a conclu que le critère de la résidence du débi-

tive of *situs*.<sup>2</sup> The personal property at issue in *Williams, supra*, was unemployment insurance benefits; however, it is reasonable that the same purposive approach should be adopted when considering the *situs* of employment income.

(3) The Test for *Situs* of Employment Income:

In *Williams, supra*, Gonthier J. set out the test by which to fix the *situs* of unemployment insurance benefits in the context of the *Indian Act* [at pages 892-893]:

The approach which best reflects these concerns is one which analyzes the matter in terms of categories of property and types of taxation. For instance, connecting factors may have different relevance with regard to unemployment insurance benefits than in respect of employment income, or pension benefits. The first step is to identify the various connecting factors which are potentially relevant. These factors should then be analyzed to determine what weight they should be given in identifying the location of the property, in light of three considerations: (1) the purpose of the exemption under the *Indian Act*; (2) the type of property in question; and (3) the nature of the taxation of that property. The question with regard to each connecting factor is therefore what weight should be given that factor in answering the question whether to tax that form of property in that manner would amount to the erosion of the entitlement of the Indian *qua* Indian on a reserve.

This broad test, although adopted in the context of unemployment insurance benefits, applies equally well to employment income. Indeed, it appears that the Court envisioned the application of the more flexible approach to different situations:

This approach preserves the flexibility of the case by case approach, but within a framework which properly identifies the weight which is to be placed on various connecting factors. Of course, the weight to be given various connecting factors cannot be determined precisely. However, this approach has the advantage that it preserves the ability to deal appropriately with future cases which present considerations not previously apparent.

In the case at bar, I would apply the connecting factors test to determine the *situs* of the employment income.

<sup>2</sup> In response to the change initiated by the *Williams, supra*, decision, Revenue Canada did not renew the Indian Remission Order. This order provided for the remission of taxes with respect to income earned by an Indian for employment on a reserve.

teur n'était pas en soi déterminant en ce qui a trait au *situs*<sup>2</sup>. Le bien meuble en cause dans l'affaire *Williams*, précitée, consistait en des prestations d'assurance-chômage; toutefois, il est raisonnable de conclure à la nécessité d'adopter la même méthode, axée sur les buts poursuivis, pour déterminer le *situs* d'un revenu d'emploi.

(3) Le critère de détermination du *situs* du revenu d'emploi:

Dans l'arrêt *Williams*, précité, le juge Gonthier a énoncé le critère de détermination du *situs* des prestations d'assurance-chômage dans le contexte de la *Loi sur les Indiens* [aux pages 892 et 893]:

La méthode qui tient le mieux compte de ces préoccupations est celle qui analyse la situation sous le rapport des catégories de biens et des types d'imposition. Par exemple, la pertinence des facteurs de rattachement peut varier selon qu'il s'agit de prestations d'assurance-chômage, de revenu d'emploi ou de prestations de pension. Il faut d'abord identifier les divers facteurs de rattachement qui peuvent être pertinents. On doit ensuite analyser ces facteurs pour déterminer le poids à leur accorder afin d'identifier l'emplacement du bien, en tenant compte de trois choses: (1) l'objet de l'exemption prévue dans la *Loi sur les Indiens*, (2) le genre de bien en cause et (3) la nature de l'imposition de ce bien. Il s'agit donc de déterminer, relativement à chaque facteur de rattachement, le poids qui devrait lui être accordé pour décider si l'imposition en cause de ce type de bien représenterait une atteinte aux droits de l'Indien à titre d'Indien sur une réserve.

Bien qu'il ait été adopté dans le contexte des prestations d'assurance-chômage, ce critère de portée étendue s'applique également au revenu d'emploi. En effet, il semble que la Cour ait envisagé l'application de cette méthode plus souple à différentes situations:

Cette méthode conserve la souplesse de la méthode cas par cas, mais à l'intérieur d'un cadre qui identifie correctement le poids à accorder à divers facteurs de rattachement. Il est évident que ce poids ne peut être déterminé avec précision. Cette méthode a cependant l'avantage de préserver la capacité de traiter de façon appropriée les cas qui, à l'avenir, présenteront des considérations jusque-là non évidentes.

En l'espèce, j'appliquerais le critère des facteurs de rattachement pour déterminer le *situs* du revenu d'emploi.

<sup>2</sup> En réaction au changement amorcé par l'arrêt *Williams*, précité, Revenu Canada n'a pas renouvelé le Décret de remise visant les Indiens. Ce décret prévoyait la remise des impôts relatifs au revenu qu'un Indien tire d'un emploi sur une réserve.

## (4) Case Law:

The connecting factors test, articulated in *Williams, supra*, has subsequently been applied in two decisions of the Tax Court.<sup>3</sup> This is the first time, since *Williams, supra*, that this issue is raised in the Federal Court.

In *Brant (H.W.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2635 (T.C.C.), the plaintiff was a status Indian and lived on a reserve. He worked as an auditor for Revenue Canada and claimed that his salary and family allowance payments were not subject to tax, pursuant to section 87 of the *Indian Act*. The plaintiff further claimed that the taxation of his salary and family allowance payments violated his equality rights under 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]]. Sobier T.C.C.J. determined the relevant connecting factors for employment income and concluded that the source of Brant's employment income was general government revenue and not property from a source situated in a reserve which required protection from erosion. Brant earned his income in the general commercial mainstream. If an Indian chose to work in the general commercial mainstream, the income was not exempt from taxation. To allow an exemption in such a case would attempt to remedy the economically disadvantaged position of Indians who cannot find employment on a reserve. He rejected arguments that taxation of the plaintiff's income was a violation of his equality rights.

<sup>3</sup> There have been four decisions of the Tax Court subsequent to the Supreme Court of Canada's judgement in *Williams, supra*. In *Federation of Saskatchewan Indians v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2117 (T.C.C.), the *Williams* decision is not mentioned. This is not surprising given that the Supreme Court released its decision only a month prior to the judgment in *Federation of Saskatchewan Indians, supra*. In *Boissoneau v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, *supra*, Rip T.C.C.J. only cites *Williams, supra*, as a footnote and states "I have considered the reasons of the Supreme Court of Canada in *Glen Williams v. Her Majesty the Queen* (unreported) and I am of the view they do not assist the appellant."

## (4) La jurisprudence:

Le critère des facteurs de rattachement énoncé dans l'affaire *Williams*, précitée, a été appliqué par la suite dans deux décisions de la Cour de l'impôt<sup>3</sup>. C'est la première fois, depuis le prononcé de l'arrêt *Williams*, précité, que cette question est soulevée devant la Cour fédérale.

Dans l'affaire *Brant (H.W.) c. M.R.N.*, [1992] 2 C.T.C. 2635 (C.C.I.), le demandeur était un Indien inscrit qui vivait sur la réserve. Il travaillait en qualité de vérificateur pour Revenu Canada et a prétendu que son traitement et ses allocations familiales n'étaient pas assujettis à l'impôt par application de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*. Le demandeur faisait en outre valoir que l'imposition de son traitement et de ses allocations familiales violait ses droits à l'égalité protégés par 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]]. Le juge Sobier de la Cour de l'impôt a déterminé les facteurs de rattachement pertinents en ce qui a trait au revenu d'emploi et il a conclu que le revenu d'emploi de M. Brant provenait du revenu général du gouvernement et qu'il ne s'agissait pas d'un bien dont la source était située sur une réserve et qui devait être protégé contre toute atteinte. Monsieur Brant gagnait son revenu sur le marché ordinaire. Si un Indien choisit de travailler sur le marché ordinaire, son revenu n'est pas exempté de taxation. Accorder une exemption en pareil cas, reviendrait à essayer de remédier à la situation économiquement défavorable des Indiens qui ne peuvent trouver un emploi sur une réserve. Il a rejeté les arguments selon lesquels l'im-

<sup>3</sup> La Cour de l'impôt a rendu quatre décisions depuis que la Cour suprême du Canada a prononcé son arrêt dans l'affaire *Williams*, précitée. Dans la décision *Federation of Saskatchewan Indians c. M.R.N.*, [1992] 2 C.T.C. 2117 (C.C.I.), l'arrêt *Williams* n'est pas mentionné. Cela n'est pas surprenant étant donné que la Cour suprême a prononcé cet arrêt un mois à peine avant le prononcé du jugement dans l'affaire *Federation of Saskatchewan Indians, supra*. Dans la décision *Boissoneau c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, précitée, le juge Rip de la Cour de l'impôt s'est contenté de mentionner l'arrêt *Williams*, précité, dans une note de bas de page et de déclarer : «J'ai examiné les motifs de la Cour suprême du Canada exposés dans l'arrêt *Glen Williams v. Her Majesty the Queen* (non publié) et je suis d'avis qu'ils n'apportent aucun secours à l'appellant».

In *McNab (B.) v. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 2547 (T.C.C.), the plaintiff was a status Indian and resided on a reserve. She was employed by the Saskatchewan Treaty Women's Council. The Council was partially funded by the Governments of Canada and Saskatchewan. Its mandate was to promote health care and protection for Native women and children in Saskatchewan. The Tax Court found that the Council was located on a reserve and the plaintiff was paid on the reserve. However, she performed most of the duties of her employment off the reserve. Beaubier T.C.C.J. concluded [at pages 2551-2552] that the salary paid to the plaintiff constituted personal property of an Indian situated on a reserve:

All of her work was with Indians and all of her work was on the instructions of an employer whose sole purpose was to benefit Indians on reserves.

The preponderance of evidence presented in this case enables the appellant to fall within the exemptions contained in subsection 87(1) of the *Indian Act* because the combined force of the connecting factors, when taken together, indicate that the salary was the personal property of an Indian situated on a reserve.

#### (5) Application to the Case at Bar:

In determining whether the employment income in question is situated on the reserve, the first step is to identify the various connecting factors which are potentially relevant. These factors should then be analyzed to determine what weight they should be given in identifying the location of the property, in light of (1) the purpose of the exemption under the *Indian Act*; (2) the type of property in question; and (3) the nature of the taxation of that property. The Court must ask whether taxation of that form of property would amount to the erosion of the entitlement of that property of the Indian *qua* Indian on a reserve. This test depends on all of the circumstances surrounding the property being taxed.

According to the interpretation provided by Revenue Canada in *Interpretation Bulletin* IT-62, the location where the duties of employment are carried out

position du revenu du demandeur violait ses droits à l'égalité.

Dans l'affaire *McNab (B.) c. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 2547 (C.C.I.), la demanderesse était une Indienne inscrite qui résidait sur la réserve. Elle travaillait pour le Saskatchewan Treaty Women's Council. Cet organisme était financé partiellement au moyen de fonds provenant du gouvernement du Canada et de la Saskatchewan. Son mandat consistait à promouvoir les soins de santé et la protection des femmes et des enfants autochtones en Saskatchewan. La Cour de l'impôt a conclu que l'organisme était situé sur une réserve et que la demanderesse était payée sur la réserve. Toutefois, elle exécutait la plupart des tâches reliées à son emploi à l'extérieur de la réserve. Le juge Beaubier de la Cour de l'impôt a conclu [aux pages 2551 et 2552] que le salaire versé à la demanderesse constituait un bien meuble d'un Indien situé sur une réserve:

L'appelante accomplissait toutes ses tâches avec des Indiens et sous l'autorité d'un employeur dont l'unique mission consistait à améliorer les conditions de vie des Indiens vivant sur les réserves.

Conformément à la prépondérance de la preuve présentée en l'espèce, l'appelante peut bénéficier des exemptions prévues au paragraphe 87(1) de la *Loi sur les Indiens* parce que l'ensemble des facteurs de rattachement indiquent clairement que le versement du salaire constituait le bien personnel d'une Indienne situé sur une réserve.

#### (5) Application à la présente cause:

Pour déterminer si le revenu d'emploi en cause est situé sur la réserve, la première étape consiste à repérer les différents facteurs de rattachement qui peuvent être pertinents. Il faut ensuite analyser ces facteurs pour apprécier le poids à leur accorder dans la détermination de l'emplacement du bien en tenant compte (1) de l'objet de l'exemption prévue par la *Loi sur les Indiens*; (2) du genre de bien en cause et (3) de la nature de l'imposition de ce bien. La Cour doit décider si l'imposition de ce type de bien porte atteinte aux droits d'un Indien sur ce bien à titre d'Indien sur la réserve. Ce critère tient compte de toutes les circonstances en ce qui a trait aux biens imposés.

Selon l'interprétation fournie par Revenu Canada dans son *Bulletin d'interprétation* IT-62, l'endroit où les fonctions d'un poste sont exercées a une impor-



is paramount in determining the *situs* of the employment income. Paragraphs 6(g) and (h) of the *Interpretation Bulletin* provide:

6. . . .

(g) The key factor in determining whether or not a specific item of income received by an Indian is taxable or exempt is the location of where the income is earned. Income earned on a reserve by an Indian is considered exempt. Income earned away from the reserve is taxable.

(h) Different types of income have different criteria for establishing whether they are on or off the reserve. Some of the types of income may be classified as follows:

(i) Salary and wages are considered to be earned where the services are performed. For an office worker this is the office at or out of which his duties are performed; for a construction worker employed on a project it is the job-site; for a teacher it is the school and so on. The principal office of his employer, the location where he is paid or from which his pay is issued are not usually relevant in determining the location of income from an office or employment. In some cases it will be found that employment is partly on and partly off the reserve. In these cases a reasonable allocation must be made between exempt and taxable income, based on the facts of the particular case.

However, Interpretation Bulletins are not law and I would respectfully disagree with the emphasis Revenue Canada has placed on the location where the duties of employment are performed in determining the *situs* of the income. Indians who work for non-Indian businesses, provided they work on the reserve, receive their tax exemption without question. The effect of Revenue Canada's emphasis is to penalize Indians who may work for an on-reserve employer or whose employment services Indian communities, but who perform their duties off the reserve.

In *Nowegijick, supra*, Dickson J. urged a liberal interpretation of statutes relating to Indians [at page 36]:

It is legal lore that, to be valid, exemptions to tax laws should be clearly expressed. It seems to me, however, that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians. If the statute contains language which can reasonably be construed to confer a tax exemption that construction, in my

tance prépondérante dans la détermination du *situs* du revenu d'emploi. Voici ce que prévoient les alinéas 6g) et h) de ce *Bulletin d'interprétation*:

a 6. . . .

g) La provenance du revenu est l'élément essentiel qui permet de déterminer si une partie spécifique du revenu d'un Indien est imposable ou exemptée. Un revenu gagné dans une réserve par un Indien est réputé être exempté. Un revenu gagné hors d'une réserve est imposable.

b h) Selon le genre de revenu, il existe différents critères permettant de déterminer si le revenu est gagné ou non dans une réserve. Certains genres de revenus peuvent être répartis de la façon suivante:

c (i) La rémunération et le salaire sont réputés être gagnés à l'endroit où le travail est accompli. Pour un employé de bureau, il s'agit du bureau où ou à partir duquel il remplit ses fonctions; pour un ouvrier de la construction, travaillant à un projet, il s'agit du chantier; pour un professeur, il s'agit de l'école et ainsi de suite. Le bureau principal de son employeur, l'endroit où il est payé ou d'où provient la paye ne sont habituellement pas pertinents pour déterminer de quel bureau ou emploi provient le revenu. Dans certains cas, on constatera qu'une partie du travail est accomplie dans la réserve et l'autre partie à l'extérieur. Une répartition raisonnable doit alors être faite entre le revenu exempté et le revenu imposable, en se fondant sur les données pertinentes de chaque cas.

Toutefois, les bulletins d'interprétation n'ont pas force de loi et je ne suis pas d'accord avec l'accent que Revenu Canada met sur l'endroit où les fonctions d'un poste sont exercées aux fins de la détermination du *situs* du revenu. Les Indiens qui travaillent pour des entreprises non indiennes, reçoivent leur exemption d'impôt sans avoir à se battre, à condition qu'ils travaillent sur la réserve. L'accent mis sur ce facteur par Revenu Canada a pour effet de pénaliser les Indiens qui travaillent peut-être pour un employeur situé sur la réserve, ou qui desservent peut-être les communautés indiennes, mais qui exercent leurs fonctions à l'extérieur de la réserve.

Dans l'arrêt *Nowegijick*, précité, le juge Dickson s'est prononcé en faveur d'une interprétation libérale des lois concernant les Indiens [à la page 36]:

Selon un principe bien établi, pour être valide, toute exemption d'impôts doit être clairement exprimée. Il me semble toutefois que les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens. Si la loi contient des dispositions qui, suivant une interprétation raisonnable, peuvent conférer une

view, is to be favoured over a more technical construction which might be available to deny the exemption.

In *Mitchell, supra*, La Forest J. somewhat tempered the liberal interpretation rule as it applies to statutes. However, he did not take issue with the principle that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed. In the case of treaties, the courts should attempt to construe various provisions as the Indians may be taken to have understood them. In the case of statutes, although they should still be given a liberal interpretation, the role of the courts is to glean the purpose intended by Parliament [at page 143]:

But as I view the matter, somewhat different considerations must apply in the case of statutes relating to Indians. Whereas a treaty is the product of bargaining between two contracting parties, statutes relating to Indians are an expression of the will of Parliament. Given this fact, I do not find it particularly helpful to engage in speculation as to how Indians may be taken to understand a given provision. Rather, I think the approach must be to read the Act concerned with a view to elucidating what it was that Parliament wished to effect in enacting the particular section in question. This approach is not a jettisoning of the liberal interpretative method. As already stated, it is clear that in the interpretation of any statutory enactment dealing with Indians, and particularly the *Indian Act*, it is appropriate to interpret in a broad manner provisions that are aimed at maintaining Indian rights, and to interpret narrowly provisions aimed at limiting or abrogating them. Thus if legislation bears on treaty promises, the courts will always strain against adopting an interpretation that has the effect of negating commitments undertaken by the Crown; see *United States v. Powers*, 305 U.S. 527 (1939), at p. 533.

At the same time, I do not accept that this salutary rule that statutory ambiguities must be resolved in favour of the Indians implies automatic acceptance of a given construction simply because it may be expected that the Indians would favour it over any other competing interpretation. It is also necessary to reconcile any given interpretation with the policies the Act seeks to promote.

A liberal interpretation of the statutory tax exemption provisions, coupled with an interpretation of Parliament's intent for the provisions, demands a comprehensive approach to the *situs* of employment income. It is not any one condition that determines the *situs* of employment income; rather, it is all of the connecting factors interpreted in light of the purpose of the tax exemption.

exemption d'impôts, il faut, selon moi, préférer cette interprétation à une interprétation plus stricte qui pourrait être utilisée pour refuser l'exemption.

Dans l'arrêt *Mitchell*, précité, le juge La Forest a en quelque sorte tempéré la règle de l'interprétation libérale appliquée aux textes législatifs. Toutefois, il n'a pas contesté le principe voulant que les traités et les textes législatifs concernant les Indiens soient interprétés de façon libérale. Dans le cas des traités, les tribunaux judiciaires doivent tenter d'interpréter leurs différentes dispositions de la façon dont on peut supposer que les Indiens les ont comprises. Dans le cas des textes législatifs, qui doivent aussi recevoir une interprétation libérale, le rôle des tribunaux judiciaires est toutefois de faire la lumière sur l'intention du législateur [à la page 143]:

Mais selon ma conception de l'affaire, des considérations quelque peu différentes doivent s'appliquer dans le cas des lois visant les Indiens. Alors qu'un traité est le produit d'une négociation entre deux parties contractantes, les lois relatives aux Indiens sont l'expression de la volonté du Parlement. Cela étant, je ne crois pas qu'il soit particulièrement utile d'essayer de déterminer comment les Indiens peuvent comprendre une disposition particulière. Je pense que nous devons plutôt interpréter la loi visée en tentant de déterminer ce que le Parlement voulait réaliser en adoptant l'article en question. Ce point de vue ne constitue pas un rejet de la méthode d'interprétation libérale. Comme je l'ai déjà dit, il est clair que dans l'interprétation d'une loi relative aux Indiens, et particulièrement de la *Loi sur les Indiens*, il convient d'interpréter de façon large les dispositions qui visent à maintenir les droits des Indiens et d'interpréter de façon restrictive les dispositions visant à les restreindre ou à les abroger. Donc si la loi porte sur des promesses contenues dans un traité, les tribunaux vont toujours s'efforcer de rejeter une interprétation qui a pour effet de nier les engagements pris par la Couronne; voir l'arrêt *United States v. Powers*, 305 U.S. 527 (1939), à la p. 533.

En même temps, je n'accepte pas que cette règle salutaire portant que les ambiguïtés législatives doivent profiter aux Indiens revienne à accepter automatiquement une interprétation donnée pour la simple raison qu'il peut être vraisemblable que les Indiens la préféreraient à toute autre interprétation différente. Il est également nécessaire de concilier toute interprétation donnée avec les politiques que la Loi tente de promouvoir.

Une interprétation libérale des dispositions législatives créant l'exemption d'impôt, combinée à l'interprétation de l'intention du législateur, exige une perspective globale de la question du *situs* du revenu d'emploi. Une condition unique ne saurait déterminer le *situs* d'un revenu d'emploi; il faut plutôt tenir compte de tous les facteurs de rattachement interprétés à la lumière de l'objet de l'exemption d'impôt.

Gonthier J. in *Williams, supra*, identified a number of potentially relevant connecting factors for determining the *situs* of unemployment insurance benefits: the residence of the debtor, the location of the employment which gives rise to the income, and the residence of the person receiving the employment income.

Although the Supreme Court declined to comment on the relevant connecting factors that are to be used in determining the *situs* of employment income, the same factors can also be applied to the case at bar. However, in the case of employment income, the factors to be given the greatest weight in this circumstance are the residence of the employer and the location where the duties of employment were performed. The residence of the defendants is also important, but less important than the previous factors.

The application of the connecting factors test to each defendant will be considered in turn.

#### ELIZABETH ANN POKER

The defendant received her pay cheque from the Frontier School Division. The administrative office of the employer is located on the reserve and the school is operated administratively from this office. Accordingly, the residence of the debtor (the employer) is on the reserve. Likewise, the defendant resided on the reserve. These connecting factors—the residence of the debtor and the residence of the person receiving the employment income—point to the reserve.

However, the location of the defendant's employment was not on the reserve. The school is located adjacent to, but not within, the geographical boundaries of the reserve. The defendant's duties of employment were primarily performed at the school, off the reserve.

Although the place of employment was not physically on the reserve, the nature or purpose of the defendant's employment is closely connected to the reserve. The school in question and the schools on the reserve were seen as one system by the Frontier School Division and the Norway House Indian Band. The defendant's work was performed off the reserve

Dans l'arrêt *Williams*, précité, le juge Gonthier a énuméré un certain nombre de facteurs de rattachement qui peuvent être pertinents à la détermination du *situs* des prestations d'assurance-chômage: la résidence du débiteur, l'emplacement de l'emploi qui engendre le revenu et la résidence de la personne qui reçoit le revenu d'emploi.

Bien que la Cour suprême ait refusé de formuler des commentaires sur les facteurs de rattachement pertinents qu'il faut utiliser pour déterminer le *situs* d'un revenu d'emploi, les mêmes facteurs peuvent être appliqués en l'espèce. En ce qui a trait au revenu d'emploi, les facteurs auxquels il faut toutefois accorder le plus de poids sont la résidence de l'employeur et l'endroit où les fonctions de l'emploi sont exercées. La résidence des défenderesses a une certaine importance, quoique moindre que celle rattachée aux premiers facteurs.

J'appliquerai le critère des facteurs de rattachement à chacune des défenderesses, séparément.

#### ELIZABETH ANN POKER

La défenderesse recevait son chèque de paye de la Division scolaire Frontier. Le bureau administratif de l'employeur est situé sur la réserve et l'école est administrée à partir de ce bureau. En conséquence, la résidence du débiteur (l'employeur) se trouve sur la réserve. La défenderesse réside elle aussi sur la réserve. Ces facteurs de rattachement, soit la résidence du débiteur et la résidence de la personne qui reçoit le revenu d'emploi, désignent la réserve.

Toutefois, le lieu d'emploi de la défenderesse ne se situait pas sur la réserve. L'école est adjacente à la réserve, mais n'est pas située à l'intérieur de ses limites géographiques. La défenderesse exerçait principalement ses fonctions à l'école, à l'extérieur de la réserve.

Bien que le lieu de travail précis de la défenderesse n'ait pas été situé de fait sur la réserve, la nature ou l'objet de son emploi étaient étroitement liés à la réserve. L'école en cause et les écoles situées sur la réserve sont considérées comme appartenant à un seul et même réseau par la Division scolaire Frontier et par la bande indienne de Norway House. La défen-

on instructions from her employer. Most of the students attending the school were Indians. The Government of Canada provided substantial operating funds to the school as part of its programme to fund services, including education, for Indians. The circumstances surrounding the employment, and the income earned therefrom, overwhelmingly point to the reserve.

The defendant's employer and her residence are on the reserve. The location of her employment is off the reserve. However, the circumstances surrounding her employment are very closely connected to the reserve. Accordingly, I have determined that the defendant's employment earnings are deemed to be situated on the reserve and were exempt from taxation.

By no means am I extending the definition of a "reserve" or creating a "notional reserve" outside of the reserve boundaries. There is a long line of authority that admonishes against such an extension: see *National Indian Brotherhood, supra*; *Gamble and Marion v. M.N.R.* (September 24, 1987), 83-1126 (IT) and 85-593 (IT) (T.C.C.) [not reported]; *Pachanos (V.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2273 (T.C.C.); *Kirkness (M.F.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2028 (T.C.C.); *Faries (B.L.) v. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2295 (T.C.C.). It is undisputed that the defendant performed the duties of her employment off the reserve.

Rather, in concluding that the defendant's income is situated on the reserve, I am taking into account the combined force of the connecting factors and the circumstances surrounding the employment. Not to consider the circumstances surrounding the employment does not accord with the purpose of the tax exemption in the *Indian Act* as stated in *Mitchell, supra*, and *Williams, supra*. The predominance of a single connecting factor, be it the residence of the debtor or the location where the duties of employment were performed, does not address the erosion of the entitlement of an Indian *qua* an Indian on a reserve. In *Williams, supra*, Gonthier J. stated [at page 891] that "it is simply not apparent how the place where a debt may normally be enforced has any

deresse accomplissait son travail à l'extérieur de la réserve, conformément aux instructions reçues de son employeur. La plupart des élèves qui fréquentaient l'école étaient des Indiens. Le gouvernement du Canada a fourni des fonds de fonctionnement importants à l'école dans le cadre de son programme de financement de services, et notamment de services éducatifs, au profit des Indiens. Les circonstances relatives à l'emploi et au revenu tiré de cet emploi désignent la réserve de façon prépondérante.

L'employeur de la défenderesse et sa résidence se trouvaient sur la réserve. Son lieu de travail se situait à l'extérieur de la réserve. Toutefois, les circonstances entourant son emploi étaient très étroitement liées à la réserve. En conséquence, j'ai statué que le revenu d'emploi de la défenderesse est réputé être situé sur la réserve et exempté de taxation.

Je ne veux d'aucune façon étendre la portée de la définition du terme «réserve» ou créer une «réserve théorique» qui déborde les frontières de la réserve. Une abondante jurisprudence s'y oppose: voir les décisions *National Indian Brotherhood*, précitée; *Gamble et Marion c. M.R.N.*, le 24 septembre 1987, 83-1126 (IT) et 85-593 (IT) (C.C.I.) [non publiée]; *Pachanos (V.) c. M.R.N.*, [1990] 2 C.T.C. 2273 (C.C.I.); *Kirkness (M.F.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2028 (C.C.I.); *Faries (B.L.) c. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2295 (C.C.I.). Il n'est pas contesté que la défenderesse exerçait ses fonctions à l'extérieur de la réserve.

En concluant que le revenu de la défenderesse est situé sur la réserve, je tiens plutôt compte de l'effet combiné des facteurs de rattachement et des circonstances relatives à l'emploi. Faire fi des circonstances relatives à l'emploi ne serait pas conforme à l'objet de l'exemption d'impôt prévue par la *Loi sur les Indiens*, tel qu'il a été formulé dans les arrêts *Mitchell* et *Williams*, précités. La prédominance d'un facteur de rattachement unique, qu'il s'agisse de la résidence du débiteur ou de l'endroit où les fonctions sont exercées, ne règle pas la question de l'atteinte aux droits d'un Indien à titre d'Indien sur la réserve. Dans l'affaire *Williams*, précitée, le juge Gonthier a déclaré [à la page 891]: «On ne voit pas en quoi le lieu d'exécution normal d'une dette est pertinent pour

relevance to the question whether to tax the receipt of the payment of that debt would amount to the erosion of the entitlement of an Indian *qua* Indian on a reserve.” To look solely at where the duties of employment are performed, without considering the circumstances surrounding the employment or the residence of the employer, is similarly too restrictive.

It is true that the purpose of the tax exemption provision, as stated by La Forest J. in *Mitchell*, *supra*, is not to remedy the economically disadvantaged position of Indians. Indians who acquire and deal in property outside the reserve do so in the commercial mainstream, on the same basis as other Canadians. I would not want to be perceived as contradicting this statement. However, the defendant in the case at bar is not dealing with property in the “commercial mainstream,” despite that she performed her duties of employment off the reserve. Norway House and the community surrounding it are relatively isolated. The defendant, on instructions from her employer, worked almost exclusively for the Indian population which was primarily located on the reserve.

In summary, I find that the defendant’s income from her employment at the school is situated on the reserve and is exempt from taxation.

#### F. MARIANNE FOLSTER

The defendant’s employer was the hospital. She performed her duties of employment at the hospital which is in the vicinity of, but not within, the geographical boundaries of the reserve. The defendant’s employer is not resident on the reserve; likewise, she performed the duties of her employment off the reserve. However, the defendant did reside on the reserve.

As in the case of Elizabeth Ann Poker, the place of employment was not physically on the reserve, but the nature or purpose of the defendant’s employment was closely connected to the reserve. The hospital was established pursuant to the decision to provide health care for Indians by the Government of Canada. It was built to replace a hospital that was originally

décider si l’imposition de la réception du paiement de la dette représenterait une atteinte aux droits détenus par un Indien à titre d’Indien sur une réserve.» La méthode consistant à tenir compte uniquement de l’endroit où les fonctions sont exercées, sans égard aux circonstances relatives à l’emploi ou à la résidence de l’employeur, serait également trop restrictive.

Il est vrai que l’objet de l’exemption d’impôt, comme l’a dit le juge La Forest dans l’affaire *Mitchell*, précitée, n’est pas de remédier à la situation économiquement défavorable des Indiens. Les Indiens qui acquièrent des biens ou concluent des transactions relativement à des biens à l’extérieur de la réserve le font sur le marché ordinaire, aux mêmes conditions que tous les autres Canadiens. Je ne voudrais pas qu’on s’imagine que je contredis cet énoncé. Toutefois, la défenderesse en l’espèce n’a pas conclu d’opération relativement à des biens sur le marché ordinaire, même si elle exerçait ses fonctions à l’extérieur de la réserve. Norway House et la communauté environnante sont relativement isolées. La défenderesse travaillait presque exclusivement pour la population indienne située principalement sur la réserve, conformément aux instructions reçues de son employeur.

En résumé, je conclus que le revenu que la défenderesse a tiré de son emploi à l’école est situé sur la réserve et exempté de taxation.

#### F. MARIANNE FOLSTER

L’employeur de la défenderesse était l’hôpital. Elle exerçait ses fonctions à l’hôpital, qui se trouve à proximité de la réserve, mais à l’extérieur de ses limites géographiques. L’employeur de la défenderesse ne réside pas sur la réserve; de plus, elle exerçait ses fonctions à l’extérieur de la réserve. Toutefois, la défenderesse résidait sur la réserve.

Tout comme dans le cas d’Elizabeth Ann Poker, son lieu de travail ne se trouvait pas sur la réserve, mais la nature ou l’objet de l’emploi de la défenderesse étaient étroitement liés à la réserve. L’hôpital a été établi en conformité avec la décision prise par le gouvernement du Canada de dispenser des soins de santé aux Indiens. Il a été construit pour remplacer un

located on the reserve. It is funded by the Government in its decision to support the health care of Indians. Approximately 80 per cent of the persons served by the hospital are status Indians. The circumstances surrounding the employment are closely connected to the reserve.

However, despite the circumstances surrounding the defendant's employment, neither the defendant's employer nor the location of her employment were on the reserve. It is not sufficient, in my view, to find that the defendant's employment was for the benefit of Indians on the reserve. Such an interpretation would go beyond preventing the erosion of the entitlement of an Indian *qua* Indian on a reserve. Conceivably, such an interpretation could mean that all Indians who lived on a reserve would not be subject to income tax, regardless of where or for whom they worked. Although this may be a means to redress economic disadvantage, it does not accord with the purpose of the tax exemption provisions.

In summary, although the defendant resided on the reserve, her employer and her place of employment were off the reserve. The circumstances surrounding her employment are closely connected to the reserve. However, absent any connecting factor other than the taxpayer's residence, employment duties which are to the benefit of Indians on a reserve are not sufficient to tie the income arising from the employment to the reserve. Accordingly, I have determined that the employment earnings of the defendant are not situated on the reserve.

### CONCLUSION

The purpose of the tax exemption provisions in the *Indian Act* is to preserve Indian entitlement to reserve land and to ensure that the use of property on reserve land is not eroded by the ability of governments to tax or creditors to seize. It is this purpose that must be kept in mind in determining the *situs* of employment income.

The test to determine the *situs* of property, set out by the Supreme Court in *Williams*, *supra*, must take

hôpital qui était situé sur la réserve à l'origine. C'est le gouvernement qui en assure le financement, conformément à sa décision de soutenir les soins de santé dispensés aux Indiens. La clientèle de l'hôpital est composée d'Indiens inscrits dans une proportion d'environ 80 p. 100. Les circonstances relatives à l'emploi étaient étroitement liées à la réserve.

Toutefois, malgré les circonstances relatives à l'emploi de la défenderesse, ni son employeur ni son lieu de travail ne se trouvaient sur la réserve. Il ne suffit pas, selon moi, de conclure que la défenderesse travaillait au profit des Indiens de la réserve. Cette interprétation outrepasserait l'objectif d'éviter qu'il soit porté atteinte aux droits d'un Indien à titre d'Indien sur la réserve. Elle pourrait vraisemblablement signifier que tous les Indiens qui vivent sur une réserve seraient exemptés d'impôt, sans égard à leur lieu de travail ou à l'identité de leur employeur. Il pourrait s'agir d'un moyen de redresser leur situation économiquement défavorable, mais cette interprétation ne serait pas conforme à l'objet des dispositions créant l'exemption d'impôt.

En résumé, bien que la défenderesse ait résidé sur la réserve, son employeur et son lieu de travail se trouvaient à l'extérieur de la réserve. Les circonstances relatives à son emploi étaient étroitement liées à la réserve. Toutefois, en l'absence d'un facteur de rattachement autre que la résidence du contribuable, les fonctions d'un emploi exercées au profit des Indiens d'une réserve ne suffisent pas à rattacher le revenu tiré de cet emploi à la réserve. En conséquence, j'ai statué que le revenu d'emploi de la défenderesse n'est pas situé sur la réserve.

### CONCLUSION

L'objet des dispositions de la *Loi sur les Indiens* prévoyant l'exemption d'impôt consiste à préserver les droits des Indiens à leurs réserves et à éviter que les pouvoirs des gouvernements et des créanciers en matière de taxation et de saisie respectivement portent atteinte à l'utilisation des biens des Indiens situés sur les réserves. C'est cet objet qu'il faut garder à l'esprit lorsqu'on détermine le *situs* d'un revenu d'emploi.

Le critère de détermination du *situs* d'un bien, énoncé par la Cour suprême dans l'affaire *Williams*,

into account the combined force of the connecting factors and the circumstances surrounding the employment. To not consider the circumstances surrounding the employment does not accord with the purpose of the tax exemptions in the *Indian Act*. The predominance of a single connecting factor, be it the residence of the debtor or the location where the duties of employment were performed, does not address the erosion of the entitlement of an Indian *qua* Indian on a reserve.

In considering of all of the connecting factors and the circumstances surrounding the employment of the defendant Elizabeth Ann Poker, I find that the plaintiff's appeal should be dismissed and the matter referred back to the Minister for reassessment.

The plaintiff's appeal with respect to F. Marianne Folster is allowed. Although the circumstances surrounding her employment at the hospital were strongly connected to the reserve, neither her employer nor the location where she performed the duties of her employment was located on the reserve. Although the denial of her tax exemption leads to an intuitively anomalous result, given the physical proximity of the hospital to the reserve and the population serviced by the hospital, I am hesitant to find that work for the benefit of Indians is sufficient to bring income arising from that work into tax exempt status, absent other connecting factors. Such an interpretation would go beyond preventing the erosion of the entitlement of an Indian *qua* Indian on a reserve and act as a means to redress economic disadvantage. Although that is a worthwhile goal, it is the role of Parliament, and not of this Court, to find the way to reach it.

précitée, doit tenir compte de l'effet combiné des facteurs de rattachement et des circonstances relatives à l'emploi. Il ne serait pas conforme à l'objet des exemptions d'impôt prévues par la *Loi sur les Indiens* de faire fi des circonstances relatives à l'emploi. La prédominance d'un facteur de rattachement unique, qu'il s'agisse de la résidence du débiteur ou de l'endroit où les fonctions sont exercées, ne règle pas la question de l'atteinte aux droits détenus d'un Indien à titre d'Indien sur la réserve.

Compte tenu de tous les facteurs de rattachement et des circonstances relatives à l'emploi de la défenderesse Elizabeth Ann Poker, je conclus que l'appel de la demanderesse doit être rejeté et que l'affaire doit être renvoyée au ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation.

L'appel de la demanderesse en ce qui a trait à F. Marianne Folster est accueilli. Bien que les circonstances relatives à son emploi à l'hôpital aient été fortement liées à la réserve, ni son employeur ni l'endroit où elle exerçait ses fonctions ne se trouvaient sur la réserve. Bien qu'on puisse intuitivement considérer que le refus de lui reconnaître une exemption d'impôt mène à un résultat anormal, compte tenu de la proximité de l'hôpital par rapport à la réserve et de la population desservie par l'hôpital, j'hésite à conclure que le fait de travailler au profit des Indiens suffit pour soustraire à l'impôt le revenu tiré de ce travail en l'absence de tout autre facteur de rattachement. Pareille interprétation outrepasserait l'objectif d'éviter toute atteinte aux droits d'un Indien à titre d'Indien sur une réserve et constituerait un moyen de redresser la situation économiquement défavorable des Indiens. Bien que ce soit là un objectif louable, c'est au législateur et non à la Cour qu'il revient de déterminer les mesures à prendre pour l'atteindre.

- A-332-94
- David Bull Laboratories (Canada) Inc. (Appellant)**
- v.
- Pharmacia Inc., Farmitalia Carlo Erba S.R.L. and The Minister of National Health and Welfare (Respondents)**
- INDEXED AS: DAVID BULL LABORATORIES (CANADA) INC. v. PHARMACIA INC. (C.A.)*
- Court of Appeal, Stone, Strayer and Robertson J.J.A.—Ottawa, October 18; November 1, 1994.
- Practice — “Gap” Rule — Appeal from dismissal of application to strike originating notice of motion for prohibition to prevent Minister of National Health and Welfare from issuing notice of compliance in respect of patented medicine — R. 419 not directly authorizing striking out notice of motion — To have recourse to provincial court rules by analogy under R. 5 for procedure to strike originating documents other than pleadings, must be gap in Federal Court Rules — That Federal Court Rules omitting provision in provincial court rules not meaning gap — If explanation for absence of provision in general scheme, absence must be intentional — In such circumstances application by analogy of provincial court rules or other provisions of Federal Court Rules inapplicable on their face amending Federal Court Rules — Absence of provision for striking notices of motions explained as actions involving more time, expense — Rules re: actions requiring precise pleadings, but as no comparable rules re: notices of motion, riskier to strike.*
- Practice — Pleadings — Motion to strike — Appeal from dismissal of application to strike originating notice of motion for prohibition to prevent Minister of National Health and Welfare from issuing Notice of Compliance in respect of patented medicine — R. 419 permitting Court to strike “pleading” in “action” — Application commenced by notice of motion not “action,” notice of motion not “pleading.”*
- Patents — Practice — Appeal from denial of application to strike originating notice of motion for prohibition against Minister issuing notice of compliance in respect of patented medicine — Such prohibition applications being motions for judicial review — Rules for judicial review providing strict timetable and Court role to ensure no undue delay — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations indicating*
- A-332-94
- David Bull Laboratories (Canada) Inc. (appelante)**
- c.
- Pharmacia Inc., Farmitalia Carlo Erba S.R.L. et le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social (intimés)**
- RÉPERTORIÉ: DAVID BULL LABORATORIES (CANADA) INC. c. PHARMACIA INC. (C.A.)*
- Cour d’appel, juges Stone, Strayer et Robertson, J.C.A.—Ottawa, 18 octobre; 1<sup>er</sup> novembre 1994.
- Pratique — Règle des «lacunes» — Appel du rejet de la demande de radiation de l’avis de requête introductive d’instance en prohibition visant à empêcher le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité relativement au médicament breveté — La Règle 419 n’autorise pas directement la radiation d’un avis de requête — La Règle 5 permet d’avoir recours aux règles de procédure provinciales pour déterminer, par analogie, la procédure à suivre pour radier les documents introductifs d’instance qui ne sont pas des plaidoiries écrites, uniquement lorsqu’il existe une «lacune» dans les Règles de la Cour fédérale — L’absence, dans les Règles de la Cour fédérale, d’une disposition énoncée dans les règles de procédure provinciales ne signifie pas nécessairement qu’il existe une lacune — Si cette absence s’explique par l’organisation générale des règles, elle doit être intentionnelle — Dans ces circonstances, toute application par analogie des règles de procédure provinciales ou d’autres dispositions des Règles de la Cour fédérale, inapplicables de prime abord, équivaudrait à une modification des Règles de la Cour fédérale — L’absence de dispositions prévoyant la radiation des avis de requête s’explique par les frais et les délais plus importants en cause dans les actions — Les règles concernant les actions exigent des plaidoiries écrites précises, mais aucune règle ne pose la même exigence concernant les avis de requête, ce qui aggrave le risque inhérent à la radiation.*
- Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Appel du rejet de la demande de radiation de l’avis de requête introductive d’instance en prohibition visant à empêcher le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité relativement au médicament breveté — La Règle 419 permet à la Cour de radier une «plaidoirie» dans une «action» — Une demande introduite par avis de requête n’est pas une «action», et un avis de requête n’est pas une «plaidoirie».*
- Brevets — Pratique — Appel du rejet de la demande de radiation de l’avis de requête introductive d’instance en prohibition visant à empêcher le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité relativement au médicament breveté — Ces demandes d’interdiction sont des requêtes en contrôle judiciaire — Les règles applicables au contrôle judiciaire prévoient un échéancier précis et confient à*



*expeditious disposition intended — Parties not to treat such proceedings as infringement, patent validity actions — Regulations not creating, abolishing private rights of action and pertain to public law — Not finally determining validity or infringement — Action appropriate procedure where such determination required.*

This was an appeal from dismissal of an application to strike out an originating notice of motion for prohibition to prevent the Minister of National Health and Welfare from issuing a notice of compliance to the appellant in respect of the medicine Doxorubicin until after the expiration of the respondents' patents. Before the Trial Judge, the appellant relied on Rule 419 or Rule 5, the "gap" rule. On appeal it also submitted that jurisdiction to strike out was either part of the inherent jurisdiction of the Court or that there was a power of "summary dismissal" where an affidavit filed in judicial review proceedings does not meet the requirements of the Rules.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The remedy of striking out a notice of motion was not available in these circumstances. Rule 419 permits the Court, at any stage of an "action," to order any "pleading" to be struck out. Rule 2 defines "action" as a proceeding in the Trial Division "other than an appeal, an application or an originating motion," and "pleading" as any document whereby an action in the Trial Division is initiated. Rule 419 does not directly authorize the striking out of a notice of motion. An application commenced by notice of motion is not an "action" and the notice of motion is not a "pleading."

The appellant argued that under Rule 5, the Court could resort by analogy to the law of either Ontario or Quebec, as to the procedure for striking out originating documents other than pleadings. For Rule 5 to apply, there must be a "gap" in the *Federal Court Rules*. Simply because those Rules do not contain every provision found in provincial court rules does not necessarily mean that there is a gap. If the absence of such a provision can be readily explained by the general scheme of the *Federal Court Rules*, that absence must be considered intentional and any application by analogy of other rules which are on their face inapplicable would amount to an amendment of the *Federal Court Rules*. The basic explanation for the lack of provision in the *Federal Court Rules* for striking out notices of motion is found in the difference between actions and other proceedings. An action involves discovery of documents, examinations for discovery and trials with *viva voce* evidence. It is important that parties not be put to the delay and expense in taking a matter to trial if it is plain and obvious that the pleading cannot amount to a cause of action or a defence. Further, striking out actions is much more feasible because there

la Cour le rôle de s'assurer qu'aucun retard injustifié ne se produit — Le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) indique l'intention que ce type de demande soit tranché de façon expéditive — Les parties ne peuvent mener ces instances comme des actions en contrefaçon ou des actions touchant la validité d'un brevet — Le Règlement ne crée ni n'abolit les droits d'action d'une partie contre l'autre et il ressortit au droit public — L'instance ne mène pas à une décision définitive sur la validité et la contrefaçon d'un brevet — Lorsqu'une telle décision est nécessaire, il convient de procéder par voie d'action.

Il s'agissait de l'appel du rejet de la demande de radiation de l'avis de requête introductive d'instance en prohibition visant à obtenir une ordonnance empêchant le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité à l'appelante relativement au médicament Doxorubicine avant l'expiration des brevets des intimés. Devant le juge de première instance, l'appelante a fondé sa demande sur la Règle 419 ou sur la Règle 5, la règle des lacunes. En appel, elle a aussi fait valoir que la Cour a le pouvoir de radier l'avis en vertu soit de sa compétence inhérente, soit d'un pouvoir de «rejet sommaire» lorsqu'un affidavit déposé dans une instance en contrôle judiciaire ne satisfait pas aux exigences énoncées dans les Règles.

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

La radiation d'un avis de requête n'était pas une mesure de redressement qui pouvait être accordée dans les circonstances. La Règle 419 permet à la Cour, à tout stade d'une «action», d'ordonner la radiation d'une «plaidoirie». La Règle 2 définit l'«action» comme une procédure devant la Section de première instance, «à l'exception d'un appel, d'une demande ou d'une requête introductive d'instance», et une «plaidoirie écrite» comme tout acte par lequel une action devant la Section de première instance a été engagée. La Règle 419 n'autorise pas directement la radiation d'un avis de requête. Une demande introduite par voie d'avis de requête n'est pas une «action» et l'avis de requête n'est pas une «plaidoirie écrite».

L'appelant a soutenu que la Règle 5 permettait à la Cour d'avoir recours à la loi de l'Ontario ou du Québec pour déterminer la procédure à suivre pour radier un document introductif d'instance qui n'est pas une plaidoirie écrite. La Règle 5 ne s'applique que s'il y a une «lacune» dans les *Règles de la Cour fédérale*. Le simple fait que ces Règles ne contiennent pas toutes les dispositions énoncées dans les règles de procédure provinciales ne signifie pas nécessairement qu'il existe une lacune. Si l'absence d'une telle disposition peut s'expliquer facilement par l'organisation générale des *Règles de la Cour fédérale*, cette absence doit être considérée comme intentionnelle et toute application par analogie d'autres dispositions inapplicables de prime abord équivaldrait à une modification des *Règles de la Cour fédérale*. L'absence de dispositions prévoyant la radiation des avis de requête dans les *Règles de la Cour fédérale* s'explique fondamentalement par les différences qui distinguent les actions des autres instances. Une action comporte la communication de documents, des interrogatoires préalables et des instructions au cours desquelles des témoignages sont rendus de vive voix. Il est important d'éviter aux

are numerous rules which require precise pleadings as to the nature of the claim or the defence and the facts upon which it is based. There are no comparable rules with respect to notices of motion. The lack of requirements for precise allegations of fact in notices of motion would make it far more risky to strike such documents. The proper way to contest an originating notice of motion is to appear and argue at the hearing of the motion itself.

The contrast between actions and motions in this Court is even more marked where the motion involved is for judicial review, as these applications for prohibition under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, subsection 6(1) have been held to be. Unlike the rules pertaining to actions, the rules governing judicial review provide a strict timetable for preparation for hearing and a role for the Court in ensuring that there is no undue delay. The focus in judicial review is on proceeding to the hearing as quickly as possible, with objections to the originating notice being disposed of promptly in considering the merits of the case. The *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* further indicate an intention that this kind of application for judicial review be disposed of expeditiously. These proceedings are not actions for determining validity or infringement, but are to determine whether the Minister may issue a notice of compliance. The Regulations neither create nor abolish any rights of action between the parties; they confer a right on the patentee to bring an application for prohibition against the Minister. They pertain to public law, not private rights of action. If a trial to determine validity or infringement is required, that can be had by commencing an action.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Code of Civil Procedure*, R.S.Q. 1977, c. C-25, art. 75.1.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 2 "action," "pleading," 5, 319(1) (as am. by SOR/88-221, s. 4), 419, 1602(2) (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1605 (as enacted *idem*), 1614(2) (as enacted *idem*), 1617 (as enacted *idem*).

*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 5, 6(1), 7(1),(5).

*Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84, R. 14.09.

parties les délais et les dépenses nécessaires pour mener une instance jusqu'à l'instruction s'il est «manifeste» que la plaidoirie écrite en cause ne peut pas établir une cause d'action ou une défense. De plus, le processus de radiation est beaucoup plus facile à appliquer dans le cas des actions, étant donné que de nombreuses règles exigent des plaidoiries écrites précises quant à la nature de la demande ou de la défense et aux faits qui l'appuient. Aucune règle comparable n'existe relativement aux avis de requête. Le fait que les avis de requête ne doivent pas nécessairement contenir des allégations de fait précises aggrave beaucoup le risque que prendrait la Cour en radiant ces documents. Le moyen approprié par lequel contester un avis de requête introductive d'instance consiste à comparaître et à faire valoir ses prétentions à l'audition de la requête même.

La distinction entre une action et une requête devant la présente Cour est encore plus marquée lorsque la requête vise le contrôle judiciaire d'une décision, comme dans le cas d'une demande d'interdiction prévue au paragraphe 6(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, qui est tenue pour appartenir à cette catégorie d'instances. Contrairement aux règles applicables aux actions, les règles qui touchent le contrôle judiciaire prévoient un échéancier précis pour la préparation de l'audition et confient à la Cour le rôle de s'assurer qu'aucun retard injustifié ne se produit. Dans les requêtes en contrôle judiciaire, l'accent est mis sur la nécessité qu'elles parviennent au stade de l'audition le plus rapidement possible, les objections visant l'avis introductif d'instance pouvant ainsi être tranchées rapidement dans le contexte de l'examen du bien-fondé de la demande. Le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* indique aussi l'intention que ce type particulier de demande de contrôle judiciaire soit tranché de façon expéditive. Ces procédures ne constituent pas des actions touchant la validité ou la contrefaçon d'un brevet: il s'agit plutôt de procédures visant à établir si le ministre peut délivrer un avis de conformité. Le Règlement ne crée ni n'abolit les droits d'action des parties l'une contre l'autre: elles confèrent plutôt au breveté le droit de présenter une demande d'interdiction contre le ministre. Il ressortit au droit public et ne vise pas les droits d'action privés. Si l'instruction des questions de la validité ou de la contrefaçon est nécessaire, on peut intenter une action.

#### h LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code de procédure civile*, L.R.Q. 1977, ch. C-25, art. 75.1.

*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 5, 6(1), 7(1),(5).

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 2 «action», «plaidoirie écrite», 5, 319(1) (mod. par DORS/88-221, art. 4), 419, 1602(2) (éditée par DORS/92-43, art. 19), 1605 (éditée, *idem*), 1614(2) (éditée, *idem*), 1617 (éditée, *idem*).

*Règles de procédure civile*, Règl. de l'Ont. 560/84, Règle 14.09.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (F.C.A.).

## CONSIDERED:

*Pharmacia Inc. v. David Bull Laboratories (Canada) Inc.*, A-410-94, Stone J.A., judgment dated 19/10/94, F.C.A., not yet reported.

## REFERRED TO:

*Nabisco Brands Ltd.-Nabisco Brands Ltée v. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417; 62 N.R. 364 (F.C.A.); *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329 (F.C.A.); *Cyanamid Agriculatural de Puerto Rico, Inc. v. Commissioner of Patents et al.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 133 (F.C.T.D.); *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1994] 1 F.C. 102 (T.D.).

APPEAL from dismissal of application to strike out originating notice of motion for prohibition to prevent the Minister of National Health and Welfare from issuing a notice of compliance (*Pharmacia Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, T-2991-93, Noël J., order dated 4/7/94, F.C.T.D., not yet reported). Appeal dismissed.

## COUNSEL:

*Susan Beaubien* for appellant.  
*Gunars A. Gaikis* and *Peter R. Wilcox* for respondents Pharmacia Inc. and Farmitalia Carlo Erba S.R.L.  
No one appearing for respondent Minister of National Health and Welfare.

## SOLICITORS:

*Shapiro, Cohen, Andrews, Finlayson*, Ottawa, for appellant.  
*Smart & Biggar*, Toronto, for respondents Pharmacia Inc. and Farmitalia Carlo Erba S.R.L.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Minister of National Health and Welfare.

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

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (C.A.F.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Pharmacia Inc. c. David Bull Laboratories (Canada) Inc.*, A-410-94, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 19-10-94, C.A.F., encore inédit.

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Nabisco Brands Ltd.-Nabisco Brands Ltée c. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417; 62 N.R. 364 (C.A.F.); *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329 (C.A.F.); *Cyanamid Agriculatural de Puerto Rico, Inc. c. Commissaire des brevets et autre* (1983), 74 C.P.R. (2d) 133 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1994] 1 C.F. 102 (1<sup>re</sup> inst.).

APPEL d'une demande de radiation d'un avis de requête introductive d'instance en prohibition visant à empêcher le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité (*Pharmacia Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, T-2991-93, juge Noël, ordonnance en date du 4-7-94, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite). Appel rejeté.

## AVOCATS:

*Susan Beaubien* pour l'appelante.  
*Gunars A. Gaikis* et *Peter R. Wilcox* pour les intimées Pharmacia Inc. et Farmitalia Carlo Erba S.R.L.  
Aucun représentant pour l'intimé le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

## PROCUREURS:

*Shapiro, Cohen, Andrews, Finlayson*, Ottawa, pour l'appelante.  
*Smart & Biggar*, Toronto, pour les intimées Pharmacia Inc. et Farmitalia Carlo Erba S.R.L.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

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

STRAYER J.A.:

Relief Requested

This is an appeal from the decision of Noël J. of July 4, 1994 [not yet reported]. In that decision he dismissed the application of the appellant David Bull Laboratories (Canada) Inc. (the respondent in Trial Division proceeding T-2991-93) to strike out the originating notice of motion for prohibition filed by Pharmacia Inc. (Pharmacia) and Farmitalia Carlo Erba S.R.L. (Farmitalia) in that Trial Division proceeding. He also refused the alternative request of the appellant that he order Robert J. Little, deponent of an affidavit filed by Pharmacia and Farmitalia in support of their originating notice of motion, to re-attend for cross-examination and to answer certain questions.

This appeal was heard together with A-410-94 [*Pharmacia Inc. v. David Bull Laboratories (Canada) Inc.*], an appeal by Pharmacia and Farmitalia against another interlocutory order in the same proceeding. That appeal was dismissed for reasons issued on October 18 and October 19, 1994.

Facts

The respondents Pharmacia and Farmitalia assert an interest in Canadian patents 1,248,453 (hereinafter '453) and 1,291,037 (hereinafter '037), included in patent lists dated April 7, 1993 in respect of Doxorubicin Hydrochloride (known as "Doxorubicin"), which lists were filed with the Minister of National Health and Welfare pursuant to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*.<sup>1</sup> On November 4, 1993 the appellant filed and served a notice of allegation pursuant to section 5 of those Regulations with respect to patent number '453 as referred to above. That notice of allegation alleged that the product for which the appellant was seeking a notice of compliance would not infringe any of the claims of this patent. On December 21, 1993 the respondents Pharmacia and Farmitalia filed a notice of motion pursuant to subsection 6(1) of the Regulations seeking an order prohibiting the Minister of

<sup>1</sup> SOR/93-133.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.:

Le redressement demandé

Il s'agit d'un appel de la décision rendue par le juge Noël le 4 juillet 1994 [encore inédite]. Par cette décision, le juge a rejeté la demande de l'appelante, David Bull Laboratories (Canada) Inc. (l'intimée dans le dossier T-2991-93 de la Section de première instance) visant à faire radier l'avis de requête introductive d'instance en prohibition déposé par Pharmacia Inc. (Pharmacia) et Farmitalia Carlo Erba S.R.L. (Farmitalia) dans la procédure engagée devant la Section de première instance. Il a également rejeté la demande subsidiaire de l'appelante visant à enjoindre à Robert J. Little, l'auteur d'un affidavit déposé par Pharmacia et Farmitalia à l'appui de leur avis de requête introductive d'instance, de se présenter à nouveau pour être contre-interrogé et pour répondre à certaines questions.

L'appel a été entendu avec l'appel A-410-94 [*Pharmacia Inc. c. David Bull Laboratories (Canada) Inc.*] interjeté par Pharmacia et Farmitalia contre une autre ordonnance interlocutoire dans la même instance. Cet appel a été rejeté pour les motifs prononcés le 18 octobre et le 19 octobre 1994.

Les faits

Les intimées Pharmacia et Farmitalia soutiennent avoir un intérêt dans les brevets canadiens 1 248 453 et 1 291 037, compris dans les listes de brevets datées du 7 avril 1993 concernant le chlorhydrate de Doxorubicine (connu sous le nom de «Doxorubicine»), ces listes ayant été déposées auprès du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*<sup>1</sup>. Le 4 novembre 1993, l'appelante a déposé et signifié un avis d'allégation en vertu de l'article 5 de ce Règlement concernant le brevet n° 1 248 453 susmentionné. Cet avis d'allégation portait que le produit faisant l'objet de la demande d'avis de conformité présentée par l'appelante ne contrefaisait aucune des revendications de ce brevet. Le 21 décembre 1993, les intimées Pharmacia et Farmitalia ont déposé un avis de requête en vertu du paragraphe 6(1) du Règlement afin d'obtenir une ordon-

<sup>1</sup> DORS/93-133.

National Health and Welfare from issuing a notice of compliance to the appellant in respect of the medicine Doxorubicin until after the expiration of both patents '453 and '037. That notice of motion simply alleged that the respondent Farmitalia is the owner of these patents each of which includes claims for the medicine Doxorubicin itself as well as claims for the use of the medicine, and that Pharmacia is a licensee under those patents and sells that medicine in Canada. The notice of motion recited the fact that Pharmacia had filed the patent lists and that the appellant (respondent in that originating notice of motion) had filed the notice of allegation as referred to previously. The only evidence ever produced in support of this originating notice of motion was a short affidavit by Robert J. Little, President of Pharmacia, attesting to essentially the same facts as set out in the originating notice of motion.

The appellant filed its evidence in response to the originating notice of motion on February 21, 1994. The deponents of affidavits from both sides were cross-examined on their affidavits, Mr. Little being cross-examined on June 15, 1994 and refusing to answer many of the questions put to him. On June 27, 1994 the appellant filed a notice of motion seeking to have the originating notice of motion struck out or in the alternative to have Mr. Little ordered to re-attend for further cross-examination to answer questions he refused to answer. This motion was heard by Noël J. on June 30, 1994 and on July 4, 1994 he issued the judgment from which this appeal has been brought.

Any further facts necessary for the disposition of this appeal will be referred to in connection with the conclusions on each issue.

### Conclusions

#### Motion to Strike

Before Noël J. the appellant appears to have based its case for striking out the originating notice of motion on Rule 419 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] or in the alternative the "gap" rule, Rule 5. Noël J. expressed doubt that either Rule 419 or Rule 5

nance interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité à l'appelante relativement au médicament Doxorubicine avant l'expiration des deux brevets 1 248 453 et 1 291 037. Cet avis de requête alléguait simplement que Farmitalia est la propriétaire de ces brevets, dont chacun comprend à la fois des revendications pour le médicament Doxorubicine en soi et des revendications pour l'utilisation du médicament, et que Pharmacia est un licencié en vertu de ces brevets et vend ce médicament au Canada. L'avis de requête indiquait que Pharmacia avait déposé les listes de brevets et que l'appelante (l'intimée dans cet avis de requête introductive d'instance) avait déposé l'avis d'allégation dont nous avons déjà fait mention. La seule preuve produite à l'appui de l'avis de requête introductive d'instance était un bref affidavit signé par Robert J. Little, président de Pharmacia, dans lequel il attestait essentiellement les faits énoncés dans l'avis de requête introductive d'instance.

L'appelante a déposé sa preuve à l'appui de sa réponse à l'avis de requête introductive d'instance le 21 février 1994. Les auteurs des affidavits des deux parties ont été contre-interrogés relativement à leurs affidavits. M. Little a été contre-interrogé le 15 juin 1994 et il a refusé de répondre à bon nombre de questions qui lui ont été posées. Le 27 juin 1994, l'appelante a déposé un avis de requête en vue de faire radier l'avis de requête introductive d'instance ou, subsidiairement, d'enjoindre à M. Little de se présenter à nouveau pour être contre-interrogé et pour répondre aux questions auxquelles il avait refusé de répondre. Cette requête a été entendue par le juge Noël le 30 juin 1994 et, le 4 juillet 1994, il a prononcé le jugement dont appel.

Les autres faits nécessaires pour trancher l'appel seront mentionnés avec les conclusions touchant chaque question.

### Conclusions

#### La requête en radiation

Devant le juge Noël, l'appelante semble avoir fondé sa demande de radiation de l'avis de requête introductive d'instance sur la Règle 419 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] ou, subsidiairement, sur la règle des «lacunes», la Règle 5. Le juge Noël a

would support striking a notice of motion. He concluded that in any event there was no basis for striking out the originating notice of motion on any of the grounds stated in Rule 419. Before this Court on appeal counsel submitted a further alternative in support of the jurisdiction to strike out: either that this is part of the inherent jurisdiction of the Court or that there is a power of “summary dismissal” where an affidavit filed in judicial review proceedings does not meet the requirements of the Rules. (The latter argument may have been made to Noël J. in some form as he observes in his reasons that the affidavit filed in support of the motion is sufficient to verify the facts asserted.)

This Court should not of course interfere with a trial judge’s exercise of discretion, such as in a refusal to strike, unless he or she has proceeded on some wrong principle of law or has seriously misapprehended the facts, or unless an obvious injustice would otherwise result.<sup>2</sup> We can see no such error in the decision of the Trial Judge here. We need go no farther than to confirm that the remedy of striking out a notice of motion was not available in these circumstances. Given the extensive argument on this subject, however, it may be well to explain why in our view the learned Judge was right in principle to doubt the applicability of Rule 419 or the “gap” rule.

It is clear that Rule 419 does not directly authorize the striking out of a notice of motion. The opening words of Rule 419(1) are:

*Rule 419.* (1) The Court may at any stage of an action order any pleading or anything in any pleading to be struck out . . . [Emphasis added.]

Rule 2 defines “action” as a proceeding in the Trial Division

<sup>2</sup> See e.g. *Nabisco Brands Ltd.-Nabisco Brands Ltée v. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417 (F.C.A.), at p. 418.

exprimé un doute quant à savoir si la Règle 419 ou la Règle 5 peuvent fonder la radiation d’un avis de requête. Quoi qu’il en soit, il a conclu que la radiation de l’avis de requête introductive d’instance n’était justifiée par aucun des motifs énoncés à la Règle 419. En appel devant la présente Cour, l’avocat a fait valoir un autre fondement à la compétence de la Cour de radier l’avis: ou bien la Cour a ce pouvoir en vertu de sa compétence inhérente, ou bien elle est investie d’un pouvoir de «rejet sommaire» lorsqu’un affidavit déposé dans une instance en contrôle judiciaire ne satisfait pas aux exigences énoncées dans les Règles. (Ce dernier argument a peut-être été invoqué devant le juge Noël de quelque façon, car le juge note dans ses motifs que l’affidavit déposé à l’appui de la requête est suffisant pour établir les faits allégués).

La Cour ne doit évidemment pas intervenir dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, tel son pouvoir de refuser la radiation, à moins que le juge ait appliqué un principe de droit erroné ou commis une erreur grave dans l’appréciation des faits, ou que son refus d’intervenir entraîne manifestement une injustice<sup>2</sup>. En l’espèce, nous ne pouvons déceler aucune erreur de ce type dans la décision du juge de première instance. Nous pourrions nous limiter à confirmer que la radiation d’un avis de requête n’était pas une mesure de redressement qui pouvait être accordée dans les circonstances. Compte tenu de l’argumentation étoffée qui a été présentée à cet égard, il serait toutefois bon d’expliquer pourquoi, selon nous, le juge a eu en principe raison de douter de l’applicabilité de la Règle 419 ou de la règle des «lacunes».

Il est évident que la Règle 419 n’autorise pas directement la radiation d’un avis de requête. Voici comment commence la Règle 419(1):

*Règle 419.* (1) La Cour pourra, à tout stade d’une action ordonner la radiation de tout ou partie d’une plaidoirie . . . [Les soulignements ne figurent pas dans le texte original.]

Selon les définitions énoncées à la Règle 2, une «action» désigne une procédure engagée devant la Section de première instance

<sup>2</sup> Voir, par exemple, *Nabisco Brands Ltd.-Nabisco Brands Ltée c. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417 (C.A.F.), à la p. 418.

Rule 2. (1) . . .

“action” . . . other than an appeal, an application or an originating motion . . . .

and it defines “pleading” as

Rule 2. (1) . . .

“pleading” . . . any document whereby an action in the Trial Division was initiated . . . .

Thus an application for prohibition commenced by notice of motion is not an “action” and the notice of motion is not a “pleading.” It is argued, however, that by means of the “gap” rule, Rule 5, the Court can resort to the law of either Ontario or Quebec. Rule 5 provides as follows:

*Rule 5.* In any proceeding in the Court where any matter arises not otherwise provided for by any provision in any Act of the Parliament of Canada or by any general rule or order of the Court (except this Rule), the practice and procedure shall be determined by the Court (either on a preliminary motion for directions, or after the event if no such motion has been made) for the particular matter by analogy

- (a) to the other provisions of these Rules, or
- (b) to the practice and procedure in force for similar proceedings in the courts of that province to which the subject matter of the proceedings most particularly relates,

whichever is, in the opinion of the Court, most appropriate in the circumstances.

It was argued that as there are parties herein domiciled in both Ontario and Quebec, the Court could have resort by analogy to the laws of those provinces which, unlike the *Federal Court Rules* provide a procedure for striking out originating documents other than pleadings.<sup>3</sup> The appellant also appears to argue that pursuant to Rule 5(a) the Court can apply Rule 419, by analogy, to originating notices of motion.

For Rule 5 to apply there must be a “gap” in the *Federal Court Rules*. Simply because those Rules do not contain every provision found in provincial court rules does not necessarily mean that there is a gap. If the absence of such a provision can be readily

<sup>3</sup> *Code of Civil Procedure*, R.S.Q. 1977, c. C-25, chapter III.1, art. 75.1; *Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84, R. 14.09.

Règle 2. (1) . . .

«action» . . . à l'exception d'un appel, d'une demande ou d'une requête introductive d'instance . . .

a et une «plaidoirie écrite» désigne

Règle 2. (1) . . .

«plaidoirie écrite» . . . tout acte par lequel une action devant la Section de première instance a été engagée . . .

b Par conséquent, une demande d'interdiction introduite par voie d'avis de requête n'est pas une «action» et l'avis de requête n'est pas une «plaidoirie écrite». On soutient toutefois que la règle des «lacunes», la Règle 5, permet à la Cour d'avoir recours à la loi de l'Ontario ou du Québec. Voici ce que prévoit la Règle 5:

*Règle 5.* Dans toute procédure devant la Cour, lorsque se pose une question non autrement visée par une disposition d'une loi du Parlement du Canada ni par une règle ou ordonnance générale de la Cour (hormis la présente Règle), la Cour déterminera (soit sur requête préliminaire sollicitant des instructions, soit après la survenance de l'événement si aucune requête de ce genre n'a été formulée), la pratique et la procédure à suivre pour cette question par analogie

- e a) avec les autres dispositions des présentes Règles, ou
- b) avec la pratique et la procédure en vigueur pour des procédures semblables devant les tribunaux de la province à laquelle se rapporte plus particulièrement l'objet des procédures,

f selon ce qui, de l'avis de la Cour, convient le mieux en l'espèce.

Comme les parties en l'espèce ont leurs domiciles en Ontario et au Québec, on a soutenu que la Cour pouvait avoir recours, par analogie, aux lois de ces provinces qui, contrairement aux *Règles de la Cour fédérale*, prévoient une procédure de radiation des documents introductifs d'instance qui ne sont pas des plaidoiries écrites<sup>3</sup>. L'appelante semble aussi faire valoir que la Règle 5a) permet à la Cour d'appliquer la Règle 419 aux avis de requête introductive d'instance, par analogie.

i La Règle 5 s'applique uniquement lorsqu'il existe une «lacune» dans les *Règles de la Cour fédérale*. Le simple fait que ces Règles ne contiennent pas une disposition énoncée dans les règles de procédure provinciales ne signifie pas nécessairement qu'il existe une

<sup>3</sup> *Code de procédure civile*, L.R.Q. 1977, ch. C-25, chapitre III.1, art. 75.1; *Règles de procédure civile*, Règl. de l'Ont. 560/84, Règle 14.09.

explained by the general scheme of the *Federal Court Rules* then that absence must be considered intentional and any application by analogy of provincial court rules or other provisions of the *Federal Court Rules* which are on their face inapplicable would amount to an amendment of the *Federal Court Rules*.

The basic explanation for the lack of a provision in the *Federal Court Rules* for striking out notices of motion can be found in the differences between actions and other proceedings. An action involves, once the pleadings are filed, discovery of documents, examinations for discovery, and then trials with *viva voce* evidence. It is obviously important that parties not be put to the delay and expense involved in taking a matter to trial if it is "plain and obvious" (the test for striking out pleadings) that the pleading in question cannot amount to a cause of action or a defence to a cause of action. Even though it is important both to the parties and the Court that futile claims or defences not be carried forward to trial, it is still the rare case where a judge is prepared to strike out a pleading under Rule 419. Further, the process of striking out is much more feasible in the case of actions because there are numerous rules which require precise pleadings as to the nature of the claim or the defence and the facts upon which it is based. There are no comparable rules with respect to notices of motion. Both Rule 319(1) [as am. by SOR/88-221, s. 4], the general provision with respect to applications to the Court, and Rule 1602(2) [as enacted by SOR/92-43, s. 19], the relevant rule in the present case which involves an application for judicial review, merely require that the notice of motion identify "the precise relief" being sought, and "the grounds intended to be argued." The lack of requirements for precise allegations of fact in notices of motion would make it far more risky for a court to strike such documents. Further, the disposition of an application commenced by originating notice of motion does not involve discovery and trial, matters which can be avoided in actions by a decision to strike. In fact, the disposition of an originating notice proceeds in much the same way that an application to strike the notice of motion would proceed: on the basis of affidavit evidence and argument before a single judge of the Court. Thus, the direct and proper

lacune. Si l'absence d'une telle disposition peut s'expliquer facilement par l'organisation générale des *Règles de la Cour fédérale*, cette absence doit être considérée comme intentionnelle et toute application par analogie des règles de procédure provinciales ou d'autres dispositions des *Règles de la Cour fédérale*, inapplicables de prime abord, équivaldrait à une modification des *Règles de la Cour fédérale*.

L'absence de dispositions prévoyant la radiation des avis de requête dans les *Règles de la Cour fédérale* s'explique fondamentalement par les différences qui distinguent les actions des autres instances. Dans une action, le dépôt des plaidoiries écrites est suivi de la communication de documents, d'interrogatoires préalables et d'instructions au cours desquelles des témoignages sont rendus de vive voix. Il est de toute évidence important d'éviter aux parties les délais et les dépenses nécessaires pour mener une instance jusqu'à l'instruction s'il est «manifeste» (c'est le critère à appliquer pour radier une plaidoirie écrite) que la plaidoirie écrite en cause ne peut pas établir une cause d'action ou une défense. Bien qu'il soit important, tant pour les parties que pour la Cour, qu'une demande ou une défense futiles ne subsistent pas jusqu'à l'instruction, il est rare qu'un juge soit disposé à radier une procédure écrite par application de la Règle 419. De plus, le processus de radiation est beaucoup plus facile à appliquer dans le cas des actions, étant donné que de nombreuses règles exigent des plaidoiries écrites précises quant à la nature de la demande ou de la défense et aux faits qui l'appuient. Aucune règle comparable n'existe relativement aux avis de requête. Tant la Règle 319(1) [mod. par DORS/88-221, art. 4], la disposition générale applicable aux demandes présentées à la Cour, que la Règle 1602(2) [édictee par DORS/92-43, art. 19], la règle pertinente en l'espèce, qui vise une demande de contrôle judiciaire, exigent simplement que l'avis de requête indique «avec précision, le redressement» recherché et «les motifs au soutien de la demande». Le fait que les avis de requête ne doivent pas nécessairement contenir des allégations de fait précises aggrave beaucoup le risque que prendrait la Cour en radiant ces documents. De plus, une demande introduite par voie d'avis de requête introductive d'instance est tranchée sans enquête préalable et sans instruction, mesures qu'une radiation permet d'éviter dans les actions. En fait, l'examen d'un avis de



way to contest an originating notice of motion which the respondent thinks to be without merit is to appear and argue at the hearing of the motion itself. This case well illustrates the waste of resources and time in adding on to what is supposed to be a summary judicial review proceeding the process of an interlocutory motion to strike. This motion to strike has involved a hearing before a trial judge and over one half day before the Court of Appeal, the latter involving the filing of several hundred pages of material, all to no avail. The originating notice of motion itself can and will be dealt with definitively on its merits at a hearing before a judge of the Trial Division now fixed for January 17, 1995.

The contrast between actions and motions in this Court is even more marked where the motion involved is for judicial review, as these applications for prohibition under subsection 6(1) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* have been held to be.<sup>4</sup> Unlike the rules pertaining to actions, the 1600 rules [as enacted by SOR/92-43, s. 19] pertaining to judicial review provide a strict timetable for preparation for hearing and a role for the Court in ensuring there is no undue delay. Time limits fixed by the rules can only be extended by a judge, not by consent.<sup>5</sup> The Court can of its own motion dismiss applications due to delay<sup>6</sup> and can also take the initiative in correcting originating docu-

requête introductive d'instance se déroule à peu près de la même façon que celui d'une demande de radiation de l'avis de requête: la preuve se fait au moyen d'affidavits et l'argumentation est présentée devant un juge de la Cour siégeant seul. Par conséquent, le moyen direct et approprié par lequel la partie intimée devrait contester un avis de requête introductive d'instance qu'elle estime sans fondement consiste à comparaître et à faire valoir ses prétentions à l'audition de la requête même. La présente cause illustre bien le gaspillage de ressources et de temps qu'entraîne l'examen additionnel d'une requête interlocutoire en radiation dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire qui devrait être sommaire. La présente requête en radiation a donné lieu, inutilement, à une audience devant le juge de première instance et à plus d'une demi-journée devant la Cour d'appel, ainsi qu'au dépôt, devant cette dernière, de plusieurs centaines de pages de documents. Le bien-fondé de l'avis de requête introductive d'instance peut être tranché, et le sera de façon définitive, à l'audience dont la tenue, devant un juge de la Section de première instance, est maintenant fixée au 17 janvier 1995.

La distinction entre une action et une requête devant la Cour fédérale est encore plus marquée lorsque la requête vise le contrôle judiciaire d'une décision, comme dans le cas des présentes demandes de prohibition soumises en vertu du paragraphe 6(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* et tenues pour appartenir à cette catégorie d'instances<sup>4</sup>. Contrairement aux règles applicables aux actions, les Règles 1600 à 1700 [éditées par DORS/92-43, art. 19] touchant le contrôle judiciaire prévoient un calendrier précis pour la préparation de l'audition et confient à la Cour le rôle de s'assurer qu'aucun retard injustifié ne se produit. Les délais fixés par les règles peuvent être prorogés uniquement par un juge, et non de consentement<sup>5</sup>. La Cour peut, de son propre chef, ordonner le rejet d'une demande en raison d'un retard<sup>6</sup> et corriger un document intro-

<sup>4</sup> *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329 (F.C.A.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (F.C.A.).

<sup>5</sup> Rule 1614(2) [as enacted *idem*].

<sup>6</sup> Rule 1617 [as enacted *idem*].

<sup>4</sup> *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329 (C.A.F.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (C.A.F.).

<sup>5</sup> Règle 1614(2) [éditée, *idem*].

<sup>6</sup> Règle 1617 [éditée, *idem*].

ments.<sup>7</sup> This all reinforces the view that the focus in judicial review is on moving the application along to the hearing stage as quickly as possible. This ensures that objections to the originating notice can be dealt with promptly in the context of consideration of the merits of the case.

The *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* further indicate an intention that this particular kind of application for judicial review should be disposed of expeditiously. Subsection 7(1) of the Regulations provides that normally a notice of compliance should not be issued until thirty months have elapsed from the filing of the application for prohibition, unless the Court has in the meantime dismissed that application. Subsection 7(5) however, authorizes the Court to abbreviate or extend that thirty-month period where it has not yet reached a decision on the application but where it finds that a party to the application “failed to reasonably cooperate in expediting the application.” Thus if, for example, the applicant unduly delays in bringing the matter on for a hearing on the merits, the respondent can move to have the Court shorten the time limit for the issue of a notice of compliance.

Given the multitude of interlocutory proceedings now outstanding in the Trial Division of this nature, it is apparent that in many cases the parties have indeed tried to treat such proceedings as actions for infringement or declarations of validity of patents. As a result they have tried to have the Court strike out or order amendments to notices of allegation.<sup>8</sup> Parties have as in the present case sought to strike out originating notices of motion and have sought the equivalent of discovery of the opposing party. However this Court made clear in *Merck Frosst v.*

ductif d’instance<sup>7</sup>. Ces éléments appuient l’opinion voulant que les requêtes en contrôle judiciaire doivent parvenir au stade de l’audition le plus rapidement possible. Les objections visant l’avis introductif d’instance peuvent ainsi être tranchées rapidement dans le contexte de l’examen du bien-fondé de la demande.

Le Règlement sur les médicaments brevetés (*avis de conformité*) indique aussi l’intention que ce type particulier de demande de contrôle judiciaire soit tranché de façon expéditive. Le paragraphe 7(1) du Règlement prévoit qu’un avis de conformité ne doit pas être délivré avant l’expiration de trente mois suivant le dépôt de la demande d’interdiction, à moins que la Cour n’ait rejeté la demande dans l’intervalle. Le paragraphe 7(5) autorise toutefois la Cour à abréger ou à proroger ce délai de trente mois lorsqu’elle n’a pas encore rendu une décision relativement à la demande, et qu’elle constate qu’une partie à la demande «n’a pas collaboré de façon raisonnable au traitement expéditif de celle-ci». Ainsi, par exemple, lorsque la partie requérante retarde indûment la tenue de l’audience sur le bien-fondé de la demande, la partie intimée peut présenter une requête pour demander à la Cour d’abrégier le délai de délivrance d’un avis de conformité.

Compte tenu des très nombreuses procédures interlocutoires de cette nature actuellement en instance devant la Section de première instance, il semble que, dans bien des cas, les parties ont effectivement tenté de mener ces instances comme des actions pour contrefaçon ou des actions visant à obtenir un jugement déclaratoire sur la validité des brevets. En conséquence, elles ont tenté d’obtenir de la Cour la radiation ou la modification des avis d’allégation<sup>8</sup>. Des parties ont essayé, comme en l’espèce, d’obtenir la radiation de l’avis de requête introductive d’instance et une mesure équivalant à l’interrogatoire préalable de la partie opposée. Toutefois, dans l’affaire *Merck*

<sup>7</sup> Rule 1605 [as enacted *idem*].

<sup>8</sup> In the associated appeal involving the same parties heard at the same time as the present appeal, A-410-94, reasons dated October 18, 1994, this Court held that “the notice of allegation is beyond the reach of the Court’s jurisdiction in a judicial review proceeding” on the basis that such a document is a document filed with the Minister and not with the Court.

<sup>7</sup> Règle 1605 [édictée, *idem*].

<sup>8</sup> Dans l’appel connexe, A-410-94, qui concerne les mêmes parties et qui a été entendu en même temps que le présent appel, la Cour a prononcé des motifs le 18 octobre 1994, dans lesquels elle affirme que «l’avis d’allégation échappe à la compétence de la Cour dans une procédure de contrôle judiciaire» parce que ce document est déposé auprès du ministre et non auprès de la Cour.

*Canada*<sup>9</sup> that these proceedings are not actions for determining validity or infringement: rather they are proceedings to determine whether the Minister may issue a notice of compliance. That decision must turn on whether there are allegations by the generic company sufficiently substantiated to support a conclusion for administrative purposes (the issue of a notice of compliance) that the applicant's patent would not be infringed if the generic's product is put on the market. It is useful to reiterate what the Court said in the *Merck* case [at pages 319-320].

The proceedings are not an action and their object is solely to prohibit the issuance of a notice of compliance under the *Food and Drug Regulations*. Manifestly, they do not constitute "an action for infringement of a patent" . . . .

Furthermore, since the regulations clearly allow the Minister, absent a timely application under s. 6, to issue a notice of compliance on the basis of the allegations in the notice of allegation, it would seem that on the hearing of such an application, at least where the notice has alleged non-infringement, the court should start from the proposition that the allegations of fact in the notice of allegation are true except to the extent that the contrary has been shown by the applicant. In determining whether or not the allegations are "justified" (s. 6(2)), the court must then decide whether, on the basis of such facts as have been assumed or proven, the allegations would give rise in law to the conclusion that the patent would not be infringed by the respondent.

In this connection, it may be noted that, while s. 7(2)(b) seems to envisage the court making a declaration of invalidity or non-infringement, it is clear to me that such declaration could not be given in the course of the s. 6 proceedings themselves. Those proceedings, after all, are instituted by the patentee and seek a prohibition against the Minister, since they take the form of a summary application for judicial review, it is impossible to conceive of them giving rise to a counterclaim by the respondent seeking such a declaration. Patent invalidity, like patent infringement cannot be litigated in this kind of proceeding. I can only think that the draftsman had in mind the possibility of there being parallel proceedings instituted by the second person which might give rise to such a declaration and be binding on the parties. It is, in any event, evident that the declaration referred to in s. 7(2)(b) is not a precondition to the ultimate dismissal of the s. 6 application, the consequences of which are separately dealt with in s. 7(4).

It will be noted that the Regulations nowhere create or abolish any rights of action between the parties: j

<sup>9</sup> *Supra*, note 4.

*Frosst c. Canada*<sup>9</sup>, la Cour a clairement statué que ces procédures ne constituent pas des actions touchant la validité ou la contrefaçon d'un brevet: il s'agit plutôt de procédures visant à établir si le ministre peut délivrer un avis de conformité. Cette décision doit être axée sur la question de savoir si la société générique fait valoir des allégations suffisamment bien fondées pour appuyer la conclusion, tirée à des fins administratives (la délivrance d'un avis de conformité), que la mise en marché du produit générique ne violerait pas le brevet du requérant. Il est utile de reproduire les propos tenus par la Cour dans l'affaire *Merck*, précitée [aux pages 319 et 320].

La procédure engagée n'est pas une action et ne vise qu'à faire interdire la délivrance d'un avis de conformité sous le régime du *Règlement sur les aliments et drogues*. Manifestement, elle ne constitue pas une «action en contrefaçon de brevet» . . .

Au surplus, étant donné que le règlement habilite le ministre, si une demande fondée sur l'art. 6 n'est pas intentée dans les délais, à délivrer l'avis de conformité sur la foi des assertions contenues dans l'avis d'allégation, il semblerait qu'à l'audition de cette demande, du moins dans le cas où l'avis allègue la non-contrefaçon, la Cour doive présumer que les allégations de fait contenues dans l'avis d'allégation sont avérées sauf dans la mesure que la partie requérante prouve le contraire. Pour décider si les allégations sont «fondées» (art. 6(2)), la Cour doit examiner si, à la lumière de ces faits tels qu'ils sont présumés ou prouvés, ces allégations engageraient en droit à conclure que le brevet ne serait pas contrefait par la partie intimée.

À ce sujet, il y a lieu de noter que si l'art. 7(2)(b) semble prévoir que la Cour rend un jugement déclarant que le brevet n'est pas valide ou qu'il n'est pas contrefait, il ne fait aucun doute que ce jugement déclaratoire ne peut être rendu dans le cadre de la procédure fondée sur l'art. 6 elle-même. Cette procédure est après tout engagée par le breveté pour demander une interdiction contre le ministre; puisqu'elle revêt la forme d'un recours sommaire en contrôle judiciaire, il est impossible de concevoir qu'elle puisse donner lieu à une demande reconventionnelle de la part de l'intimé en vue de pareil jugement déclaratoire. L'invalidité de brevet, tout comme la contrefaçon de brevet, n'est pas une question relevant d'une procédure de ce genre. La seule explication est, à mon avis, que le rédacteur avait à l'esprit la possibilité de procédures parallèles intentées par la seconde personne et qui donneraient lieu à pareil jugement déclaratoire, exécutoire pour les parties. Quoi qu'il en soit, il est évident que le jugement déclaratoire visé à l'art. 7(2)(b) n'est pas la condition préalable du rejet ultime de la demande fondée sur l'art. 6, dont les conséquences sont prévues séparément à l'art. 7(4).

Soulignons qu'aucune des dispositions du Règlement ne crée ni n'abolit les droits d'action des parties l'une

<sup>9</sup> Précitée, note 4.

instead they confer a right on the patentee to bring an application for prohibition against the Minister of National Health and Welfare. That is, the Regulations pertain to public law, not private rights of action. Of course the real adversary in such a prohibition proceeding is the generic company which served the notice of allegation.

If the Governor in Council had intended by these Regulations to provide for a final determination of the issues of validity or infringement, a determination which would be binding on all private parties and preclude future litigation of the same issues, it surely would have said so. This Court is not prepared to accept that patentees and generic companies alike have been forced to make their sole assertion of their private rights through the summary procedure of a judicial review application. As the Regulations direct that such issues as may be adjudicated at this time must be addressed through such a process, this is a fairly clear indication that these issues must be of a limited or preliminary nature. If a full trial of validity or infringement issues is required this can be obtained in the usual way by commencing an action.

For these reasons we are satisfied that the Trial Judge properly declined to make an order striking out, under Rule 419 or by means of the "gap" rule, as if this were an action. This is not to say that there is no jurisdiction in this Court either inherent or through Rule 5 by analogy to other rules, to dismiss in summary manner a notice of motion which is so clearly improper as to be bereft of any possibility of success.<sup>10</sup> Such cases must be very exceptional and cannot include cases such as the present where there is simply a debatable issue as to the adequacy of the allegations in the notice of motion.

<sup>10</sup> See e.g. *Cyanamid Agricultural de Puerto Rico, Inc. v. Commissioner of Patents et al.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 133 (F.C.T.D.); and the discussion in *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1994] 1 F.C. 102 (T.D.), at pp. 120-121.

contre l'autre: elles confèrent plutôt au breveté le droit de présenter une demande de prohibition contre le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social. Le Règlement ressortit donc au droit public et ne vise pas les droits d'action privés. La véritable partie opposée dans le cadre d'une telle procédure en prohibition est évidemment la société générique qui a signifié l'avis d'allégation.

Si, en prenant ce Règlement, le gouverneur en conseil avait eu l'intention de prévoir le prononcé d'une décision définitive sur la validité et la contrefaçon d'un brevet, qui lierait toutes les parties privées et empêcherait tout litige ultérieur visant les mêmes questions, il l'aurait sûrement exprimée. Le tribunal n'est pas disposé à accepter l'hypothèse voulant que les brevetés et les sociétés génériques soient forcés de faire valoir leurs droits privés uniquement au moyen de la procédure sommaire de demande de contrôle judiciaire. Étant donné que le Règlement dispose que les questions qui peuvent être tranchées à cette étape seront examinées dans le cadre d'une telle procédure, il est donc assez clair que ces questions sont obligatoirement de nature limitée ou préliminaire. Si l'instruction complète des questions de validité et de contrefaçon est nécessaire, on peut procéder de la façon habituelle en intentant une action.

Pour ces motifs, nous sommes convaincus que le juge de première instance a eu raison de refuser de prononcer une ordonnance de radiation sous le régime de la Règle 419 ou de la règle des lacunes, comme il l'aurait fait dans le cadre d'une action. Nous n'affirmons pas que la Cour n'a aucune compétence, soit de façon inhérente, soit par analogie avec d'autres règles en vertu de la Règle 5, pour rejeter sommairement un avis de requête qui est manifestement irrégulier au point de n'avoir aucune chance d'être accueilli<sup>10</sup>. Ces cas doivent demeurer très exceptionnels et ne peuvent inclure des situations comme celle dont nous sommes saisis, où la seule question en litige porte simplement sur la pertinence des allégations de l'avis de requête.

<sup>10</sup> Voir, par exemple, *Cyanamid Agricultural de Puerto Rico, Inc. c. Commissaire des brevets et autre* (1983), 74 C.P.R. (2d) 133 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); et l'analyse figurant dans la décision *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1994] 1 C.F. 102 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 120 et 121.

Having come to this conclusion on the availability of striking out in such circumstances, I will not deal with the other finding of the learned Trial Judge that the originating notice of motion does in fact disclose a reasonable cause of action. I would not wish it to be thought, in not dealing with that issue, that this Court expresses any views on the conclusions of the learned Trial Judge in this respect. The ultimate adequacy of the respondents' allegations and evidence must be addressed by the judge hearing the application for prohibition on its merits.

#### Compelling Answers on Cross-Examination

In the proceedings before Noël J. the appellant had also requested that he order Robert J. Little, the deponent for the respondents Pharmacia and Farmitalia, to re-attend for further cross-examination on his affidavit and to reply to questions which he previously refused to answer. Noël J. declined to order such answers on the grounds that certain questions were not relevant to the issues to be addressed in the application for prohibition. In the case of certain questions allegedly related to credibility he examined the document supposedly creating an inconsistency in Mr. Little's position and decided that it did not.

I have examined these questions carefully and have concluded that there is no basis upon which this Court should interfere with the exercise of the Trial Judge's discretion. As indicated earlier, the Court should not interfere unless the trial judge has proceeded on an erroneous principle of law or on a misapprehension of the facts, or unless the decision would cause some injustice. None of these criteria have been met by the appellant in the present case. This is not to suggest of course that the appellant cannot make some of the same arguments in support of the proposition that the applicants for prohibition have not adequately proven their case. That is a matter to be argued before the judge of the Trial Division hearing the application for prohibition.

Compte tenu de cette conclusion quant à la possibilité de radier un document en pareilles circonstances, je ne traiterai pas de la conclusion du juge de première instance portant que l'avis de requête introductive d'instance révèle effectivement une cause raisonnable d'action. Je ne voudrais pas qu'on considère l'abstention de la Cour de se prononcer sur cette question comme l'expression d'une opinion sur les conclusions formulées à cet égard par le juge de première instance. La pertinence de la preuve et des allégations des intimés doit être appréciée, en définitive, par le juge qui entendra la demande d'interdiction au fond.

#### Les réponses aux questions posées en contre-interrogatoire

Devant le juge Noël, l'appelante a aussi demandé à la Cour d'enjoindre à Robert J. Little, l'auteur de l'affidavit déposé par les intimées Pharmacia et Farmitalia, de se présenter à nouveau pour être contre-interrogé relativement à son affidavit et pour répondre aux questions auxquelles il avait précédemment refusé de répondre. Le juge Noël a refusé de lui ordonner de fournir ces réponses, au motif que certaines questions ne se rapportaient pas aux questions à trancher dans le cadre de la demande de prohibition. En ce qui a trait à certaines questions qui auraient un lien avec la crédibilité de M. Little, le juge a examiné le document censé révéler une incohérence dans les propos de M. Little et il a décidé qu'il n'en révélait pas.

Après avoir examiné les questions soigneusement, j'ai conclu qu'aucun motif ne pourrait justifier que la Cour intervienne dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. Comme je l'ai déjà mentionné, la Cour ne doit pas intervenir à moins que le juge de première instance ait appliqué un principe de droit erroné ou commis une erreur d'appréciation des faits, ou que la décision en cause entraîne une injustice. En l'espèce, l'appelante n'a satisfait à aucun de ces critères. Cette conclusion ne signifie évidemment pas que l'appelante ne serait pas autorisée à faire valoir les mêmes arguments à l'appui de sa prétention voulant que les requérants n'aient pas établi de façon satisfaisante que la prohibition doit être accordée. Cette question doit être débattue devant le juge de première instance qui tranchera la demande d'interdiction.

Disposition

This appeal should therefore be dismissed with costs.

STONE J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

Dispositif

L'appel devrait donc être rejeté avec dépens.

<sup>a</sup> LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

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

A-184-92

A-184-92

**Her Majesty the Queen in Right of the Province of Manitoba (Applicant)**

**Sa Majesté la Reine du chef de la province du Manitoba (requérante)**

v.

a c.

**The National Transportation Agency of Canada (Respondent)**

**Office national des transports du Canada (intimé)**

*INDEXED AS: MANITOBA v. CANADA (NATIONAL TRANSPORTATION AGENCY) (C.A.)*

*RÉPERTORIÉ: MANITOBA c. CANADA (OFFICE NATIONAL DES TRANSPORTS) (C.A.)*

Court of Appeal, Isaac C.J., Stone and Desjardins J.J.A.—Winnipeg, November 14; Ottawa, November 22, 1994.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Stone et Desjardins, J.C.A.—Winnipeg, 14 novembre; Ottawa, 22 novembre 1994.

*Transportation — Appeal from cease and desist order against operation of unlicensed publicly available air ambulance service — Appellant not receiving formal notice prior to order, but aware of investigation — Although general right to procedural fairness, statutory framework examined to see if right modified — National Transportation Act, s. 35(4) authorizing Agency to make cease and desist order without first affording opportunity to be heard — Contrasted to preceding subsections requiring some sort of hearing — Abrogating need for hearing by necessary implication — Appropriate for court to note statutory provision for review, appeal if power improperly exercised where statute ruling out procedural fairness in certain circumstances.*

*Transports — Appel d'une injonction ordonnant la cessation de l'exploitation, sans licence, d'un service ambulancier aérien offert au public — L'appelante n'a pas été officiellement avisée avant le prononcé de l'injonction, mais elle était au courant de l'existence de l'enquête — Bien qu'il existe un droit général à l'équité procédurale, il faut examiner le cadre législatif pour voir si ce droit a été modifié — L'art. 35(4) de la Loi sur les transports nationaux autorise l'Office à prononcer une injonction sans accorder d'abord l'occasion d'être entendu — Différence des paragraphes précédents qui exigent une forme d'audience — Suppression implicite de la nécessité d'une audience — Le tribunal peut légitimement prendre acte du fait que la Loi prévoit la possibilité de réviser une ordonnance ou de la porter en appel si le pouvoir de la rendre a été exercé de façon irrégulière lorsque la Loi exclut l'équité procédurale dans certaines circonstances.*

*Air law — Province of Manitoba operating public air ambulance service without licence in violation of National Transportation Act — Licensed air ambulance service caused economic hardship — Cease and desist order made by National Transportation Agency — Act, s. 35(4) authorizing Agency to make order without affording opportunity to be heard.*

*Droit aérien — La province du Manitoba exploite un service ambulancier aérien public pour lequel elle n'est pas titulaire d'une licence, en violation de la Loi sur les transports nationaux — Cette exploitation cause des difficultés économiques à un transporteur aérien qui est titulaire d'une licence — L'Office national des transports a prononcé une injonction — L'art. 35(4) autorise l'Office à prononcer une injonction sans accorder d'abord à l'intéressé l'occasion d'être entendu.*

This was an appeal from a cease and desist order issued by the National Transportation Agency against the operation of a publicly available air ambulance service operated by the Health Services Commission of the Province of Manitoba for which it was not licensed. *National Transportation Act, 1987* subsections 35(1), (2) and (3) permit the Agency to "inquire into, hear and determine" complaints, matters concerning licences or permits, and safety. Under subsection 35(4) it may require a person to do or refrain from doing anything that the person is required to do or prohibited from doing under any Act administered by the Agency. Section 71 prohibits the operation of an unlicensed domestic service, which is defined as an air service that is publicly available for the transportation of passengers or goods. An investigation was commenced as a result of an inquiry by a private air ambulance operator as to whether the appellant's air ambulance service was licensed by

Il s'agit de l'appel d'une injonction par laquelle l'Office national des transports a ordonné la cessation de l'exploitation d'un service ambulancier aérien offert au public exploité par la Commission des services de santé du Manitoba pour lequel elle n'était pas titulaire d'une licence. Les paragraphes 35(1), (2) et (3) de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux* permettent à l'Office d'«enquêter sur une plainte, l'entendre et en décider» lorsqu'elle porte sur des licences ou des permis ou sur la sécurité. En vertu du paragraphe 35(4), il peut ordonner à une personne d'accomplir un acte ou de s'en abstenir lorsque l'accomplissement ou l'abstention sont prévus par une loi fédérale qu'il est chargé d'appliquer. L'article 71 subordonne l'exploitation d'un service intérieur à la détention d'une licence. Par «service intérieur», il faut entendre tout service aérien qui est offert au public pour le transport de passagers ou de marchandises. Une enquête a été ouverte à la suite d'une demande

the Agency. Although the Agency did not give the appellant formal notice that it was about to make the cease and desist order, during the course of the investigation the RCMP spoke with representatives of the air ambulance service and the Manitoba Attorney General's office. The ensuing Executive Report concluded that the carrier was operating an unlicensed publicly available carrier in violation of the Act, and a cease and desist order issued.

The appellant submitted that it was entitled to be heard before the Agency made the cease and desist order. The issue was whether the Agency owed the appellant a duty of procedural fairness in the process which led to the making of the cease and desist order and if so, whether that duty was complied with.

*Held*, the appeal should be dismissed.

Although there is a general right to procedural fairness, the statutory framework must be examined to see if it modifies this right. Unlike the three previous subsections, requiring some sort of hearing prior to the making of an order, there is no provision in subsection 35(4) for any person affected by an order to be heard. Although it does not expressly abrogate the need for a hearing, it does so by necessary implication. Subsection 35(4) authorized the Agency to make the order without first affording an opportunity to be heard.

The fact was that the appellant had an opportunity to be heard before the order was made when the appellant was made aware that the investigation was underway. Nothing suggests that the appellant was not able to communicate with the Agency about that investigation or that it could not make representations with respect thereto if it cared to do so. Where a statute can rule out procedural fairness in specific circumstances, it is appropriate for a court to note that the same statute provides the possibility of an *ex parte* order being revisited by the Agency (section 41), revised or rescinded by the Governor in Council (section 64) or appealed to this Court (section 65), if the power to make it was exercised carelessly or oppressively.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, ss. 32, 35(1),(2),(3),(4), 41, 64, 65(1),(3), 67(1) "domestic service", 71, 72(1),(2), 103(1)(a).  
*National Transportation Agency General Rules*, SOR/88-23, s. 2 "application" (as am. by SOR/91-547, s. 1).

de renseignements faite par l'exploitant d'un service ambulancier aérien privé qui voulait savoir si l'Office avait délivré une licence à l'appelant pour l'exploitation de son service ambulancier aérien. Bien que l'Office n'ait pas avisé officiellement l'appelante qu'il était sur le point de prononcer l'injonction, la GRC a, au cours de l'enquête, parlé avec des représentants du service ambulancier aérien et avec le bureau du procureur général du Manitoba. Dans le rapport à l'intention des cadres qui s'en est suivi, on concluait que le transporteur exploitait un service ambulancier aérien pour lequel il n'était pas titulaire d'une licence en violation de la Loi, et une injonction a été prononcée.

L'appelante prétendait qu'elle avait le droit d'être entendue avant que l'Office ne prononce l'injonction. La question en litige était celle de savoir si l'Office était tenue envers l'appelante à un devoir d'équité procédurale dans le processus qui a conduit au prononcé de l'injonction et, dans l'affirmative, s'il s'est acquitté de ce devoir.

*Arrêt*: l'appel devrait être rejeté.

Bien qu'il existe un droit général à l'équité procédurale, le cadre légal doit être examiné pour voir s'il modifie ce droit. Contrairement à ce qui est prévu aux trois paragraphes qui le précèdent et qui exige une forme d'audience avant le prononcé d'une ordonnance, aucune disposition n'est prévue au paragraphe 35(4) en ce qui concerne la possibilité pour la personne visée par l'injonction d'être entendue. Bien que ce paragraphe ne supprime pas expressément la nécessité d'une audience, il le fait de façon implicite. Le paragraphe 35(4) permettait à l'Office de prononcer l'injonction sans accorder d'abord à l'appelante la possibilité d'être entendue.

L'appelante a effectivement eu l'occasion d'être entendue avant le prononcé de l'injonction lorsqu'elle a été mise au courant que l'enquête était en cours. Rien ne permet de penser que l'appelante n'était pas en mesure de communiquer avec l'Office au sujet de cette enquête ou qu'elle ne pouvait pas faire valoir son point de vue à cet égard si elle se donnait la peine de le faire. Lorsqu'une loi exclut l'équité procédurale dans des circonstances déterminées, le tribunal peut légitimement prendre acte du fait que la même loi prévoit la possibilité qu'une ordonnance prononcée *ex parte* soit revue par l'Office (article 41), révisée ou annulée par le gouverneur général (article 64) ou portée en appel devant notre Cour (article 65), si le pouvoir de la rendre a été exercé de façon négligente ou abusive.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 32, 35(1),(2),(3),(4), 41, 64, 65(1),(3), 67(1) «service intérieur», 71, 72(1),(2), 103(1)a).  
*Règles générales de l'Office national des transports*, DORS/88-23, art. 2 «demande» (mod. par DORS/91-547, art. 1).



## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17. <sup>a</sup>

APPEAL from a cease and desist order issued by the National Transportation Agency against the operation of an unlicensed publicly available air ambulance service operated by the Health Services Commission of the Province of Manitoba. Appeal dismissed. <sup>b</sup>

## COUNSEL:

*W. Glenn McFetridge* and *Marjorie A. Webb* for applicant.  
*Richard Makuch* for respondent. <sup>c</sup>

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General for the Province of Manitoba*, Winnipeg, for applicant.  
*National Transportation Agency Legal Services Directorate*, Hull, Québec for respondent. <sup>e</sup>

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

STONE J.A.: By its order No. 1991-A-562 of December 6, 1991, the respondent (the Agency) required the appellant<sup>1</sup> "to immediately cease and desist operating a publicly available air ambulance service for which it is not licensed."<sup>2</sup> That service was operated under the name of "Lifeflight" from a base in Winnipeg. <sup>f</sup>

The only issue is whether the Agency owed the appellant a duty of procedural fairness in the process which led to the making of the cease and desist order and, if so, whether that duty was complied with. <sup>h</sup>

This issue must be decided against both the factual background and the statutory framework under which <sup>i</sup>

<sup>1</sup> Although styled as "applicant" in the notice of appeal, Her Majesty the Queen in right of the Province of Manitoba will hereinafter be referred to as the "appellant."

<sup>2</sup> Operation of the cease and desist order was stayed by order of this Court made December 13, 1991.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14 010; 106 N.R. 17.

APPEL d'une injonction prononcée par l'Office national des transports pour faire cesser l'exploitation d'un service ambulancier aérien offert au public exploité sans licence par la Commission des services de la santé de la province du Manitoba. Appel rejeté.

## AVOCATS:

*W. Glenn McFetridge* et *Marjorie A. Webb* pour la requérante.  
*Richard Makuch* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général de la province du Manitoba*, Winnipeg, pour la requérante.  
*Direction générale des services juridiques de l'Office national des transports*, Hull (Québec), pour l'intimé.

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Par son arrêté n° 1991-A-562 du 6 décembre 1991, l'intimé (l'Office) a sommé l'appelante<sup>1</sup> «de cesser l'exploitation d'un service ambulancier aérien offert au public pour lequel elle n'est pas licenciée»<sup>2</sup>. Ce service était exploité sous le nom de «Lifeflight» à partir de Winnipeg. <sup>g</sup>

La seule question en litige est celle de savoir si l'Office était tenue à un devoir d'équité procédurale envers l'appelante au cours du processus qui a conduit au prononcé de l'injonction et, dans l'affirmative, si elle s'est acquittée de son devoir.

Pour trancher cette question, il faut tenir compte tant du contexte factuel que du contexte législatif

<sup>1</sup> Bien qu'elle soit désignée sous le nom de «requérante» dans l'avis d'appel, Sa Majesté la Reine du chef de la province du Manitoba sera désormais désignée sous le nom d'«appelante».

<sup>2</sup> Aux termes d'une ordonnance prononcée le 13 décembre 1991, la Cour a sursis à l'exécution de l'injonction.

the order was made. In October 1991, Mr. Dave Sawatsky contacted the Agency to inquire whether the appellant's air ambulance service had been licensed by the Agency. The Agency decided to investigate the matter on its own motion.<sup>3</sup> That investigation ended with the submission to the Chairman and members of an executive report of November 25, 1991. This report and entries recorded in notes kept by the Agency's Field Investigations Directorate indicated that the investigation was directed both to Mr. Sawatsky's inquiry and to the possible laying of charges against the appellant for violation of the *National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28 (the Act).

By December 5, 1991 the Executive Report had reached the hands of the Agency's members. At the outset, the report indicates its legislative reference as "subsections 35(4), 71(1) and 71(2)" of the Act. It also indicates that as a result of the investigation it "has ascertained that the carrier has been and continues to operate in violation of the *National Transportation Act, 1987*." The following additional statements in this report are germane to the present proceeding:

The Agency has previously determined that "Air Ambulance Services" are "publicly available" and as such require a license under subsections 72(1) for operations in Southern Canada and under 72(2) of the *NTA, 1987*, for operations within, to or from the designated area.

The Province of Manitoba, Health Services Commission, has for the past several years operated an air ambulance service throughout the Province of Manitoba including within the designated area. This service is known as Lifeflight. It utilizes a Group C aircraft from a base at Winnipeg, Manitoba. The service is for the transfer of patients requiring ambulance services because of illness, injury or incapacity. This service is not

<sup>3</sup> It is apparent that because Mr. Sawatsky's inquiry was not put in the form of a filed written complaint, it did not constitute an "application" as defined in s. 2 of the *National Transportation Agency General Rules*, SOR/88-23 [as am. by SOR/91-547, s. 1] and accordingly the Agency was not obliged to investigate it as a "complaint" under s. 35(1) of the Act in accordance with the procedure laid down in Part II of the Agency's Rules.

dans lequel l'arrêté a été pris. En octobre 1991, M. Dave Sawatsky est entré en communication avec l'Office pour savoir si celui-ci avait délivré une licence à l'appelante relativement à son service ambulancier aérien. L'Office a décidé de sa propre initiative de faire enquête sur la question<sup>3</sup>. Cette enquête s'est soldée par la présentation au président et aux membres de l'Office d'un rapport à l'intention des cadres daté du 25 novembre 1991. Il ressort de ce rapport et des inscriptions faites dans les notes conservées par la Direction des enquêtes régionales de l'Office que l'enquête portait à la fois sur la demande de renseignements de M. Sawatsky et sur le dépôt éventuel d'accusations contre l'appelante pour violation de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 28 (la Loi).

Dès le 5 décembre 1991, le rapport à l'intention des cadres était parvenu aux membres de l'Office. D'entrée de jeu, les auteurs du rapport précisent qu'ils se réfèrent aux [TRADUCTION] «paragraphe 35(4), 71(1) et 71(2)» de la Loi. Ils ajoutent que, par suite de l'enquête, ils ont [TRADUCTION] «constaté que le transporteur a exercé ses activités et continue à les exercer en violation de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*». Les énoncés supplémentaires que l'on trouve dans le rapport se rapportent à la présente instance:

[TRADUCTION] L'Office a déjà déterminé que les «services ambulanciers aériens» sont «offerts au public» et qu'à ce titre, ils nécessitent une licence aux termes du paragraphe 72(1), pour les activités exercées dans le sud du Canada et aux termes du paragraphe 72(2) de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux* pour les activités exercées à destination, en provenance ou à l'intérieur de la zone désignée.

La Commission des services de santé de la province du Manitoba exploite depuis quelques années un service ambulancier aérien dans la province du Manitoba, notamment à l'intérieur de la zone désignée. Ce service est désigné sous le nom de Lifeflight. On utilise des aéronefs du groupe C à partir d'une base située à Winnipeg (Manitoba) pour le transport de patients nécessitant des services ambulanciers en raison d'une

<sup>3</sup> Il est évident que, parce que la demande de renseignements de M. Sawatsky n'a pas été formulée sous forme de plainte écrite, elle ne constituait pas une «demande» au sens de la définition contenue à l'art. 2 des *Règles générales de l'Office national des transports*, DORS/88-23 [mod. par DORS/91-547, art. 1] et que, par conséquent, l'Office n'était pas obligé de faire enquête sur la question comme s'il était saisi d'une «plainte» selon l'art. 35(1) de la Loi, en conformité avec la procédure établie à la partie II des règles de l'Office.

licensed under the National Transportation Act (1987), nor has any application for a license been received.

An investigation, into Lifeflight, was instigated by the Field Investigations Directorate of the National Transportation Agency as a result of a complaint received from Mr. David Sawatsky, of Thompson, Manitoba, who is the owner/operator of Northern Air Rescue Inc., a licensed carrier. At the time of his original complaint, Mr. Sawatsky was quite upset, since he had just received a Cease and Desist Order from the Manitoba Government in regards to his licensed air ambulance service. As a result of this Order, Health and Welfare Canada was refusing to use Northern Air Rescue's services and Mr. Sawatsky was facing the prospect of losing his business.

The investigation revealed that Lifeflight does indeed operate a publicly available air ambulance service within the Province of Manitoba for which it is not licensed, and that . . . one of its principal clients is the Federal Department of National Health and Welfare, which is being charged \$3.60 per mile, for the carriage of Federal hospital patients.

As a result of this investigation, the matter was referred to the RCMP for prosecution. The case is currently with the Department of Justice, and charges are expected to be laid shortly. In the course of the investigation, it is understood the R.C.M.P. spoke with representatives of Lifeflight and the Manitoba Attorney General's office to establish their point of view. The R.C.M.P. was not dissuaded from laying charges as a result of these conversations.

Lifeflight is continuing to operate as an unlicensed, publicly-available carrier. This is creating economic hardship for the only licensed air ambulance service in the area viz., Northern Air Rescue. It is considered that this situation could be corrected by the issuance of a Cease and Desist Order by the Agency.

This report left three options with the Agency. The first was that the Agency "determine that the service being offered by Lifeflight is a 'publicly available' service requiring a licence and issue a Cease and Desist Order;" the second was to require the appellant to "show cause why a cease and desist Order should not issue," action which the report went on to describe as "more cautious and would be the preferred approach if staff had not already undertaken an investigation;" the third was to determine that no license was required. The Agency's staff recom-

maladie, d'une blessure ou d'une incapacité. Lifeflight exploite ce service sans être titulaire d'une licence en vertu de la Loi de 1987 sur les transports nationaux et sans avoir demandé une telle licence.

<sup>a</sup> La Direction des enquêtes régionales de l'Office national des transports a ouvert une enquête sur Lifeflight par suite d'une plainte portée par M. David Sawatsky de Thompson, au Manitoba, qui est le propriétaire et l'exploitant de la Northern Air Rescue Inc, un transporteur titulaire d'une licence. À l'époque de sa première plainte, M. Sawatsky était très contrarié, parce qu'il venait de recevoir une injonction du gouvernement du Manitoba au sujet de son service ambulancier aérien licencié. Par suite de cet arrêté, Santé et Bien-être social Canada a refusé d'utiliser les services de la Northern Air Rescue et M. Sawatsky risquait de perdre son entreprise.

<sup>b</sup> L'enquête a révélé que Lifeflight exploite effectivement au Manitoba un service ambulancier aérien offert au public pour lequel elle n'est pas titulaire d'une licence et que . . . l'un de ses principaux clients est le ministère fédéral de la Santé et du Bien-être social, à qui elle demande 3,60 \$ le mille pour transporter les patients des hôpitaux fédéraux.

<sup>c</sup> Par suite de cette enquête, l'affaire a été déferée à la G.R.C. pour qu'elle intente des poursuites. Le ministère de la Justice est présentement saisi de l'affaire et l'on s'attend à ce que des accusations soient portées sous peu. Sauf erreur, la G.R.C. a, au cours de l'enquête, parlé avec des représentants de Lifeflight et avec le bureau du procureur général du Manitoba pour connaître leur point de vue. La G.R.C. n'a pas été dissuadée de porter des accusations par suite de ces conversations.

<sup>d</sup> Lifeflight exploite toujours sans licence un service de transport offert au public. Cette situation cause des difficultés économiques à Northern Air Rescue, qui est le seul service ambulancier aérien de la région qui soit titulaire d'une licence. On considère que cette situation pourrait être corrigée par le prononcé d'une injonction par l'Office.

<sup>e</sup> Ce rapport laissait trois choix à l'Office. En premier lieu, l'Office pouvait [TRADUCTION] «déterminer que le service offert par Lifeflight est un service "offert au public" qui nécessite une licence et prononcer une injonction»; le deuxième choix offert à l'Office était d'enjoindre à l'appelante d'[TRADUCTION] «expliquer les raisons pour lesquelles une injonction ne devrait pas être prononcée», une mesure qui a été qualifiée dans le rapport de [TRADUCTION] «mesure plus prudente qui serait la solution préférée si le personnel n'avait pas déjà ouvert une enquête»; le troisième choix de l'Office consistait à décider qu'aucune licence n'était nécessaire. Le per-

mended the first option. That option was adopted on December 5, 1991.<sup>4</sup>

The formal order here under review was issued December 6, 1991. Among its recitals are the following:

**AND WHEREAS** the National Transportation Agency (hereinafter the Agency) has determined that air ambulance services which are publicly available require a licence under subsection 72(1) of the National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.), for operations in Southern Canada and under subsection 72(2) of the National Transportation Act, 1987, for operations within, to or from the designated area;

**AND WHEREAS** the Agency was advised that Lifeflight was operating an air ambulance service without a licence;

**AND WHEREAS** the Agency has investigated the matter and has confirmed that Lifeflight does in fact operate a publicly available air ambulance service for which it is not licensed;

**AND WHEREAS** the investigation was referred to the Royal Canadian Mounted Police;

**AND WHEREAS** Lifeflight is continuing to operate an unlicensed, publicly available air ambulance service, which is creating economic hardship for the only licensed air ambulance service in the area which is Northern Air Rescue Inc.;

It thus appears the Agency's investigation did reveal the operation by the appellant of its Lifeflight air ambulance service, that this service was publicly available and that the appellant held no federal licence to operate it. On this basis, the operation of the service was seen to contravene section 71 of the Act.

There is no dispute between the parties that the power of the Agency to make a cease and desist order is conferred by section 35 of the Act when read in the light of the prohibitions in section 71 and of the definition of "domestic service" in subsection 67(1) of the Act. These various provisions read as follows:

35. (1) The Agency may inquire into, hear and determine a complaint concerning any act, matter or thing prohibited, sanctioned or required to be done under any Act of Parliament that is administered in whole or in part by the Agency.

(2) The Agency may, on complaint or of its own motion, inquire into, hear and determine any matter concerning a

<sup>4</sup> This method of decision-making appears to be in conformity with s. 32(2) of the Act, which allows the Agency to adopt a report made under s. 32(1) of an inquiry into any matter "as the decision or order of the Agency."

sonnel de l'Office a recommandé le premier choix et ce choix a été entériné le 5 décembre 1991<sup>4</sup>.

L'arrêté examiné en l'espèce a été pris le 6 décembre 1991. Il contenait notamment les attendus suivants:

**ET ATTENDU** que l'Office national des transports (ci-après appelé l'Office) a déterminé que les services ambulanciers aériens offerts au public nécessitent une licence aux termes du paragraphe 72(1) de la Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), ch. 28 (3<sup>e</sup> suppl.), pour exploiter dans le sud du Canada et sous le paragraphe 72(2) de la Loi de 1987 sur les transports nationaux pour exploiter à destination, en provenance ou à l'intérieur de la zone désignée;

**ET ATTENDU** que l'Office a été avisé que Lifeflight exploitait un service ambulancier aérien sans licence;

**ET ATTENDU** que l'Office a fait une enquête sur l'affaire et a confirmé qu'en effet, Lifeflight exploite un service ambulancier aérien offert au public pour lequel elle n'est pas licenciée;

**ET ATTENDU** que l'enquête a été soumise à la Gendarmerie Royale

**ET ATTENDU** que Lifeflight exploite toujours sans détenir une licence un service ambulancier aérien offert au public, causant ainsi des difficultés économiques pour Northern Air Rescue Inc. qui est la seule licenciée de service ambulancier aérien dans la région;

Il semble donc que l'enquête de l'Office a effectivement révélé que l'appelante exploitait son service ambulancier aérien Lifeflight, que ce service était offert au public et que l'appelante ne détenait pas de licence fédérale pour exploiter ce service. Pour ces motifs, l'Office a estimé que l'exploitation de ce service contrevenait à l'article 71 de la Loi.

Il n'est pas contesté entre les parties qu'il résulte du rapprochement de l'article 35 de la Loi et des interdictions contenues à l'article 71, ainsi que de la définition de l'expression «service intérieur» contenue au paragraphe 67(1) de la Loi, que l'article 35 de la Loi confère à l'Office le pouvoir de prononcer une injonction. Voici le texte de ces diverses dispositions:

35. (1) L'Office peut enquêter sur une plainte, l'entendre et en décider lorsqu'elle porte sur une question relevant d'une loi fédérale qu'il est chargé d'appliquer en tout ou en partie.

(2) De sa propre initiative ou sur plainte, l'Office peut faire enquête sur toute question relative à une licence ou à un permis

<sup>4</sup> Cette façon de prendre une décision semble conforme à l'art. 32(2) de la Loi, qui permet à l'Office d'entériner «sous forme de décision ou d'arrêté» le rapport fait en vertu de l'art. 32(1) sur toute question.

licence or permit issued by the Agency under this Act or the suspension or cancellation of any such licence or permit.

(3) The Agency may, on complaint or of its own motion, inquire into, hear and determine any matter concerning safety under any Act of Parliament that is administered in whole or in part by the Agency.

(4) The Agency may require a person to do or refrain from doing any act, matter or thing that the person is or may be required to do or is prohibited from doing under any Act of Parliament that is administered in whole or in part by the Agency.

67. (1) In this Part,

“domestic service” means an air service that is publicly available for the transportation of passengers or goods, or both, between points in Canada, from and to the same point in Canada or between Canada and a point outside Canada that is not in the territory of another country;

71. (1) A person shall not operate a domestic service unless, in respect of that service, the person

- (a) holds a domestic licence;
- (b) holds a Canadian aviation document; and
- (c) has prescribed liability insurance coverage.

(2) A person shall not operate a domestic service using fixed wing aircraft between points or to or from any point in the designated area unless, in respect of that service, the person

- (a) holds a domestic licence issued under subsection 72(2) in respect of the points or point;
- (b) holds a Canadian aviation document; and
- (c) has prescribed liability insurance coverage.

By virtue of paragraph 103(1)(a) of the Act, a person who “wilfully contravenes section 71 . . . is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction.”

Authority to issue a licence for the operation of a “domestic service” is conferred by subsections 72(1) and (2) of the Act. They read:

72. (1) On application to the Agency in respect of a domestic service, other than a domestic service referred to in subsection (2), and on payment of the appropriate fee, the Agency shall issue a domestic licence to the applicant if the applicant establishes in the application to the satisfaction of the Agency that the applicant

- (a) is a Canadian;
- (b) holds a Canadian aviation document in respect of the service to be provided under the licence; and

qu’il a délivré, y compris sa suspension ou son annulation, tenir des audiences à cet égard et trancher cette question.

(3) L’Office peut, sur plainte ou de sa propre initiative, enquêter sur une question de sécurité, l’entendre et en décider lorsqu’elle relève d’une loi fédérale qu’il est chargé d’appliquer en tout ou en partie.

(4) L’Office peut ordonner à quiconque d’accomplir un acte ou de s’en abstenir lorsque l’accomplissement ou l’abstention sont prévus par une loi fédérale qu’il est chargé d’appliquer en tout ou en partie.

67. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

«service intérieur» Service aérien offert au public pour le transport des passagers, des marchandises, ou des deux, soit à l’intérieur du Canada, soit entre un point qui y est situé et un point qui lui est extérieur, sans pour autant faire partie d’un autre pays.

71. (1) L’exploitation d’un service intérieur est subordonnée à la détention d’une licence intérieure, d’un document d’aviation canadien et de la police d’assurance responsabilité réglementaire à l’égard du service.

(2) L’exploitation d’un service aérien, par aéronefs à voilure fixe, à l’intérieur, à destination ou en provenance de tout point de la zone désignée, est subordonnée à la détention de la licence intérieure visée au paragraphe 72(2) à l’égard du point en cause, d’un document d’aviation canadien et de la police d’assurance responsabilité réglementaire à l’égard du service.

Aux termes de l’alinéa 103(1)a) de la Loi, «commet une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou mise en accusation quiconque . . . enfreint sciemment les articles 71».

Le pouvoir de délivrer une licence pour l’exploitation d’un «service intérieur» est conféré par les paragraphes 72(1) et (2) de la Loi, dont voici le libellé:

72. (1) L’Office, sur demande et paiement des droits indiqués, délivre une licence intérieure au demandeur d’une licence non visée au paragraphe (2) qui justifie du fait qu’il est Canadien et qu’il détient un document d’aviation canadien et la police d’assurance responsabilité réglementaire, ou qu’il possède une preuve d’assurabilité, à l’égard du service.

(c) has prescribed liability insurance coverage or evidence of such insurability in respect of the service to be provided under the licence.

(2) On application to the Agency and on payment of the appropriate fee, the Agency shall issue a domestic licence to the applicant that permits the applicant to operate a domestic service using fixed wing aircraft between points or to or from any point in the designated area if

(a) the applicant establishes in the application to the satisfaction of the Agency that the applicant

- (i) is a Canadian,
- (ii) holds a Canadian aviation document in respect of the service to be provided under the licence, and
- (iii) has prescribed liability insurance coverage or evidence of such insurability in respect of the service to be provided under the licence; and

(b) where an objection is made by an interested community, person or entity against the issuance of the licence, the Agency is satisfied that the issuance would not lead to a significant decrease of instability in the level of domestic service provided between points or to or from any point in the designated area.

It is clear that the Agency did not give the appellant any formal notice that it was about to make the cease and desist order. There can be no doubt, however, the appellant was informed that the Agency's investigation was underway. This is indicated in the notes which were kept by its Field Investigations Directorate. These contain an entry of December 3, 1991 with respect to a telephonic communication by Mr. Caldwell, the Agency's Field Investigations Officer, with Constable Lafrenière of the RCMP in Winnipeg. That entry reads:

He advised that Sgt. Dick Gratton advised Ms Lynn ROMEO, Manitoba Attorney General's Department on the 30 Oct. 91 that we were investigating "Lifeflight".

According to the same notes, this information was furnished in response to a request of Mr. Bruce Murray, the Agency's Program Coordinator in Hull, Quebec, for information with respect to whether "Manitoba Health Services were advised of complaint."

The position of the appellant on the issue before us is that it was entitled to an opportunity to be heard before the Agency made the cease and desist order. In support is cited the decision of the Supreme Court of Canada in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, in which it was decided

(2) L'Office, sur demande et paiement des droits indiqués, délivre une licence intérieure pour l'exploitation d'un service intérieur par aéronefs à voilure fixe à l'intérieur, à destination ou en provenance de la zone désignée, si:

a) le demandeur justifie du fait qu'il est Canadien et qu'il détient un document d'aviation canadien et la police d'assurance responsabilité réglementaire, ou qu'il possède une preuve d'assurabilité, à l'égard du service;

b) en cas d'opposition d'une collectivité ou personne ou de tout organisme ayant un intérêt à cet égard, l'Office est convaincu que la délivrance n'amènera pas une réduction importante du service intérieur à l'intérieur, à destination ou en provenance de tout point de la zone désignée ou n'y perturbera pas la prestation des services aériens.

Il est évident que l'Office n'a pas avisé officiellement l'appelante qu'il était sur le point de prononcer l'injonction. Il n'y a cependant aucun doute que l'appelante a été informée que l'enquête de l'Office était en cours, ainsi qu'il ressort des notes conservées par sa Direction des enquêtes régionales. Ces notes contiennent une inscription datée du 3 décembre 1991 qui porte sur une conversation téléphonique entre M. Caldwell, l'enquêteur régional de l'Office, et l'agent Lafrenière, de la GRC à Winnipeg. Cette inscription portait:

[TRADUCTION] Il a précisé que le sergent Dick Gratton avait informé le 30 octobre 1991 M<sup>me</sup> Lynn ROMEO, du ministère du Procureur général du Manitoba, que l'Office faisait enquête sur «Lifeflight».

Suivant les mêmes notes, ce renseignement a été communiqué en réponse à une demande formulée par M. Bruce Murray, le coordonnateur des programmes de l'Office à Hull (Québec), en vue d'obtenir des renseignements au sujet de la question de savoir si [TRADUCTION] «les Services de santé du Manitoba ont été mis au courant de la plainte».

La position de l'appelante en ce qui concerne la question qui nous est soumise est qu'elle avait le droit d'être entendue avant que l'Office ne prononce l'injonction. À l'appui de sa thèse, elle cite l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, dans lequel la Cour suprême du

by a majority that there is a general right of procedural fairness depending on the presence of the three factors therein identified and discussed.

I am of the view that subsection 35(4) of the Act authorized the Agency to make the order in question without first affording an opportunity to be heard. Subsections 35(1), (2) and (3) all speak in terms of a “hearing” of some kind. Such is not the case with subsection 35(4). Counsel contends that this subsection merely allows the Agency to take the action which it has determined upon under subsections (1), (2) or (3) and, accordingly, that there was no need to repeat the requirement for a hearing. In my view, nothing in the language of subsection (4) suggests that its operation was intended to be so limited. That it was intended to stand alone is indicated by other language in the previous three subsections, requiring some sort of hearing prior to the making of an order, i.e. in the case of a complaint with respect to an act that is prohibited by a federal statute, or of a matter concerning a licence or permit that was issued by the Agency including the suspension or cancellation thereof, or of a matter concerning safety.

In *Knight, supra*, at pages 677-678, L’Heureux-Dubé J. stated:

Having come to the conclusion that there exists a general right to procedural fairness, the statutory framework must be examined in order to see if it modifies this right (*Wiseman v. Borneman*, [1969] 3 All E.R. 275, at p. 277, *per* Lord Reid). However, as was pointed out by Dickson J. in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia, supra*, at p. 1113: “To abrogate the rules of natural justice, express language or necessary implication must be found in the statutory instrument.” Thus, the provisions of *The Education Act* must be quite clear to lead us to the conclusion that the respondent’s general right to procedural fairness has been restricted.

When the language of subsection 35(4) is contrasted with that of the previous three subsections, it can be seen that unlike that which is provided for in those subsections, no provision is made for any person affected by an order to be afforded an opportunity to be heard. In my view, therefore, although subsection 35(4) does not expressly abrogate the need for a hearing, it does so by necessary implication. The words of Sopinka J., dissenting in *Knight, supra*, at page 692,

Canada a décidé qu’il existe un droit général à l’équité procédurale lorsque les trois facteurs qui y sont définis et analysés sont réunis.

Je suis d’avis que le paragraphe 35(4) de la Loi autorisait l’Office à prendre l’arrêté en question sans accorder d’abord à l’appelante l’occasion d’être entendue. Les paragraphes 35(1), (2) et (3) parlent tous d’«audience». Tel n’est pas le cas du paragraphe 35(4). L’avocat prétend que ce paragraphe permet simplement à l’Office de prendre la mesure qu’il a prise en vertu des paragraphes (1), (2) ou (3) et, en conséquence, qu’il n’était pas nécessaire de répéter l’exigence relative à la tenue d’une audience. À mon avis, il n’y a rien dans le libellé du paragraphe (4) qui permette de penser que le législateur voulait limiter à ce point l’application de ce paragraphe. Le fait que le législateur voulait que ce paragraphe s’applique isolément ressort d’autres termes qui sont employés dans les trois paragraphes précédents et qui obligent l’Office à tenir une audience avant de prendre une mesure, c’est-à-dire lorsqu’il est saisi d’une plainte portant sur un acte interdit par une loi fédérale ou de toute question relative à une licence ou à un permis que l’Office a délivré, y compris la suspension ou l’annulation de ceux-ci, ou de toute question de sécurité.

Dans l’arrêt *Knight*, précité, le juge L’Heureux-Dubé déclare, aux pages 677 et 678:

Ayant conclu qu’il existe un droit général à l’équité procédurale, le cadre légal doit être scruté pour voir s’il vient modifier ce droit (*Wiseman v. Borneman*, [1969] 3 All E.R. 275, à la p. 277, lord Reid). Toutefois, comme le fait remarquer le juge Dickson dans l’arrêt *Kane c. Conseil d’administration de l’Université de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 1113: «Les règles de justice naturelle ne peuvent être abrogées que par un texte de loi exprès ou nettement implicite en ce sens». Donc, les dispositions de *The Education Act* doivent être bien claires pour qu’il y ait lieu de conclure qu’une restriction a été apportée au droit général de l’intimé à l’équité procédurale.

Lorsqu’on met en contraste le libellé du paragraphe 35(4) avec celui des trois paragraphes qui le précèdent, on peut constater que, contrairement à ce qui est prévu dans ces trois paragraphes, aucune disposition n’est prévue au paragraphe 35(4) en ce qui concerne la possibilité pour la personne visée par un arrêté d’être entendue. J’estime, par conséquent, que, bien que le paragraphe 35(4) ne supprime pas expressément la nécessité d’une audience, il le fait de façon

are appropriate to the present situation: "where the statute intended to create a right to be heard or to make representations, it was careful to say so."

Even if the statute could be construed as entitling the appellant to an opportunity to be heard before the order was made, it seems to me that this opportunity was in fact afforded on October 30, 1991, some five weeks before the Agency finally took action. According to the record the appellant was then made aware that the Agency's investigation into the Lifeflight service was underway. Nothing in the record suggests that the appellant was somehow not able to communicate with the Agency about that investigation or that it could not make representations with respect thereto if it cared to do so.

Finally, it is noted that by section 41 the Agency is itself empowered to "review, rescind or vary any decision or order made by it" in the circumstances therein described. Then section 64 provides for review of an Agency order "at any time" by the Governor in Council, in whom is vested power to "vary or rescind" it. Under subsection 65(1), an appeal lies from the Agency to this Court, with leave, on a "question of law or a question of jurisdiction" and, by subsection 65(3), such an appeal is required to be heard "as speedily as practicable." It is not to suggest that these possibilities of review or appeal argue against the existence of procedural fairness. That they should not is made clear by the majority in *Knigh*, *supra*, at page 680. But if on construction a statute can be seen to rule out procedural fairness in specific circumstances it is not inappropriate for a court to take note that the same statute provides the possibility of an order made *ex parte* being revisited by the Agency, revised or rescinded by the Governor in Council or appealed to this Court in the event, *inter alia*, that the power to make it was, for example, exercised carelessly or oppressively.

nettement implicite. Les propos que le juge Sopinka, qui était dissident dans l'arrêt *Knigh*, a tenus à la page 692 s'appliquent à la présente situation: «lorsque le législateur veut accorder le droit d'être entendu et de présenter des arguments, il prend soin de le faire».

Même si, en interprétant la loi, on pouvait conclure que celle-ci donne à l'appelante le droit d'être entendue avant la prise de l'arrêt, il me semble que cette occasion lui a effectivement été offerte le 30 octobre 1991, environ cinq semaines avant que l'Office ne prenne finalement une mesure. Suivant le dossier, l'appelante a alors été mise au courant que l'enquête menée par l'Office sur le service Lifeflight était en cours. Le dossier ne permet aucunement de conclure que l'appelante a été d'une façon ou d'une autre incapable de communiquer avec l'Office au sujet de cette enquête ou qu'elle ne pouvait faire valoir son point de vue à cet égard si elle se donnait la peine de le faire.

Finalement, je constate qu'aux termes de l'article 41, l'Office est lui-même habilité à «réviser, annuler ou modifier ses décisions ou arrêtés» dans les cas qui y sont prévus. L'article 64 confère par ailleurs au gouverneur en conseil le pouvoir de contrôler les arrêtés de l'Office en l'habilitant «à tout moment» à «modifier ou annuler» les arrêtés de l'Office. Aux termes du paragraphe 65(1), les décisions et arrêtés de l'Office sont susceptibles d'appel devant notre Cour «sur une question de droit ou de compétence» avec l'autorisation de la Cour, et, aux termes du paragraphe 65(3), cet appel est mené «aussi rapidement que possible». Je ne veux pas laisser entendre que ces recours en contrôle ou en appel témoignent contre l'existence de l'équité procédurale. Les juges majoritaires dans l'arrêt *Knigh*, précité, ont bien précisé, à la page 680, que ce n'est pas le cas. Mais si, en interprétant la loi, on constate que celle-ci exclut l'équité procédurale dans des circonstances déterminées, le tribunal peut légitimement prendre acte du fait que la même loi prévoit la possibilité qu'une ordonnance prononcée *ex parte* soit revue par l'Office, révisée ou annulée par le gouverneur général ou portée en appel devant la Cour, notamment dans le cas où le pouvoir de la rendre a été, par exemple, exercé de façon négligente ou abusive.



In the result, I would dismiss this appeal.

ISAAC C.J.: I agree.

DESJARDINS J.A.: I concur.

En conséquence, je rejetterais l'appel.

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je suis du même avis.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris à ces  
<sup>a</sup> motifs.

A-841-92

A-841-92

**Miss Universe, Inc. (Opponent/Appellant)****Miss Universe, Inc. (opposante/appelante)**

v.

c.

**Dale Bohna (Applicant/Respondent)**

a

**Dale Bohna (requérant/intimé)***INDEXED AS: MISS UNIVERSE, INC. v. BOHNA (C.A.)**RÉPERTORIÉ: MISS UNIVERSE, INC. c. BOHNA (C.A.)*

Court of Appeal, Hugessen, Décary and Létourneau JJ.A.—Ottawa, October 25 and November 7, 1994.

b

Cour d'appel, juges Hugessen, Décary et Létourneau, J.C.A.—Ottawa, 25 octobre et 7 novembre 1994.

*Trade marks — Registration — Appeal from trial judgment holding no serious likelihood of confusion between trade marks “Miss Universe” and “Miss Nude Universe” for use in association with beauty pageants — Trial Judge finding vast difference in ambiance between annual “Miss Universe” pageants and “Miss Nude Universe” contests in bars, taverns — Holding “Nude” in middle of applicant’s trade mark of arresting significance conveying profound difference between two contests, rendering “Miss Nude Universe” distinctive — Trial Judge erred in not addressing scope of protection to be accorded trade mark as widely known, used as “Miss Universe” in organization of beauty pageants — Also erred in emphasizing differences in nature of services, trade, instead of considering likelihood of confusion if two businesses carried on in same area in same manner — Further erred in considering “Nude” in isolation — Degree of resemblance when looking at both marks.*

c

d

e

f

*Marques de commerce — Enregistrement — Appel du jugement de première instance statuant à l’absence de possibilité réelle de confusion entre les marques de commerce «Miss Universe» et «Miss Nude Universe» devant être utilisées en liaison avec des concours de beauté — Le juge de première instance a conclu à une énorme différence d’ambiance entre les concours de beauté annuels «Miss Universe» et les concours «Miss Nude Universe» tenus dans des bars et des tavernes — Il a conclu que le mot «Nude» au milieu de la marque de commerce du requérant avait une signification saisissante témoignant de la différence profonde entre les deux concours et donnant à la marque de commerce «Miss Nude Universe» un caractère distinctif — Le juge de première instance a commis une erreur en ne traitant pas de l’étendue de la protection à accorder à une marque de commerce aussi généralement connue et employée que «Miss Universe» dans la gestion des concours de beauté — Il a aussi commis une erreur en insistant sur la nature différente des services et du commerce plutôt que de considérer la possibilité de confusion si les deux entreprises étaient exercées dans la même région de la même façon — Le juge de première instance a aussi commis une erreur en considérant le mot «Nude» pris isolément — On constate un degré de ressemblance en considérant les deux marques.*

This was an appeal from a decision of Strayer J. holding that there was no serious likelihood of confusion between the trade marks “Miss Universe” and “Miss Nude Universe” for use in association with the operation of a beauty pageant. The Trial Judge held that with respect to *Trade-marks Act*, paragraphs 6(5)(c) and (d) concerning the nature of the services and of the trade in which the two were engaged, there was a vast difference between the applicant’s services and those of the opponent. He found that there was a vast difference in ambiance between the annual Miss Universe pageants and the numerous Miss Nude Universe contests in bars and taverns and that only the most unthinking would assume that Miss Universe Inc. had licensed the sort of performances in drinking establishments which may come to be described as Miss Nude Universe pageants. The Trial Judge held that “Nude” in the middle of the applicant’s trade mark was of an arresting significance which would convey to all but the most indifferent reader a profound difference between the two contests, such that “Miss Nude Universe” was distinctive.

g

h

i

j

Appel de la décision dans laquelle le juge Strayer concluait à l’absence de probabilité sérieuse de confusion entre les marques «Miss Universe» et «Miss Nude Universe» utilisées en liaison avec la gestion des concours de beauté. Le juge de première instance a conclu qu’en ce qui concerne les alinéas 6(5)(c) et (d) relativement à la nature des services fournis et du commerce exercé par les deux parties, il existait une vaste différence entre les services du requérant et ceux de l’opposante. Il a conclu à une grande différence d’ambiance entre les concours annuels Miss Universe et les nombreux concours Miss Nude Universe qui ont lieu dans des bars et des tavernes, et il a ajouté que nul sauf le plus irréfléchi supposerait que Miss Universe Inc. a accordé des licences pour la tenue, dans les débits de boisson, de spectacles que l’on peut désigner sous le nom de concours Miss Nude Universe. Le juge de première instance a statué que le mot «Nude» au milieu de la marque de commerce du requérant avait une signification saisissante et qu’il faisait comprendre à tout lecteur sauf le plus indifférent qu’il existait une différence profonde entre les deux concours. Par conséquent, la marque de commerce du requérant est distinctive.

*Held*, the appeal should be allowed.

*Arrêt*: l’appel devrait être accueilli.

The Trial Judge erred in failing to address the issue of the scope of protection to be accorded to a trade mark as widely known and used as "Miss Universe," particularly in the very area, organization of beauty pageants, which a newcomer was endeavouring to enter. "Miss Universe" is a well-known and reputable name. The Trial Judge should have examined the facts of this case on the assumption that the appellant's trade mark was to be accorded a particularly wide scope of protection and that the burden imposed on the respondent to dispel any likelihood of confusion was particularly difficult to overcome, even more so in the field of beauty pageants. He ignored the fact that the respondent was a newcomer entering a field already extensively occupied by the appellant, and borrowing the whole of a name already established in that field. It was the respondent's duty to select a name with care so as to avoid any confusion—as is required under the definition of "proposed trade mark" in section 2—and so as to avoid the appearance that he intended to jump on the bandwagon of an already famous mark. The Trial Judge did not address that duty. Had the Trial Judge considered the scope of the protection accorded to start with to the appellant's trade mark, he would have approached in a different way the factors defined in paragraphs 6(5)(c) and (d). He would have realized that these factors could not be as determinative as he found them to be.

The Trial Judge also erred in emphasizing the differences in the nature of the services and in the nature of the trade instead of considering the likelihood of confusion if the two businesses were carried on in the same area in the same manner. Services associated with both trade marks were principally related to the operation of beauty pageants. Both parties were providing entertainment services by conducting, hosting and promoting beauty pageants. The beauty pageant services provided by both shared the same format and the same basic process. The Trial Judge erred in ignoring the evidence that both trade marks were used or to be used, respectively, in the same industry and in concentrating rather on differences allegedly intended by the respondent, but neither guaranteed by him nor referred to in his application for registration, such as the location of the contests, the conditions to be met by participants and the ambiance in which the events would be held. Not only were these differences inconclusive, in view of the basic similarity between the services involved, but they were irrelevant to the extent that regardless of the present intention of the respondent, either he or any successor in title, should the trade mark "Miss Nude Universe" be found registrable, would be free to change the format, location, style or character of his beauty pageants at any time.

Finally the Trial Judge did not refer, when he dealt with the issue of confusion, to the factor set out in paragraph 6(5)(e), i.e. the degree of resemblance between the trade marks in

Le juge de première instance a commis une erreur en ne traitant pas de l'étendue de la protection à accorder à une marque de commerce aussi généralement connue et employée que «Miss Universe», particulièrement dans le même domaine—la gestion des concours de beauté—dans lequel un nouveau venu tentait d'entrer. «Miss Universe» est un nom avantageusement connu. Le juge de première instance aurait dû examiner les faits en cause en partant du principe qu'il fallait accorder à la marque de commerce de l'appelante une protection particulièrement étendue, et qu'il était particulièrement difficile à l'intimé de s'acquitter de son obligation d'écarter toute probabilité de confusion, surtout dans le domaine des concours de beauté. Il a négligé le fait que l'intimé était un nouveau venu dans un domaine dans lequel l'appelante occupait déjà une place considérable, et qu'il empruntait de la sorte la totalité d'un nom déjà bien établi par l'appelante précisément dans le domaine en question. L'intimé était tenu de choisir un nom avec soin, de façon à éviter toute confusion—comme l'exige la définition de l'expression «marque de commerce projetée» à l'article 2—et de façon à ne pas donner l'impression qu'il avait l'intention de tirer profit d'une marque déjà célèbre. Le juge de première instance n'a pas traité de cette obligation. S'il avait examiné l'étendue de la protection accordée dès le départ à la marque de commerce de l'appelante, il aurait abordé de façon différente les facteurs définis aux alinéas 6(5)(c) et (d). Il aurait compris que ces facteurs ne pouvaient pas être aussi déterminants qu'ils les a considérés.

Le juge de première instance a aussi commis une erreur en insistant sur la nature différente des services et du commerce plutôt que de considérer la probabilité de confusion si les deux entreprises étaient exercées dans la même région de la même façon. Les services associés aux deux marques de commerce étaient principalement liés à la gestion de concours de beauté. Les deux parties fournissent des services de divertissement au moyen de la gestion, de la présentation et de la promotion de concours de beauté. Les services de concours de beauté fournis par les deux parties ont une même formule et se déroulent de la même façon. Le juge de première instance a commis une erreur en ne tenant pas compte de la preuve démontrant que les deux marques de commerce étaient employées ou allaient l'être, respectivement, dans précisément la même industrie ou entreprise, et en s'attachant plutôt aux distinctions que l'intimé alléguait avoir en vue, mais qu'il n'avait ni garanties ni mentionnées dans sa demande d'enregistrement, comme par exemple le lieu des concours, les conditions que doivent remplir les participantes et l'ambiance dans lesquelles les activités se dérouleraient. Non seulement ces distinctions ne sont-elles pas concluantes, étant donné la similarité fondamentale entre les services et l'entreprise ou l'industrie en cause, mais elles ne sont pas pertinentes dans la mesure où, indépendamment de l'intention présente de l'intimé, soit lui ou son ayant droit, dans l'éventualité où la marque de commerce «Miss Nude Universe» était déclarée enregistrable, serait libre de changer n'importe quand la formule, le lieu, le style ou le caractère de ses concours de beauté.

Finalement, le juge de première instance n'a pas mentionné, lorsqu'il a traité de la confusion, le facteur exposé à l'alinéa 6(5)(e), c'est-à-dire le degré de ressemblance entre les marques

appearance, sound, or in the ideas suggested by them. It was a mistake to consider the word "Nude" in isolation, as being of an "arresting significance." There is, when one looks at both marks, a degree of resemblance which could not be ignored.

de commerce en ce qui concerne leur apparence, leur aspect phonétique ou les idées qu'ils suggèrent. C'est une erreur de considérer le mot «Nude» pris isolément, comme ayant «une signification saisissante». Lorsque l'on considère les deux marques, on constate qu'elles ont entre elles une ressemblance  
a indéniable.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2 "proposed trade-mark", 6, 12(1)(d) (as am. by S.C. 1990, c. 20, s. 81), 38(2)(b),(d),(3)(a). b

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2 «marque de commerce projetée», 6, 12(1)(d) (mod. par L.C. 1990, ch. 20, art. 81), 38(2)(b),(d),(3)(a).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Miss Universe, Inc. v. Miss Teen U.S.A., Inc.*, 209 USPQ 698 (Dist. Ct. N.Ga. 1980); *Mr. Submarine Ltd. v. Amandista Investments Ltd.*, [1988] 3 F.C. 91; (1987), 16 C.I.P.R. 267; 19 C.P.R. (3d) 3; 81 N.R. 257 (C.A.); *Miss Universe, Inc. v. Drost*, 189 USPQ 212 (P.O. T.M. T. App. Bd. 1975); *Carson v. Reynolds*, [1980] 2 F.C. 685; (1980), 115 D.L.R. (3d) 139; 49 C.P.R. (2d) 57 (T.D.); *Polysar Ltd. v. Gesco Distributing Ltd.* (1985), 6 C.P.R. (3d) 289 (F.C.T.D.). c

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Miss Universe, Inc. v. Miss Teen U.S.A., Inc.*, 209 USPQ 698 (Dist. Ct. N.Ga. 1980); *Mr. Submarine Ltd. c. Amandista Investments Ltd.*, [1988] 3 C.F. 91; (1987), 16 C.I.P.R. 267; 19 C.P.R. (3d) 3; 81 N.R. 257 (C.A.); *Miss Universe, Inc. v. Drost*, 189 USPQ 212 (P.O. T.M. T. App. Bd. 1975); *Carson c. Reynolds*, (1980) 2 C.F. 685; (1980), 115 D.L.R. (3d) 139; 49 C.P.R. (2d) 57 (1<sup>re</sup> inst.); *Polysar Ltd. c. Gesco Distributing Ltd.* (1985), 6 C.P.R. (3d) 289 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### CONSIDERED:

*Miss Universe, Inc. v. Bohne [sic]* (1991), 36 C.P.R. (3d) 76 (T.M. Opp. Bd.). e

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Miss Universe, Inc. v. Bohne [sic]* (1991), 36 C.P.R. (3d) 76 (C.O.M.C.).

##### REFERRED TO:

*Coca-Cola Co. v. Pepsi-Cola Co.* (1942) 2 D.L.R. 657; [1942] 2 W.W.R. 257; (1942), 1 C.P.R. 293; 2 Fox Pat. C. 143; [1942] 1 All E.R. 615 (P.C.); *Rowntree Company Limited v. Paulin Chambers Company Limited et al.*, [1968] S.C.R. 134; (1967), 54 C.P.R. 43; 37 Fox Pat. C. 77; *Oshawa Holdings Ltd. v. Fjord Pacific Marine Industries Ltd.* (1981), 55 C.P.R. (2d) 39; 36 N.R. 71 (F.C.A.); *Canadian Schenley Distilleries Ltd. v. Canada's Manitoba Distillery Ltd.* (1975), 25 C.P.R. (2d) 1 (F.C.T.D.); *Sunshine Biscuits, Inc. v. Corporate Foods Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 53 (F.C.T.D.); *Molnlycke Aktiebolag v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 42 (F.C.T.D.); *Salada Foods Ltd. v. Generale Alimentaire (G.A.S.A.)* (1980), 47 C.P.R. (2d) 169; 32 N.R. 608 (F.C.A.); *Leaf Confections Ltd. v. Maple Leaf Gardens Ltd.* (1988), 19 C.P.R. (3d) 331 (F.C.A.); affg *Maple Leaf Gardens Ltd. v. Leaf Confections Ltd.* (1986), 10 C.I.P.R. 267; 12 C.P.R. (3d) 511; 7 F.T.R. 72 (F.C.T.D.); *Boy Scouts of Can. v. Alfred Sternjakob GMBH & Co. KG* (1984), 4 C.I.P.R. 118; 2 C.P.R. (3d) 407 (F.C.T.D.); *Berry Bros. & Rudd Ltd. v. Planta Tabak-Manufactur Dr. Manfred Oberman* (1980), 53 C.P.R. (2d) 130 (F.C.T.D.); *Cartier Men's Shops Ltd. v. Cartier Inc.* (1981), 58 C.P.R. (2d) 68 (F.C.T.D.); *Conde Nast Publications Inc. v. Gozlan Brothers Ltd.* (1980), 49 C.P.R. (2d) 250 (F.C.T.D.); *Glen-Warren Productions Ltd. v. Gertex Hosiery Ltd.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 7; 32 F.T.R. 274 f

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Coca-Cola Co. v. Pepsi-Cola Co.* (1942), 2 D.L.R. 657; [1942] 2 W.W.R. 257; (1942), 1 C.P.R. 293; 2 Fox Pat. C. 143; [1942] 1 All E.R. 615 (P.C.); *Rowntree Company Limited v. Paulin Chambers Company Limited et al.*, [1968] R.C.S. 134; (1967), 54 C.P.R. 43; 37 Fox Pat. C. 77; *Oshawa Holdings Ltd. c. Fjord Pacific Marine Industries Ltd.* (1981), 55 C.P.R. (2d) 39; 36 N.R. 71 (C.A.F.); *Canadian Schenley Distilleries Ltd. c. Canada's Manitoba Distillery Ltd.* (1975), 25 C.P.R. (2d) 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Sunshine Biscuits, Inc. c. Corporate Foods Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 53 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Molnlycke Aktiebolag c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 42 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Salada Foods Ltd. c. Generale Alimentaire (G.A.S.A.)* (1980), 47 C.P.R. (2d) 169; 32 N.R. 608 (C.A.F.); *Leaf Confections Ltd. c. Maple Leaf Gardens Ltd.* (1988), 19 C.P.R. (3d) 331 (C.A.F.); conf. *Maple Leaf Gardens Ltd. c. Leaf Confections Ltd.* (1986), 10 C.I.P.R. 267; 12 C.P.R. (3d) 511; 7 F.T.R. 72 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Boy Scouts of Can. v. Alfred Sternjakob GMBH & Co. KG* (1984), 4 C.I.P.R. 118; 2 C.P.R. (3d) 407 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Berry Bros. & Rudd Ltd. c. Planta Tabak-Manufactur Dr. Manfred Oberman* (1980), 53 C.P.R. (2d) 130 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Cartier Men's Shops Ltd. c. Cartier Inc.* (1981), 58 C.P.R. (2d) 68 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Conde Nast Publications Inc. c. Gozlan Brothers Ltd.* (1980), 49 C.P.R. (2d) 250 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Glen-Warren Productions Ltd. c. Gertex Hosiery Ltd.*

(F.C.T.D.); *Haig (John) & Co. Ltd. v. Haig Beverages Ltd.* (1975), 24 C.P.R. (2d) 66 (F.C.T.D.); *Cadbury Schweppes Inc. v. Najm* (1991), 41 C.P.R. (3d) 122 (T.M. Opp. Bd.); *Conde Nast Publications Inc. v. Union des Éditions Modernes* (1979), 46 C.P.R. (2d) 183 (F.C.T.D.); *Horn Abbot Ltd. et al. v. Thurston Hays Developments Ltd. et al.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 376 (F.C.T.D.); *Bagagerie SA v. Bagagerie Willy Ltée* (1992), 97 D.L.R. (4th) 684; 45 C.P.R. (3d) 5034; 148 N.R. 125 (F.C.T.D.).

APPEAL from trial judgment (*Miss Universe, Inc. v. Bohna*, [1992] 3 F.C. 682; (1992), 43 C.P.R. (3d) 462 (T.D.)) holding no likelihood of confusion between the trade mark “Miss Universe” and the trade-mark “Miss Nude Universe” in relation to beauty pageants. Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Jonathan C. Cohen and Adele J. Finlayson* for opponent/appellant.

*Lawrence R. Cunningham* for applicant/respondent.

## SOLICITORS:

*Shapiro, Cohen, Andrews, Finlayson, Ottawa*, for opponent/appellant.

*Peterson, Hustwick, Edmonton*, for applicant/respondent.

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

DÉCARY J.A.: The universe has not so far unfolded as beautifully as it might have for Miss Universe, Inc. (the appellant in these proceedings) in its opposition to the registration in Canada of the trade-mark “Miss Nude Universe.”

On June 24, 1985, Dale Bohna (the respondent) applied for the registration of a proposed trade-mark in Canada consisting of the words “Miss Nude Universe” in association both with “specific wares: women’s clothing namely: T-shirts, swim suits, pants, shorts, sweaters, blouses” and with “specific

(1990), 29 C.P.R. (3d) 7; 32 F.T.R. 274 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Haig (John) & Co. Ltd. c. Haig Beverages Ltd.* (1975), 24 C.P.R. (2d) 66 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Cadbury Schweppes Inc. c. Najm* (1991), 41 C.P.R. (3d) 122 (T.M. Opp. Bd.); *Conde Nast Publications Inc. c. Union des Éditions Modernes* (1979), 46 C.P.R. (2d) 183 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Horn Abbot Ltd. et al. c. Thurston Hays Developments Ltd. et al.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 376 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bagagerie SA c. Bagagerie Willy Ltée* (1992), 97 D.L.R. (4th) 684; 45 C.P.R. (3d) 5034; 148 N.R. 125 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

APPEL du jugement de première instance (*Miss Universe, Inc. c. Bohna*, [1992] 3 C.F. 682; (1992), 43 C.P.R. (3d) 462 (1<sup>re</sup> inst.)) statuant qu’il n’y avait pas de probabilité de confusion entre les deux marques de commerce «Miss Universe» et «Miss Nude Universe» utilisées en liaison avec des concours de beauté. Appel accueilli.

## AVOCATS:

*Jonathan C. Cohen et Adele J. Finlayson* pour l’opposante/appelante.

*Lawrence R. Cunningham* pour le requérant/intimé.

## PROCUREURS:

*Shapiro, Cohen, Andrews, Finlayson, Ottawa*, pour l’opposante/appelante.

*Peterson, Hustwick, Edmonton*, pour le requérant/intimé.

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

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: L’univers ne s’est pas jusqu’à maintenant déployé aussi parfaitement qu’il aurait pu à l’égard de Miss Universe, Inc. (l’appelante en l’espèce) en ce qui concerne son opposition à l’enregistrement, au Canada, de la marque de commerce «Miss Nude Universe».

Le 24 juin 1985, Dale Bohna (l’intimé) a demandé l’enregistrement au Canada d’une marque de commerce projetée, consistant dans les mots «Miss Nude Universe» en liaison avec [TRADUCTION] «des marchandises qualifiées de vêtements pour dames, à savoir, des T-shirts, des maillots de bain, des pantalons, des shorts, des chandails, des chemisiers» et en liaison avec des [TRADUCTION] «services qualifiés de services de divertissement, à savoir, les services liés à

services: Entertainment Services, namely: the operation of a beauty pageant" (trade-mark no. 545,313).<sup>1</sup>

On October 7, 1987, the appellant, an American company, filed a statement of opposition alleging, *inter alia*, confusion with its trade-marks "Miss Universe" no. 154,443 and No. 264,305, both being previously registered relating to various wares. The statement of opposition also alleged in broad terms that the trade-mark "Miss Nude Universe" would be confusing with the trade-mark "Miss Universe" and the trade-name "Miss Universe, Inc." which had been used in Canada by the appellant prior to the filing of the respondent's application. The statement of opposition alleged, further, that the trade-mark "Miss Nude Universe" was not distinctive.

On March 8, 1991, the Trade-marks Opposition Board [(1991), 36 C.P.R. (3d) 76] (the Board) allowed the opposition in respect of the wares but dismissed it with respect to the services on a technical ground, as, in the Board's view, the appellant had not identified any services in its statement of opposition and the opposition was not therefore in compliance with paragraph 38(3)(a) of the *Trade-marks Act*<sup>2</sup> (the Act).

The respondent did not appeal that part of the Board's decision which related to wares. The appellant appealed that part which related to services. The Trial Judge [[1992] 3 F.C. 682] agreed with the appellant that the Board was wrong in deciding not to deal with the issue of confusion with the appellant's services (this finding is not challenged by the respondent), but went on to decide, on this very issue, that there was no serious likelihood of confusion as between the two trade-marks in association with the services of the respondent, on the one hand, and the services of the appellant, on the other. He expressed himself as follows:<sup>3</sup>

Having regard to all the surrounding circumstances including the *indicia* of confusion described in subsection 6(5) of the Act, I have come to the conclusion that there is no serious likelihood of confusion as between the two trade-marks in associa-

la gestion d'un concours de beauté» (marque de commerce n° 545 313)<sup>1</sup>.

Le 7 octobre 1987, l'appelante, une compagnie américaine, a déposé une déclaration d'opposition dans laquelle elle alléguait, notamment, la confusion avec ses marques de commerce «Miss Universe» n° 154 443 et n° 264 305, déjà enregistrées toutes deux relativement à diverses marchandises. Dans sa déclaration d'opposition, l'opposante alléguait également dans des termes généraux que la marque de commerce «Miss Nude Universe» créerait de la confusion avec la marque de commerce «Miss Universe» et avec le nom commercial «Miss Universe, Inc.» que l'appelante a utilisés au Canada avant le dépôt de la demande de l'intimé. La déclaration d'opposition alléguait en outre que la marque de commerce «Miss Nude Universe» n'était pas distinctive.

Le 8 mars 1991, la Commission des oppositions des marques de commerce [(1991), 36 C.P.R. (3d) 76] (la Commission) a accueilli l'opposition à l'égard des marchandises, mais elle l'a rejetée à l'égard des services pour une question de forme car, selon la Commission, l'appelante n'avait précisé aucun service dans sa déclaration d'opposition qui, par conséquent, n'était pas conforme à l'alinéa 38(3)a) de la *Loi sur les marques de commerce*<sup>2</sup> (la Loi).

L'intimé n'a pas interjeté appel contre la partie de la décision de la Commission ayant trait aux marchandises. L'appelante, par contre, a contesté celle qui traitait des services. Le juge de première instance [[1992] 3 C.F. 682] a été d'accord avec l'appelante pour dire que la Commission a décidé à tort de ne pas traiter de la confusion avec les services de l'appelante (l'intimé ne conteste pas cette conclusion), mais il a ensuite décidé, précisément à l'égard de cette question, qu'il n'existait aucune probabilité sérieuse de confusion entre les deux marques relativement aux services de l'intimé, d'une part, et les services de l'appelante, d'autre part. Il s'est exprimé dans les termes suivants<sup>3</sup>:

En tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce, et notamment des indices de confusion énumérés au paragraphe 6(5) de la Loi, j'en suis venu à la conclusion qu'il n'existe pas de probabilité sérieuse de confusion entre les deux

<sup>1</sup> A.B., vol. XII, at p. 1685.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. T-13.

<sup>3</sup> At pp. 687-689.

<sup>1</sup> D.A., vol. XII, à la p. 1685.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. T-13.

<sup>3</sup> Aux p. 687 à 689.

tion with the services of the applicant, on the one hand, and the services of the opponent, on the other. With respect to the criteria in paragraphs 6(5)(a) and (b) of the Act, there was certainly reason to find that the trade-mark "Miss Universe" has acquired a considerable distinctiveness and it has been in use for over thirty years compared to the very little use to date of the applicant's trade-mark. However, with respect to paragraphs 6(5)(c) and (d) concerning the nature of the services and of the trade in which the two are engaged, the evidence is clear that there is a vast difference between the applicant's services and those of the opponent. With respect to the existing or anticipated services to be provided in connection with the trade-mark "Miss Nude Universe", the evidence is that there are or will be pageants held in various public drinking establishments to choose candidates for Miss Nude Universe, the final choice for 1992 to take place at an Edmonton hotel in November. The evidence is uncontested that the candidates are and will be "professional dancers who entertain in the nude". It is the intention of the applicant to license Miss Nude Universe preliminary contests to hotels in major cities across Canada and the United States that offer exotic dancing. There was no suggestion that these pageants are likely to become known outside of the immediate area of the drinking establishments nor patronized by anyone other than those devoted to "adult entertainment".

On the other hand the evidence is that the principal "services" offered by the opponent is an annual Miss Universe pageant held in various places around the world. The evidence pertaining to the pageant as of about 1988 indicates that it is normally watched by some 600 million viewers on television in many countries occupying two hours of prime time. "Host sites", vie for the presence of the pageant and pay up to \$750,000 U.S. to obtain it. In return the host site gets substantial advantages in publicity. As of that time, Procter & Gamble was paying \$2,250,000 for rights to broadcast the pageant, presumably for publicity purposes, and various corporations provided prizes and goods for the contestants. The conditions which Miss Universe contestants must meet seem somewhat more stringent than those for Miss Nude Universe: Miss Universe contestants must be between the ages of 17 and 25, never married, and never pregnant. During the pageant there is a detailed system of chaperones and strict control on the candidates' costumes and comportment. The winner is expected to live during the year of her "reign" with certain decorum and her activities are carefully arranged by the opponent. She spends at least part of her time promoting the products of various sponsors of the contest. These facts, while not all necessarily known to the public, underline the vast difference in ambiance between the annual Miss Universe pageants and the numerous Miss Nude Universe contests in bars and taverns.

marques relativement aux services du requérant, d'une part, et les services de l'opposante, d'autre part. En ce qui concerne les critères prévus aux alinéas 6(5)(a) et (b) de la Loi, il y avait certainement des raisons de conclure que la marque de commerce «Miss Universe» a acquis un caractère distinctif considérable; elle est employée depuis plus de trente ans, alors que la marque de commerce du requérant n'est utilisée que depuis peu. Cependant, en ce qui concerne les alinéas 6(5)(c) et (d) relativement à la nature des services et du commerce exercé par les deux parties, la preuve démontre clairement qu'il existe une énorme différence entre les services du requérant et ceux de l'opposante. En ce qui a trait aux services existants ou prévus qui doivent être fournis en liaison avec la marque de commerce «Miss Nude Universe», la preuve démontre que des concours ont lieu ou auront lieu dans divers débits de boisson pour choisir des candidates pour Miss Nude Universe, et que le choix définitif pour 1992 aura lieu dans un hôtel d'Edmonton en novembre. Suivant les éléments de preuve non contestés, les candidates sont et seront des [traduction] «danseuses professionnelles nues». Le requérant a l'intention d'accorder des licences à des hôtels de grandes villes du Canada et des États-Unis qui offrent des spectacles de danse exotique pour la tenue de concours préliminaires Miss Nude Universe. Rien ne permet de croire que la tenue de ces concours est susceptible d'être connue à l'extérieur du secteur immédiat des débits de boisson ou qu'elle sera parrainée par d'autres personnes que celles qui se consacrent aux «divertissements pour adultes».

En revanche, la preuve démontre que les principaux «services» offerts par l'opposante sont un concours annuel Miss Universe organisé dans divers endroits à travers le monde. Les éléments de preuve relatifs au concours démontrent—en tenant compte des données de 1988—que celui-ci est normalement vu par un auditoire de six cent millions de téléspectateurs dans de nombreux pays et qu'il occupe deux heures d'antenne aux heures d'écoute maximum. Les «villes hôtes» luttent pour obtenir la présence du concours et payent jusqu'à 750 000 \$ U.S. pour le décrocher. En retour, la ville hôte bénéficie d'avantages publicitaires importants. À cette époque, Procter & Gamble payait 2 250 000 \$ en droits de diffusion du concours, vraisemblablement pour de la publicité, et diverses sociétés remettaient des prix et des produits aux concurrentes. Les conditions que les concurrentes du concours Miss Universe doivent respecter sont quelques peu plus strictes que celles du concours Miss Nude Universe: les participantes au concours Miss Universe doivent avoir entre 17 et 25 ans, n'avoir jamais été mariées et n'avoir jamais été enceintes. Pendant le concours, il existe un système détaillé de chaperons et un contrôle strict de la tenue vestimentaire et du comportement des candidates. On s'attend à ce que la gagnante vive pendant l'année de son «règne» avec un certain décorum, et ses activités sont soigneusement organisées par l'opposante. Elle consacre au moins une partie de son temps à promouvoir les produits des divers commanditaires du concours. Ces faits, qui ne sont pas nécessairement tous connus du public, font ressortir la grande différence d'ambiance qui existe entre les concours annuels Miss Universe et les nombreux concours Miss Nude Universe qui ont lieu dans des bars et des tavernes.

While Miss Nude Universe appears for our purposes to be essentially a Canadian enterprise, that of the opponent is U.S. based. There was no clear evidence that the Miss Universe pageant had ever been held in Canada although there has apparently been one Miss Canada chosen as Miss Universe. There is considerable evidence of coverage in publications circulating in Canada of the pageant and of the various contestants and winners over the years. There is also some evidence of substantial numbers of Canadians watching the pageant on U.S. networks with one Canadian station also carrying it.

All things considered, I believe that the applicant has sufficiently met the onus on it of showing that there is no probability of confusion between the services of the opponent and those of the applicant. Nor are there any special circumstances to suggest that any but the most unthinking would assume that Miss Universe Inc. had licensed the sort of performances in bars and taverns which may come to be described as Miss Nude Universe pageants. Therefore the nature of the services and the trade in question are of such strong difference as to overcome other possible causes for confusion.

With respect to the distinctive character of "Miss Nude Universe," the Trial Judge had this to say:<sup>4</sup>

Further, while the two trade-marks have two words in common, my first impression when looking at the two is that the word "Nude" in the middle of the applicant's trade-mark is of an arresting significance which would convey to all but the most indifferent reader a profound difference between the two contests. Therefore the applicant's trade-mark is distinctive.

The relevant section of the Act in the instant case is section 6:

6. (1) For the purposes of this Act, a trade-mark or trade-name is confusing with another trade-mark or trade-name if the use of the first mentioned trade-mark or trade-name would cause confusion with the last mentioned trade-mark or trade-name in the manner and circumstances described in this section.

(2) The use of a trade-mark causes confusion with another trade-mark if the use of both trade-marks in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with those trade-marks are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

<sup>4</sup> At p. 689.

Alors que Miss Nude Universe semble être une entreprise essentiellement canadienne, le centre des activités de l'entreprise de l'opposante est aux États-Unis. La preuve n'établit pas clairement si le concours Miss Universe a déjà eu lieu au Canada, bien qu'une Miss Canada ait vraisemblablement déjà été choisie comme Miss Universe. De nombreux éléments de preuve ont été produits au sujet de reportages publiés dans des publications diffusées au Canada au sujet du concours et des diverses concurrentes et gagnantes au cours des années. Certains éléments de preuve démontrent aussi qu'un nombre important de Canadiens regardent le concours sur les réseaux de télévision américains et qu'une station canadienne le diffuse également.

Tout bien pesé, je crois que le requérant s'est suffisamment déchargé du fardeau qui lui incombait de démontrer qu'il n'existe pas de probabilité de confusion entre les services de l'opposante et ceux du requérant. Il n'existe pas non plus de circonstances spéciales qui permettent de penser que toute personne sauf la plus irréfléchie supposerait que Miss Universe Inc. a accordé des licences pour la tenue dans des bars et des tavernes du genre de spectacle que l'on peut désigner sous le nom de concours Miss Nude Universe. Par conséquent, les services et le commerce en question sont d'une nature suffisamment différente pour écarter d'autres causes possibles de confusion.

Pour ce qui est du caractère distinctif de «Miss Nude Universe», le juge de première instance a dit ce qui suit<sup>4</sup>:

En outre, bien que les deux marques de commerce aient deux mots en commun, ma première impression lorsque j'examine les deux est que le mot «Nude» qui se trouve au milieu de la marque de commerce du requérant a une signification saisissante et qu'il fait comprendre à tout lecteur sauf le plus indifférent qu'il existe une différence profonde entre les deux concours. Par conséquent, la marque de commerce du requérant est distinctive.

La partie pertinente de la Loi en l'espèce est l'article 6:

6. (1) Pour l'application de la présente loi, une marque de commerce ou un nom commercial crée de la confusion avec une autre marque de commerce ou un autre nom commercial si l'emploi de la marque de commerce ou du nom commercial en premier lieu mentionnés cause de la confusion avec la marque de commerce ou le nom commercial en dernier lieu mentionnés, de la manière et dans les circonstances décrites au présent article.

(2) L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec une autre marque de commerce lorsque l'emploi des deux marques de commerce dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à ces marques de commerce sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à ces marques sont loués ou

<sup>4</sup> À la p. 689.



(3) The use of a trade-mark causes confusion with a trade-name if the use of both the trade-mark and trade-name in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with the trade-mark and those associated with the business carried on under the trade-name are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

(4) The use of a trade-name causes confusion with a trade-mark if the use of both the trade-name and trade-mark in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with the business carried on under the trade-name and those associated with the trade-mark are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

(5) In determining whether trade-marks or trade-names are confusing, the court or the Registrar, as the case may be, shall have regard to all the surrounding circumstances including

(a) the inherent distinctiveness of the trade-marks or trade-names and the extent to which they have become known;

(b) the length of time the trade-marks or trade-names have been in use;

(c) the nature of the wares, services or business;

(d) the nature of the trade; and

(e) the degree of resemblance between the trade-marks or trade-names in appearance or sound or in the ideas suggested by them.

It is worth remembering at the outset that by a combination of paragraphs 12(1)(d) [as am. by S.C. 1990, c. 20, s. 81], 38(2)(b) and 38(2)(d), confusion with a registered trade-mark and lack of distinctiveness of a trade-mark submitted for registration are two separate grounds of challenge, even though, by virtue of paragraph 6(5)(a), the inherent distinctiveness of a trade-mark is a factor to consider in determining whether there is or not confusion.

#### APPLICABLE PRINCIPLES

To decide whether the use of a trade-mark or of a trade-name causes confusion with another trade-mark or another trade-name, the Court must ask itself whether, as a matter of first impression on the minds

exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale.

(3) L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec un nom commercial, lorsque l'emploi des deux dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à cette marque et les marchandises liées à l'entreprise poursuivie sous ce nom sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à cette marque et les services liés à l'entreprise poursuivie sous ce nom sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou services soient ou non de la même catégorie générale.

(4) L'emploi d'un nom commercial crée de la confusion avec une marque de commerce, lorsque l'emploi des deux dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à l'entreprise poursuivie sous ce nom et les marchandises liées à cette marque sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à l'entreprise poursuivie sous ce nom et les services liés à cette marque sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou services soient ou non de la même catégorie générale.

(5) En décidant si des marques de commerce ou des noms commerciaux créent de la confusion, le tribunal ou le registraire, selon le cas, tient compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris:

a) le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus;

b) la période pendant laquelle les marques de commerce ou noms commerciaux ont été en usage;

c) le genre de marchandises, services ou entreprises;

d) la nature du commerce;

e) le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent.

Il y a lieu de se rappeler, dès le départ, que si l'on combine les alinéas 12(1)d) [mod. par L.C. 1990, ch. 20, art. 81], 38(2)b) et 38(2)d), la confusion avec une marque de commerce enregistrée et l'absence de caractère distinctif d'une marque de commerce dont on demande l'enregistrement sont deux motifs de contestation distincts, bien qu'en vertu de l'alinéa 6(5)a), le caractère distinctif inhérent d'une marque de commerce est un facteur à considérer lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a confusion.

#### PRINCIPES APPLICABLES

Pour décider si l'emploi d'une marque de commerce ou d'un nom commercial cause de la confusion avec une autre marque de commerce ou un autre nom commercial, la Cour doit se demander si,

of an ordinary person having a vague recollection of that other mark or name<sup>5</sup>, the use of both marks or names in the same area in the same manner is likely to lead to the inference that the services associated with those marks or names are performed by the same person, whether or not the services are of the same general class.<sup>6</sup>

In determining whether there is a likelihood of confusion, the Court shall have regard to all the surrounding circumstances, including those described in subsection 6(5) above.

The onus is always upon an applicant for the registration of a trade-mark to establish that, on the balance of probabilities, there is no likelihood of confusion with a previously used and registered trade-mark.<sup>7</sup>

The stronger the mark is, the greater the ambit of the protection it should be accorded and the more difficult it will be for an applicant to discharge the onus. As noted by Mahoney J. (as he then was) in *Carson v. Reynolds*,<sup>8</sup> a trade-mark may be:

... so generally identified with [a person] that its use in association with anything else, however remote from entertainment services, would be confusing in the sense that its use in both associations would be likely to lead to the inference that all the wares and services, whatever they might be, emanated from [that person].

<sup>5</sup> See *Coca-Cola Co. v. Pepsi-Cola Co.* (1942), 2 D.L.R. 657 (P.C.), at p. 661, Lord Russell of Killowen.

<sup>6</sup> See s. 6(2),(3) and (4) of the Act; *Rowntree Company Limited v. Paulin Chambers Company Limited et al.*, [1968] S.C.R. 134; *Oshawa Holdings Ltd. v. Fjord Pacific Marine Industries Ltd.* (1981), 55 C.P.R. (2d) 39 (F.C.A.); *Mr. Submarine Ltd. v. Amandista Investments Ltd.*, [1988] 3 F.C. 91 (C.A.), at p. 99, Thurlow C.J.; and *Canadian Schenley Distilleries Ltd. v. Canada's Manitoba Distillery Ltd.* (1975), 25 C.P.R. (2d) 1 (F.C.T.D.), at p. 12, Cattanaach J.

<sup>7</sup> See *Sunshine Biscuits, Inc. v. Corporate Foods Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 53 (F.C.T.D.), at p. 57, Cattanaach J. and *Molnlycke Aktiebolag v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 42 (F.C.T.D.), at p. 46, Cattanaach J.

<sup>8</sup> [1980] 2 F.C. 685 (T.D.), at p. 691.

comme première impression dans l'esprit d'une personne ordinaire ayant un vague souvenir de l'autre marque ou de l'autre nom<sup>5</sup>, l'emploi des deux marques ou des deux noms, dans la même région et de la même façon, est susceptible de donner l'impression que les services reliés à ces marques ou à ces noms sont fournis par la même personne, que ces services appartiennent ou non à la même catégorie générale<sup>6</sup>.

En décidant s'il y a vraisemblance de confusion, la Cour doit tenir compte de toutes les circonstances, y compris celles visées au paragraphe 6(5) précité.

Il appartient toujours à celui qui demande à enregistrer une marque de commerce d'établir que, selon la prépondérance des probabilités, il n'y a aucune probabilité de confusion avec une autre marque de commerce déjà employée et enregistrée<sup>7</sup>.

Plus la marque est solide, plus grande est l'étendue de la protection qui devrait lui être accordée et plus il sera difficile au requérant de se décharger de l'obligation qui lui incombe. Comme l'a remarqué le juge Mahoney (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Carson c. Reynolds*<sup>8</sup>, une marque de commerce peut être:

... si généralement associée à [une personne] que l'emploi de celle-ci avec d'autres marchandises ou services, même s'ils n'ont absolument rien à voir avec des services de divertissement, créerait de la confusion en ce que ce double emploi donnerait vraisemblablement à entendre que toutes ces marchandises et services, quels qu'ils soient, ont un rapport direct avec [cette personne] ...

<sup>5</sup> Voir l'arrêt *Coca-Cola Co. v. Pepsi-Cola Co.* (1942), 2 D.L.R. 657 (P.C.), à la p. 661, lord Russell of Killowen.

<sup>6</sup> Voir: les art. 6(2),(3) et (4) de la Loi; *Rowntree Company Limited v. Paulin Chambers Company Limited et al.*, [1968] R.C.S. 134; *Oshawa Holdings Ltd. v. Fjord Pacific Marine Industries Ltd.* (1981), 55 C.P.R. (2d) 39 (C.A.F.); *Mr. Submarine Ltd. c. Amandista Investments Ltd.*, [1988] 3 C.F. 91 (C.A.), à la p. 99, juge en chef Thurlow; et *Canadian Schenley Distilleries Ltd. v. Canada's Manitoba Distillery Ltd.* (1975), 25 C.P.R. (2d) 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 12, juge Cattanaach.

<sup>7</sup> Voir les arrêts *Sunshine Biscuits, Inc. c. Corporate Foods Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 53 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 57, juge Cattanaach, et *Molnlycke Aktiebolag c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 42 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 46, juge Cattanaach.

<sup>8</sup> [1980] 2 C.F. 685 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 691.

Examples abound, in the jurisprudence respecting opposition to registration of trade-marks, of the scope of protection to be afforded to strong marks<sup>9</sup>. The

Nombreux sont les exemples, dans la jurisprudence relative aux oppositions à l'enregistrement des marques de commerce, de l'étendue de la protection à accorder à des marques qui sont solides<sup>9</sup>. Il en est de

<sup>9</sup> "Saladina" for salad dressings, found to likely cause confusion with "Salada," a mark extensively used and advertised for beverage and food products (*Salada Foods Ltd. v. Generale Alimentaire (G.A.S.A.)* (1980), 47 C.P.R. (2d) 169 (F.C.A.)); "Leaf" & Design for bubble gum, found to likely cause confusion with "Toronto Maple Leafs" & Design (*Leaf Confections Ltd. v. Maple Leaf Gardens Ltd.* (1988), 19 C.P.R. (3d) 331 (F.C.A.); affg (1986), 10 C.I.P.R. 267 (F.C.T.D.), Rouleau J.); "Scout" & Design for bags, school bags, travel bags, city bags, suitcases and trunks, found to likely cause confusion with "Boy Scouts," "Scouts" or "Scout Canada" & Design (*Boy Scouts of Can. v. Alfred Sternjakob GMBH & Co. KG* (1984), 4 C.I.P.R. 118 (F.C.T.D.), Joyal J.); "Cutty Sark" for pipe tobacco, found to likely cause confusion with "Cutty Sark" for whisky, spirits and wines (*Berry Bros. & Rudd Ltd. v. Planta Tabak-Manufactur Dr. Manfred Oberman* (1980), 53 C.P.R. (2d) 130 (F.C.T.D.), Cattanaich J.); "Sunshine" & Baker Design for crackers, cookies and cracker meal, found to likely cause confusion with "Sunshine" for bread (*Sunshine Biscuits, Inc. v. Corporate Foods Ltd.*, supra note 7); "Cartier" & Design for haberdashery, found to likely cause confusion with "Cartier" for jewellery and leather goods (*Cartier Men's Shops Ltd. v. Cartier Inc.* (1981), 58 C.P.R. (2d) 68 (F.C.T.D.), Dubé J.); "Vogue" for costume jewellery, found to likely cause confusion with "Vogue" for publication of fashion magazines and dress patterns (*Conde Nast Publications Inc. v. Gozlan Brothers Ltd.* (1980), 49 C.P.R. (2d) 250 (F.C.T.D.), Cattanaich J.); "Miss Canada" for ladies' hosiery and panty-hose, found to likely cause confusion with "Miss Canada" for beauty pageants (*Glen-Warren Productions Ltd. v. Gertex Hosiery Ltd.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 7 (F.C.T.D.), Dubé J.); "Haig" for alcoholic brewery beverages namely beer, found to likely cause confusion with "Haig & Haig" for scotch whisky (*Haig (John) & Co. Ltd. v. Haig Beverages Ltd.* (1975), 24 C.P.R. (2d) 66 (F.C.T.D.), Addy J.); "Tsarevitch" for alcoholic beverages, found to likely cause confusion with "Tovarich" for alcoholic beverages, particularly vodka (*Canadian Schenley Distilleries Ltd. v. Canada's Manitoba Distillery Ltd.*, supra note 6); "Polystar and Polystar" & Design for carpet cushioning, found to likely cause confusion with "Polysar" for synthetic resins (*Polysar Ltd. v. Gesco Distributing Ltd.* (1985), 6 C.P.R. (3d) 289 (F.C.T.D.), Joyal J.); "Slimato" for vegetable juice, found to likely cause confusion with "Clamato" (*Cadbury Schweppes Inc. v. Najm* (1991), 41 C.P.R. (3d) 122 (T.M. Opp. B.)). Weaker marks have also made it: see "Mlle âge tendre" for newspapers and periodicals, as contrasted with "Mademoiselle" for a periodical publication (*Conde Nast Publications Inc. v.*

a

<sup>9</sup> «Saladina» pour les vinaigrettes, considérée susceptible de causer de la confusion avec «Salada», une marque fréquemment employée et annoncée en liaison avec des brevages et des produits alimentaires (*Salada Foods Ltd. c. Generale Alimentaire (G.A.S.A.)* (1980), 47 C.P.R. (2d) 169 (C.A.F.)); «Leaf» & dessin pour la gomme à claquer, considérés susceptibles de causer de la confusion avec «Toronto Maple Leafs» & dessin (*Leaf Confections Ltd. c. Maple Leaf Gardens Ltd.* (1988), 19 C.P.R. (3d) 331 (C.A.F.); confirmant (1986), 10 C.I.P.R. 267 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), juge Rouleau); «Scout» & dessin pour les sacs, les sacs d'écolier, les sacs de voyage, les sacs de ville, les valises et les malles, considérés susceptibles de causer de la confusion avec «Boy Scouts», «Scouts» et «Scout Canada» & dessin (*Boy Scouts of Can. c. Alfred Sternjakob GMBH & Co. KG* (1984), 4 C.I.P.R. 118 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), juge Joyal); «Cutty Sark» pour le tabac pour la pipe, considérée susceptible de causer de la confusion avec «Cutty Sark» pour le whisky, les spiritueux et les vins (*Berry Bros. & Rudd Ltd. c. Planta Tabak-Manufactur Dr. Manfred Oberman* (1980), 53 C.P.R. (2d) 130 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), juge Cattanaich); «Sunshine» & dessin de boulanger pour les craquelins, les biscuits et la farine pour craquelins, considérés susceptibles de causer de la confusion avec «Sunshine» pour le pain (*Sunshine Biscuits, Inc. c. Corporate Foods Ltd.*, précité note 7); «Cartier» et dessin pour les vêtements pour hommes, considérés susceptibles de causer de la confusion avec «Cartier» pour les bijoux et les articles de cuir (*Cartier Men's Shops Ltd. c. Cartier Inc.* (1981), 58 C.P.R. (2d) 68 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), juge Dubé); «Vogue» pour la bijouterie fantaisie, considérée susceptible de causer de la confusion avec «Vogue» pour la publication de revues de modes et de patrons de vêtements féminins (*Conde Nast Publications Inc. c. Gozlan Brothers Ltd.* (1980), 49 C.P.R. (2d) 250 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), juge Cattanaich); «Miss Canada» pour les bas pour dames et les collants, considérée susceptible de causer de la confusion avec «Miss Canada» pour les hosiery de beauté (*Glen-Warren Productions Ltd. c. Gertex Hosiery Ltd.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 7 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), juge Dubé); «Haig» pour les boissons alcoolisées fabriquées en brasserie, à savoir la bière, considérée susceptible de causer de la confusion avec «Haig & Haig» pour le scotch écossais (*Haig (John) & Co. Ltd. c. Haig Beverages Ltd.* (1975), 24 C.P.R. (2d) 66 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), juge Addy); «Tsarevitch» pour les boissons alcoolisées, considérée susceptible de causer de la confusion avec «Tovarich» pour les boissons alcoolisées, particulièrement la vodka (*Canadian Schenley Distilleries Ltd. c. Canada's Manitoba Distillery*, précité, note 6); «Polystar and Polystar» & dessin, pour les coussinages pour tapis, considérés susceptibles de causer de la confusion avec «Polysar» pour les résines synthétiques (*Polysar Ltd. c. Gesco Distributing Ltd.* (1985), 6 C.P.R. (3d) 289 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), juge Joyal); «Slimato» pour le jus de légume, considérée susceptible de causer

same is true in infringement cases<sup>10</sup> as well as in injunction cases<sup>11</sup> where weaker marks have also successfully passed the test.<sup>12</sup>

The factors enunciated in paragraphs 6(5)(a) to (e) need not be interpreted as having equal weight in all circumstances. Where, for example, a strong trademark is measured against a proposed mark, criteria (c) and (d), i.e. the nature of the wares, services or business and the nature of the trade, are not particularly determinative. As was noted by Joyal J. in the *Polysar* case:<sup>13</sup>

Of particular relevance to the criteria outlined in s-s. 6(5) of the statute is the principle that they need not be interpreted as having equal weight. Each particular case of confusion might justify greater significance being given to one criteria than to others. . . .

I should venture a further observation. It seems to me that the relationship between two opposing marks as regards the nature of the wares must bear a much more stringent test when a strong and historical trade mark is measured against a proposed mark. The strength of the mark is obviously its distinctiveness, i.e., a combination of vowels, syllables and sound which has an inherent quality that conjures a direct association not only with the specific wares which might otherwise be listed in the mark's registration, but with the proprietary image of all the several or multifarious operations of its owner. This, in my view, is the essence of the phrase "secondary meaning". I can do no better in finding support for this guiding principle than to cite the *KODAK* and the *VOGUE* cases. . . . I will admit

(Continued from previous page)

*Union des Editions Modernes* (1979), 46 C.P.R. (2d) 183 (F.C.T.D.), Cattanaich J.).

<sup>10</sup> For example see "Mr. Subs' n Pizza" and "Mr. 29 Minute Subs' n Pizza", found to likely cause confusion with "Mr. Submarine" (*Mr. Submarine Ltd. v. Amandista Investments Ltd.*, *supra* note 6).

<sup>11</sup> For example see "Sexual Pursuit", found to likely cause confusion with "Trivial Pursuit" (*Horn Abbot Ltd. et al. v. Thurston Hays Developments Ltd. et al.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 376 (F.C.T.D.), Jerome A.C.J.).

<sup>12</sup> For example see "La Bagagerie Willy Ltée" for sale and repairs of suitcases, as opposed to "La Bagagerie" for leather goods (*Bagagerie SA v. Bagagerie Willy Ltée* (1992), 97 D.L.R. (4th) 684 (F.C.A.)), an infringement action.

<sup>13</sup> *Supra*, note 9, at pp 298-299.

même dans les actions en contrefaçon<sup>10</sup> et les affaires relatives aux injonctions<sup>11</sup>, dans lesquelles des marques plus faibles ont également obtenu gain de cause<sup>12</sup>.

<sup>a</sup> Les facteurs énoncés aux alinéas 6(5)a) à e) n'ont pas à être interprétés comme ayant le même poids en toutes circonstances. Lorsque par exemple, on compare une marque de commerce qui est forte et une marque de commerce projetée, les critères c) et d), c'est-à-dire le genre de marchandises, services ou entreprises et la nature du commerce, ne sont pas particulièrement déterminants. Comme l'a noté le juge Joyal dans l'arrêt *Polysar*<sup>13</sup>:

<sup>c</sup> Le principe selon lequel les critères énumérés au paragraphe 6(5) n'ont pas tous le même poids est particulièrement pertinent en l'espèce. Chaque cas de confusion peut justifier qu'on accorde plus d'importance à l'un de ces critères. . . .

<sup>d</sup> Je tiens à faire une dernière observation. Il me semble qu'en ce qui concerne la nature des marchandises, le lien entre deux marques concurrentes doit faire l'objet d'un examen beaucoup plus rigoureux lorsqu'on compare une marque projetée à une marque établie depuis longtemps. La réputation d'une marque découle manifestement de son caractère distinctif, c'est-à-dire une combinaison de voyelles, de syllabes et de sons comportant une qualité inhérente qui évoque, non seulement les marchandises précises éventuellement énumérées dans l'enregistrement de la marque, mais aussi l'image qui s'attache à toutes les diverses activités exercées par son propriétaire. À mon avis, voilà ce qu'on entend essentiellement par l'expression «sens secondaire». À l'appui de ce principe directeur, je me conten-

(Suite de la page précédente)

de la confusion avec «Clamato» (*Cadbury Schweppes Inc. c. Najm* (1991), 41 C.P.R. (3d) 122 (C.O.M.C.)). Des marques plus faibles ont aussi obtenu gain de cause: voir «Mlle âge tendre» pour les périodiques et les journaux, par opposition à «Mademoiselle» pour les publications périodiques (*Conde Nast Publications Inc. c. Union des Éditions Modernes* (1979), 46 C.P.R. (2d) 183 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), juge Cattanaich).

<sup>10</sup> Par exemple, voir «Mr. Subs' n Pizza» et «Mr. 29 Minute Subs' n Pizza», considérées susceptibles de causer de la confusion avec «Mr. Submarine» (*Mr. Submarine Ltd. c. Amandista Investments Ltd.*, précité, note 6).

<sup>11</sup> Voir par exemple «Sexual Pursuit», considérée susceptible de causer de la confusion avec «Trivial Pursuit» (*Horn Abbot Ltd. et al. c. Thurston Hays Developments Ltd. et al.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 376 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), juge en chef adjoint Jerome).

<sup>12</sup> Voir par exemple «La Bagagerie Willy Ltée» pour la vente et la réparation des valises, par opposition à «La Bagagerie» pour les articles de cuir (*Bagagerie SA c. Bagagerie Willy Ltée* (1992), 97 D.L.R. (4th) 684 (C.A.F.)), une action en contrefaçon.

<sup>13</sup> Précité, note 9, aux p. 298 et 299.

that no prior case resolved by the courts is ever completely on point. Nevertheless, in the case of such marks as KODAK, by the nature of its inherent distinctiveness, and of VOGUE, by reason of its acquired reputation as an arbiter of current fashions, courts have extended to them a much wider area of general protection than the narrower one of cameras on the one hand and a glossy magazine on the other. The fundamental purpose of the *Trade Marks Act* or the *Unfair Competition Act*, R.S.C. 1952, c. 274, or of the old common law right to a passing-off action is to protect acquired rights, whether such rights are acquired by usage or by registration. An applicant which uses Kodak in relation to bicycles or Vogue in relation to costume jewelry is in effect challenging prior rights. Such an applicant might some time succeed, but as stated by Lord Watson in *Eno v. Dunn* (1890), 15 App. Cas. 252 at p. 257:

... he ... must justify the registration of his trade-mark by shewing affirmatively that it is not calculated to deceive. It appears to me to be a necessary consequence that, in dubio, his application ought to be disallowed.

and by Rouleau J. in the *Maple Leaf* case:<sup>14</sup>

Nevertheless, it is clear that in considering the elements subs. 6(5) of the Trade Marks Act, each element need not be interpreted as having equal weight. A particular case might justify greater significance being given to one criterion over others. As previously stated, I find the respondent's mark and design to be a strong one, well known throughout Canada. In such cases the Courts have held that the distinction between the wares and the nature of the trade of the two competing marks becomes less important.

For a likelihood of confusion to be found, it is not necessary that the parties operate in the same general field or industry, or that the services be of the same type or quality. Trade-marks for wares and services of one quality intended for one class of purchasers may be confusing with trade-marks for wares and services of a different type or quality, intended for a different class of purchasers.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> *Supra*, note 9, at p. 278.

<sup>15</sup> See *Bagagerie SA v. Bagagerie Willy Ltée*, *supra*, note 12.

terai de citer les affaires *Kodak* et *Vogue*. . . J'avoue qu'aucune décision jurisprudentielle antérieure ne porte exactement sur la même question. Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'une marque comme KODAK, en raison de son caractère distinctif inhérent, ou VOGUE, en raison de son influence prédominante dans le domaine de la mode, les tribunaux ont conféré une protection qui dépasse largement le domaine des appareils photo, d'une part, et celui des revues de mode, d'autre part. L'objet fondamental de la *Loi sur les marques de commerce*, de la *Loi sur la concurrence déloyale*, S.R.C. 1952, ch. 274 ou de l'ancien droit à l'action en *passing-off* en vertu de la *common law*, est de protéger les droits acquis, peu importe s'ils découlent de l'usage ou de l'enregistrement. Le requérant qui veut employer la marque Kodak en rapport avec des bicyclettes, ou la marque Vogue en rapport avec des bijoux de fantaisie, porte effectivement atteinte à des droits acquis. Ce requérant aura parfois gain de cause, mais pour citer les paroles de Lord Watson dans l'arrêt *Eno v. Dunn*, (1890), 15 App. Cas. 252, à la p. 257:

[TRADUCTION] ... il doit justifier l'enregistrement de sa marque de commerce en montrant de façon affirmative qu'elle n'induirait pas en erreur. Il m'apparaît comme une conséquence nécessaire, en cas de doute, que sa demande doit être rejetée.

et le juge Rouleau dans l'arrêt *Maple Leaf*<sup>14</sup>:

Néanmoins, il ne fait pas de doute que lorsqu'on examine les facteurs énumérés au paragraphe 6(5) de la Loi sur les marques de commerce, il n'y a pas lieu d'accorder la même importance à chacun d'entre eux. Il peut être justifié dans un cas particulier d'accorder une plus grande valeur à un critère donné. Comme je l'ai déjà précisé, j'estime que la marque et le dessin de l'intimée sont solides et qu'ils sont bien connus partout au Canada. En pareil cas, les tribunaux ont statué que la distinction entre les marchandises et la nature du commerce des deux marques concurrentes perd de l'importance.

Pour que l'on conclue à la vraisemblance de la confusion, il n'est pas nécessaire que les parties exercent dans le même domaine ou la même industrie, ni que les services soient du même genre ou de la même qualité. Les marques de commerce utilisées en liaison avec des marchandises et des services d'une certaine qualité, destinés à une catégorie d'acheteurs, peuvent causer de la confusion avec les marques de commerce désignant des marchandises et des services d'un genre ou d'une qualité différents, destinés à une catégorie différente d'acheteurs<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Précité, note 9, à la p. 278.

<sup>15</sup> Voir l'arrêt *Bagagerie SA c. Bagagerie Willy Ltée*, précité, note 12.

### APPLICATION OF THE PRINCIPLES

Applying these principles to the case at bar, I have reached the conclusion that the Trial Judge has erred in three ways.

First, the Trial Judge has erred in failing to address the very issue of the scope of protection to be accorded to a trade-mark as widely known and used as “Miss Universe,” particularly in that very area—organization of beauty pageants—in which a newcomer was precisely endeavouring to enter.

It may have been said, thirty years ago, that there was nothing remarkably distinctive about the word “Miss” or the word “Universe” or the expression “Miss Universe.” But as time went by and as the use and promotion of the two words linked together as one expression were reaching global proportion, the expression acquired, to use the very words of the Trial Judge, a “considerable distinctiveness.” The name is now a well-known and reputable name.

In these circumstances, one would have expected the Trial Judge to examine the facts of this case on the assumption that the appellant’s trade-mark was to be accorded a particularly wide scope of protection and that the burden imposed on the respondent to dispel any likelihood of confusion was particularly difficult to overcome, even more so in the area of beauty pageants. This, in my view, he has failed to do. His reasons, which I have reproduced earlier, show no such concern. He seems to have ignored the fact that the respondent was a newcomer entering a field already extensively occupied by the appellant and borrowing in so doing the whole of a name already well-established in that very field by the appellant.

It was the duty of the respondent to select a name with care so as to avoid any confusion—as is required under the definition of “proposed trade-mark” in section 2 of the Act—and so as to avoid the appearance that he intended to jump on the bandwagon of an already famous mark. That duty was not addressed by the Trial Judge, notwithstanding the admission by a witness for the respondent that:<sup>16</sup>

<sup>16</sup> O’Staff affidavit, Exhibit A, vol. XI, at p. 1678.

### APPLICATION DES PRINCIPES

Après avoir appliqué ces principes à l’espèce, j’ai conclu que le juge de première instance a commis trois erreurs.

Premièrement, le juge de première instance a commis une erreur en ne traitant pas de l’étendue de la protection à accorder à une marque de commerce aussi généralement connue et employée que «Miss Universe», particulièrement dans le domaine même —la gestion des concours de beauté—dans lequel un nouveau venu tentait précisément d’entrer.

On aurait peut-être pu dire, il y a trente ans, qu’il n’y avait rien de particulièrement distinctif dans les mots «Miss» ou «Universe» et dans l’expression «Miss Universe». Mais au fil des ans, l’emploi et la promotion des deux mots liés ensemble en une seule expression atteignant des proportions mondiales, l’expression a acquis, pour citer le juge de première instance, «un caractère distinctif considérable». Le nom est aujourd’hui bien et avantageusement connu.

Dans ces circonstances, on se serait attendu à ce que le juge de première instance ait examiné les faits en cause en partant du principe qu’il fallait accorder à la marque de commerce de l’appelante une protection particulièrement étendue, et qu’il était particulièrement difficile à l’intimé de s’acquitter de son obligation d’écarter toute probabilité de confusion, surtout dans le domaine des concours de beauté. À mon avis, le juge n’a pas agi dans ce sens. Ses motifs, que j’ai cités plus haut, ne démontrent aucune préoccupation de ce genre. Il semble avoir négligé le fait que l’intimé était un nouveau venu dans un domaine dans lequel l’appelante occupait déjà une place considérable, et qu’il empruntait de la sorte la totalité d’un nom déjà bien établi par l’appelante précisément dans le domaine en question.

L’intimé était tenu de choisir un nom avec soin, de façon à éviter toute confusion—comme l’exige la définition de l’expression «marque de commerce projetée» à l’article 2 de la Loi—et de façon à ne pas donner l’impression qu’il avait l’intention de tirer profit d’une marque déjà célèbre. Le juge de première instance n’a pas traité de cette obligation, malgré l’aveu d’un témoin de l’intimé que<sup>16</sup>:

<sup>16</sup> L’affidavit O’Staff, pièce A, vol. XI, à la p. 1678.

The name “Miss Nude Universe” will be a selling feature without a lot of explanations. Everyone knows the name!

Why was little explanation needed, why did everyone know the name, why would it be a selling feature, if not because the name “Miss Nude Universe” was inevitably associated with the name “Miss Universe”?

Had the Trial Judge considered the scope of the protection accorded to start with to the appellant’s trade-mark, he would have approached in a different way the factors defined in paragraphs 6(5)(c) and (d) of the Act, i.e. the nature of the services and the nature of the trade. He would have realized that these factors — even had he been right in their analysis, something I shall come back to—could not be as determinative as he found them to be.

Secondly, the Trial Judge has erred in emphasizing the differences in the nature of the services and in the nature of the trade (paragraphs 6(5)(c) and (d) of the Act) instead of considering the likelihood of confusion if the two businesses were carried on in the same area in the same manner (subsection 6(2) of the Act). Particularly relevant are these comments of Thurlow C.J. in the *Mr. Submarine* case:<sup>17</sup>

On this issue the appellant’s submissions were that the learned Trial Judge erred in emphasizing the differences between the trade marks rather than considering their similarities from the point of view of a consumer with imperfect recollection, in emphasizing the lack of evidence of actual confusion having occurred and the differences in the manner of delivery of the goods and services associated with the trade marks instead of considering the likelihood of confusion if the two businesses were carried on in the same area in the same manner.

Save with respect to the absence of evidence of actual confusion I am of the opinion the appellant’s criticism of the reasons of the learned Judge is warranted.

Here the learned Judge finds the respondent’s marks to be clearly distinguishable from those of the appellant. That is without doubt true. But it is not a test of whether the respondent’s trade marks or trade names are similar. It says nothing of their similarities or of whether they are likely to be distin-

[TRADUCTION] Le nom «Miss Nude Universe» favorisera la vente sans que de nombreuses explications soient nécessaires. Tout le monde connaît le nom!

Pourquoi peu d’explications seraient-elles nécessaires, pourquoi le nom était-il connu de tous, pourquoi favoriserait-il la vente, sinon parce que le nom «Miss Nude Universe» était inévitablement associé à celui de «Miss Universe»?

*a* Si le juge de première instance avait examiné l’étendue de la protection accordée dès le départ à la marque de commerce de l’appelante, il aurait abordé de façon différente les facteurs définis aux alinéas 6(5)c) et d) de la Loi, c’est-à-dire le genre des services rendus et la nature du commerce exercé. Il aurait compris que ces facteurs—même s’il les avait correctement analysés, point sur lequel je reviendrai—ne pouvaient pas être aussi déterminants qu’il les a considérés.

Deuxièmement, le juge de première instance a commis une erreur en insistant sur la nature différente des services et du commerce (alinéas 6(5)c) et d) de la Loi) plutôt que de considérer la probabilité de confusion si les deux entreprises étaient exercées dans la même région de la même façon (paragraphe 6(2) de la Loi). Les remarques du juge en chef Thurlow dans l’arrêt *Mr. Submarine* ont une pertinence particulière<sup>17</sup>:

À cet égard, l’appelante a fait valoir que le juge de première instance avait commis une erreur en mettant l’accent sur les différences entre les marques de commerce, au lieu d’examiner leur ressemblance du point de vue d’un consommateur ayant un souvenir imparfait, en insistant sur le défaut de preuve d’une confusion réellement survenue et sur les différences dans la livraison des marchandises et la prestation des services en liaison avec les marques de commerce, au lieu d’examiner la probabilité de confusion si les deux entreprises étaient exploitées dans la même région et de la même manière.

Sauf en ce qui concerne l’absence d’une preuve de confusion réelle, j’estime que la critique par l’appelante des motifs du juge de première instance est justifiée.

En l’espèce, le juge conclut que les marques de l’intimée se distinguent sans peine de celles de l’appelante. C’est indubitablement vrai. Mais il ne s’agit pas là d’un critère permettant de savoir si les marques de commerce ou les noms commerciaux de l’intimée sont semblables. Rien n’est dit de leur ressem-

<sup>17</sup> *Supra*, note 6, at pp. 99-100.

<sup>17</sup> Précité, note 6, aux p. 99 et 100.

guished by an ordinary person having a vague recollection of the appellant's mark or business.

Clearly, in the case at bar, services associated with both trade-marks were principally related to the operation of beauty pageants. Both parties are providing entertainment services by conducting, hosting and promoting beauty pageants. The beauty pageant services provided by the appellant or to be provided by the respondent, under their respective trade-marks, share the same format and the same basic process. Host sites for conducting preliminary and the final pageants are selected. Contestants are recruited and sponsors are identified and secured. Advertising and public media coverage is secured for all preliminary contests and for the annual, final contest. Both parties, thereafter, promote the winners of the final contest to the public under the title for the year in which they reign. The respondent thus intends to use the trade-mark "Miss Nude Universe" in conducting and promoting a beauty pageant in the same industry or business in which the "Miss Universe" trade-mark is already famous.

The Trial Judge has erred, in my view, in ignoring the evidence that both trade-marks were used or to be used, respectively, in precisely the same industry or business and in concentrating rather on differences allegedly intended by the respondent but not guaranteed by him nor referred to in his application for registration, such as the location of the contests—even in that regard I note that hotels are contemplated by both parties—the conditions to be met by participants and the ambiance in which the events would be held.

Not only are these differences inconclusive, in view of the basic similarity between the services and business or industry involved, but they are irrelevant to the extent that regardless of the present intention of the respondent, either he, or any successor-in-title, should the trade-mark "Miss Nude Universe" be found registrable and henceforth be registered, would

blance ni de la question de savoir si elles peuvent être distinguées par une personne ordinaire qui se souvient vaguement de la marque ou de l'entreprise de l'appelante.

Il est clair qu'en l'espèce, les services associés aux deux marques de commerce étaient principalement liés à la gestion de concours de beauté. Les deux parties fournissent des services de divertissement au moyen de la gestion, de la présentation et de la promotion de concours de beauté. Les services de concours de beauté fournis par l'appelante ou projetés par l'intimé, sous leurs marques de commerce respectives, ont une même formule et se déroulent essentiellement de la même façon. Il y a sélection des villes-hôtes où auront lieu les concours préliminaires et finaux. Les concurrentes sont recrutées et les commanditaires, choisis et obtenus. Les organisateurs s'assurent de la publicité et de la couverture par les médias de tous les concours préliminaires et du concours final annuel. Les deux parties font ensuite la promotion auprès du public des gagnantes du concours final, sous le millésime de l'année au cours de laquelle elles règneront. L'intimé a ainsi l'intention d'employer la marque de commerce «Miss Nude Universe» dans la gestion et la promotion d'un concours de beauté dans la même industrie ou entreprise que celle où s'est déjà illustrée la marque de commerce «Miss Universe».

À mon sens, le juge de première instance a commis une erreur en ne tenant pas compte de la preuve démontrant que les deux marques de commerce étaient employées ou allaient l'être, respectivement, dans précisément la même industrie ou entreprise, et en s'attachant plutôt aux distinctions que l'intimé alléguait avoir en vue, mais qu'il n'avait ni garanties ni mentionnées dans sa demande d'enregistrement, comme par exemple le lieu des concours—même à cet égard, je note que les deux parties songent à des hôtels—les conditions que doivent remplir les participantes et l'ambiance dans laquelle les activités se dérouleraient.

Non seulement ces distinctions sont-elles non concluantes, étant donné la similarité fondamentale entre les services et l'entreprise ou l'industrie en cause, mais elles ne sont pas pertinentes dans la mesure où, indépendamment de l'intention présente de l'intimé, soit lui ou son ayant droit, dans l'éventualité où la marque de commerce «Miss Nude Universe» était



be free to change the format, location, style or character of his beauty pageants at any time. Again as noted by Thurlow C.J. in *Mr. Submarine* case:<sup>18</sup>

Nor is the appellant's exclusive right confined to the sale of sandwiches by the methods it now employs or has employed in the past. Nothing restricts the appellant from changing the colour of its signs or the style of lettering of "Mr. Submarine" or from engaging in a telephone and delivery system such as that followed by the respondent or any other suitable system for the sale of its sandwiches. Were it to make any of these changes its exclusive right to the use of "Mr. Submarine" would apply just as it applies to its use in the appellant's business as presently carried on. Whether the respondent's trade marks or trade names are confusing with the appellant's registered trade mark must accordingly be considered not only having regard to the appellant's present business in the area of the respondent's operations but having regard as well to whether confusion would be likely if the appellant were to operate in that area in any way open to it using its trade mark in association with the sandwiches or services sold or provided in the operation.

The beauty pageants of the parties may therefore well become in direct competition, being held possibly in the same hotel at the same time, and the allegation that the pageants may differ in type is thus irrelevant.

Lastly, I note that the Trial Judge did not refer, when he dealt with the issue of confusion, to the factor set out in paragraph 6(5)(e), i.e. the degree of resemblance between the trade-marks or trade-names in appearance or sound or in the ideas suggested by them. The only related comment he made, and that was in regard to the issue of the distinctiveness of the proposed trade-mark, is the following, which I have reproduced earlier:<sup>19</sup>

Further, while the two trade-marks have two words in common, my first impression when looking at the two is that the word "Nude" in the middle of the applicant's trade-mark is of an arresting significance which would convey to all but the most indifferent reader a profound difference between the two contests. Therefore the applicant's trade-mark is distinctive.

déclarée enregistrable et par conséquent était enregistrée, serait libre de changer n'importe quand la formule, le lieu, le style ou le caractère de ses concours de beauté. De nouveau, comme l'a noté le juge en chef Thurlow dans l'arrêt *Mr. Submarine*<sup>18</sup>:

Le droit exclusif de l'appelante n'est pas non plus limité à la vente de sandwiches par les méthodes qu'elle emploie maintenant ou qu'elle a employées dans le passé. Rien n'empêche l'appelante de changer la couleur de ses enseignes ou le style de lettres de «Mr. Submarine», ou d'adopter un système téléphonique et de livraison tel que celui suivi par l'intimée ou tout autre système convenable pour la vente de ses sandwiches. Si elle devait effectuer un de ces changements, son droit exclusif à l'emploi de «Mr. Submarine» s'appliquerait tout comme il s'applique à son emploi dans l'entreprise qu'elle exploite actuellement. La question de savoir si les marques de commerce ou les noms commerciaux de l'intimée créent de la confusion avec la marque enregistrée de l'appelante doit donc être examinée en tenant compte non seulement de l'entreprise actuelle que l'appelante exploite dans la région des opérations de l'intimée, mais aussi de la possibilité de confusion si l'appelante devait exercer ses activités dans cette région de toute manière qui lui est permise en utilisant sa marque de commerce en liaison avec les sandwiches vendus ou les services exécutés dans l'exercice de son entreprise.

Les concours de beauté des parties peuvent donc se faire directement concurrence, car il est possible qu'ils aient lieu au même hôtel en même temps, aussi l'allégation selon laquelle ils peuvent différer de genre n'est pas pertinente.

Finalement, je note que le juge de première instance n'a pas mentionné, lorsqu'il a traité de la confusion, le facteur exposé à l'alinéa 6(5)e, c'est-à-dire le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux en ce qui concerne leur apparence, leur aspect phonétique ou les idées qu'ils suggèrent. La seule remarque qu'il a faite à ce sujet est la suivante, déjà citée<sup>19</sup>, et elle visait le caractère distinctif de la marque de commerce projetée:

En outre, bien que les deux marques de commerce aient deux mots en commun, ma première impression lorsque j'examine les deux est que le mot «Nude» qui se trouve au milieu de la marque de commerce du requérant a une signification saisissante et qu'il fait comprendre à tout lecteur sauf le plus indifférent qu'il existe une différence profonde entre les deux concours. Par conséquent, la marque de commerce du requérant est distinctive.

<sup>18</sup> *Supra*, note 6, at pp. 102-103.

<sup>19</sup> *Supra*, note 4.

<sup>18</sup> Précité, note 6, aux p. 102 et 103.

<sup>19</sup> Précité, note 4.

I am prepared, for the sake of argument, to accept that these comments could also have been made by the Trial Judge in the context of paragraph 6(5)(e) and to treat them in that context.

It is a mistake, in my view, to consider the word "Nude," in isolation, as being of "an arresting significance." There is, when one looks at both marks, a degree of resemblance. That degree of resemblance may be small when the marks are considered as a whole "but," once more referring to Thurlow C.J.'s reasons in *Mr. Submarine*,<sup>20</sup> "there is resemblance and in my view it cannot be ignored." The correct view, in my opinion, is that expressed in a similar context by the U.S. Patent and Trademark Office Trademark Trial and Appeal Board, in *Miss Universe, Inc. v. Drost*.<sup>21</sup> In that case the applicant had sought to register the designation "Miss Nude U.S.A.," for entertainment services, namely presentation of beauty pageants. Registration had been opposed by Miss Universe, Inc., on the ground, essentially, that the applicant's mark as applied to the services specified in his application so resembled the mark "Miss U.S.A." previously used and registered by Miss Universe, Inc. for promoting the sale of goods and services of others through the medium of a beauty contest conducted on a national and regional basis, as to be likely to cause confusion:<sup>22</sup>

Turning then to the salient question before the Board, both applicant's mark and opposer's "MISS U.S.A." mark include the words "MISS U.S.A." as the most important elements thereof, opposer's mark consisting in its entirety of these terms. The word "NUDE", on the other hand, is merely an adjective, is clearly subordinate to the notation "U.S.A." which it modifies, and does not serve to distinguish applicant's mark from that of opposer.

I therefore hold that the Trial Judge has committed reviewable errors in reaching his decision. In a case like this, where the facts on which the appeal is to be determined do not depend on the credibility of witnesses and are not in dispute, this Court is in as good

Je veux bien admettre, pour les besoins de la cause, que le juge de première instance aurait également pu faire ces remarques dans le contexte de l'alinéa 6(5)e) et les traiter en conséquence.

<sup>a</sup> À mon sens, c'est une erreur de considérer le mot «Nude», pris isolément, comme ayant «une signification saisissante». Lorsque l'on considère les deux marques de commerce, on constate entre elles un <sup>b</sup> degré de ressemblance. Ce degré peut ne pas être considérable si l'on regarde les marques dans leur ensemble «mais», pour citer de nouveau les motifs du juge en chef Thurlow dans l'arrêt *Mr. Submarine*<sup>20</sup>, «il existe quand même une ressemblance et j'estime <sup>c</sup> qu'on doit en tenir compte». À mon avis, la bonne manière de voir les choses est celle qu'a exprimée, dans un contexte semblable, le U.S. Patent and Trademark Office Trademark Trial and Appeal Board, dans <sup>d</sup> l'arrêt *Miss Universe, Inc. v. Drost*<sup>21</sup>. Dans cette affaire, le requérant avait demandé l'enregistrement du nom «Miss Nude U.S.A.», à l'égard de services de divertissement, à savoir la présentation de concours de beauté. Miss Universe, Inc. s'était opposée à l'enregistrement, faisant valoir essentiellement que la <sup>e</sup> marque du requérant, comme elle était appliquée aux services précisés dans sa demande, ressemblait à tel point à la marque «Miss U.S.A.» déjà employée et enregistrée par Miss Universe, Inc., pour favoriser la <sup>f</sup> vente des produits et des services d'autres personnes au moyen de concours de beauté présentés à l'échelle nationale et régionale, qu'elle était susceptible de causer de la confusion<sup>22</sup>:

<sup>g</sup> [TRADUCTION] Pour en venir à la question importante dont nous sommes saisis, aussi bien la marque du requérant que celle de l'opposante comportent les mots «MISS U.S.A.» en guise d'éléments les plus importants de ces marques, celle de l'opposante consistant entièrement dans ces mots. L'expression «NUDE», par contre, est simplement un adjectif, clairement <sup>h</sup> subordonné à l'expression «U.S.A.» qu'il qualifie, et ne sert pas à distinguer la marque du requérant de celle de l'opposante.

<sup>i</sup> Je conclus par conséquent que le juge de première instance a commis des erreurs donnant lieu à révision en parvenant à sa décision. Dans une affaire comme celle-ci, où les faits qui décideront de l'appel ne dépendent pas de la crédibilité de témoins et ne sont

<sup>20</sup> *Supra*, note 6, at p. 105.

<sup>21</sup> 189 USPQ 212 (P.O. T.M. T. App. Bd. 1975).

<sup>22</sup> *Miss Universe, Inc. v. Drost*, *supra*, note 21, at p. 214.

<sup>20</sup> Précité, note 6, à la p. 105.

<sup>21</sup> 189 USPQ 212 (P.O. T.M. T. App. Bd. 1975).

<sup>22</sup> *Miss Universe, Inc. v. Drost*, précité, note 21, à la p. 214.

a position as was the Trial Judge to draw what it considers to be the proper inferences from those facts and to make a finding as to the likelihood of confusion of the trade-marks, or of the trade-names.

That finding is an easy one to make in the present case which, it seems to me, is on all four with the *Mr. Submarine* case. Thurlow C.J.'s analysis in that case of the circumstances to be considered as enumerated in subsection 6(5) of the Act (at pages 103 to 105) could almost be followed word by word. There is no point repeating here words that have there been so eloquently spoken.

I therefore conclude that the respondent has failed to establish that the use of his proposed trade-mark does not give rise to any likelihood of confusion with the trade-mark of the appellant. I wish to note, in closing, that the following observations by the U.S. District Court for the Northern District of Georgia, when it concluded that confusion was likely in a case where Miss Universe, Inc. was attempting to enjoin Miss Teen U.S.A., Inc. from using the designation "Miss Teen U.S.A.," could have been directed at the present respondent:<sup>23</sup>

But having devoted substantial resources and energy to cultivating a respectable image, the plaintiff's good name should not be left to the mercy of a latecomer's campaign to capture a portion of the market. Irrespective of the level of the defendant's organization at which it occurs, a less scrupulous individual exploiting eager contestants, or an overzealous contestant soliciting advertisements locally, may tarnish this image acquired at the plaintiff's great expense by associating the two pageants or by neglecting to correct misapprehensions by consumers.

## DISPOSITION

I would accordingly allow the appeal, reverse the decision of the Trial Judge and direct the Registrar of Trade-marks to refuse the respondent's application for the registration of trade-mark serial no. 545,313, "Miss Nude Universe."

<sup>23</sup> *Miss Universe, Inc. v. Miss Teen U.S.A., Inc.* 209 USPQ 698 (Dist. Ct. N.Ga. 1980), at p. 710.

pas contestés, la Cour est aussi bien placée que l'était le juge de première instance pour tirer ce qu'elle considère être les bonnes inférences de ces faits et pour en arriver à une conclusion à l'égard de la probabilité de la confusion entre les deux marques de commerce, ou entre les deux noms commerciaux.

Il est facile de tirer cette conclusion en l'espèce qui, me semble-t-il, est exactement semblable à l'affaire *Mr. Submarine*. On pourrait pratiquement appliquer textuellement l'analyse qu'a faite le juge en chef Thurlow, dans cette affaire, des circonstances à prendre en considération telles qu'elles sont énumérées au paragraphe 6(5) de la Loi (aux pages 103 à 105). Inutile de répéter ici des paroles prononcées de façon aussi éloquente.

Je conclus donc que l'intimé n'a pas démontré que l'emploi de sa marque de commerce projetée n'est pas susceptible de créer de la confusion avec la marque de commerce de l'appelante. Je tiens à souligner, en terminant, que les observations suivantes de la cour de district américaine pour le district nord de la Georgie, lorsqu'elle a conclu à la probabilité de la confusion dans une affaire où Miss Universe, Inc. s'efforçait d'interdire à Miss Teen U.S.A., Inc. d'employer la désignation «Miss Teen U.S.A.», auraient pu s'adresser au présent intimé<sup>23</sup>:

[TRADUCTION] Mais après que la demanderesse a consacré des ressources et des efforts considérables à se créer une image respectable, son bon nom ne devrait pas être laissé à la merci de la campagne publicitaire d'un nouveau venu qui tente de capter une partie du marché. Indépendamment du niveau de l'organisme de la défenderesse où elle se situe, un individu moins scrupuleux qui désire exploiter des candidates, ou une candidate trop zélée qui se cherche de la publicité à l'échelle locale, peuvent ternir l'image que la demanderesse s'est acquise à grands frais, en associant les deux concours de beauté ou en négligeant de dissiper la méprise des consommateurs.

## DÉCISION

J'accueillerais en conséquence l'appel, j'infirmerais la décision du juge de première instance et j'ordonnerais au registraire des marques de commerce de rejeter la demande de l'intimé en vue de l'enregistrement de la marque de commerce portant le numéro de série 545, 313, «Miss Nude Universe».

<sup>23</sup> *Miss Universe, Inc. v. Miss Teen U.S.A., Inc.* 209 USPQ 698 (Dist. Ct. N.Ga. 1980), à la p. 710.

As graciously proposed by counsel for the appellant, costs should not be awarded on the appeal and in the Trial Division.

HUGESSEN J.A.: I agree.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

Comme l'ont gracieusement proposé les avocats de l'appelante, il ne devrait pas y avoir adjudication des dépens en appel ni en Section de première instance.

*a* LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

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

T-2231-93

T-2231-93

**Cam Hoa Huynh (Applicant)****Cam Hoa Huynh (requérant)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen (Respondent)**

a

**Sa Majesté la Reine (intimée)***INDEXED AS: HUYNH v. CANADA (T.D.)**RÉPERTORIÉ: HUYNH c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Cullen J.—Winnipeg, November 3; Ottawa, November 24, 1994.

b

Section de première instance, juge Cullen—Winnipeg, 3 novembre; Ottawa, 24 novembre 1994.

*Citizenship and Immigration — Judicial review — Federal Court jurisdiction — Immigration Act, s. 83 amendment transferring original jurisdiction for judicial review of IRB decisions from F.C.A. to F.C.T.D., limiting right to appeal from F.C.T.D. to F.C.A. to cases where T.D. judge certifying serious question of general importance involved and denying right to appeal from refusal to certify question contravening neither Charter, ss. 7 nor 15.*

c

*Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Compétence de la Cour fédérale — La modification apportée à l'art. 83 de la Loi sur l'immigration transférant la compétence exclusive, aux fins du contrôle judiciaire des décisions rendues par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, de la C.A.F. à la Section de première instance, limitant le droit d'en appeler de la Section de première instance à la C.A.F. aux cas dans lesquels le juge de première instance a certifié que l'affaire soulève une question grave de portée générale, et refusant le droit d'en appeler du refus de certifier une question ne contrevient ni à l'art. 7 ni à l'art. 15 de la Charte.*

d

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Immigration Act, s. 83 amendment transferring original jurisdiction for judicial review of Immigration and Refugee Board decisions from F.C.A. to F.C.T.D., limiting right to appeal from F.C.T.D. to F.C.A. to cases where T.D. judge certifying serious question of general importance involved and denying right to appeal from refusal to certify question contravening neither Charter, ss. 7 nor 15.*

e

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — La modification apportée à l'art. 83 de la Loi sur l'immigration transférant la compétence exclusive, aux fins du contrôle judiciaire des décisions rendues par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, de la C.A.F. à la Section de première instance, limitant le droit d'en appeler de la Section de première instance à la C.A.F. aux cas dans lesquels le juge de première instance a certifié que l'affaire soulève une question grave de portée générale, et refusant le droit d'en appeler du refus de certifier une question ne contrevient ni à l'art. 7 ni à l'art. 15 de la Charte.*

f

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Immigration Act, s. 83 amendment transferring original jurisdiction for judicial review of Immigration and Refugee Board decisions from F.C.A. to F.C.T.D., limiting right to appeal from F.C.T.D. to F.C.A. to cases where T.D. judge certifying serious question of general importance involved and denying right to appeal from refusal to certify question not contravening Charter, s. 7 — Requirement to certify question at time of rendering judgment not depriving applicant of knowledge of case to be met — Ouster of review of T.D. decisions by C.A. or S.C.C. not violating fundamental justice principles — T.D. constitutionally qualified to render such decisions — Absence of appeal provision not violation of Charter per se — Fact judge whose decision impugned must certify question not raising reasonable apprehension of bias in view of oath of office taken by judge, nature of question to be certified — No vested right to appeal when Act amended.*

g

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — La modification apportée à l'art. 83 de la Loi sur l'immigration transférant la compétence exclusive, aux fins du contrôle judiciaire des décisions rendues par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, de la C.A.F. à la Section de première instance, limitant le droit d'en appeler de la Section de première instance à la C.A.F. aux cas dans lesquels le juge de première instance a certifié que l'affaire soulève une question grave de portée générale, et refusant le droit d'en appeler du refus de certifier une question ne contrevient pas à l'art. 7 de la Charte — L'exigence selon laquelle la question doit être certifiée dans le jugement n'empêche pas le requérant de savoir ce qu'il doit prouver — L'absence de contrôle des décisions de la Section de première instance par la C.A. ou par la C.S.C. ne viole pas les principes de justice fondamentale — La Section de première instance est constitutionnellement compétente pour rendre pareilles décisions — L'absence de disposition d'appel ne constitue pas une violation de la Charte en soi — Le fait que le juge dont la décision est contestée doit certifier la question ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité compte tenu du serment professionnel que le juge a prêté et de la nature de la question à certifier — Il*

h

i

j

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Immigration Act, s. 83 amendment (coming into effect in February 1993) transferring original jurisdiction for judicial review of Immigration and Refugee Board decisions from F.C.A. to F.C.T.D., limiting right to appeal from F.C.T.D. to F.C.A. to cases where T.D. judge certifying serious question of general importance involved and denying right to appeal from refusal to certify question not contravening Charter, s. 15 — No infringement of applicant's equality rights, especially when citizens, non-citizens not having same right to remain in Canada.*

*Construction of statutes — Immigration Act amendment restricting right to appeal F.C.T.D. decisions to F.C.A. to cases where T.J. certifying question of general importance — Argued amendment operating retrospectively to interfere with vested right to appeal — Clear from s. 114 of amending Act retrospective application intended — Presumption against retrospective application of legislation rebutted — No vested right, no leave application having been made as of amendment date.*

An application for judicial review of a credible basis panel's rejection of the applicant's claim for refugee status, originally made in early 1992, was dismissed in June 1993 by a Trial Division judge who declined to certify that a serious question of general importance was involved.

In July 1993, the applicant's notice of appeal from the decision of the Trial Judge was not accepted for filing.

By an amendment to the *Immigration Act* (especially section 83 thereof) which came into effect on February 1, 1993, there was a transfer of original jurisdiction for the judicial review of decisions of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board from the Federal Court of Appeal to the Trial Division. Second, there were a number of procedural amendments designed to ensure that applications were determined without delay. Third, a limit was placed on the right to appeal from the Trial Division to the Federal Court of Appeal to cases where the Trial Division judge certified a question as of general importance. It was this limitation of appeals which was at issue in the case at bar.

The following questions were submitted pursuant to Rule 474 for preliminary determination of questions of law: (1) Does section 83 of the *Immigration Act* contravene section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the facts of

*n'existe aucun droit acquis à un appel lorsque la Loi est modifiée.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La modification apportée à l'art. 83 de la Loi sur l'immigration (qui est entrée en vigueur en février 1993) transférant la compétence exclusive, aux fins du contrôle judiciaire des décisions rendues par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, de la C.A.F. à la Section de première instance, limitant le droit d'en appeler de la Section de première instance à la C.A.F. aux cas dans lesquels le juge de première instance a certifié que l'affaire soulève une question grave de portée générale, et refusant le droit d'en appeler du refus de certifier une question ne contrevient pas à l'art. 15 de la Charte — Les droits à l'égalité reconnus au requérant ne sont pas violés, en particulier lorsque les citoyens et les non-citoyens n'ont pas le même droit de demeurer au Canada.*

*Interprétation des lois — Modification apportée à la Loi sur l'immigration, restreignant le droit d'en appeler des décisions de la Section de première instance à la C.A.F. aux cas dans lesquels le juge de première instance certifie l'existence d'une question de portée générale — Il a été soutenu que la modification s'appliquait rétroactivement de façon à porter atteinte au droit acquis à un appel — Il ressort clairement de l'art. 114 de la Loi modificatrice qu'on prévoyait l'application rétroactive de la loi est réfutée — Absence de droit acquis, aucune demande d'autorisation n'ayant été présentée à la date de la modification.*

Une demande de contrôle judiciaire du rejet, par le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement, de la demande de statut de réfugié que le requérant avait initialement présenté au début de 1992, a été rejetée, en juin 1993, par un juge de la Section de première instance, qui a refusé de certifier que l'affaire soulevait une question grave de portée générale.

En juillet 1993, l'avis d'appel de la décision du juge de première instance que le requérant avait déposé n'a pas été accepté aux fins du dépôt.

Par une modification apportée à la *Loi sur l'immigration* (en particulier à l'article 83), laquelle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1993, la compétence exclusive, aux fins du contrôle judiciaire des décisions rendues par la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, était transférée de la Cour d'appel fédérale à la Section de première instance. Deuxièmement, un certain nombre de modifications procédurales visaient à assurer que les demandes soient jugées sans délai. Troisièmement, le droit d'en appeler de la Section de première instance à la Cour d'appel fédérale était limité aux cas dans lesquels le juge de la Section de première instance avait certifié que l'affaire soulevait une question de portée générale. La restriction du droit d'appel était en litige en l'espèce.

Les questions suivantes ont été soumises, conformément à la Règle 474, en vue d'une décision préliminaire sur des points de droit: (1) L'article 83 de la *Loi sur l'immigration* contrevient-il à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et*

this case? (2) Does section 83 contravene Charter section 15 on the facts herein?

*Held*, both questions should be answered in the negative.

The applicant was entitled to section 7 rights and was entitled to fundamental justice in the determination of whether he was a Convention refugee. But the requirement that a question be certified did not violate the principles of fundamental justice in the immigration context.

The fact that a question of general importance had to be certified at the time of rendering judgment did not deprive the applicant of the knowledge of the case to be met. At the time of rendering judgment, the applicant knew what serious questions of general importance were involved. For a question to be certified, the question must arise within the context of the proceedings before the Court; not be solely dependant on factual issue but raise a question of law; and raise issues of law of general importance that have not already been determined by decisions of the Federal Court. The applicant knew, from the *Immigration Act* and from case law, the case to be met before the credible basis tribunal and with respect to his application for judicial review; he knew the facts of his own case; he knew the legal arguments upon which he had relied and he knew of the relevant legal tests that this Court has articulated in interpreting the *Immigration Act*. The applicant must therefore have known whether there was a serious issue of general importance that could arise from his case.

Although section 83 does deny the right to appeal from the Trial Division judge's refusal to certify a question, this was not a violation of the principles of fundamental justice. The limitations on the power of privative clauses to oust judicial review apply to tribunals and other administrative bodies. They do not apply to superior courts. The Federal Court Trial Division is a superior court and its interpretations of the Charter are not subject to review unless the legislation that the Trial Division judge was interpreting included a review or appeal provision. The *Immigration Act* did not include an appeal provision. The omission of an appeal provision did not violate the Charter.

That the power to certify a question was that of the judge whose decision was impugned did not raise a reasonable apprehension of bias. All Federal Court judges are bound by their oaths of office to execute judicial duties faithfully and this was sufficient to dispel any notion that judges might refuse to certify a question so as to insulate their decisions from appeal. Furthermore, although a certified question must dispose of the particular case, it is not about the case at bar. Regardless of the outcome, the Trial Division judge must determine if there is a question which transcends the interests of the parties and involves issues of broad significance.

*libertés*, compte tenu des faits de l'affaire? (2) L'article 83 contrevient-il à l'article 15 de la Charte, compte tenu des faits de l'affaire?

*Jugement*: il faudrait répondre aux deux questions par la négative.

Le requérant pouvait invoquer les droits prévus à l'article 7 et avait droit à l'application des principes de justice fondamentale lorsqu'il s'agissait de déterminer s'il était un réfugié au sens de la Convention. Cependant, l'exigence selon laquelle une question devait être certifiée ne violait pas les principes de justice fondamentale, dans le contexte de l'immigration.

Le fait qu'une question de portée générale devait être certifiée dans le jugement n'empêchait pas le requérant de savoir ce qu'il devait prouver. Au moment où le jugement a été rendu, le requérant connaissait les questions graves de portée générale qui se posaient. Pour qu'elle soit certifiée, la question doit se poser dans le contexte des procédures engagées devant la Cour; elle ne doit pas uniquement être fondée sur une question de fait, mais elle doit soulever un point de droit; et elle doit soulever des questions de droit de portée générale qui n'ont pas déjà été tranchées dans des décisions de la Cour fédérale. Compte tenu de la *Loi sur l'immigration* et de la jurisprudence, le requérant savait ce qu'il devait prouver devant le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement et à l'égard de sa demande de contrôle judiciaire; il connaissait les faits de l'affaire; il connaissait les arguments juridiques sur lesquels il s'était fondé et il connaissait les critères juridiques pertinents que la Cour avait énoncés en interprétant la *Loi sur l'immigration*. Le requérant devait donc savoir si l'affaire pouvait soulever une question grave de portée générale.

L'article 83 nie le droit d'en appeler du refus du juge de la Section de première instance de certifier une question, mais cela ne constitue pas une violation des principes de justice fondamentale. La restriction du pouvoir qu'ont les clauses privatives d'empêcher le contrôle judiciaire s'applique aux tribunaux et autres organismes administratifs. Elle ne s'applique pas aux cours supérieures. La Section de première instance de la Cour fédérale est une cour supérieure et son interprétation de la Charte n'est pas assujettie à un contrôle à moins que la loi que le juge de la Section de première instance interprète ne comprenne une disposition prévoyant un contrôle ou un appel. Aucune disposition de la *Loi sur l'immigration* ne prévoyait un appel. Le fait qu'il n'existait aucune disposition prévoyant un appel ne constituait pas une violation de la Charte.

Le fait qu'il incombait au juge dont la décision était contestée de certifier une question ne donnait pas lieu à une crainte raisonnable de partialité. Tous les juges de la Cour fédérale sont liés par le serment professionnel qu'ils prêtent, selon lequel ils doivent exercer fidèlement leurs fonctions judiciaires, et ce serment est suffisant pour rejeter toute idée selon laquelle les juges pourraient refuser de certifier une question de façon à protéger leurs décisions contre un appel. En outre, la question certifiée doit trancher l'affaire particulière, mais elle ne porte pas sur celle-ci. Indépendamment de l'issue de l'affaire, le juge de la Section de première instance doit déterminer

The applicant argued that to deny him the right to an appeal would mean that the amendment to the *Immigration Act* operated retrospectively and interfered with his vested right to an appeal. However, it was clear, from the language of section 114 of the amending Act, that it was the legislature's intent that the amendments should apply retrospectively. The presumption against the retrospective application of legislation was therefore rebutted. Nor did the applicant have a vested right to an appeal at the time the *Immigration Act* was amended: on that date, there was a possibility that he could have taken advantage of an appeal at some point in the future, but that opportunity was hardly defined, given that he had not even commenced an application for leave on that date.

None of the applicant's equality rights had been violated. A fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter and remain in the country. A difference in treatment between citizens and non-citizens with respect to the right to remain in Canada was not a violation of equality. In any event, a violation of applicant's equality rights had not been established.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 49, s. 114.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 6, 7, 15.  
*Criminal Appeal Act 1968* (U.K.), 1968, c. 19, s. 33(2).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 9, 16(4), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 337(2), 474 (as am. by SOR/79-57, s. 14).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 83 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 43.  
*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 28(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; (1991), 84 D.L.R. (4th) 161; 67 C.C.C. (3d) 193; 38 C.P.R. (3d) 451; 8 C.R. (4th) 145; 7 C.R.R. (2d) 36; 130 N.R. 1; 49 O.A.C. 161; *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;

s'il existe une question qui dépasse les intérêts des parties et englobe des questions de portée générale.

Le requérant a soutenu que lui refuser le droit d'appel voudrait dire que la modification apportée à la *Loi sur l'immigration* s'appliquait rétroactivement et portait atteinte à son droit acquis à un appel. Toutefois, il ressortait clairement du libellé de l'article 114 de la *Loi modificatrice* que le législateur voulait que les modifications s'appliquent rétroactivement. La présomption à l'encontre de l'application rétroactive de la loi était donc écartée. Le requérant n'avait pas non plus de droit acquis à un appel au moment où la *Loi sur l'immigration* a été modifiée: ce jour-là, il était possible qu'il fasse appel à un moment donné dans l'avenir, mais cette possibilité était à peine définie, puisqu'il n'avait même pas encore présenté de demande d'autorisation.

Aucun des droits à l'égalité reconnus au requérant n'avait été violé. Un principe fondamental du droit de l'immigration est que les non-citoyens n'ont pas le droit absolu d'entrer au pays et d'y demeurer. Un traitement différent pour les citoyens et pour les non-citoyens, en ce qui concerne le droit de demeurer au Canada, ne portait pas atteinte à l'égalité. Quoi qu'il en soit, le requérant n'avait pas prouvé que ses droits à l'égalité avaient été violés.

#### 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, 7, 15.  
*Criminal Appeal Act 1968* (U.K.), 1968, ch. 19, art. 33(2).  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 43.  
*Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1992, ch. 49, art. 114.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 9, 16(4), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 28(1).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 83 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 337(2), 474 (mod. par DORS/79-57, art. 14).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; (1991), 84 D.L.R. (4th) 161; 67 C.C.C. (3d) 193; 38 C.P.R. (3d) 451; 8 C.R. (4th) 145; 7 C.R.R. (2d) 36; 130 N.R. 1; 49 O.A.C. 161; *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; *Sel-*



*Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage*, [1994] F.C.J. No. 1637 (C.A.) (QL); *Popov v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 75 F.T.R. 93; 24 Imm. L.R. (2d) 242 (F.C.T.D.); *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; (1989), 49 C.C.C. (3d) 453; 70 C.R. (3d) 383; 41 C.R.R. 39; 96 N.R. 391; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Hodson v. Canada* (1987), 46 D.L.R. (4th) 342; 88 DTC 6001 (F.C.A.); *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413; 57 D.L.R. 648; [1921] 1 W.W.R. 1154; *Xu v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 79 F.T.R. 107 (F.C.T.D.); *Director of Public Works v. Ho Po Sang*, [1961] 2 All E.R. 721 (P.C.); *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; (1990), 73 D.L.R. (4th) 686; 43 C.P.C. (2d) 165; 112 N.R. 362; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; [1989] 6 W.W.R. 351; (1989), 61 Man. R. (2d) 270.

## DISTINGUISHED:

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; (1990), 77 D.L.R. (4th) 94; [1991] 1 W.W.R. 643; 52 B.C.L.R. (2d) 68; 91 CLLC 17,002; 118 N.R. 340; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 50 Admin. L.R. 1; 36 C.C.E.L. 117; 91 CLLC 14,023; 4 C.R.R. (2d) 12; 126 N.R. 1.

## REFERRED TO:

*Boateng et al. v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 65 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Larue v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 484 (T.D.) (QL); *Baldizon-Ortegaray v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 64 F.T.R. 190; 20 Imm. L.R. (2d) 307 (F.C.T.D.); *Bhuiyan v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 77 F.T.R. 286 (F.C.T.D.); *Huynh v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 65 F.T.R. 11; 21 Imm. L.R. (2d) 18 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed., Toronto: Butterworths, 1994.

*varajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] F.C.J. No. 1637 (C.A.) (QL); *Popov c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 75 F.T.R. 93; 24 Imm. L.R. (2d) 242 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; (1989), 49 C.C.C. (3d) 453; 70 C.R. (3d) 383; 41 C.R.R. 39; 96 N.R. 391; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Hodson c. Canada* (1987), 46 D.L.R. (4th) 342; 88 DTC 6001 (C.A.F.); *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413; 57 D.L.R. 648; [1921] 1 W.W.R. 1154; *Xu c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 79 F.T.R. 107 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Director of Public Works v. Ho Po Sang*, [1961] 2 All E.R. 721 (P.C.); *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; (1990), 73 D.L.R. (4th) 686; 43 C.P.C. (2d) 165; 112 N.R. 362; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; [1989] 6 W.W.R. 351; (1989), 61 Man. R. (2d) 270.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; (1990), 77 D.L.R. (4th) 94; [1991] 1 W.W.R. 643; 52 B.C.L.R. (2d) 68; 91 CLLC 17,002; 118 N.R. 340; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 50 Admin. L.R. 1; 36 C.C.E.L. 117; 91 CLLC 14,023; 4 C.R.R. (2d) 12; 126 N.R. 1.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Boateng et autre c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 65 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Larue c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 484 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Baldizon-Ortegaray c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 64 F.T.R. 190; 20 Imm. L.R. (2d) 307 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bhuiyan c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 77 F.T.R. 286 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Huynh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 65 F.T.R. 11; 21 Imm. L.R. (2d) 18 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed., Toronto: Butterworths, 1994.

Therrien, Daniel. "The Current System", in Law Society of Upper Canada. Department of Continuing Legal Education. *Understanding the New Immigration Act: How Bill C-86 Rewrites the Law*. Law Society of Upper Canada, January 15, 1993.

MOTION pursuant to Rule 474 for preliminary determination of the following questions of law: (1) Does section 83 of the *Immigration Act* contravene section 7 of the Charter on the facts of this case? (2) Does section 83 contravene Charter section 15 on the facts of this case? The answer to each was negative.

COUNSEL:

*David Matas* for applicant.  
*Gerald L. Chartier* for respondent.

SOLICITORS:

*David Matas*, Winnipeg, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

CULLEN J.: This is a motion on behalf of the applicant pursuant to Rule 474 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/79-57, s. 14)] for preliminary determination of questions of law. Rothstein J. ordered that the following questions be determined:

(1) Does section 83 of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73)] contravene section 7 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]] on the facts of this case?

(2) Does section 83 of the *Immigration Act* contravene section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the facts of this case?

FACTS

The parties were required to file an agreed statement of facts.

Therrien, Daniel. «The Current System», in Law Society of Upper Canada. Department of Continuing Legal Education. *Understanding the New Immigration Act: How Bill C-86 Rewrites the Law*. Law Society of Upper Canada, January 15, 1993.

REQUÊTE présentée conformément à la Règle 474 en vue d'une décision préliminaire sur les points de droit ci-après énoncés: (1) L'article 83 de la *Loi sur l'immigration* contrevient-il à l'article 7 de la Charte, compte tenu des faits de l'affaire? (2) L'article 83 contrevient-il à l'article 15 de la Charte, compte tenu des faits de l'affaire? On a répondu aux deux questions par la négative.

AVOCATS:

*David Matas* pour le requérant.  
*Gerald L. Chartier* pour l'intimée.

PROCUREURS:

*David Matas*, Winnipeg, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'intimée.

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

LE JUGE CULLEN: Il s'agit d'une requête qui a été présentée pour le compte du requérant, conformément à la Règle 474 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/79-57, art. 14)], en vue d'une décision préliminaire sur des points de droit. Le juge Rothstein a ordonné qu'il soit statué sur les questions ci-après énoncées:

(1) L'article 83 de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73)] contrevient-il à l'article 7 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]] compte tenu des faits de l'affaire?

(2) L'article 83 de la *Loi sur l'immigration* contrevient-il à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, compte tenu des faits de l'affaire?

LES FAITS

Les parties devaient déposer un exposé conjoint des faits.

The applicant is a citizen of Vietnam and a resident of Winnipeg, Manitoba. The brother of the applicant, Phuong Hue Huynh, sponsored his parents and Cam Hoa Huynh, the applicant, to come to Canada as landed immigrants. A Canadian visa office issued the applicant a visa on June 13, 1991 to come to Canada as a member of the family class. The applicant arrived in Vancouver on October 8, 1991. A senior immigration officer refused the applicant landing on the ground that he was not a family class immigrant since he was a dependent of the principal applicant, his father. An immigration officer reported the applicant to appear at an inquiry on October 18, 1991 on the ground that, at the time of the examination, the applicant did not meet the statutory requirements.

At an inquiry held on March 11 and May 25, 1992, the applicant made a claim for refugee status. A credible basis panel found the applicant did not have a credible basis for his claim. The Adjudicator ordered the applicant excluded. The applicant appealed the exclusion order to the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board. This appeal is currently pending.

The applicant also sought judicial review of the decision of the credible basis panel by way of an application for extension of time and an application for leave. On February 11, 1993, Reed J. granted the extension of time and granted leave. The matter was set down for judicial review on April 27, 1993.

The application for judicial review was subsequently adjourned and came on for hearing on May 25, 1993 before Rothstein J. After hearing argument, Rothstein J. reserved judgment. The Court rendered judgment on June 24, 1993 [(1993), 65 F.T.R. 11] and the application for judicial review was dismissed. The Court declined to certify questions which had been submitted by counsel for the applicant.

Subsection 83(1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended, came into force on February 1, 1993. Prior to that date, a person whose application for judicial review was dismissed by the Fed-

Le requérant, Cam Hoa Huynh, est un citoyen vietnamien; il habite Winnipeg (Manitoba). Phuong Hue Huynh a parrainé ses parents et son frère, le requérant, pour qu'ils entrent au Canada à titre d'immigrants ayant reçu le droit d'établissement. Le 13 juin 1991, un bureau canadien des visas a délivré un visa au requérant pour qu'il entre au Canada à titre de parent. Le requérant est arrivé à Vancouver le 8 octobre 1991. Un agent principal a refusé d'accorder au requérant le droit d'établissement pour le motif qu'il n'était pas un parent, puisqu'il était à la charge du requérant principal, à savoir son père. Un agent d'immigration a demandé au requérant de se présenter à une enquête, le 18 octobre 1991, étant donné que, au moment de l'interrogatoire, celui-ci ne satisfaisait pas aux exigences légales.

Lors d'une enquête qui a eu lieu le 11 mars et le 25 mai 1992, le requérant a revendiqué le statut de réfugié. Un tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement a conclu que la revendication du requérant n'avait pas de minimum de fondement. L'arbitre a pris une mesure d'exclusion contre le requérant. Le requérant a interjeté appel de la mesure d'exclusion devant la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Cet appel est en instance.

Le requérant a également sollicité au moyen d'une demande de prorogation de délai et d'une demande d'autorisation, le contrôle judiciaire de la décision que le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement avait rendue. Le 11 février 1993, le juge Reed a prorogé le délai et accordé l'autorisation. L'audience relative au contrôle judiciaire devait avoir lieu le 27 avril 1993.

La demande de contrôle judiciaire a subséquentement été ajournée; elle a été entendue par le juge Rothstein le 25 mai 1993. Après avoir entendu les plaidoiries, le juge Rothstein a mis l'affaire en délibéré. La Cour a rendu jugement le 24 juin 1993 [(1993), 65 F.T.R. 11] et la demande de contrôle judiciaire a été rejetée. La Cour a refusé de certifier les questions que l'avocat du requérant avait soumises.

Le paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, dans sa forme modifiée, est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1993. Auparavant, la personne dont la demande de contrôle judiciaire avait

eral Court Trial Division could appeal to the Federal Court of Appeal as of right. On July 20, 1993, counsel for the applicant filed a notice of appeal from the decision of Rothstein J. on June 24, 1993. On July 23, 1993, the Chief Justice of the Federal Court directed that the notice of appeal could not be accepted for filing. The direction stated that it was left to counsel for the applicant to pursue the appropriate remedies.

#### LEGISLATIVE HISTORY AND STATUTORY PROVISIONS

Three principal changes to the *Immigration Act* came into effect on February 1, 1993.<sup>1</sup> First, there was a transfer of original jurisdiction for the judicial review of decisions of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board (the Board) from the Federal Court of Appeal to the Trial Division. Second, there were a number of procedural amendments designed to ensure that applications were determined without delay. Third, there was a limit placed on the right to appeal from the Trial Division to the Federal Court of Appeal to cases where the Trial Division judge certified that a serious question of general importance was involved. It is the limitation of appeals which is at issue in the case at bar.

For clarity, I will set out the impugned provision of the *Immigration Act*:

83. (1) A judgment of the Federal Court—Trial Division on an application for judicial review with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be appealed to the Federal Court of Appeal only if the Federal Court—Trial Division has at the time of rendering judgment certified that a serious question of general importance is involved and has stated that question.

In addition, subsection 83(4) provides:

(4) For greater certainty, a refusal of the Federal Court—Trial Division to certify that a serious question of general importance is involved in any matter is not subject to appeal.

<sup>1</sup> The changes were brought about by *An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 49.

été rejetée par la Section de première instance de la Cour fédérale pouvait interjeter appel devant la Cour d'appel fédérale, et ce, de plein droit. Le 20 juillet 1993, l'avocat du requérant a déposé un avis d'appel de la décision que le juge Rothstein avait rendue le 24 juin 1993. Le 23 juillet 1993, le juge en chef de la Cour fédérale a statué que l'avis d'appel ne pouvait pas être accepté aux fins du dépôt. La directive disait qu'il incombait à l'avocat du requérant d'exercer les recours appropriés.

#### HISTORIQUE LÉGISLATIF ET DISPOSITIONS LÉGALES

Trois modifications importantes apportées à la *Loi sur l'immigration* sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1993<sup>1</sup>. Premièrement, la compétence exclusive, aux fins du contrôle judiciaire des décisions rendues par la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission), était transférée de la Cour d'appel fédérale à la Section de première instance. Deuxièmement, un certain nombre de modifications procédurales visaient à assurer que les demandes soient jugées sans délai. Troisièmement, le droit d'en appeler de la Section de première instance à la Cour d'appel fédérale était limité aux cas dans lesquels le juge de la Section de première instance avait certifié que l'affaire soulevait une question grave de portée générale. Le litige porte sur la restriction du droit d'appel.

Pour plus de clarté, je citerai la disposition contestée de la *Loi sur l'immigration*:

83. (1) Le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale rendu sur une demande de contrôle judiciaire relative à une décision ou ordonnance rendue, une mesure prise ou toute question soulevée dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application—règlements ou règles—ne peut être porté en appel devant la Cour d'appel fédérale que si la Section de première instance certifie dans son jugement que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

De plus, le paragraphe 83(4) prévoit ceci:

(4) Il est entendu que le refus par la Section de première instance de certifier dans son jugement qu'une affaire soulève une question grave de portée générale et d'énoncer celle-ci ne constitue pas un jugement susceptible d'appel.

<sup>1</sup> Les modifications ont été effectuées au moyen de la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1992, ch. 49.

APPLICANT'S POSITION

The arguments of the applicant will be discussed in greater detail in the analysis section of this memorandum. However, I will briefly summarize the applicant's submissions.

The applicant argues that subsection 83(1) of the *Immigration Act* infringes section 7 of the Charter. The applicant is a person who has a right to life, liberty, and security of the person; he is included in the category of "everyone." The requirement to certify a question amounts to a deprivation of his life, liberty, or security of the person and the deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice. The principles of fundamental justice are violated in four ways. First, since certification of a question must occur at the time of rendering judgment, the applicant is prevented from knowing the case that he must meet. The question to be certified may only become clear from reading the reasons for judgment. Second, the certification requirement acts as an improper privative clause since the Trial Division judge can insulate his or her decisions from review on any ground. Third, since the judge who disposes of the judicial review also decides whether a question should be certified, the judge is essentially adjudicating the appeal from his or her own decision. This raises a reasonable apprehension of bias. Fourth, the certification requirement applies retroactively and repeals the applicant's vested right of appeal.

In oral argument, the applicant raised a fifth issue: even if there is no constitutional right to an appeal, where the legislation provides for an appeal, the procedures with which one must comply must conform to the Charter.

The applicant also submits that the certification requirement is a violation of his rights under section 15 of the Charter. His equality rights are violated in that the law draws a distinction between the applicant and others based on personal characteristics. The distinction based on personal characteristics falls within the enumerated or analogous grounds of the section 15. The distinction amounts to discrimination.

POSITION DU REQUÉRANT

Les arguments du requérant seront examinés plus à fond sous la rubrique Analyse. Toutefois, je les résumerai brièvement.

Le requérant soutient que le paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration* viole l'article 7 de la Charte. Le requérant a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; le mot «chacun» s'applique à lui. L'exigence selon laquelle une question doit être certifiée équivaut à une atteinte à son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne, ce qui n'est pas en conformité avec les principes de justice fondamentale. Les principes de justice fondamentale sont violés de quatre façons. Premièrement, étant donné que la question doit être certifiée dans le jugement, le requérant ne peut pas savoir ce qu'il doit prouver. Il se peut que la question à certifier ne devienne claire qu'à la lecture des motifs du jugement. Deuxièmement, l'exigence relative à la certification constitue une clause privative irrégulière puisque le juge de la Section de première instance peut protéger sa décision contre un contrôle, et ce, pour n'importe quel motif. Troisièmement, étant donné que le juge qui se prononce sur le contrôle judiciaire décide également si une question doit être certifiée, il statue essentiellement sur l'appel de sa propre décision. Cela donne lieu à une crainte raisonnable de partialité. Quatrièmement, l'exigence relative à la certification s'applique rétroactivement et abolit le droit d'appel que le requérant a acquis.

Au cours de la plaidoirie, le requérant a soulevé une cinquième question: même s'il n'existe aucun droit constitutionnel d'appel, si la loi prévoit un appel, la procédure à suivre doit être conforme à la Charte.

Le requérant soutient également que l'exigence relative à la certification constitue une violation des droits qui lui sont reconnus par l'article 15 de la Charte. Ses droits à l'égalité sont violés en ce sens que la loi établit, entre le requérant et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. La distinction fondée sur des caractéristiques personnelles est visée par les motifs énumérés à l'article 15 ou par des motifs analogues. Elle équivaut à de la discrimination.

RESPONDENT'S POSITION

As with the applicant's submissions, the arguments of the respondent will be discussed in greater detail in the analysis section of these reasons, I am providing a brief summary of the respondent's submissions. <sup>a</sup>

As a preliminary matter, the respondent submits that any discussion of infringement must be considered in light of the fact that aliens do not enjoy the same rights and protection as citizens and permanent residents of Canada. At common law, aliens had no rights and it is only through statute that limited rights are conferred upon the applicant. <sup>b</sup>

The respondent submits that the requirement to certify a question does not violate the principles of fundamental justice. It is settled law that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not mandate a right of appeal. Moreover, section 7 of the Charter does not entitle the applicant to the most favourable procedures imaginable. Finally, the claim to vested appeal rights has already been determined to be invalid by the Trial Division in a very similar fact situation. <sup>c</sup>

With respect to section 15 of the Charter, the respondent submits that the applicant has failed to demonstrate that his equality rights have been violated. Furthermore, the equality rights of a non-citizen cannot rightfully be compared to the equality rights of a citizen. <sup>d</sup>

The respondent has not put forward arguments with respect to section 1 of the Charter.

ANALYSIS: SECTION 7 OF THE CHARTER

Section 7 of the Charter states:

7. Everyone has a right to life, liberty, and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice. <sup>e</sup>

The Supreme Court of Canada in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, directs that the question before this Court should be approached in three stages. First, it is necessary to determine whether refugee claimants physically present in Canada are entitled to the pro- <sup>f</sup>

POSITION DE L'INTIMÉE

Comme c'est le cas pour les arguments du requérant, les arguments de l'intimée seront examinés plus à fond sous la rubrique Analyse, mais je les résumerai brièvement ici. <sup>a</sup>

En premier lieu, l'intimée soutient que tout examen de la question de la violation doit être fondé sur le fait que les étrangers ne bénéficient pas des mêmes droits et de la même protection que les citoyens canadiens et les personnes qui ont une résidence permanente au Canada. En common law, les étrangers n'avaient pas de droits et ce n'est qu'au moyen d'une loi que des droits restreints sont conférés au requérant. <sup>b</sup>

L'intimée soutient que l'exigence relative à la certification ne viole pas les principes de justice fondamentale. Il est de droit constant que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne prévoit pas de droit d'appel. En outre, l'article 7 de la Charte ne permet pas au requérant de se prévaloir des procédures les plus favorables qui soient. Enfin, la revendication d'un droit d'appel acquis a déjà été jugée invalide par la Section de première instance dans une situation fort similaire. <sup>c</sup>

En ce qui concerne l'article 15 de la Charte, l'intimée soutient que le requérant n'a pas démontré que ses droits à l'égalité avaient été violés. En outre, les droits à l'égalité d'un non-citoyen ne peuvent pas légitimement être comparés à ceux d'un citoyen. <sup>d</sup>

L'intimée n'a pas avancé d'argument à l'égard de l'article premier de la Charte.

ANALYSE: ARTICLE 7 DE LA CHARTE

L'article 7 de la Charte dit ceci:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. <sup>e</sup>

Selon la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, la Cour doit procéder en trois étapes pour trancher la question qui se pose en l'espèce. Premièrement, il faut déterminer si les demandeurs de statut qui se <sup>f</sup>

tection of section 7 of the Charter. Second, the Court must consider whether the impugned legislative provisions, in this case the requirement to certify a question to enable appeal to the Court of Appeal, deny a refugee claimant's rights under section 7. Third, it must be decided whether the limitations imposed on the applicant's rights are justified within the meaning of section 1 of the Charter.

In *Singh, supra*, at page 202, Wilson J. stated that "everyone" includes "every human being who is physically present in Canada and by virtue of such presence amenable to Canadian law." In *Singh, supra*, the refugee claimants could avail themselves of the protection of section 7. In the case at bar, it is clear that the applicant could also claim that he is entitled to section 7 rights.

Since the decision in *Singh, supra*, it is undisputed that refugee claimants are entitled to fundamental justice in the determination of whether they are Convention refugees. As stated by Wilson J., at pages 208 and 212:

It must be recognized that the appellants are not at this stage entitled to assert rights as Convention refugees; their claim is that they are entitled to fundamental justice in the determination of whether they are Convention refugees or not.

In summary, I am of the view that the rights which the appellants are seeking to assert are ones which entitle them to the protection of s. 7 of the *Charter*.

Next, this Court must determine whether the principles of fundamental justice are denied by the procedures set out in the impugned section of the *Immigration Act*. In *Singh, supra*, Wilson J. stated, at pages 212-213:

All counsel were agreed that at a minimum the concept of "fundamental justice" as it appears in s. 7 of the *Charter* includes the notion of procedural fairness articulated by Fauteux C.J. in *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917. At page 923 he said:

Under s. 2(e) of the *Bill of Rights* no law of Canada shall be construed or applied so as to deprive him of "a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice". Without attempting to formulate any final definition of those words, I would take them to mean, generally, that the tribu-

trouvent au Canada ont droit à la protection de l'article 7 de la Charte. Deuxièmement, la Cour doit se demander si les dispositions législatives contestées, soit en l'espèce l'exigence selon laquelle une question doit être certifiée pour qu'un appel puisse être formé devant la Cour d'appel, nient les droits conférés au demandeur de statut par l'article 7. Troisièmement, il faut décider si les restrictions imposées à l'égard des droits du requérant sont justifiées au sens de l'article premier de la Charte.

Dans l'arrêt *Singh*, précité, à la page 202, le juge Wilson a dit que le mot «chacun» englobe «tout être humain qui se trouve au Canada et qui, de ce fait, est assujéti à la loi canadienne». Dans l'arrêt *Singh*, précité, les demandeurs de statut pouvaient se réclamer de la protection de l'article 7. En l'espèce, il est clair que le requérant pourrait également invoquer les droits prévus à l'article 7.

Depuis la décision rendue dans l'affaire *Singh*, précitée, il n'est pas contesté que les demandeurs de statut ont droit à l'application des principes de justice fondamentale lorsqu'il s'agit de déterminer s'ils sont des réfugiés au sens de la Convention. Comme le juge Wilson l'a dit, aux pages 208 et 212:

On doit reconnaître qu'à ce stade les appelants ne peuvent pas invoquer des droits de réfugié au sens de la Convention; ils prétendent avoir droit à l'application des principes de justice fondamentale lorsqu'il s'agit de reconnaître s'ils sont des réfugiés au sens de la Convention.

En résumé, je suis d'avis que les droits que cherchent à faire valoir les appelants leur permettent de bénéficier de la protection de l'art. 7 de la *Charte*.

La Cour doit ensuite déterminer si la procédure énoncée dans la disposition contestée de la *Loi sur l'immigration* porte atteinte aux principes de justice fondamentale. Dans l'arrêt *Singh*, précité, le juge Wilson a dit ceci, aux pages 212 et 213:

Tous les avocats s'entendent pour dire que la notion de «justice fondamentale» qui figure à l'art. 7 de la *Charte* englobe au moins la notion d'équité en matière de procédure énoncée par le juge en chef Fauteux dans l'arrêt *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917. Celui-ci affirme, à la page 923:

En vertu de l'art. 2(e) de la *Déclaration des droits*, aucune loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer de manière à le priver d'une «audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale». Sans entreprendre de formuler une définition finale de ces mots, je les interprète

nal which adjudicates upon his rights must act fairly, in good faith, without bias and in a judicial temper, and must give to him the opportunity adequately to state his case.

Do the procedures set out in the Act for the adjudication of refugee status claims meet this test of procedural fairness? Do they provide an adequate opportunity for a refugee claimant to state his case and know the case he has to meet? This seems to be the question we have to answer . . . .

However, the requirements of fundamental justice will vary with the nature of the decision being made. In *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at page 226, Cory J. stated:

It is now clear that the *Charter* is to be interpreted in light of the context in which the claim arises. Context is relevant both with respect to the delineation of the meaning and scope of *Charter* rights, as well as to the determination of the balance to be struck between individual rights and the interests of society.

In the immigration context, this point was echoed in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711. Sopinka J., at page 733, concluded:

Thus in determining the scope of principles of fundamental justice as they apply to this case, the Court must look to the principles and policies underlying immigration law. The most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in the country.

The central matter at issue at the case at bar is whether the certification of a question violates the principles of fundamental justice in the immigration context. As a preliminary matter, I agree with the applicant that, if the legislation provides for an appeal, the appeal process with which one must comply must conform with the *Charter*. Accordingly, in the case at bar, I will consider whether the process or requirements imposed by subsection 83(1) of the *Immigration Act* violate section 7 the *Charter*. The applicant submits that the requirement that the Trial Division judge certify a question to allow an appeal breaches fundamental justice in four ways.

comme signifiant, dans l'ensemble, que le tribunal appelé à se prononcer sur ses droits doit agir équitablement, de bonne foi, sans préjugé et avec sérénité, et qu'il doit donner à l'accusé l'occasion d'exposer adéquatement sa cause.

La procédure d'arbitrage des revendications du statut de réfugié énoncée dans la Loi satisfait-elle à ce critère d'équité en matière de procédure? Offre-t-elle à la personne qui revendique le statut de réfugié une possibilité suffisante d'exposer sa cause et de savoir ce qu'elle doit prouver? Il semble que ce soit là la question à laquelle nous devons répondre . . .

Toutefois, les exigences relatives à l'application des principes de justice fondamentale varient selon la nature de la décision qui est rendue. Dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la page 226, le juge Cory a dit ceci:

Il est désormais clair que la *Charte* doit être interprétée en fonction du contexte dans lequel une revendication prend naissance. Le contexte est important à la fois pour délimiter la signification et la portée des droits garantis par la *Charte* et pour déterminer l'équilibre qu'il faut établir entre les droits individuels et les intérêts de la société.

Dans le contexte de l'immigration, ce point a été réitéré dans l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711. À la page 733, voici ce que le juge Sopinka a conclu:

Donc, pour déterminer la portée des principes de justice fondamentale en tant qu'ils s'appliquent en l'espèce, la Cour doit tenir compte des principes et des politiques qui sous-tendent le droit de l'immigration. Or, le principe le plus fondamental du droit de l'immigration veut que les non-citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer au pays ou d'y demeurer.

En l'espèce, il s'agit essentiellement de savoir si la certification d'une question viole les principes de justice fondamentale dans le contexte de l'immigration. De prime abord, je souscris à l'avis du requérant que, si la loi prévoit un appel, la procédure à suivre doit être conforme à la *Charte*. Par conséquent, en l'espèce, je me demanderai si la procédure ou les exigences imposées par le paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration* violent l'article 7 de la *Charte*. Le requérant soutient que l'exigence assujettissant le droit d'appel à la certification d'une question par le juge de la Section de première instance enfreint les principes de justice fondamentale, et ce, pour quatre raisons.



(1) Section 83 of the *Immigration Act* Violates the Right to Know the Case to be Met:

The applicant submits that because the question must be certified "at the time of judgment," it becomes impossible for the parties to make representations on the question to be certified after having seen the judgment. The determination of whether a question should be certified may only become apparent after the reasons for the judgment are rendered. The applicant submits that, at the time of submitting a question to be certified, he does not know the case to be met. This is a breach of the *audi alteram partem* rule and a violation of a principle of fundamental justice.

It is trite law to say that persons affected by a matter should be given an opportunity to present their case. In *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.), at page 19, Lord Denning stated:

The fundamental rule is that, if a person may be subjected to pains or penalties, or be exposed to prosecution or proceedings, or deprived of remedies or redress, or in some such way adversely affected by the investigation and report, then he should be told the case made against him and be afforded a fair opportunity of answering it.

In simple terms, there is said to be a duty on all decision-makers to comply with the rules of natural justice and allow a party a right to be heard. Likewise, the right to be heard also involves a duty to provide the parties with information about the arguments and evidence presented such that their participation in the decision-making process will be meaningful.

Does the requirement to certify a question of general importance at the time of rendering judgment deprive the applicant of the knowledge of the case he must meet? I do not think that it does. At the time of rendering judgment, the applicant knew what serious questions of general importance were involved.

Although the courtroom procedure that individual Trial Division judges employ in deciding whether to certify a question may not be uniform, there are general standards that have been articulated regarding what sorts of questions should be certified. In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v.*

(1) L'article 83 de la *Loi sur l'immigration* viole le droit de savoir ce qu'on doit prouver:

Le requérant soutient qu'étant donné que la question doit être certifiée «dans [le] jugement», il devient impossible pour les parties de présenter des observations sur la question à certifier après avoir pris connaissance du jugement. Il se peut que la détermination de la question de savoir si une question doit être certifiée ne devienne évidente qu'après le prononcé des motifs du jugement. Le requérant soutient que, au moment où la question à certifier est soumise, il ne sait pas ce qu'il doit prouver. Cela constitue une violation de la règle *audi alteram partem* ainsi que d'un principe de justice fondamentale.

Il est de droit constant que les personnes concernées devraient avoir la possibilité d'exposer leur cause. Dans l'arrêt *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.), à la page 19, lord Denning a dit ceci:

[TRADUCTION] La règle fondamentale est que dès qu'on peut infliger des peines ou des sanctions à une personne ou qu'on peut la poursuivre ou la priver de recours ou de redressement ou lui faire subir de toute autre manière un préjudice en raison de l'enquête et du rapport, il faut l'informer de la nature des allégations formulées contre elle et lui donner une possibilité raisonnable d'y répondre.

Bref, on dit que tous les preneurs de décisions sont tenus d'observer les règles de la justice naturelle et d'accorder à une partie le droit d'être entendue. De même, le droit d'être entendu implique également l'obligation de fournir aux parties des renseignements au sujet des arguments et de la preuve qui sont présentés, de façon qu'elles puissent vraiment participer aux prises de décisions.

L'exigence selon laquelle une question de portée générale doit être certifiée dans le jugement empêche-t-elle le requérant de savoir ce qu'il doit prouver? Je ne le crois pas. Au moment où le jugement a été rendu, le requérant connaissait les questions graves de portée générale qui se posaient.

La procédure que suivent les juges individuels de la Section de première instance dans la salle d'audience, lorsqu'ils décident s'ils doivent certifier une question, n'est peut-être pas uniforme, mais des normes générales ont été énoncées au sujet du genre de questions qui doivent être certifiées. Récemment,

*Liyanagamage* [[1994] F.C.J. No. 1637 (QL)], a very recent decision of the Court of Appeal, Décary J.A. specified the nature of questions to be certified:

In order to be certified pursuant to subsection 83(1), a question must be one which, in the opinion of the motions judge, transcends the interests of the immediate parties to the litigation and contemplates issues of broad significance or general application (see the useful analysis of the concept of "importance" by Catzman J. in *Rankin v. McLeod, Young, Weir Ltd. et al.* (1986), 57 O.R. (2d) 569 (Ont. H.C.)) but it must also be one that is determinative of the appeal. The certification process contemplated by section 83 of the *Immigration Act* is neither to be equated with the reference process established by section 18.3 of the *Federal Court Act*, nor is it to be used as a tool to obtain from the Court of Appeal declaratory judgments on fine questions which need not be decided in order to dispose of a particular case.

A number of Trial Division decisions have also considered the nature of questions to be certified: *Boateng et al. v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 65 F.T.R. 81; *Larue v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [[1993] F.C.J. No. 484 (QL)]; *Baldizon-Ortegaray v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 64 F.T.R. 190; *Bhuiyan v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 77 F.T.R. 286.

In summary, it appears that for a question to be certified, the question must arise within the context of the proceedings before the Court; not be solely dependant on factual issue but raise a question of law; and raise issues of law of general importance that have not already been determined by decisions of the Federal Court. A certified question is not about the case at bar; it seeks to clarify an undecided legal point of general importance.

When judgment is rendered orally, the applicant clearly knows the case to be met. In *Popov v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 75 F.T.R. 93 (F.C.T.D.), Reed J. found [at page 95] that the phrase "at the time of rendering judgment" should be interpreted to mean only judgment recorded in written form pursuant to Rule 337(2) of the *Federal Court Rules*. When a Trial Division judge pronounces his or her order orally, the parties can still make submissions on a question to be certified.

dans l'arrêt de la Cour d'appel *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [[1994] F.C.J. No. 1637 (QL)], le juge Décary, J.C.A., a précisé la nature des questions à certifier:

<sup>a</sup> Lorsqu'il certifie une question sous le régime du paragraphe 83(1), le juge des requêtes doit être d'avis que cette question transcende les intérêts des parties au litige, qu'elle aborde des éléments ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale (voir l'excellente analyse de la notion d'«importance» qui est faite par le juge Catzman dans la décision *Rankin v. McLeod, Young, Weir Ltd. et al.* (1986), 57 O.R. (2d) 569 (H.C. de l'Ont.)) et qu'elle est aussi déterminante quant à l'issue de l'appel. Le processus de certification qui est visé à l'article 83 de la *Loi sur l'immigration* ne doit pas être assimilé au processus de renvoi prévu à l'article 18.3 de la *Loi sur la Cour fédérale* ni être utilisé comme un moyen d'obtenir, de la Cour d'appel, des jugements déclaratoires à l'égard de questions subtiles qu'il n'est pas nécessaire de trancher pour régler une affaire donnée.

<sup>d</sup> Dans un certain nombre de décisions, la Section de première instance a également examiné la nature des questions à certifier: *Boateng et autre c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 65 F.T.R. 81; *Larue c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [[1993] F.C.J. No. 484 (QL)]; *Baldizon-Ortegaray c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 64 F.T.R. 190; *Bhuiyan c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 77 F.T.R. 286.

<sup>f</sup> En résumé, il semble que, pour qu'elle soit certifiée, la question doit se poser dans le contexte des procédures engagées devant la Cour; elle ne doit pas être uniquement fondée sur une question de fait, mais elle doit soulever un point de droit; et elle doit soulever des questions de droit de portée générale qui n'ont pas déjà été tranchées par la Cour fédérale. Une question certifiée ne se rapporte pas à l'affaire qui est entendue; elle vise à clarifier un point de droit de portée générale qui n'a pas été réglé.

Lorsque le jugement est rendu oralement, le requérant sait clairement ce qu'il doit prouver. Dans l'arrêt *Popov c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 75 F.T.R. 93 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Reed a conclu [à la page 95] que l'expression «dans son jugement» devait être interprétée comme se rapportant uniquement au jugement consigné par écrit, conformément à la Règle 337(2) des *Règles de la Cour fédérale*. Lorsque le juge de la Section de première instance prononce son ordonnance oralement, les par-

However, even in instances where the trial judge reserves his or her decision and judgment is only rendered in written form subsequent to the hearing, as in the case at bar, the applicant still knows the case to be met. Prior to the judicial review hearing, the applicant's claim was considered by the credible basis panel. The *Immigration Act* sets out the criteria that the credible basis panel uses in arriving at its decision. The applicant knew the case to meet at this stage of the proceeding. In the application for leave and judicial review stage of his claim, the applicant knew the grounds upon which his matter could be considered. It is not alleged that the applicant did not know the case to be met at this stage. At the time of rendering judgment, the applicant knew the facts of his own case. He knew the legal arguments upon which he had relied. He knew of the relevant legal tests that this Court has articulated in interpreting the *Immigration Act*. Given that a certified question is not to be dependent upon the specific facts or disposition of his own case, the applicant must also have known whether there was a serious question of general importance that could arise from his case.

The applicant, at the time that judgment was rendered, knew what serious questions of general importance could arise. He knew the case to be met and was not denied fundamental justice in this sense.

(2) Section 83 of the *Immigration Act* Acts as a Privative Clause:

The applicant submits that the courts have refused to give effect to privative clauses where the decision by the Tribunal touches upon a constitutional question. Section 83 of the *Immigration Act*, by potentially insulating decisions of the Federal Court Trial Division which interpret the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* from review by the Federal Court of Appeal or the Supreme Court of Canada, is a violation of the Charter.

ties peuvent encore présenter des arguments au sujet d'une question à certifier.

Toutefois, même dans les cas où le juge de première instance met l'affaire en délibéré et où un jugement n'est rendu par écrit qu'après l'audience, comme en l'espèce, le requérant sait ce qu'il doit prouver. Avant l'audience relative au contrôle judiciaire, la revendication du requérant a été examinée par le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement. La *Loi sur l'immigration* énonce les critères que le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement utilise en arrivant à sa décision. À ce stade de la procédure, le requérant savait ce qu'il devait prouver. Au stade de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, le requérant connaissait les motifs pour lesquels l'affaire pouvait être examinée. Il n'est pas allégué que le requérant ne savait pas ce qu'il devait prouver à ce stade. Au moment où le jugement a été rendu, le requérant connaissait les faits de l'affaire. Il connaissait les arguments juridiques sur lesquels il s'était fondé. Il connaissait les critères juridiques pertinents que la Cour avait énoncés en interprétant la *Loi sur l'immigration*. Étant donné que la certification d'une question ne doit pas dépendre des faits précis ou du règlement de sa propre cause, le requérant devait également savoir si l'affaire pouvait soulever une question grave de portée générale.

Au moment où le jugement a été rendu, le requérant savait que des questions graves de portée générale pouvaient se poser. Il savait ce qu'il devait prouver et, cela étant, il n'a pas été privé de l'application des principes de justice fondamentale.

(2) L'article 83 de la *Loi sur l'immigration* constitue une clause privative:

Le requérant soutient que les tribunaux ont refusé d'appliquer des clauses privatives lorsque la décision rendue par le Tribunal portait sur une question constitutionnelle. En soustrayant possiblement au contrôle de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour suprême du Canada les décisions dans lesquelles la Section de première instance de la Cour fédérale interprète la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'article 83 de la *Loi sur l'immigration* viole la Charte.

Although I agree that a tribunal's decision on a jurisdictional or constitutional question cannot be insulated from judicial review, the applicant's argument, applied to the Federal Court, is seriously flawed.

Section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] confers the power of judicial review over most federal administrative boards, commissions, and tribunals to the Trial Division. It is well established that a privative clause, properly framed, could effectively oust judicial interpretation on questions of law and other questions not touching upon jurisdiction. However, no privative clause can inhibit review of a tribunal's decision by a superior court for jurisdictional error or constitutional interpretation. In *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412, at pages 441-442, Beetz J. stated:

Once a question is classified as one of jurisdiction, and has been the subject of a decision by an administrative tribunal, the superior court exercising the superintending and reforming power over that tribunal cannot, without itself refusing to exercise its own jurisdiction, refrain from ruling on the correctness of that decision, or rule on it by means of an approximate criterion.

This is why the superior courts which exercise the power of judicial review do not and may not use the rule of the patently unreasonable error once they have classified an error as jurisdictional.

Likewise, administrative tribunals can expect no curial deference when they make constitutional decisions: see *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22.

However, the limitations on the power of privative clauses to oust judicial review apply only to tribunals or other administrative bodies. The same limits do not apply to superior courts themselves. The Federal Court Trial Division is clearly a superior court and its interpretations of the Charter are not subject to

Je conviens que la décision qu'un tribunal rend sur une question juridictionnelle ou constitutionnelle ne peut pas être soustraite au contrôle judiciaire, mais l'argument du requérant, si on l'applique à la Cour fédérale, est gravement défectueux.

L'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4], confère à la Section de première instance un pouvoir de contrôle judiciaire sur la plupart des offices fédéraux. Il est bien établi qu'une clause privative, si elle est formulée de la façon appropriée, peut effectivement empêcher l'interprétation judiciaire de questions de droit et d'autres questions non juridictionnelles. Toutefois, aucune clause privative ne peut empêcher le contrôle de la décision d'un tribunal par une cour supérieure lorsqu'une erreur juridictionnelle a été commise ou en ce qui concerne une question d'interprétation constitutionnelle. Dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, aux pages 441 et 442, le juge Beetz a dit ceci:

Or une fois qu'une question est qualifiée de question de compétence et a fait l'objet d'une décision par un tribunal administratif, la cour supérieure chargée d'exercer le pouvoir de contrôle et de surveillance sur ce tribunal ne peut, sans refuser elle-même d'exercer sa propre compétence, s'abstenir de statuer sur l'exactitude de cette décision ou statuer sur elle au moyen d'un critère approximatif.

C'est pourquoi les cours supérieures qui exercent le pouvoir de révision judiciaire n'utilisent pas et ne peuvent utiliser le critère de l'erreur manifestement déraisonnable une fois qu'elles ont qualifié une erreur d'erreur juridictionnelle.

De même, les tribunaux administratifs ne peuvent s'attendre à aucune retenue judiciaire lorsqu'ils rendent des décisions constitutionnelles: voir *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.

Toutefois, la restriction du pouvoir qu'ont les clauses privatives d'empêcher le contrôle judiciaire s'applique uniquement aux tribunaux ou autres organismes administratifs. Ces restrictions ne s'appliquent pas aux cours supérieures elles-mêmes. Or, la Section de première instance de la Cour fédérale est claire-

review unless the legislation that the Trial Division judge is interpreting includes a review or appeal provision. The *Immigration Act* does not include an appeal provision. Moreover, the omission of an appeal provision is not a violation of the Charter. In *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, at page 1773, McIntyre J. stated:

The argument in support of this ground, simply put, is that the rights protected or guaranteed in the *Charter* are of such significance that an appeal should be available where relief under the *Charter* is denied at first instance. In short, what is asserted is that the *Charter* makes obligatory a right of appeal from any legal proceeding at first instance.

At common law there were no appeals. All appeals have been the creature of statute . . . . Therefore, if any such specific right exists it must be found in the *Charter*. The question facing the court then is: Does the *Charter*, because of the importance of the interests it protects, provide an appeal against a refusal of a *Wilson* application for review despite the fact that neither the *Criminal Code* nor any other legislative enactment so provides? . . .

I would say at the outset that in my view the *Charter* does not provide such an appeal.

I do not believe that the ouster of review of Trial Division decisions by the Court of Appeal or the Supreme Court of Canada is a violation of the principles of fundamental justice. The Trial Division is constitutionally qualified to render such decisions. Moreover, the absence of an appeal provision is not a violation of the *Charter per se*.

(3) Section 83 of the *Immigration Act* Raises a Reasonable Apprehension of Bias:

The applicant concedes that there is no constitutional right to an appeal. However, the applicant argues that there is a difference between no right to an appeal and appeal only with concurrence of the very judge whose judgment is the subject of the desired appeal. This, the applicant claims, creates a reasonable apprehension of bias. The power to certify a question arising from one's own judgment gives a Trial Division judge a power akin to sitting on an appeal from his own judgment since the Trial Divi-

ment une cour supérieure et son interprétation de la Charte n'est pas assujettie à un contrôle à moins que la loi que le juge de la Section de première instance interprète ne comprenne une disposition prévoyant un contrôle ou un appel. Aucune disposition de la *Loi sur l'immigration* ne prévoit un appel. De plus, le fait qu'il n'existe aucune disposition prévoyant un appel ne constitue pas une violation de la Charte. Dans l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, à la page 1773, le juge McIntyre a dit ceci:

L'argument à l'appui de ce moyen porte simplement que les droits protégés ou garantis par la *Charte* sont d'une importance telle qu'on devrait pouvoir interjeter appel lorsqu'une réparation prévue dans la *Charte* est refusée en première instance. En bref, on fait valoir que la *Charte* rend obligatoire un droit d'appel contre toute procédure judiciaire en première instance.

En *common law*, les appels n'existaient pas. Tous les appels sont une création de la loi écrite . . . . Donc, si ce droit précis existe, il doit se trouver dans la *Charte*. La Cour doit alors répondre à la question suivante: En raison de l'importance des droits qu'elle protège, la *Charte* donne-t-elle un droit d'appel contre le rejet d'une demande de révision de type *Wilson*, alors que ni le *Code criminel* ni aucune autre disposition législative n'en prévoient? . . .

Je dirais au départ qu'à mon avis la *Charte* ne prévoit pas ce genre d'appel.

Je ne crois pas que le fait d'empêcher le contrôle des décisions de la Section de première instance par la Cour d'appel ou par la Cour suprême du Canada constitue une violation des principes de justice fondamentale. La Section de première instance est constitutionnellement compétente pour rendre pareilles décisions. En outre, l'absence d'une disposition prévoyant un appel ne constitue pas en soi une violation de la Charte.

(3) L'article 83 de la *Loi sur l'immigration* donne lieu à une crainte raisonnable de partialité:

Le requérant admet qu'il n'existe aucun droit constitutionnel à un appel. Toutefois, il soutient qu'il y a une différence entre l'inexistence d'un droit d'appel et un appel qui n'est possible qu'avec l'assentiment du juge même dont le jugement fait l'objet de l'appel envisagé. Selon le requérant, cela donne lieu à une crainte raisonnable de partialité. Le pouvoir de certifier une question découlant d'un jugement que le juge de la Section de première instance a lui-même rendu s'apparente au pouvoir d'entendre en appel une

sion judge alone decides whether there will be an appeal.

The applicable test for determining whether a reasonable apprehension of bias exists in the circumstances of a particular case was set out in *Committee for Justice and Liberty et al v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 394. The test is:

... what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude. Would he think that it is more likely than not that [the Tribunal here] whether consciously or unconsciously, would not decide fairly?

It is not necessary to find actual bias. Rather, it is the perception that a decision could be biased which renders the decision a nullity.

Statute makes it clear that a judge cannot sit on appeal from a case that he or she decided at the first instance. The *Federal Court Act*, subsection 16(4), states that “[a] judge shall not sit on the hearing of an appeal from a judgment he has pronounced.” A similar provision is duplicated in the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, subsection 28(1) and in the empowering statutes for the provincial courts.

Does the fact that the Trial Division judge who renders judgment also decides whether there will be an appeal from his or her own decision meet the bias test? Would an informed person, viewing the matter realistically and practically, conclude that the Trial Division judge might not decide fairly whether to certify a question? I cannot agree with the applicant that the requirement to certify a question under subsection 83(1) of the *Immigration Act* raises a reasonable apprehension of bias.

The requirement to certify a question in order to make appeal possible is not without precedent in other common law jurisdictions.<sup>2</sup> In England, there is no criminal appeal to the House of Lords unless the Court of Appeal certifies that a “point of law of gen-

<sup>2</sup> Daniel Therrien, “The Current System” (Law Society of Upper Canada, Department of Continuing Legal Education, January 15, 1993 Seminar, *Understanding the New Immigration Act: How Bill C-86 Rewrites the Law*).

affaire qu’il a déjà jugée puisque lui seul décide s’il y aura un appel.

a Le critère qui s’applique lorsqu’il s’agit de déterminer s’il existe une crainte raisonnable de partialité dans les circonstances d’une affaire particulière a été énoncé dans l’arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l’énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394. Ce critère est ainsi formulé:

b ... à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance [le Tribunal, en l’espèce] consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?

c Il n’est pas nécessaire de conclure à l’existence d’une partialité réelle. C’est plutôt l’impression de partialité qui rend nulle la décision.

d La loi dit clairement que le juge ne peut pas entendre en appel une affaire qu’il a lui-même tranchée en première instance. Le paragraphe 16(4) de la *Loi sur la Cour fédérale* dit qu’«un juge ne peut entendre en appel une affaire qu’il a déjà jugée». Une disposition similaire figure dans la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, paragraphe 28(1), et dans les lois habilitantes s’appliquant aux cours provinciales.

f Le fait que le juge de la Section de première instance qui rend jugement décide également s’il y aura appel de sa propre décision satisfait-il au critère de la partialité ? Une personne bien renseignée, qui étudierait la question de façon réaliste et pratique, conclurait-elle que le juge de la Section de première instance ne rendrait peut-être pas une décision juste au sujet de la question de la certification? Je ne puis souscrire à l’avis du requérant, lorsqu’il dit que l’exigence énoncée au paragraphe 83(1) de la *Loi sur l’immigration* donne lieu à une crainte raisonnable de partialité.

i Le fait qu’une question doit être certifiée pour qu’il soit possible d’interjeter appel n’est pas sans précédent dans les autres ressorts de common law<sup>2</sup>. En Angleterre, il n’existe, au criminel, aucun appel devant la Chambre des lords à moins que la Cour

<sup>2</sup> Daniel Therrien, «The Current System» (Law Society of Upper Canada, Department of Continuing Legal Education, séminaire du 15 janvier 1993, *Understanding the New Immigration Act: How Bill C-86 Rewrites the Law*).

eral importance is involved:" see subsection 33(2) of the *Criminal Appeal Act 1968* [(U.K.), 1968, c. 19]. In the state of Florida, an appeal from a district court of appeal to the Supreme Court of the state is only possible if the district court certifies that the case involves a question of "great public importance" or that its decision is "in direct conflict with a decision of another district court of appeal:" Article V, section 3(b)(4) of the *Florida Constitution*.

As I see it, a reasonable apprehension of bias is absent from the certification requirement for two reasons. First, section 9 of the *Federal Court Act* requires that every judge take an oath of office:

9. (1) Every judge shall, before entering on the duties of the office of judge, take an oath that he will duly and faithfully, and to the best of his skill and knowledge, execute the powers and trusts reposed in him as a judge of the Court.

A judge of this Court is bound by the oath. He or she may not like to see decisions overturned on appeal, but any personal disappointment is overcome by the solemn pledge to execute judicial duties faithfully. The question of bias was discussed by the Federal Court of Appeal in *Hodson v. Canada* (1987), 46 D.L.R. (4th) 342 (F.C.A.). The Court of Appeal strongly condemned the allegation that judges who have formerly worked for the Government are biased in favour of the Government. All judges are bound by section 9 of the *Federal Court Act* and, in my view, this oath is sufficient to dispel any notion that a judge would simply refuse to certify a question because he or she wished to insulate his or her judgment from appeal.

Second, a reasonable apprehension of bias does not arise because of the nature of the question to be certified. Although a certified question must dispose of the particular case, it is not about the case at bar. The question must seek to clarify an undecided legal point of general importance. The certification requirement is, in a sense, divorced from the disposition of the case. Regardless of the actual outcome, the Trial Division judge must determine if there is a question which transcends the interests of the immediate par-

d'appel ne certifie qu'un [TRADUCTION] «point de droit de portée générale est soulevé»: voir le paragraphe 33(2) de la *Criminal Appeal Act 1968* [(R.-U.), 1968, ch. 19]. En Floride, un appel contre une décision d'une cour d'appel de district devant la cour suprême de l'État ne peut être interjeté que si la cour de district certifie que l'affaire soulève une question d'une [TRADUCTION] «grande importance pour le public» ou que la décision qu'elle a rendue est [TRADUCTION] «directement en conflit avec la décision d'une autre cour d'appel de district»: section 3(b)(4) de l'article V de la *Florida Constitution*.

À mon avis, l'exigence relative à la certification ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité, et ce, pour deux raisons. En premier lieu, en vertu de l'article 9 de la *Loi sur la Cour fédérale*, les juges prêtent un serment professionnel:

9. (1) Préalablement à leur entrée en fonctions, les juges jurent d'exercer les attributions qui leur sont dévolues, consciencieusement, fidèlement et le mieux possible.

Un juge de cette Cour est lié par le serment. Il se peut qu'il n'aime pas voir ses décisions infirmées en appel, mais toute déception personnelle est surmontée par la promesse solennelle qu'il fait d'exercer fidèlement ses fonctions judiciaires. La question de la partialité a été examinée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Hodson c. Canada* (1987), 46 D.L.R. (4th) 342 (C.A.F.). La Cour d'appel a fortement condamné l'allégation selon laquelle les juges qui ont déjà travaillé pour l'État font preuve de partialité en faveur de celui-ci. Tous les juges sont liés par l'article 9 de la *Loi sur la Cour fédérale* et, à mon avis, ce serment est suffisant pour rejeter toute idée selon laquelle un juge refuserait simplement de certifier une question parce qu'il veut protéger son jugement contre un appel.

En second lieu, la crainte raisonnable de partialité ne découle pas de la nature de la question à certifier. La question certifiée doit trancher l'affaire particulière, mais elle ne porte pas sur celle-ci. La question doit viser à clarifier un point de droit de portée générale qui n'est pas réglé. L'exigence relative à la certification est, dans un sens, distincte du règlement de l'affaire. Indépendamment de l'issue réelle de l'affaire, le juge de la Section de première instance doit déterminer s'il existe une question qui dépasse les

ties to the litigation and contemplates issues of broad significance. The certification requirement does not amount to hearing an appeal from a case which the judge decided at the first instance; any appeal would be heard by Court of Appeal judges. The Trial Division judge is merely delineating the issues which can be taken on appeal.

The requirement that the Trial Division judge certify that a serious question of general importance is involved does not raise a reasonable apprehension of bias and is not a violation of the principles of fundamental justice.

(4) Section 83 of the *Immigration Act* Breaches a Vested Right:

Section 114 of [Transitional Provisions] *An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 49 deemed all immigration appeals, including those before the Court of Appeal which had not been scheduled for hearing, to be applications for judicial review before the Trial Division under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*. Section 114 of the amending Act states:

114. Any application for leave to commence an application for judicial review and any application for leave to appeal made pursuant to section 82.1, 82.3, or 83, as the case may be, of the *Immigration Act*, as those sections read immediately before the coming into force of section 73 of this Act, and in respect of which no decision was made on that date, shall be disposed of by the Federal Court—Trial Division in accordance with sections 82.1 to 84 of that Act, as enacted by section 73 of this Act, and all such applications for leave shall be deemed to be applications for leave to commence an application for judicial review.

The applicant submits that his right to an appeal vested on the date that he first made a claim to be a Convention refugee: March 11, 1992, the date of the commencement of his inquiry. On that day, the applicant had a right to appeal. However, the provisions brought in by the amending Act removed from the applicant a right to appeal. The applicant contends

intérêts des parties directement concernées par le litige et englobe des questions de portée générale. Certifier une question n'équivaut pas à entendre un appel d'une décision que le juge a rendue en première instance; tout appel serait entendu par des juges de la Cour d'appel. Le juge de la Section de première instance délimite simplement les questions qui peuvent être portées en appel.

L'exigence selon laquelle le juge de la Section de première instance doit certifier que l'affaire soulève une question grave de portée générale ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité et ne constitue pas une violation des principes de justice fondamentale.

(4) L'article 83 de la *Loi sur l'immigration* porte atteinte à un droit acquis:

En vertu de l'article 114 [Dispositions transitoires] de la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1992, ch. 49, tous les appels, en matière d'immigration, y compris les appels devant la Cour d'appel dont la date d'audition n'avait pas été fixée, sont réputés être des demandes de contrôle judiciaire présentées devant la Section de première instance en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*. L'article 114 de la *Loi modificatrice* dit ceci:

114. Les demandes d'autorisation relatives à la présentation d'une demande de contrôle judiciaire et les demandes d'autorisation d'appel visées aux articles 82.1, 82.3 et 83 de la *Loi sur l'immigration*, dans leur version à la date d'entrée en vigueur de l'article 73 de la présente loi, formées mais à l'égard desquelles aucun jugement n'a encore été rendu à cette date, sont transférées à la Section de première instance de la Cour fédérale et il en est décidé par celle-ci conformément aux articles 82.1 à 84 de la *Loi sur l'immigration*, dans leur version édictée par l'article 73 de la présente loi, les demandes d'autorisation d'appel étant réputées être des demandes d'autorisation relatives à la présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

Le requérant soutient que son droit d'appel a été acquis le jour où il a d'abord demandé le statut de réfugié, soit le 11 mars 1992, date à laquelle l'enquête a commencé. Ce jour-là, le requérant avait un droit d'appel. Toutefois, les dispositions édictées par la *Loi modificatrice* ont supprimé son droit d'appel. Le requérant soutient que les dispositions touchent au



that the provisions are substantive in nature and relies on the common law presumptions against the retrospective operation of substantive legislation and interference with vested rights. The respondent maintains the provisions operate prospectively. Alternatively, interference with vested rights is rebutted by clear statutory language. The respondent submits that the presumptions against retrospectivity do not apply.

The applicant's arguments with respect to retrospective application and vested appeal rights are without merit.

There is a common law presumption that legislation is not to have a retroactive or retrospective application. A retrospective provision is "one that applies to facts that were already past when the legislation came into force:" Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1994), at page 513. In *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at page 279, Dickson J. (as he then was) wrote:

The general rule is that statutes are not to be construed as having retrospective operation unless such a construction is expressly or by necessary implication required by the language of the Act.

However, the presumption against the retrospective application of legislation can be rebutted by express words or necessary implication: *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413, at page 419.

It is undisputed that section 114 of the amending Act affected files where the facts were already past when the legislation came into force; likewise, it is undisputed that the applicant's case fell into the category of files affected. However, it is also clear, from the language of section 114, that it was the legislature's intent that the amendments should apply retrospectively. Jerome A.C.J. considered the retrospective application of the same section of the amending Act in *Xu v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 79 F.T.R. 107 (F.C.T.D.). In this decision, he stated [at page 110]: "In my view, any common law presumptions against interference with vested rights and the retrospective operation of legis-

fond et se fonde sur les présomptions de common law voulant qu'une disposition législative de fond ne puisse pas s'appliquer rétroactivement et qu'on ne puisse pas porter atteinte aux droits acquis. L'intimée maintient que les dispositions produisent leur effet dans l'avenir. Subsidièrement, le libellé de la Loi, qui est clair, réfute toute atteinte aux droits acquis. L'intimée soutient que les présomptions à l'encontre de la rétroactivité ne s'appliquent pas.

Les arguments du requérant, en ce qui concerne l'application rétroactive et les droits d'appel acquis, ne sont pas fondés.

Il existe une présomption de common law selon laquelle la loi ne peut pas s'appliquer rétroactivement. Une disposition rétroactive est [TRADUCTION] «une disposition qui s'applique à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi»: Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 1994), à la page 513. Dans l'arrêt *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, à la page 279, le juge Dickson (tel était alors son titre) a dit ceci:

Selon la règle générale, les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive à moins que le texte de la Loi ne le décrète expressément ou n'exige implicitement une telle interprétation.

Toutefois, la présomption à l'encontre de l'application rétroactive de la loi peut être écartée si la loi le décrète expressément ou si elle exige implicitement une telle interprétation: *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413, à la page 419.

Il n'est pas contesté que l'article 114 de la Loi modificatrice visait des dossiers se rapportant à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la Loi; de même, il n'est pas contesté que la cause du requérant faisait partie des dossiers visés. Toutefois, il ressort également clairement du libellé de l'article 114 que le législateur voulait que les modifications s'appliquent rétroactivement. Dans l'arrêt *Xu c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 79 F.T.R. 107 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge en chef adjoint Jerome a examiné la question de l'application rétroactive de cette disposition de la Loi modificatrice. Il a dit ceci [à la page 110]: «À mon avis, toute présomption en common law de respect des droits acquis et de non-rétroacti-

lation are answered in this case by the clear and unequivocal language of the statute.” Accordingly, the clear, express statutory language of section 114 of the amending Act rebuts the presumption against the retrospective application of legislation.

In addition to the presumption against retrospective operation, it is presumed that legislation is not intended to interfere with vested rights. The *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, section 43, codifies the common law presumption:

43. Where an enactment is repealed in whole or in part, the repeal does not

(c) affect any right, privilege, obligation or liability acquired, accrued, accruing or incurred under the enactment so repealed.

Accordingly, legislative enactments should be interpreted so as to respect vested rights where possible. If there exists ambiguity in the construction of a statute, it should be interpreted so as to respect those rights. Furthermore, there is a presumption that vested rights are not affected by legislative enactment unless the intention of the legislator to do so is clear. Indeed, in *Gustavson*, *supra*, at page 282, Dickson J. confirmed:

The rule is that a statute should not be given a construction that would impair existing rights as regards person or property unless the language in which it is couched requires such a construction: *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629, at p. 638.

The question then becomes: was the applicant’s appeal right “vested” on February 1, 1993? Professor Sullivan, at page 531, states that “[i]n each case the court must decide whether at the moment of repeal the individual’s statutory claim was sufficiently defined and developed, and sufficiently in his or her possession, to count as a vested right.”

In *Gustavson*, *supra*, at page 283, Dickson J. considered the criteria for recognizing vested rights:

The mere right existing in the members of the community or any class of them at the date of the repeal of a statute to take advantage of the repealed statute is not a right accrued: *Abbott v. Minister of Lands*, [1895] A.C. 425 at p. 431; *Western Leaseholds Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1961] C.T.C. 490 (Exch.); *Director of Public Works v. Ho Po Sang*, [1961] 2 All E.R. 721 (P.C.).

vité de la loi trouve sa réponse en l’espèce dans le langage clair et non équivoque de la Loi». Par conséquent, le libellé exprès et clair de l’article 114 de la Loi modificatrice écarte la présomption à l’encontre de l’application rétroactive de la loi.

En plus de la présomption à l’encontre de l’application rétroactive de la loi, il est présumé que celle-ci ne vise pas à porter atteinte aux droits acquis. L’article 43 de la *Loi d’interprétation*. L.R.C. (1985), ch. I-21, codifie la présomption de common law:

43. L’abrogation, en tout ou en partie, n’a pas pour conséquence:

c) de porter atteinte aux droits ou avantages acquis, aux obligations contractées ou aux responsabilités encourues sous le régime du texte abrogé.

Par conséquent, les textes législatifs devraient être interprétés de façon à respecter, si possible, les droits acquis. S’il existe une ambiguïté, la loi devrait être interprétée de façon à respecter ces droits. En outre, il existe une présomption voulant que le texte législatif ne porte pas atteinte aux droits acquis à moins que le législateur n’ait clairement manifesté l’intention contraire. De fait, dans l’arrêt *Gustavson*, précité, à la page 282, le juge Dickson a confirmé la chose:

Selon la règle, une loi ne doit pas être interprétée de façon à porter atteinte aux droits existants relatifs aux personnes ou aux biens, sauf si le texte de cette loi exige une telle interprétation: *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629, à la page 638.

Il s’agit donc de savoir si, le 1<sup>er</sup> février 1993, le requérant avait un droit «acquis». À la page 531, le professeur Sullivan dit que [TRADUCTION] «dans chaque cas la cour doit décider si, au moment de l’abrogation, le droit revendiqué par la personne concernée en vertu de la loi était suffisamment défini et établi, et s’il lui était suffisamment reconnu, pour être considéré comme un droit acquis».

Dans l’arrêt *Gustavson*, précité, à la page 283, le juge Dickson a examiné les critères permettant de reconnaître l’existence de droits acquis:

Le simple droit de se prévaloir d’un texte législatif abrogé, dont jouissent les membres de la communauté ou une catégorie d’entre eux à la date de l’abrogation d’une loi, ne peut être considéré comme un droit acquis: *Abbott v. Minister of Lands*, [1895] A.C. 425, à la p. 431; *Western Leaseholds Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1961] C.T.C. 490 (Exch.); *Director of Public Works v. Ho Po Sang*, [1961] 2 All E.R. 721 (P.C.).

In *Ho Po Sang*, to which reference is made in the excerpt from *Gustavson, supra*, the Judicial Committee of the Privy Council distinguished a “vested right” from a “mere hope or expectation.”

On February 1, 1993, the applicant in the case at bar had made a claim for refugee status which was rejected by the credible basis panel. He had not yet sought leave to commence an application for judicial review of the decision. On that date, there was a possibility that he could have taken advantage of an appeal at some point in the future, but that opportunity was hardly defined, given that he had not even commenced an application for leave on that date. No decision on his file had been reached; he did not have a date for hearing. It is difficult for me to see how such an amorphous state—a possibility of taking advantage of an appeal at some unknown time in the future—could be construed as “vested.” Accordingly, I submit that the applicant did not have a vested right to an appeal at the time the *Immigration Act* was amended.

In summary, I do not find that the applicant’s rights under section 7 of the Charter have been denied or violated in any sense. He knew the case to be met; the Trial Division had jurisdiction to make the determinations; there was no reasonable apprehension of bias; his vested rights were not infringed. Section 83 of the *Immigration Act* does not contravene section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I will now turn to the arguments respecting section 15 of the Charter.

#### ANALYSIS: SUBSECTION 15(1) OF THE CHARTER

Subsection 15(1) of the Charter states:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to equal protection and benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability.

The Supreme Court of Canada in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, summarized the basic frame-

Dans l’arrêt *Ho Po Sang*, qui est cité dans le passage de l’arrêt *Gustavson*, précité, le Comité judiciaire du Conseil privé a distingué un [TRADUCTION] «droit acquis» d’[TRADUCTION] «un simple espoir ou [d’]une simple attente».

Le 1<sup>er</sup> février 1993, le requérant en l’espèce avait revendiqué le statut de réfugié, et sa demande avait été rejetée par le tribunal chargé d’établir l’existence d’un minimum de fondement. Le requérant n’avait pas encore sollicité l’autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision. Ce jour-là, il était possible qu’il fasse appel à un moment donné dans l’avenir, mais cette possibilité était à peine définie, puisqu’il n’avait même pas encore présenté de demande d’autorisation. Aucune décision n’avait été rendue dans le dossier; aucune date d’audience n’avait été fixée. Il m’est difficile de voir comment pareil état amorphe—la possibilité de se prévaloir d’un appel à un moment donné dans l’avenir—puisse être interprété comme étant «acquis». Par conséquent, j’estime que le requérant n’avait pas de droit acquis à un appel au moment où la *Loi sur l’immigration* a été modifiée.

En résumé, à mon avis, les droits reconnus aux requérants par l’article 7 de la Charte n’ont aucunement été niés ou violés. Le requérant savait ce qu’il devait prouver; la Section de première instance avait compétence pour se prononcer; il n’existait pas de crainte raisonnable de partialité; il n’y avait pas eu atteinte aux droits acquis du requérant. L’article 83 de la *Loi sur l’immigration* ne contrevient pas à l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. J’examinerai maintenant les arguments se rapportant à l’article 15 de la Charte.

#### ANALYSE: LE PARAGRAPHE 15(1) DE LA CHARTE

Le paragraphe 15(1) de la Charte est ainsi libellé:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Dans l’arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, la Cour suprême du Canada a résumé le cadre fonda-

work within which subsection 15(1) claims should be analyzed. At page 992, Lamer C.J. stated:

The Court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in "discrimination". This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Furthermore, in determining whether the claimant's s. 15(1) rights have been infringed, the court must consider whether the personal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits within the overall purpose of s. 15—namely, to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

Accordingly, it must first be determined whether the applicant has been denied equality before the law, equality under the law, equal protection of the law, or equal benefit of the law. It is necessary to ascertain whether section 83 of the *Immigration Act* has drawn a distinction, intentionally or otherwise, between the applicant and others based on personal characteristics.

The applicant submits that section 83 of the *Immigration Act* essentially applies only to non-citizens. In most instances, a citizen of Canada would not be involved in a matter where section 83 of the *Immigration Act* would be invoked. The impugned provision, by its operation, draws a distinction between non-citizens and citizens. Similarly, other litigants before the Federal Court are subject to the certification of a question requirement.

I fail to see where one of the applicant's equality rights has been violated. A fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in the country. Indeed, the distinction between citizens and non-citizens is recognized in section 6 of the Charter. While permanent residents are given the right to move to,

mental d'analyse des plaintes fondées sur le paragraphe 15(1). Voici ce qu'a dit le juge en chef Lamer, à la page 992:

La cour doit d'abord déterminer si le plaignant a démontré que l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité a été violé (i.e. l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d'autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a pour effet d'imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres. De plus, pour déterminer s'il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s'assurer que la plainte correspond à l'objectif général de l'art. 15, c'est-à-dire corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

Par conséquent, il faut d'abord déterminer si le requérant s'est vu refuser l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi, la même protection de la loi ou le même bénéfice de la loi. Il faut déterminer si l'article 83 de la *Loi sur l'immigration* fait intentionnellement ou d'autre façon, entre le requérant et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles.

Le requérant soutient que l'article 83 de la *Loi sur l'immigration* ne s'applique essentiellement qu'aux non-citoyens. Dans la plupart des cas, un citoyen canadien ne serait pas en cause dans une affaire où l'article 83 de la *Loi sur l'immigration* serait invoqué. La disposition contestée, par son effet, établit une distinction entre les non-citoyens et les citoyens. De même, les autres plaideurs devant la Cour fédérale sont assujettis à l'exigence relative à la certification.

Je ne puis voir comment l'un des droits à l'égalité reconnus au requérant a été violé. Un principe fondamental du droit de l'immigration est que les non-citoyens n'ont pas le droit absolu d'entrer au pays ou d'y demeurer. De fait, la distinction entre les citoyens et les non-citoyens est reconnue à l'article 6 de la Charte. Si les résidents permanents jouissent, aux

take up residence in, and pursue the gaining of a livelihood in any province in subsection 6(2), only citizens are accorded the right "to enter, remain in and leave Canada" in subsection 6(1). The Supreme Court in *Chiarelli, supra*, affirmed that a difference in treatment between citizens and non-citizens with respect to the right to remain in Canada is not a violation of equality. Sopinka J., at page 736, stated:

As I have already observed, s. 6 of the *Charter* specifically provides for differential treatment of citizens and permanent residents in this regard. While permanent residents are given various mobility rights in s. 6(2), only citizens are accorded the right to enter, remain in and leave Canada in s. 6(1). There is therefore no discrimination contrary to s. 15 in a deportation scheme that applies to permanent residents, but not to citizens.

Moreover, the applicant has failed to adduce appropriate evidence that his *Charter* equality rights have been violated. In *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at page 1099, the Supreme Court demanded that a proper factual foundation exist before measuring legislation against the provisions of the *Charter*, particularly where, as here, the effects of impugned legislation are the subject of the attack. In *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at pages 361-362, Cory J. stated:

*Charter* decisions should not and must not be made in a factual vacuum. To attempt to do so would trivialize the *Charter* and inevitably result in ill-considered opinions. The presentation of facts is not, as stated by the respondent, a mere technicality; rather, it is essential to a proper consideration of *Charter* issues . . . . *Charter* decisions cannot be based upon the unsupported hypotheses of enthusiastic counsel.

In summary, I fail to see how section 83 of the *Immigration Act* infringes the applicant's rights to equality before the law, equality under the law, equal protection of the law, or equal benefit of the law, particularly when citizens and non-citizens do not have the same right to remain in Canada.

termes du paragraphe 6(2), du droit de se déplacer dans tout le pays ainsi que d'établir leur résidence et de gagner leur vie dans toute province, seuls les citoyens se voient conférer, au paragraphe 6(1), le droit «de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir». Dans l'arrêt *Chiarelli*, précité, la Cour suprême du Canada a affirmé qu'un traitement différent pour les citoyens et pour les non-citoyens, en ce qui concerne le droit de demeurer au Canada, ne porte pas atteinte à l'égalité. À la page 736, le juge Sopinka a dit ceci:

Comme je l'ai déjà indiqué, l'art. 6 de la *Charte* prévoit expressément un traitement différent à cet égard pour les citoyens et les résidents permanents. Si les résidents permanents jouissent aux termes du par. 6(2) de certains droits à la liberté de circulation, seuls les citoyens se voient conférer au par. 6(1) le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir. Ne constitue donc pas une discrimination interdite par l'art. 15 un régime d'expulsion qui s'applique aux résidents permanents, mais non aux citoyens.

En outre, le requérant n'a pas prouvé d'une façon appropriée que les droits à l'égalité que la *Charte* lui reconnaît avaient été violés. Dans l'arrêt *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la page 1099, la Cour suprême du Canada a exigé l'existence d'un fondement factuel adéquat avant d'examiner une loi en regard des dispositions de la *Charte*, surtout lorsque, comme c'est le cas, en l'espèce, le litige porte sur les effets de la loi contestée. Dans l'arrêt *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, aux pages 361 et 362, le juge Cory a dit ceci:

Les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel. Essayer de le faire banaliserait la *Charte* et produirait inévitablement des opinions mal motivées. La présentation des faits n'est pas, comme l'a dit l'intimé, une simple formalité; au contraire, elle est essentielle à un bon examen des questions relatives à la *Charte*. . . . Les décisions relatives à la *Charte* ne peuvent pas être fondées sur des hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes.

En résumé, je ne puis voir comment l'article 83 de la *Loi sur l'immigration* porte atteinte aux droits du requérant à l'égalité devant la loi, à l'égalité dans la loi, à la même protection de la loi et au même bénéfice de la loi, en particulier lorsque les citoyens et les non-citoyens n'ont pas le même droit de demeurer au Canada.

CONCLUSION

In the case at bar, I have addressed the following questions:

(1) Does section 83 of the *Immigration Act* contravene section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the facts of this case? <sup>a</sup>

(2) Does section 83 of the *Immigration Act* contravene section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the facts of this case? <sup>b</sup>

Having reviewed the written and oral arguments of both parties, I have answered both questions in the negative.

CONCLUSION

En l'espèce, j'ai examiné les questions ci-après énoncées:

(1) L'article 83 de la *Loi sur l'immigration* contrevient-il à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, compte tenu des faits de l'affaire?

(2) L'article 83 de la *Loi sur l'immigration* contrevient-il à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, compte tenu des faits de l'affaire?

J'ai examiné les arguments que les deux parties ont présentés, tant oralement que par écrit, et je réponds <sup>c</sup> aux deux questions par la négative.

# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.*

*A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ACCESS TO INFORMATION

Applications to review decisions to release certain information relating to applicant—Applicant submitting proposal for construction of fixed link between New Brunswick and P.E.I.—Proposal containing some information relating to alternative solutions—Preamble to each volume claiming confidentiality—Also at issue consultant's evaluation report relating to proposed tunnel solution—Proposal not accepted—Department receiving two separate requests for records relating to (1) why tunnel idea dismissed in favour of bridge proposal; (2) data submitted by bridge consortiums—Applicant objecting in writing to disclosure, relying on Access to Information Act, ss. 20(1), 27(1)—PWC deciding to disclose information—Application for s. 44 review of second request filed outside time limit therein—Amended notice of motion and supplementary affidavit filed 15 months after notice of intention to disclose in first application—Amended notice of motion including reference in motion for review to decision in regard to proposal in addition to decision to disclose record as to why idea of tunnel dismissed—Seeking same relief as original notice of motion—Not seeking leave to amend original notice of motion—Respondent not objecting to amendment until hearing—Whether notice of motion out of time; whether records exempt from disclosure—Purpose of Access to Information Act to provide access to information, except for specified exceptional cases, in timely fashion—Procedures established to deal with objections must provide reasonable but limited time for third party to object and for consideration of objections received, before final determination about disclosure—Time limit fixed by s. 44(1) must be strictly applied to serve Act's main purpose—Court not having discretion to extend time for filing, or to consider late application except in extraordinary case—As neither application for extension of time nor argument exceptional case, late application dismissed—Federal Court R. 303 providing basis for Court, in appropriate case, to admit amendments to applications—Absence of provision in Act for extending time to file s. 44(1) application for review not bar to exercise of Court's discretion to permit either course, upon application, where necessary "to ensure proper working of that Act, and the better attainment of its objects"—Court acting in accord with R. 5, may provide for extension of time, by analogy to what may do in regard to regular application for judicial review under Federal Court Act, s. 18.1(2) and R. 1614—Simi-

## ACCESS TO INFORMATION—Continued

larly in appropriate case, Court may allow amendment to original application under s. 44(1) by analogy to provisions in RR. 424, 427—Amended notice of motion not proper basis for considering review of decision to disclose proposal in absence of explanation of delay in filing amended application and absence of argument case extraordinary, exceptional—In case decision to disclose properly before Court by amended notice of motion, Court considering substantive issue—Proposal and evaluation report containing "financial, commercial, scientific or technical information," consistently treated as confidential by applicant, author respectively—Application of standard for "confidential information" within s. 20(1)(b) as set out in *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D)—Court not satisfied all information in proposal available only from applicant—Some information qualifying as confidential as not available from sources otherwise accessible by public, but other portions accessible—Report and proposal not exempt from disclosure pursuant to either s. 20(1)(c) or (d)—Mere affirmation by affidavit disclosure "would undoubtedly result in material financial loss and prejudice" or "would undoubtedly interfere with contractual and other negotiations . . . in future business dealings," without further explanation, not demonstrating basis for "reasonable expectation of probable harm," standard enunciated in *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1988] 1 F.C. 47 (C.A.)—Respondent required pursuant to s. 25 to disclose any part of proposal not containing, and reasonably severable from any part containing information described in s. 20(1)(b)—Severance of exempt and non-exempt portions should be attempted only when result reasonable fulfilment of purposes of Act—Where severance resulting in release of minimal portions of information and resulting only in release of information otherwise available from published public sources, or where information left to be released not reasonable response to request for information in light of portions exempt, severance not reasonable, not required within s. 25—Volume 5, containing financial plan, specially treated by applicant as confidential—Qualifying as confidential financial information within s. 20(1)(b), except published financial and annual reports of public companies—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 2 (as am. by SOR/90-846, s. 1; SOR/92-43, s. 1), 5, 303, 421, 422, 424, 427—Access to Information Act, R.S.C.,

## ACCESS TO INFORMATION—Concluded

1985, c. A-1, ss. 20(1)(b),(c),(d), 25—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18.1(2) (as enacted *idem*, s. 5), 44, 46 (as am. *idem*, s. 14; 1992, c. 1, s. 68).

SNC-LAVALIN INC. v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS) (T-916-92, T-1133-92, MacKay J., order dated 29/6/94, 26 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

Motion to stay transformation of departure order into deemed deportation order until after final determination of applications for leave and judicial review of negative humanitarian and compassionate decision and of departure order—Immigration Act, s. 32.02(1) providing where no certificate of departure issued to person against whom departure order made, departure order deemed to be deportation order—Since applicant planning to stay in Canada no certificate of departure will issue and departure order will be deemed deportation order—Court lacking jurisdiction to grant stay as expressly contrary to provision of Act of Parliament—Courts may not ignore or change statute law—*Llewellyn v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 24 Imm. L.R. (2d) 154 (F.C.T.D.), disagreed with if meaning Court may make order contrary to Act of Parliament—Only justification for Court's interference with requirement of compliance with express provision of statute or regulation if Charter or constitutional challenge thereto—If requirements for stay met, Court may grant stay of requirement to comply with Act or regulation: *RJR MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311—In such circumstances, Court to decide whether law inconsistent with Constitution, supreme law of Canada—Even assuming deeming of deportation order could be stayed if s. 32.02(1) constitutionally challenged, not apparent applicant making such challenge—Applicant's arguments related to alleged illegality of procedures leading to departure order, not to illegality of s. 32.02(1)—While arguments based on alleged breaches of rules of natural justice or procedural fairness, even if such alleged illegality could be based on Charter arguments, not addressing operation of s. 32.02(1) and deeming of deportation order thereunder after specified period of time—Court may grant stays from orders or decisions of inferior tribunals—Court having jurisdiction to grant stay if immigration official ordering applicant to depart Canada on specified date if applicant establishing serious issue, irreparable harm, balance of convenience if deportation order executed favouring applicant—Application to require applicant to leave Canada premature—*Duggal v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 20 (F.C.A.) and *Rammarine v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] F.C.J. No. 404 (C.A.) (QL); *Sereno v. Canada (Solicitor General)*, IMM-6119-93, Pinard J., 6/12/93, not yet reported clearly indicating as no jurisdiction in Federal Court of Appeal to decide appeal from decision on leave application in Trial Division, decision on stay application, being integral to leave process, also cannot be appealed—If no jurisdiction for appeal of decision on stay application, no jurisdiction to appeal

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

jurisdictional component of stay decision—Court lacking jurisdiction to certify question for Court of Appeal on stay application—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 32.02(1) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 22).

RAJAN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-4548-94, Rothstein J., order dated 28/10/94, 5 pp.)

### IMMIGRATION PRACTICE

Respondent applying for costs—Special circumstances required for award of costs—Respondent prepared to consent to application for judicial review from very early date in proceedings, but applicant insisting on fully litigating matter to establish certain regulations applicable to his application for landed immigrant status *ultra vires*—Unsuccessful in application—Applicant cannot force respondent who is willing to consent to continue proceedings and cause respondent to expend time and resources without being accountable for costs of respondent—Unusual and constituting special circumstances—Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, R. 22—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

CHAN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1825, Rothstein J., order dated 5/8/94, 2 pp.)

Application for judicial review of CRDD decision applicants, citizens of Ukraine, not Convention refugees—Claims heard by normal two-member panel, one member leaving Board before decision issued—Applicant not consenting to single member determining claim as contemplated by s. 69.1(8)—Immigration Act, s. 63(2) providing where member unable to take part in disposition of matter, remaining members, if any, may make disposition—S. 69.1(7) providing two members constituting quorum—S. 69.1(8) providing one member may hear, determine claim if claimant consenting thereto—S. 63 referring specifically to both Refugee and Appeal Divisions—Given plain meaning of words, and Interpretation Act, s. 33(2), "members" including both singular and plural—Alternatively mischief rule applies—Parliament seeking to remedy situation where person participating in hearing, but unable to participate in disposition—If plural of "members" interpreted as meaning Appeal Division or hearing of Refugee Division under s. 69.2, for which three members constituting quorum, no effect given to complete reading of s. 63(2)—Parliament intending to permit decision to be given where hearing completed and only disposition of hearing remaining—In *Weerasinghe v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 330 (C.A.), Mahoney J.A. allowing appeal on basis decision made by only one of two members of Refugee Division hearing claim—No statement in record therein as to why matter decided by one member—Here decision clearly stating claim decided by one member as other leaving Board—Reasons for decision disclosing why s. 63(2) properly engaged—Application dismissed—Effect should be given to s. 63(2) and decision of single member upheld—Serious question of general importance: whether s. 63(2) permitting single member of Refugee Divi-



## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

sion to make negative determination of Convention refugee claim where claimant not consenting to single member determining claim as contemplated by s. 69.1(8)—Question presuming complete statement of material circumstances relating to second member's inability to participate in decision put on record or in reasons for decision—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 63(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 18), 69.1 (as enacted *idem*; S.C. 1992, c. 49, s. 60), 69.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 61)—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 33(2).

SOUKHANIUK V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-3537-93, McKeown J., order dated 28/9/94, 5 pp.)

Application for judicial review of Minister's decision refusing applicant's request for special relief on humanitarian and compassionate grounds under Immigration Act, s. 114(2)—Applicant denied Convention refugee status—Pleaded guilty to charge of welfare fraud, received conditional discharge—Marriage to Canadian citizen found *bona fide*, not for immigration purposes—Application for special consideration under s. 114(2) refused—Discretionary decision depending on interpretation of facts—Spousal policy one of many factors Minister must consider when making humanitarian and compassionate grounds determination—Minister not refusing application on grounds enumerated in Act, s. 19(2)(a)—Whether Minister bound to follow guidelines set out in Examination and Enforcement Manual—Question discussed in *Vidal v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 49 Admin. L.R. 118 (F.C.T.D.)—Guidelines with respect to public policy and those with respect to humanitarian and compassionate considerations distinguished—Minister must decide whether applicant deserves exemption solely on basis of humanitarian and compassionate grounds—Applicant's evidence as to financial hardship taken into account by Minister in considering whether humanitarian and compassionate grounds existed—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(2)(a), 114(2).

AGBONKOLOR V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-4572-93, McKeown J., order dated 20/9/94, 8 pp.)

### STATUS IN CANADA

#### *Citizens*

Appeal from Citizenship Judge's decision refusing to grant citizenship to appellant under Citizenship Act, s. 5(1)(c)—Appellant came to Canada from Hong Kong with family in 1989 for purpose of settling in Vancouver—Intending to start new life, new business in Canada—Appellant's import-export business requiring extensive travel—Wife, three children remaining in Vancouver during travels—Citizenship judge wrong in focusing only on principle stated in *Leung, Re* (1991), 42 F.T.R. 149 (F.C.T.D.)—Residency requirement including periods of absence from Canada where sufficient nexus between applicant and Canada—In cases of physical absence during statutory period, proof of continued residence

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

requiring evidence as to temporary nature of absence, clear intent to return, sufficient factual ties with Canada to assert residence in fact during period—Considerable effort by appellant to create business opportunities within Canada—Citizenship Judge should have focused on appellant's family ties in conjunction with other usual *indicia* of residence—Substantial nexus between appellant and Canada so that periods of physical absence from Canada appropriately considered as periods of residence in Canada—Appeal allowed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c).

LAI (RE) (T-2258-93, Noël J., judgment dated 28/9/94, 5 pp.)

#### *Convention Refugees*

"Motion for judgment" on consent allowing application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant, Tamil from north of Sri Lanka, arriving in Colombo, deliberately neglecting to register with local police as heard some registrants killed, disappeared—Went to lodge frequented by young Tamils from north—Colombo police concerned lest newly arriving young northern Tamils be members of terrorist organization LTTE—Applicant, along with 15 other Tamils, arrested, detained, beaten until father securing freedom by bribing police officer—CRDD finding valid internal flight alternative in Colombo—Motion for judgment dismissed—Review of Immigration and Refugee Board's file revealing CRDD's decision not so hopelessly error filled Minister ought not to argue it—Immigration legislation, Immigration and Refugee Board's hearings, determinations public law—Public law matter of State's laws of general application for public benefit—In terms of immigration and refugee law, public expecting adjudicatory system to operate fairly, without bias, for refugee claimants and for Canada—Admission of claimants not contemplated by law unfair to Canada and to respect for Canadian law—Court must exercise deference to IRB, entity with recognized expertise in immigration matters—Court established pursuant to Constitution Act, 1867, s. 101 for "better administration of laws of Canada"—Where appears, as here, Minister's capitulation derogating from better administration of Immigration Act, Court must reject consent to capitulation—In *Miron v. Trudel*, File No. 22744, S.C.C., refusing to accept Ontario Attorney General's concession no Charter, s. 1 justification for legislation under scrutiny and appointing *amicus curiae* to defend Ontario legislation—In Canada in matters of public law, minister ought not lightly to abandon defence or enforcement of public statutes—Court rejecting Minister's groundless consent—Matter to be thoroughly argued on adjourned judicial review proceedings—If necessary Court will appoint *amicus curiae*, at wholly unnecessary but justifiable public expense, to uphold public law of Canada—Application for judicial review adjourned, referred to Associate Chief Justice to fix new date for hearing—If parties unable to agree upon date to be fixed, application for judicial review may be heard peremptorily, and even in absence of counsel, may be peremptorily dismissed—If parties by counsel decline without good reasons to argue case on fixed hearing date, application for judicial review may be heard, disposed of peremptorily—

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 340 (as am. by SOR/79-57, s. 7).

JEBANAYAGAM v. CANADA (SOLICITOR GENERAL)  
(IMM-5156-93, Muldoon J., order dated 30/9/94, 10 pp.)

Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant stateless person whose former habitual residences Lebanon, Kuwait—Board holding protection available to applicant—*Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689 holding linchpin of meaning of “well-founded” fear question of whether state protection available distinguished as there applicant citizen of state unable to provide protection—Under Immigration Act, s. 2(1)(a)(ii) stateless person not expected to avail himself of state protection when no duty on state to provide such protection—Board looking at protection provided by Lebanon to Palestinians, deciding discrimination, but no persecution—Erred in stating Lebanon applicant’s only former habitual residence—Not having benefit of *Maarouf v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 723 (T.D.) wherein held claimant not required to be legally able to return to country of former habitual residence as denial of right to return may constitute act of persecution by state—Error not affecting outcome—Board dealing separately with two incidents when applicant detained, beaten—Erred in asking whether discrimination so dramatic as to amount to persecution on cumulative basis—Error compounded by application of s. 2(3), intended for use where change in country conditions occurring in state which applicant fled—In concentrating on whether persecution appalling, horrendous as opposed to simply whether persecution, Board placing higher onus on applicant than required by law—Matter returned to differently constituted Board for re-hearing—Beatings never justified: *Thirunavukkarasu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 589 (C.A.)—Question certified for Court of Appeal: on claim to Convention refugee status by stateless person, is “well-foundedness” analysis set out in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689 applicable, based as it is on availability of state protection, or is it only applicable if claimant citizen of country in which fears persecution?—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 2(1)(a)(i) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), (ii) (as am. *idem*), (3) (as am. *idem*).

EL KHATIB v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5182-93, McKeown J., order dated 27/9/94, 5 pp.)

Application for judicial review of decision by Immigration and Refugee Board applicant, citizen of Turkey, not Convention refugee—Application, scope of exclusion clause in United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(a) at issue—Board misstating test in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.)—Mere membership in terrorist organization (Dev Yol) insufficient to bring claimant into excluded class—Where organization primarily directed to limited brutal purpose, Board may exercise discretion in determining whether claim-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

ant engaged in personal and knowing participation—Board failing to ask itself whether sufficient evidence, given applicant’s circumstances, to support finding by necessary implication—*Mens rea* important since applicant between 11 and 13 years old when active member of Dev Yol—Conflicting evidence on whether active in normal sense of word after detention at age of 13—Presumption of complicity rebuttable—Board also failing to link specific crime against humanity to applicant—Reference to only one crime against humanity taking place in 1981 after applicant detained for period of eight months—Incumbent upon Board to decide whether applicant had sufficient knowledge of nature of Dev Yol—Application allowed—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a).

SARIDAG v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-5691-93, McKeown J., order dated 5/10/94, 6 pp.)

Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of El Salvador, claiming refugee status in Canada based on political opinion, membership in particular social group—In 1982 conscripted to Civil Defence Force to guard neighbourhood at night, report suspects to military—Guerrillas targeting him as responsible for deaths of guerrilla members—Army considering him deserter—Board holding on balance of probabilities sufficient change in country conditions applicant not having good grounds to fear prosecution; applicant failing to prove state unable to provide protection—Application allowed—(1) No error in application of conditions set out in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689 in determining applicant not discharging burden of providing clear, convincing confirmation of state’s inability to protect him—(2) Board failed in application of legal test to determine change of country conditions—Not clear from record Board considered evidence before it contending change in conditions in El Salvador not durable, violence and persecution continuing (one of criteria used as objective basis for evaluating whether fear of persecution negated by change in country circumstances)—(3) Board erred by failing to consider relevant evidence and basing its decision on its erroneous findings.

VENTURA v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6061-93, Cullen J., order dated 5/10/94, 8 pp.)

## COPYRIGHT

Application for judicial review of Copyright Board decision in respect of commercial television public performance royalties—Respondent filing statement of royalties proposing to collect for licences for public performance of musical works pursuant to Copyright Act, s. 67 for 1993—Tariff 2.A.1 seeking royalties from Canadian commercial television broadcast-

**COPYRIGHT—Continued**

ers for public performance of music used in television programming—Tariff contemplating blanket licence for all use of respondent's musical works, with royalties calculated as 2.1% of each broadcaster's annual advertising revenues—Applicant objecting rate too high, percentage of revenue formula along with blanket tariff format inappropriate—Board certifying respondent's statements of royalties as approved—Applicant submitting Board (1) erred in law by holding Act, s. 28.01 permitting cable operators to retransmit local broadcast television signals without infringing respondent's performing rights; (2) exceeded or failed to exercise its jurisdiction by relying on earlier ruling of Copyright Appeal Board, and failing to consider record before it; (3) exceeded its jurisdiction in refusing to certify fair, reasonable approximation of market price had there been freely functioning market in performing rights; (4) exceeded its jurisdiction by protecting copyright owners from free market forces; (5) erred in law, improperly fettered discretion in refusing to consider merits of any evidence as to comparable royalty rates in United States—S. 28.01(2) providing not infringement of copyright to communicate to public any musical work if communication retransmission of local or distant signal—Application dismissed—No merit to second, fifth submissions—Board's conclusion Canadian and American markets having different price structures neither unreasonable nor unsupported by evidence—Based on record, Board concluding changes since 1986 not significant enough to justify reduction in rate or change in approach to fixing tariff—Not improper to use reasoning followed in earlier ruling—Board acknowledging study focusing on individual programs (analysis of degree to which music performance patterns consistent with revenue patterns, royalties), but choosing tariff formula based on station's total programming—Choice within Board's jurisdiction, area of expertise, requiring judicial deference—No valid ground for review of third and fourth issues relating to Board's mandate under Act—Board's mandate to set tariffs for use of musical work having reasonable, suitable or rational basis—While fair and reasonable approximation of market price rational basis for setting tariff, within Board's jurisdiction to reject it—Board properly stating function to regulate balance of market power between copyright owners and users—As Board in better position than Court to strike proper balance between interests of copyright owners and users, Court will not interfere unless result reached patently unreasonable—Applicant not establishing Board acting unreasonably or exceeding jurisdiction in deciding inappropriate in Canadian context to let market forces play—Board erred in law in deciding for 1990 until amendment to definition of "musical work" in 1993, exemption from liability for copyright infringement in s. 28.01(2) applied to cable operators who communicate musical works by retransmission of local signals—Prior to amendment, Court interpreting s. 3(1)(f) so that cable operators, television stations when broadcasting not communicating, but performing, musical works—Same words in s. 28.01 must be given same meaning—Error not material to decision—Board referring to s. 28.01(2) as additional, but unnecessary reason to dismiss applicant's contention cable operators should be held jointly liable with applicant for copyright infringement and should have to assume that part of applicant's liability relating to cable retransmission—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 3(1)(f) (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62), 28.01 (as enacted *idem*, s. 64), 67 (as

**COPYRIGHT—Concluded**

am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12; S.C. 1993, c. 23, s. 4), 67.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12; S.C. 1993, c. 23, s. 4).

CANADIAN ASSOCIATION OF BROADCASTERS v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA (A-3-94, Létourneau J.A., judgment dated 24/10/94, 11 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****CUSTOMS ACT**

Special case under R. 475 requesting Court, in construing "the value of the conveyance at the time of seizure" in Customs Act, ss. 118(a)(i), 133(3)(a) to determine whether fishing licence to be considered in valuation of conveyance held to be forfeit by Revenue Canada or whether Federal Court having jurisdiction under s. 135 to review valuation of licence—Vessel seized, plaintiff charged with importing marijuana—Pleading guilty, sentenced to penitentiary—Senior Adjudicator determined Customs Act contravened, \$485,000 received for return of conveyance forfeited—Adjudicator relying on decision of Collier J. in *Joys and R. et al.* (1988), 18 C.E.R. 40 (F.C.T.D.) denying prohibition against Minister of Revenue continuing seizure of licence—Judge holding: (1) declaratory relief unavailable upon motion; (2) R. 472 (power of Court to sell deteriorating property) inapplicable to fishing licence; (3) licence part and parcel of conveyance—Licence privilege to do something otherwise illegal—Fishing licence vests no property in grantee—No vested renewal right—Plaintiff's argument that licence has personal character, belongs to, somehow attached to registered owner—Plaintiff wrong—Licence must be attached to vessel, relates to but one fishery—Regulations require licence carried on vessel, not transferred to another vessel—Licence issued to vessel under Pacific Fisheries Registration and Licensing Regulations—Plaintiff's argument licence adding no value to vessel *vis-à-vis* Crown as property in licence retained by Crown or, if value added, that would cease on expiration date—Since no legal right of renewal, value not to be based on what market would pay for expectation of renewal—Decision of Cattanach J. in *Metropolitan Taxi Ltd. v. M.N.R.*, [1967] C.T.C. 88 (Ex. Ct.), distinguished as taxi licence issued to owner while fishing licence issued to vessel—Plaintiff's argument what was seized was not returned: seized with valid licence, returned with expired licence—Upon review of Customs Act, ss. 118, 133(1)(a), 133(3)(a) clear valuation date that of seizure—Plaintiff's argument, provisions for cancellation of fishing licence relate only to fishery and beyond scope of Narcotic Control Act or Criminal Code to seize fishing licence and no intention herein to seize licence *qua* licence, rejected in that licence part and parcel of conveyance authorized to be seized under Customs Act—Court lacking jurisdiction to determine whether valuation of licence correct—In any event, no evidence to support plaintiff's lower end valuation—Action dismissed with costs awarded defendants—Customs Act, R.S.C., 1985, (2nd Supp.), c. 1, ss. 118, 133, 135—Pacific Fishery Registration and Licensing Regula-

**CUSTOMS AND EXCISE—Continued**

tions, 1983, SOR/83-102—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 472, 475.

*Joys v. M.N.R.* (T-2566-89, Teitelbaum J., judgment dated 12/8/94, 23 pp.)

**EXCISE TAX ACT**

Appeal from decision of Canadian International Trade Tribunal declaring certain articles used by Hydro-Québec on its hydro-electric network exempt from sales tax at time acquired, having regard to Excise Tax Act, s. 59(1)—Mixed question of law and fact—Articles in question purchased by Hydro-Québec between 1981 and 1984 and installed on its hydro-electric network—Tribunal declared that, from January 1, 1981 to December 31, 1984, articles in question used in “production” of electricity exempt from sales tax under Excise Tax Act, s. 29(1) and s. 1(a), (l) and (o) of Part XIII of Schedule III to Act—Whether articles which respondent acquired between 1981 and 1984, inclusive, used “directly” or, for purchases after February 16, 1984, “primarily and directly” in “production” of electricity—Appeal dismissed—*Per* Marceau J.A.: appellant’s argument that Tribunal failed to apply rule that words of statutory provision must be given ordinary and usual meaning rather than technical and scientific meaning cannot succeed—In order to decide whether exemption applied, Tribunal had to determine what apparatus or machinery actually required in order to “cause to appear, create or generate” electrical power in marketable and consumable form—It could make this determination only on basis of testimony of informed persons, not of person on street—Appellant’s argument formally rejected in *Quebec Hydro-Electric Commission v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, [1970] S.C.R. 30, in which Supreme Court of Canada found that transformers spread out along electrical lines were used directly in manufacture or production of electricity—Tribunal did not err in law when it relied on testimony of experts rather than on alleged popular belief in making determination that Hydro-Québec’s electrical lines, which connect generating stations to consumers, are part of process of producing electricity that company sells to customers—Tribunal tried to understand and apply words “directly” and “primarily” without unduly restricting meaning of words and taking into account specific production process in each particular case—Since function of lines, at very least, to provide connection between generating station and cascade of transformers which have been recognized as being integral part of system of production, they must themselves be seen as playing role in production process—Appellant has not succeeded in putting forward any reason that could justify Court in interfering with determination of Tribunal—*Per* Desjardins J.A.: Tribunal of opinion that expression “primarily and directly” in Part XIII of Schedule III to Act had to be interpreted broadly, taking into account specific production process in each particular case: here, electricity—Experts all of opinion that electricity produced by alternating current cannot be stored—Thus Tribunal did not err in recognizing unique nature of product in issue, distinct from oil or gas—Bound by interpretation in case law, where nature of production of electricity had been selected as interpretive test—Tribunal committed no error of law in interpreting words “directly” and “primarily,” since bound by decision of this Court in *Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise v.*

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

*Amoco Canada Petroleum Co. Ltd.* (1985), 86 DTC 6008 (F.C.A.), which held word “directly” implied absence of any intervening medium—Once words correctly defined, it was open to Tribunal to decide particular apparatus essential to production of electricity, and accordingly used “directly” for production thereof—*Per* Létourneau J.A. (concurring in result): respondent submits that in technical and scientific terms its network is vast integrated production network, since in order to produce electricity there must be source, line and load—This argument must be rejected—Electricity good which unlike most other goods sold cannot be bought at market because cannot be stored—Accepting respondent’s position its network simply one vast production network would lead to number of incongruities—Tribunal made finding of fact from technical and scientific evidence submitted to it that was patently unreasonable and does not correspond to reality of production, transmission, sale and distribution of electricity—It concluded wrongly that respondent’s transmission and distribution lines should enjoy legal benefit of tax exemption—In *Quebec Hydro-Electric Commission v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, Supreme Court held that in legal terms electrical transformers are apparatus for use directly in manufacture of goods—Lines and accessories that supply them part of process of producing usable finished product—Second aspect of respondent’s argument, based on theory of consumable finished product, sound—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, ss. 27, 29(1), 59(1), Schedule III, Part XIII (as am. by S.C. 1985, c. 3, ss. 36(1), 48).

DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE V. HYDRO-QUÉBEC (A-899-92, Marceau, Desjardins and Létourneau J.J.A., judgment dated 20/6/94, 44 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Application to quash Canadian Human Rights Commission’s decision to refer respondent Liu’s complaint under Canadian Human Rights Act, ss. 7, 10 against National Research Council to Canadian Human Rights Tribunal for inquiry—Complaint alleging discrimination in employment based on race, colour, national, ethnic origin—Incidents cited in complaint beginning in 1985—In 1990 Commission deciding to exercise discretionary power to extend time limit within which complaint could be filed—Decision preceded by Report Prior to Investigation recommending Commission deal with complaint pursuant to s. 41(e) even though act complained of occurred more than one year before receipt of complaint as alleged discrimination ongoing—Although decision to extend time for filing complaint rendered in 1990, no judicial review application filed regarding that decision—Applicant cannot, by seeking order to quash Commission’s decision to appoint Tribunal pursuant to s. 44(3)(a), launch collateral attack on earlier decision extending time limit within which complaint could be filed—No evidence Commission exercising discretion in arbitrary or capricious manner—In considering complaint, investigation report, parties’ submissions, Commission complied with rules of procedural fairness required in circumstances—No evidence Commission investigating matters not raised in complaint—Respondent requesting award of costs against NRC, since compelled to resist application with limited assistance

**HUMAN RIGHTS—Concluded**

from Commission, whose role before courts on judicial review now limited: *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447 (C.A.)—R. 1618 providing no costs payable in respect of application for judicial review unless Court, for special reasons, so orders—Mere success on application not special reason—Rule limiting role of tribunal on application for judicial review of general application: *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983—No order as to costs—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 10, 41(e), 44(3)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c-31, s. 64)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. LIU (T-2500-93, Richard J., judgment dated 9/11/94, 7 pp.)

**INCOME TAX**

## INCOME CALCULATION

Appeal from Tax Court decision holding payments received by defendant from former husband on account of capital, not subject to tax under Income Tax Act, s. 56(1)(b)—Separation agreement providing for payment from July 1980 until June 1982 of \$1,500 per month, including \$200 for each of three children still at home, \$300 for maintenance of defendant, \$600 for monthly mortgage payment—Thereafter payments decreasing to \$600 per month plus one-half of mortgage payment until all children completed education—No maintenance for defendant as completed studies, able to become self-supporting, but payments to her to include amount of one-half mortgage payment—Agreement also giving defendant exclusive possession of matrimonial home until all children completing education, at which time would sell home, divide proceeds equally—Amending agreement increasing support for two children still living at home to \$800 and continuing payments for one-half of mortgage payment—Also providing for transfer of home to defendant and five children as joint tenants—Defendant not including monthly payments made by former husband in relation to mortgage in income—Arguing payments in regard to mortgage after June 1982 payments to protect his own capital asset, i.e. one-half interest in matrimonial home, and later capital for benefit of children, not maintenance payments—Appeal allowed—Payments for mortgage made to defendant by former spouse allowance within Act, s. 56(1)(b) for maintenance of defendant, children, subject to tax—Most of factors enumerated in *McKimmon v. M.N.R.*, [1990] 1 F.C. 600 (C.A.) to determine whether payment of capital nature or allowance for maintenance, supporting classification of mortgage payments as allowance for maintenance of defendant, children—That payments towards mortgage to continue only so long as children living at home and completing education, and unrelated to share of ownership in property but related to anticipated need for support of defendant, children, supporting classification of payments as allowance for maintenance—Court not convinced any legal impediment to defendant disposing of payments for other purposes—After conveyance of property to defendant, children, continuing payment of half mortgage payments by former husband primarily

**INCOME TAX—Continued**

benefitting children, but payments still within s. 56(1)(b)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(1)(b).

CANADA v. JASPER (T-52-89, MacKay J., judgment dated 6/7/94, 19 pp.)

*Deductions*

Appeal by way of trial *de novo* from assessments for plaintiff's 1981, 1982, 1983, 1984 and 1985 taxation years—Taxpayer fisherman in Gaspé who sold fishing boat in January 1981 and decided to place proceeds of sale in term deposits—Purchased income-averaging annuity contract from La Sauvegarde life insurance company but decided to wait until early 1982 before signing final agreement—On November 12, 1981, Minister of Finance announced in House of Commons that he was eliminating tax deferrals through income-averaging annuities and capital gains reserves—One month later, he announced that he would permit the deduction of contracts for which written arrangements had been made before November 12, 1981—Despite budget announcement, plaintiff purchased annuity at beginning of 1982 and deducted purchase price in 1981 taxation year—Minister of National Revenue disallowed deduction of purchase price of annuity for 1981 taxation year and adjusted income reported by plaintiff for 1982, 1983, 1984 and 1985 taxation years accordingly—No doubt as to power of Parliament of Canada to impose retrospective fiscal measures—Since decision in *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, Canadian courts have confirmed legality of such measures on several occasions—In *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, Supreme Court of Canada held that Legislature could make taxing statute that was *ultra vires* valid retroactively—Courts have faithfully followed pronouncements of Supreme Court in *Gustavson* and *Air Canada*, despite coming into force of Canadian Charter of Rights and Freedoms—Since *Attorney General of Quebec v. Irwin Toy Limited*, [1989] 1 S.C.R. 927, clearly established section 7 does not protect economic rights generally covered by concept of property, which are in issue in tax cases—Argument based on Canadian Bill of Rights, s. 1(a) must also be rejected—Retrospective taxing statute does not give rise to breach of due process of law, within meaning, *a contrario*, of Bill of Rights, s. 1(a)—Plaintiff's argument based on rule of law implies that laws are guarantors of rights and freedoms and must at all times determine everyone's rights and obligations—It is budget process that creates uncertainty as to what applicable law is—This process has practical effect of creating legal vacuum and can seriously undermine rule of law, particularly when accompanied by long waiting period—However, doubtful that Charter permits courts to interfere in budget process—Budget process and manner in which it unfolds in Parliament therefore falls within framework of parliamentary privileges—These privileges grounded in Constitution only where necessary for Parliament to carry out its activities—Plaintiff argues sixteen months between budget statement and enactment of legislation giving effect thereto excessive and going well beyond time needed for proper functioning of House—Even if serious infringement of principle of rule of law, it could not give courts authority to interfere in parliamentary process—Issue here mode of exercise of valid privilege beyond judicial review—Appeal dismissed—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Con-

## INCOME TAX—Concluded

stitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, no. 44], s. 7—Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 1(a).

HUET v. CANADA (T-834-90, Noël J., judgment dated 30/6/94, 18 pp.)

### PRACTICE

Application to set aside decision by Tax Court of Canada allowing appeals filed by respondent from two notices of assessment issued by Minister of National Revenue—Action based on three grounds—Third ground dismissed forthwith as Court could not conclude Trial Judge did not take into account evidence before him—Second ground: Court erred in law in using material not entered in evidence at hearing—Judge cannot take cognizance of facts coming directly to his attention in course of another proceeding in which facts not entered in evidence—Judge has no *ex officio* knowledge of what he learned in another case and fails in duty of neutrality if makes use of such knowledge—In case at bar not only did Judge undertake to consider facts not in evidence, but in addition used record as pretext for *ex parte* settlement with applicant and counsel of accounts which he had clearly carried over from earlier case—Partially based assessment of respondent's credibility on these facts which he did not have right to consider—Applicant's second ground thus valid—As to third ground, by imposing on Minister burden "to determine with certainty the amount of income not reported by a taxpayer" when penalty levied and Income Tax Act, s. 163(3) applied, Judge relied on two decisions of Tax Court of Canada since disavowed by Federal Court Trial Division in *Kerr, N. v. The Queen* (1989), 89 DTC 5348—Application allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 163(3).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. POMPA (A-309-93, Décaré J.A., judgment dated 16/9/94, 8 pp.)

## INJUNCTIONS

Plaintiffs seek interlocutory injunction to restrain defendant from trade mark infringement, unfairly trading on goodwill, false representation—Plaintiff, CTMC, granted defendant exclusive right to use CT Home Realty Franchise System in Sarnia/Lambton area for 5 years with renewal option—Two years later, Canada Trustco entered partnership with Coldwell Banker for residential real estate franchising business—CT Home Realty franchisees invited to join new Coldwell Banker—Defendant refused—Defendant says services to which entitled deteriorated after new Coldwell Banker created—Defendant alleged breach of licence agreement, ceased paying service fee—CT terminating agreement for defendant's default—Defendant told to discontinue use of "Canada Trust" trade mark—Plaintiffs say defendant continuing to represent itself as affiliated with CTMC—Whether CTMC justified in commencing action having established new franchise system with Coldwell Banker—Usual tests for granting interlocutory injunction—Plaintiffs rely on *Fruit of the Loom, Inc. v. Chateau Lingerie Mfg. Co. Ltd.* (1982), 63 C.P.R. (2d) 51 (F.C.T.D.)—In seeking injunctive relief, plaintiff must come to court with clean hands—Defendant having sued plaintiffs in Ontario Court

## INJUNCTIONS—Concluded

(General Division) for specific performance of franchise agreement and other relief—Question whether franchise agreement still in effect is determinative of plaintiffs' right to injunction—Serious issue is whether specific performance action will succeed—Renewal issue will come into play if action succeeds—Plaintiffs' position that renewals unavailable—Defendant submits plaintiffs want out of real estate business and if interlocutory injunction granted, plaintiffs benefitting from breach of contract—*Status quo* should be maintained—Application denied if defendant pays into trust account share of income provided for in franchise agreement.

CANADA TRUSTCO MORTGAGE CO. v. HURON SHORES REAL ESTATE INC. (T-1909-94, McKeown J., order dated 6/10/94, 7 pp.)

## JUDICIAL REVIEW

### PREROGATIVE WRITS

#### *Certiorari*

Application to quash CHRT decisions, declaration Tribunal *functus officio*—Respondent, Grover, scientist from India—Associate Research Professor in optics at NRC—Having international reputation—Complained of discrimination, contrary to Canadian Human Rights Act, s. 7 on grounds of race, colour, national origin—Says denied managerial, promotional opportunities, research responsibilities—Tribunal finding in Grover's favour, issuing remedial order—NRC ordered, *inter alia*, to appoint Grover to appropriate position—Issue before Court arising from implementation of above-mentioned part of order—Board having ordered if appointment resisted, Board retaining jurisdiction to hear further evidence—NRC appointed Grover to position as Group Head but respondent not content—NRC maintaining order complied with and Board lacking jurisdiction to reconsider—Tribunal meeting privately with each party without counsel in attempt to resolve conflicts—Tribunal then meeting with parties, counsel—Differences not resolved—Tribunal issuing Notice of Resumption of Hearing—NRC challenging jurisdiction on basis Tribunal *functus officio*—Motion denied—Tribunal ruling NRC either estopped or acting in bad faith since neither side having previously taken position would raise *functus officio* if informal process not resolving issues to their liking—Tribunal fully considering NRC's arguments as to jurisdiction, *functus officio*—Relying on power for general remedial action given by CHRA—Concluding Grover's appointment inappropriate—Clarifying what it meant by an appropriate position—AG arguing (1) Tribunal *functus officio*; (2) breached natural justice by acting as trier of fact, witness; (3) decision Grover was appointed to inappropriate position void for error of law and or fact—Argued only conciliator could meet privately with parties, receive *ex parte* information and such conduct incompatible with role of quasi-judicial Tribunal—Argued that whether parties consented irrelevant to jurisdiction issue—Argued that Tribunal Chairman got upset when *functus* issue raised, made derogatory remarks regarding lawyer for NRC—Reasonable apprehension of bias eliminated chance of fair hearing—Argued that Tribunal lacks power to remain seized once order made, enforcement being

**JUDICIAL REVIEW—Concluded**

entrusted to Federal Court—Tribunal arguing original order not its final mind as NRC then undergoing restructuring—Argued that Tribunal must have power to clarify own remedial orders to discharge mandate of making discrimination victims whole—Respondents argue Chairman not testifying from bench, fair hearing not denied—Act not expressly providing for reopening of inquiry but Act, s. 53(2) giving Tribunal wide remedial powers—Human Rights legislation to be liberally interpreted: *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84—Monetary compensation but one of remedial options—Integration into workplace inherently difficult to implement—Necessity for supervision—Desirable that Tribunal provide guidelines—As Act compels award of effective remedies, Tribunal requiring ability to ensure orders effectively implemented—S. 53(2) to be interpreted as including power to reserve jurisdiction as denial would defeat legislation's remedial purpose—Mandate frustrated had complainant to seek enforcement by Federal Court—*Murphy v. Canada (Adjudicator, Labour Code)*, [1994] 1 F.C. 710 (C.A.), holding adjudicator under Canada Labour Code may retain jurisdiction over remedial issues—Only test for *functus officio* whether Adjudicator having finally determined complaint—Tribunal herein not having finally disposed of complaint, anticipating NRC might resist implementation of order—Lack of detail in order although Grover's research highly technical, suggesting Tribunal intending parties would work out particulars of position—Even if Tribunal erred in relying on consent of parties, that was but one consideration in Tribunal's review of law on *functus officio*—Tribunal's private meetings with parties unusual and could lead to bias allegation but conciliation efforts herein do not justify quashing decision—Tribunal subject to less rigorous procedure standards than Court—Fairness of proceedings not compromised by Tribunal's conciliation efforts—No error of law by Tribunal in concluding *functus officio* principle inapplicable—Chairman's comments regarding counsel's conduct not resulting in denial of fair hearing—Applications dismissed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 53(2)—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. GROVER (T-1945-93, T-775-94, Cullen J., order dated 4/7/94, 24 pp.)

**MARITIME LAW****PRACTICE**

Motion by corporate defendants to set aside arrest of vessel *Looiersgracht* or to set security for release of vessel arrested—*Prima facie* claim against the *Looiersgracht* for damage to cargo—Whether security to be posted should include security for alleged damage to cargo carried on five other vessels—Whether ownership of vessels sufficient to bring all or any of them within Federal Court Act, s. 43(8)—Lloyd's Register of Shipping showing defendant Spliethoff's as manager of each vessel—Spliethoff's having minority interest in each defendant vessels—Defendants refuting sistership allegation—Plaintiffs urging beneficial ownership approach—Arrest, sistership provisions to be liberally interpreted—That Spliethoff's would receive remuneration for managing vessels not equal to owner-

**MARITIME LAW—Concluded**

ship interest required by s. 43(8)—Onus of establishing beneficial ownership not met by plaintiffs—9 Wigmore, Evidence § 2486 (Chadbourn rev. 1981) dealing with burden of proof, in context of risk of non-persuasion, where facts peculiarly within party's knowledge—Defendants dealing with risk of non-persuasion by filing material to explain ownership of vessels—Spliethoff's ownership not enough to come within s. 43(8)—Canadian sistership provisions requiring common complete ownership of both vessels by same owner(s)—Plaintiffs entitled only to security arising out of cargo alleged to be damaged while being carried by *Looiersgracht*—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 43(8) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 12).

SSANGYONG AUSTRALIA PTY LTD. V. LOOIERSGRACHT (THE) (T-2166-94, Hargrave P., order dated 19/10/94, 10 pp.)

**PAROLE**

Application for judicial review of National Parole Board's decision revoking applicant's statutory release—Applicant 33-year-old homosexual paedophile serving seven-year sentence for sexual offences against young boys—Statutory release subject to conditions: participate in psychiatric counselling, not be alone with person aged 16 or under—Applicant attending two sessions with psychiatrist while out on statutory release before psychiatrist refusing to treat him because of personality problems, hostility, lack of co-operativeness—Parole officer learning of incidents where applicant alone with two young boys—Release suspended—Board reviewing matter and deciding to revoke statutory release—Holding "requirement for psychiatric treatment . . . not actioned" and risks increased due to "non-implementation of the condition of psychiatric treatment"—Applicant contending Board basing decision on erroneous finding of fact made in perverse or capricious manner or without regard to material before it under Federal Court Act, s. 18.1(4)—Arguing because applicant incarcerated when Board's decision made, and not having opportunity to comply with condition relating to psychiatric treatment, Board not considering applicant's reincarceration and applicant's willingness to attend for counselling with another psychiatrist—Application dismissed—Board of view applicant in breach of condition of statutory release and such breach increasing risk to society of applicant re-offending—Within its mandate under s. 135(5) to revoke statutory release—Respondent submitting Court should exercise discretion not to judicially review Board's decision in view of availability of statutory right of appeal to Appeal Division of National Parole Board under Corrections and Conditional Release Act, s. 147—As not raised until after judicial review argued on merits, judicial review decided on basis of substantive arguments—In subsequent cases, counsel should consider appropriateness of appeal to Appeal Division of National Parole Board before seeking judicial review in this Court—In *Morgan v. National Parole Board*, [1982] 2 F.C. 648, Court of Appeal holding re-examination by other members of Board under then Regulations, s. 22, not substitute for *certiorari*—S. 147 apparently broader than former Regulation, and *Morgan* may no longer apply—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss.

**PAROLE—Concluded**

127, 135, 147—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4) (as enacted by S.C., 1990, c. 8, s. 5).

AIRD V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-2969-93, Rothstein J., order dated 19/9/94, 11 pp.)

**PATENTS****INFRINGEMENT**

Appeal, cross-appeal from T.D. decision reported *sub nom. Nekoosa Packaging Corp. v. AMCA International Ltd.* at (1989), 27 C.P.R. (3d) 153, manufacture, sale of respondents' tree harvester not infringing appellants' patent—Patent for self-propelled, articulated vehicle able to harvest, process trees in limited area from stationary position—Whether claim 1 of patent embodies machine producing debarked wood chips as end product or, as appellants say, harvester capable of producing various products including logs, chips—Judge held patent valid, monopoly restricted to harvester processing wood chips—Respondents' harvester found capable only of reducing trees to logs—Disclosure outlines nature of invention, scope of monopoly defined by "claims"—Trial Judge finding certain words of claims vague, ambiguous—Relying on disclosure, expert testimony—Finding inventor's wish for meaning of claims "covetous"—Use of word "covetous" unfortunate as suggesting Claim 1 broader than invention described—Judge effectively rewriting claim in concluding invention machine capable only of producing wood chips—In that case, Claim 1 should have been held invalid—Court may not redraft claims—Judge's terminology revealing practical difficulty in isolating theoretically separate tasks of construing claim, determining validity—Appellants argue word "processing" general term, neither vague nor ambiguous—Appellants (1) question qualifications of so-called experts; (2) argue Judge erred in referring to disclosure as to do so unnecessary; (3) submit interpretation of Claim 1 unreasonable—Appellate Court not to interfere with Judge's findings on expert evidence absent palpable, overriding error—Experts for both sides having given opinion evidence on ultimate patent construction issue—Growing tendency of courts to entertain expert evidence on ultimate issues open to criticism—Judge having recognized ultimate task of construing patent his alone—Evidence of professional engineer having mostly managerial experience of limited value—Reference to book by H. G. Fox as to qualifications of expert witnesses and necessity for their having "special knowledge of the art concerned"—Evidence of those lacking design experience accorded little weight—Evidence of appellants' experts considered—Even inventor's testimony as to what invention was inadmissible for patent construction—Extrinsic evidence inadmissible—No overriding error by Judge as to expert evidence—Patent construction to be approached "with a judicial anxiety to support a really useful invention": *per* Sir George Jessel in *Hinks & Son v. Safety Lighting Company* (1876), 4 Ch. D. 607—Often unsafe to conclude term plain, unambiguous without careful review of specification—Specification clearly equates "processing" with converting tree into wood chips—Argument disclosure contemplated machine producing "raw material for pulp" rejected

**PATENTS—Continued**

—Appeal, cross-appeal dismissed but appellants on cross-appeal entitled to costs—Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4.

NEKOOSA PACKAGING CORP. V. UNITED DOMINION INDUSTRIES LTD. (A-540-89, Robertson J.A., judgment dated 7/7/94, 19 pp.)

**PRACTICE**

Application to file affidavit in reply, and to extend times fixed for cross-examination upon affidavits—Bayer seeking to prohibit issuance of notice of compliance to Apotex—Apotex' evidence contained in affidavits of Dr. McClelland based upon his opinion patent in issue only claiming two independent claims pertaining to "Cyproflaxin", each of which final step for producing "Cyproflaxin"—McClelland of opinion steps preliminary to final process irrelevant to infringement issue—Bayer's evidence, filed in August 1994, considering all steps in process—McClelland seeking to reply to this evidence—Proceedings under R. 704, concerned with expungement proceedings distinguished—Court having discretion to permit filing affidavits in reply, notwithstanding absence of express provision therefor in Federal Court Rules, Part V.1, where in interests of justice, assisting Court, not seriously prejudicing other party—Significance of steps prior to final step in Apotex' process only apparent as of filing of Bayer's expert affidavits in August 1994—Ordinarily, under Part V.1 Rules, Bayer's evidence in support of application would have been filed with its record before respondent expected to reply—While process varied under present Regulations, general principle party seeking relief should provide evidence first, significant to whether Apotex should be permitted to file affidavit in reply—Would not be allowing Apotex to "split its case" as case not considered until matter heard—Must ensure fair opportunities for both parties to adduce affidavit evidence on issues as perceives them and to respond to other issues advanced by other party—If evidence of experts on both sides of issue available at hearing of matter, filing of affidavit in reply serving interests of justice between parties and necessary for Court to determine issue—Would not further delay hearing of application—Application allowed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 704 (as am. by SOR/79-57, s. 16; SOR/92-726, s. 9), Part V.1 (as enacted by SOR/92-43, s. 19; SOR/94-41, ss. 14, 15, 16, 17).

BAYER AG V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1192-93, MacKay J., order dated 20/10/94, 5 pp.)

Nu-Pharm Inc., second person, filing, serving submission for notice of compliance in respect of "loratadine", antihistamine, including notice of allegations containing legal, factual basis therefor in accordance with Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5—Schering commencing proceedings by way of application, with supporting affidavits, for order prohibiting Minister from issuing notice of compliance to Nu-Pharm until after expiration of patents—Federal Court Rules, Part V.1 applicable to proceedings under Regulations—Nu-Pharm not filing affidavits within 30 days from service of application as required by R. 1603(3)—Schering perfecting application for prohibition by filing, serving application record—Nu-Pharm denied extension of time to file, serve affidavit



**PATENTS—Concluded**

evidence—Nu-Pharm filing, serving almost identical second notice of allegations; Schering commencing second prohibition application—Schering arguing Regulations contemplate only one notice of allegations—Regulations not expressly stating how many notices of allegations second person may file, but do recognize amendments thereto may be necessary to take account of new information after original notice of allegations filed—No new information herein—Regulations providing summary procedure for determining whether second person should be prohibited from obtaining notice of compliance for product—If first person failing to file, serve application for prohibition within 45 days of service of notice of allegations, Minister may issue notice of compliance to second person after expiration of 45-day period—No provision for extension of time to file application for prohibition—Unfair to allow second person to circumvent refusal of extension of time to file evidence by serving new notice of allegations when not open to first person to regain same opportunity because cannot file new application for prohibition order—Secondly, as second notice of allegations giving rise to same application for prohibition, evidence as filed in response to first notice of allegations, once first application for prohibition adjudicated, matter will have been decided on merits, rendering prohibition application *res judicata*—Regulations not contemplating multiple notices of allegations setting forth same allegations to circumvent time limits in Rules of Court—Court not required to make decision in second allegation—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5, 6—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1603 (as enacted by SOR/92-43, s. 19; SOR/94-41, s. 15), 1606 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2 s. 4).

SCHERING CANADA INC. v. NU-PHARM INC. (T-2274-93, Rothstein J., order dated 22/9/94, 10 pp.)

Appeal from Trial Division decision (T-1037-93, Noël J., judgment dated 21/6/94, not yet reported) refusing to strike out defendant/appellant as personal defendant—Action for alleged patent infringement—Plaintiffs before Motions Judge having no other evidence, knowing of no facts to engage personal liability of Painblanc beyond position as controlling shareholder, managing director of company—Motions Judge erring in law, proceeding upon wrong principle in giving plaintiffs chance to learn further facts and obtain more evidence implicating Painblanc personally during examination for discovery—Action at law no fishing expedition—Plaintiff starting proceedings in hope something will turn up abuses Court's process—Appeal allowed.

KASTNER v. PAINBLANC (A-39-94, Hugessen J.A., judgment dated 9/11/94, 3 pp.)

**PENSIONS**

Application for judicial review of Review Tribunal's decision respondent eligible for old age security benefits—Respondent obtaining Canadian citizenship in 1980, returning to India in April, 1980 to set up mobile eye clinic—Remaining outside Canada until 1989—Under Regulations, absences while engaged as missionary with any religious group or organiza-

**PENSIONS—Concluded**

tion or as employee, member or officer of international organization, deemed not to have interrupted residence in Canada, if returning to Canada within six months of end of employment—Old age security pension application denied for failure to meet residency requirements—Review Tribunal allowing appeal—Holding because of ambiguity of regulations regarding missionaries, international charitable organizations, respondent entitled to benefit of doubt—Deeming respondent resident during absences—Application allowed—Review Tribunal must determine if respondent proving within deemed residency provisions and provide facts on which decision based—Review Tribunal must interpret two provisions, determine scope, applicability to case before it—Failure to do so error in jurisdiction—Old Age Security Regulations, C.R.C., c. 1246, s. 21(4),(5)(b)(vi),(ix).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PABLA (T-2321-93, Rouleau J., judgment dated 15/11/94, 4 pp.)

**PRACTICE****PLEADINGS***Motion to Strike*

Plaintiff's motion for summary judgment pursuant to RR. 432.1 to 432.7, memorandum of fact, affidavit in support—Motion denied—R. 419 applying only to actions, not applications—Purpose thereof to strike out any pleadings in course of action—Cannot strike notice of motion (not pleading), but must argue against motion at hearing: *Byer v. Canada (Department of External Affairs)*, [1987] F.C.J. No. 323 (T.D.) (QL); *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.*, [1994] F.C.J. No. 739 (T.D.) (QL); *Pharmacia Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1994] F.C.J. No. 1312 (T.D.) (QL)—Usually attack motion by appearing in Court on date set for hearing and presenting arguments as to why motion without merit and should be denied—Defendants alleging motion not complying with Federal Court Rules, abuse of process, depriving defendants of legitimate right to reply to motion in informed manner—Listing nine separate grounds vitiating plaintiff's motion, claiming motion should be struck now, without waiting for January hearing—Although judge hearing plaintiff's motion may decide to dismiss motion for lack of merit, Federal Court Rules not providing for pre-emptive attack on motion to be heard at later date—Allowing such motions likely to generate plethora of motions attacking one another—New summary judgment Rules (432.1 and following) not providing for preliminary motion by defendants to attack plaintiff's motion—Federal Court Rules, C.R.C., c. 664, RR. 419, 432.1 to 432.7 (as enacted by SOR/94-41, s. 5).

GRANVILLE SHIPPING CO. v. PEGASUS LINES LTD., S.A. (T-293-91, Dubé J., order dated 26/10/94, 4 pp.)

Plaintiff employed as Assistant Deputy Minister, Corporate Management Branch when series of discussions with then Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise, leading to creation of position for him as Special Advisor to Deputy Minister pursuant to deployment agreement, effective September 21, 1992—Declared surplus April 5, 1993 and

**PRACTICE—Concluded**

employment terminated October 4, 1993—Statement of claim, paragraph 17 alleging misrepresentation of material elements of deployment agreement upon which plaintiff relied to his detriment—Paragraph 18 alleging breach of contract (deployment agreement)—Paragraph 19 alleging termination of employment—Motion dismissed—Motion dismissed—Preferable to proceed on basis of R. 401 when objection to Court's jurisdiction—Affidavit of relevant facts may be introduced in support of application pursuant to R. 401—Neither plain and obvious nor beyond doubt plaintiff's entire statement of claim should be struck for disclosing no reasonable cause of action—Plaintiff pleading sufficient facts to support claim of negligent misrepresentation, breach of contract—Since Crown can be sued, found liable both in tort and contract, and Court having jurisdiction to hear such claims, paragraphs 17, 18 should not be struck on ground of jurisdiction—As usual relationship in federal Public Service employment at-will relationship with statutory overlay, no contract of employment *per se*, no implied notice obligations, Court cannot grant reinstatement—Statutory scheme for review of employment-related matters—Paragraph 19 therefore struck—Claim against Pierre Gravelle, Q.C. personally not requiring existing body of federal law for disposition—Based on alleged misrepresentations, breach of contract, both of which must be determined according to common law—As Court lacking jurisdiction over this defendant, action as against him dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 401, 419.

BANERD V. DEPUTY M.N.R. (T-1934-94, Richard J., order dated 7/11/94, 9 pp.)

Appeal from Trial Division decision (T-2291-93, Muldoon J., order dated 25/8/94, not yet reported) dismissing appellants' motion for order striking out notice of allegation filed under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(1)(b)—Although playing important role in ultimate outcome of litigation, notice of allegation not document subject to judicial review application under Regulations, s. 6—Being document filed by appellants with Minister, not with Court, notice of allegation beyond reach of Court's jurisdiction in judicial review proceeding—Court lacking jurisdiction to strike out notice of allegation—Disposition of appeal to await oral argument on remaining issue—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5(1)(b), 6.

PHARMACIA INC. V. DAVID BULL LABORATORIES (CANADA) INC. (A-410-94, Stone J.A., judgment dated 19/10/94, 4 pp.)

**PUBLIC SERVICE****JURISDICTION**

Application for judicial review of PSSRB decision Board lacking jurisdiction under PSSRA, s. 23 to hear complaint Board's previous decision not complied with by Treasury Board—Applicant making reference to Board under Act, s. 99 as to whether employer obligated to collect increase in membership dues in accordance with terms of applicable collective agreement—Employer ordered to comply with obligation—Unable to recover increase in dues from employees who had

**PUBLIC SERVICE—Continued**

resigned, retired, transferred out of Public Service—Board invoking lack of jurisdiction to hear complaint as s. 23(1)(c) limited to enforcement of decisions by adjudicators, not those of Board—S. 99 decision of September 8, 1992 decision of Board, not that of adjudicator—Board's decision unassailable—S. 99 not incorporating provision relating to "enforcement"—Allowing employer, union to refer matter to Board where obligation not enforceable through employee grievance—Parliament's failure to make express provision for right of enforcement with respect to s. 99 decisions not necessarily gap in legislation—Application dismissed—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 23(1)(c), 99 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 72).

PROFESSIONAL INSTITUTE OF THE PUBLIC SERVICE OF CANADA V. CANADA (TREASURY BOARD) (A-683-93, Robertson J.A., judgment dated 20/10/94, 6 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Application to set aside Adjudicator's decision with respect to grievances alleging right to be compensated for overtime worked—Respondents paid double time from 8 p.m. to midnight, time and a half from midnight to 2 a.m., double time from 2 a.m. to 7:45 a.m., straight time from 7:45 a.m. to 11 a.m.—Adjudicator ruling correctly paid time and a half for hours between midnight and 2 a.m. because collective agreement providing first two hours of overtime worked on regular workday to be paid at time and a half, but should have been paid double time between 7:45 a.m. and 11 a.m. as hours worked in excess of ten hours in continuous period of work—Respondents arguing Public Service Staff Relations Act, s. 101, privative clause protecting adjudicator's decision from judicial review, as long as decision within jurisdiction—Application dismissed—S. 101 applied although repealed on June 1, 1993, as facts of case, Board's decision, occurred while privative clause still in force—Standard of review patent unreasonableness—S.C.C. developing spectrum, ranging from standard of reasonableness to that of correctness in conjunction with judicial deference in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, most recent case on standard of review for decision of administrative tribunal—Cases where tribunal protected by true privative clause, deciding matter within jurisdiction, no statutory right of appeal, at reasonableness end of spectrum, where deference at highest—Cases where interpretation of provision limiting tribunal's jurisdiction (jurisdictional error), or statutory right of appeal allowing reviewing court to substitute its opinion for that of tribunal, tribunal having no greater expertise than court on issue (i.e. human rights) at correctness end of spectrum, where deference at lowest—Act herein containing privative clause, adjudicator determining matter within jurisdiction since involving interpretation of collective agreement, no statutory right of appeal—Case in labour relations context, where courts typically showing considerable deference—*Jones v. Canada (Treasury Board)*, [1994] 2 F.C. 393 (T.D.), noting significant deference should be accorded to decisions of PSSRB, particularly to adjudicators interpreting collective agreement—Although Adjudicator erred in ignoring definition of "overtime" in collective agreement, decision not patently unreasonable—Determined entitled to double pay between 7:45 a.m. and 11 a.m. notwithstanding regularly scheduled hours in that

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

respondents worked more than 10 hours in continuous period of work (article 15.09(b)—Focussed on use of “continuous period of work” to determine respondents entitled to rate of pay set by article 15.09(b) for those hours between 6 a.m. and 11 a.m., concluding even if continuous ten-hour period of work “overlapped” otherwise regularly scheduled work, respondents entitled to beneficial provisions of article 15.09—Even though adjudicator wrongly applied article 15.09 when ignored definition of “overtime”, decision within jurisdiction, not clearly irrational—No loss of jurisdiction (*Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941)—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 92, 101.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. HENNEBERRY (T-1301-93, Pinard J., order dated 28/10/94, 7 pp.)

**TRADE MARKS****PRACTICE**

Motion to strike statement of claim on ground disclosing no reasonable cause of action, abuse of process—Statement of claim seeking declaration trademark “Riviera,” owned by defendant, abandoned and order pursuant to Trade-marks Act, s. 57 expunging registration—Defendant arguing plaintiff estopped from raising issue as *res judicata* since required in 1982 and 1991 to furnish evidence under Act, s. 45 of use of “Riviera” trademark in Canada—Since proceedings under s. 45 referring to previous years, present action independent of any prior proceedings under s. 45; not questioning any prior decision of registrar—Defendant also arguing statement of claim not in accordance with s. 58 as only seeking expungement of trademark; not claiming additional relief—Under s. 58, application under s. 57 must be made by way of originating notice of motion, not by statement of claim, unless action claiming additional relief under Act—Defendant arguing declaration “Riviera” trademark abandoned not additional relief referred to in s. 58, therefore statement of claim should be struck out—Statement of claim validly claiming two distinct forms of relief, i.e. declaration of abandonment and order pursuant to s. 57 expunging trademark “Riviera” whereas s. 45 proceedings only providing registrar with procedure for clearing registry of registrations where no real claim made by registered owner trademark not abandoned—Nature of s. 45 proceedings and type of evidence allowed therein not allowing Registrar to decide whether registered trademark abandoned within s. 18(1)(c) or whether trademark in fact used in Canada: *Noxzema Chemical Co. of Canada Ltd. v. Sheran Manufacturing Ltd. et al.*, [1968] 2 Ex. C.R. 446; *Mereditth & Finlayson v. Canada (Registrar of Trade Marks)* (1992), 43 C.P.R. (3d) 473 (F.C.T.D.)—Statement of claim complying with requirements of s. 58—Application dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 18(1)(c), 45, 57, 58—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

BAUME & MERCIER S.A. V. CIRCLE IMPORTS LTD. (T-2010-94, Denault J., order dated 14/11/94, 3 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Application for judicial review of Tax Court of Canada decision—Issue whether applicant held insurable employment when worked in Peru as cooperant from April 1, 1985 to July 31, 1987—Applicant Canadian citizen of Peruvian origin ordinarily resident in Canada—From November 1984 onwards taught at Universidad Nacional Mayor San Marcos in Lima with grant from World University Service Canada—University subsequently submitted cooperation project to Centre canadien d'études et de coopération internationale (CECI), with which applicant signed contract lasting two years—CECI covered *inter alia* applicant's salary as teacher of medicine—Contract to end on March 30, 1987 but extended to July 31, 1987—Section 11 of Unemployment Insurance Regulations includes in insurable employment employment held outside Canada which meets certain requirements—Question as to interpretation of words “where that person . . . is employed outside Canada . . . by an employer who is resident . . . in Canada”—In Quebec civil law, tripartite agreement signed by CECI, university and applicant most closely resembles stipulation for another—CECI paid applicant sums of money listed in contract directly—Required that University observe agreement signed between that institution and applicant dealing with work of research, education and social extrapolation—Teaching contract signed between applicant and University only incidental to contract signed between CECI, applicant and University—Teaching contract could not have existed without support contract—Applicant held employment in Peru as representative of CECI and as part of exercise in international cooperation—Held employment with CECI “outside Canada”—Application allowed—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 11.

ROJAS-VIGER V. MNR (A-306-93, Desjardins J.A., judgment dated 6/10/94, 12 pp.)

Respondent unable to work from May 10, 1991 as result of injuries—Applying for unemployment insurance benefits January 7, 1992—Benefits paid for fifteen weeks from January 5, 1992—Commission writing to respondent June 10, 1992 advising disentitled to benefits April 20, 1992, as receiving maximum number of weeks of benefit payable when unable to work due to injury, informing respondent of right to appeal within 30 days of receipt of letter—Benefits recommenced September 30, 1992 until January 2, 1993—No appeal of either disentitlement or reinstatement—By letter dated January 21, 1993 respondent disagreed with discontinuance of benefits, stating wished to “reappeal this situation”—Issue before Board of Referees length of benefit period as prescribed by s. 9(2)—After noting respondent available, looking for work from April 30 to September, 1992, allowing appeal—Umpire dismissing appeal—Application allowed—Board erred by answering question not before it on appeal—Umpire repeated, compounded Board's error by purporting to exercise authority did not have, by extending time for appealing Commission's decision respondent not entitled to benefits from April 20 to September 29, 1992—Interpreting respondent's letter of January 21, 1993 as application to extend time for appealing Commission's decision of June 10—Letter not bearing that construction—Unemployment Insurance Act, s. 79(1) providing authority to extend time for appeal vested in Commission, not

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—**  
**Concluded**

in Board or Umpire—Unemployment Insurance Act, R.S.C.,  
1985, c. U-1, s. 9 (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 7).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. DYSON (A-16-94, Isaac  
C.J., judgment dated 3/11/94, 5 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résumant les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## ACCÈS À L'INFORMATION

Demande de révision de décisions de donner communication de certains renseignements concernant la requérante—La requérante a présenté une proposition pour la construction d'un raccordement permanent entre l'Î.-P.-É. et le Nouveau-Brunswick—La proposition contenait des renseignements concernant des solutions de rechange—Le préambule de chaque volume en établissait le caractère confidentiel—Le litige portait en outre sur un rapport d'évaluation préparé par un consultant concernant la solution relative au tunnel proposée par la requérante—La proposition n'a pas été acceptée—Le Ministère a reçu deux demandes distinctes de communication de renseignements concernant (1) les raisons pour lesquelles on a rejeté le concept d'un tunnel au profit d'une proposition de pont; (2) les données présentées par les consortiums quant au pont—La requérante s'est opposée par écrit à la divulgation en se fondant sur les art. 20(1) et 27(1) de la Loi sur l'accès à l'information—TPC a décidé de donner communication des renseignements—La demande de révision faite en vertu de l'art. 44 relativement à la deuxième demande de communication de renseignements n'a pas été présentée dans le délai prescrit—L'avis de requête modifié et l'affidavit supplémentaire ont été déposés 15 mois après l'avis d'intention de donner communication des renseignements relativement à la première demande—L'avis de requête amendé intègre la révision de la décision portant sur la divulgation de la proposition en plus de la décision de donner communication des renseignements concernant les raisons pour lesquelles le concept d'un tunnel a été rejeté—L'avis de requête amendé vise à obtenir le même redressement que l'avis initial—La requérante n'a pas demandé l'autorisation de rectifier l'avis de requête initial—L'intimé n'a pas contesté la modification avant l'audience—L'avis de requête a-t-il été présenté à temps?—Les renseignements sont-ils protégés par une dispense de divulgation?—L'objet de la Loi sur l'accès à l'information est de donner accès à des renseignements, sauf dans des cas d'exception bien établis, dans un temps raisonnable—Les formalités relatives au traitement des objections doivent viser à fournir un délai raisonnable, mais limité, au tiers afin qu'il puisse présenter son opposition et que celle-ci soit étudiée avant qu'une décision finale ne soit rendue à l'égard de la divulgation—Pour respecter l'objet principal de la Loi, il faut appliquer strictement le délai prescrit par l'art. 44(1)—Le tribunal n'a pas le pouvoir discrétionnaire de prolonger la période prévue pour le dépôt d'une demande ou de prendre en considération une demande

## ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

déposée en retard, sauf dans des cas exceptionnels—Étant donné qu'aucune demande de prorogation ni aucun argument soutenant qu'il s'agit d'un cas exceptionnel n'ont été présentés, la demande tardive est rejetée—La Règle 303 des Règles de la Cour fédérale jette les fondements qui permettent à la Cour, lorsqu'il est indiqué de le faire, d'accueillir la rectification de demandes—L'absence de dispositions, dans la Loi, visant la prorogation du délai qui régit le dépôt d'une demande de révision en vertu de l'art. 44(1) n'empêche pas la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire en vue de permettre l'une ou l'autre mesure, sur demande, lorsqu'il est jugé nécessaire de le faire en vue de l'application de cette Loi—Si elle s'appuie sur la Règle 5, la Cour pourrait accorder une prolongation du délai, par analogie avec une mesure qu'elle a le droit de prendre à l'égard d'une demande normale de contrôle judiciaire visée à l'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale et à la Règle 1614—De même, lorsqu'il est indiqué de le faire, la Cour peut accueillir l'amendement d'une demande initiale présentée conformément à l'art. 44(1) par analogie avec les dispositions énoncées aux Règles 424 et 427—Il ne convient pas d'accepter l'amendement de l'avis de requête en vue de prendre une décision de réviser ou non la communication de la proposition puisqu'aucune explication n'a été fournie afin de justifier le dépôt tardif de la demande amendée et qu'aucun argument n'a établi le caractère exceptionnel de l'espèce—Au cas où la Cour serait dûment saisie, par la demande amendée, de la décision de divulguer les renseignements, la Cour a examiné la question de fond—La proposition et le rapport d'évaluation contiennent des «renseignements financiers, commerciaux, scientifiques et techniques» qui ont été traités de façon constante comme des renseignements de nature confidentielle par la requérante et par son auteur, respectivement—Application du critère déterminant des renseignements de nature confidentielle au sens de l'art. 20(1)b) établi dans *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 F.T.R. 194 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—La Cour n'était pas convaincue que toutes les informations contenues dans la proposition étaient disponibles seulement du requérant—Certains des renseignements sont confidentiels puisqu'ils ne pourraient être obtenus d'autres sources qui sont accessibles pour le public, alors que d'autres pourraient l'être—Le rapport et la proposition ne sont pas dispensés de l'obligation de communication en vertu de l'art. 20(1)c) ou d)—En affirmant simplement par affidavit que la divulgation entraînerait sans aucun doute des pertes et dommages financiers apprê-

## ACCÈS À L'INFORMATION—Fin

ciaibles ou qu'elle entraverait sans aucun doute des négociations menées en vue de contrats ou à d'autres fins dans le cadre de projets futurs, sans aucune autre explication, la requérante ne prouve pas l'existence de motifs établissant qu'elle a une attente raisonnable d'un préjudice probable selon le critère énoncé dans *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1988] 1 C.F. 47 (C.A.)—Selon l'art. 25 de la Loi, l'intimé est tenu de communiquer les parties de la proposition dépourvues des renseignements décrits dans l'art. 20(1)b), à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux—On ne devrait tenter de prélever des parties dispensées ou non seulement lorsque le résultat répond raisonnablement aux objectifs de la Loi—Lorsque le prélèvement entraîne la publication d'une petite partie des renseignements et la divulgation d'informations qu'il serait possible d'obtenir d'autres sources publiques, ou lorsque les renseignements qui peuvent être publiés ne permettent pas d'accéder raisonnablement à la demande d'information du fait que certaines parties ne peuvent être communiquées, le prélèvement est jugé non raisonnable et par conséquent non requis par l'art. 25—Le volume 5, concernant le plan financier, semble avoir joui d'un traitement spécial par le requérant, particulièrement en raison de sa nature confidentielle—Mis à part les rapports annuels et financiers publiés des entreprises ouvertes, ce volume constitue des renseignements financiers confidentiels au sens de l'art. 20(1)b)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 2 (mod. par DORS/90-846, art. 1; DORS/92-43, art. 1), 5, 303, 421, 422, 424, 427—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 20(1)b),c),d), 25—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18.1(2) (édicte, *idem*, art. 5), 44, 46 (mod., *idem*, art. 14; 1992, ch. 1, art. 68).

SNC-LAVALIN INC. C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (T-916-92, T-1133-92, juge MacKay, ordonnance en date du 29-6-94, 26 p.)

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt—La question en litige est de savoir si la requérante occupait un emploi assurable lorsqu'elle a travaillé à titre de coopérante, au Pérou, du 1<sup>er</sup> avril 1985 au 31 juillet 1987—La requérante est une citoyenne canadienne d'origine péruvienne qui réside normalement au Canada—À compter de novembre 1984, elle a enseigné à l'Université nationale majeure San Marcos à Lima avec une subvention de l'Entraide universitaire mondiale du Canada—Par la suite, l'Université a présenté un projet de coopération auprès du Centre canadien d'études et de coopération internationale (CECI) avec lequel la requérante a signé un contrat d'une durée de deux ans—Le CECI couvrait entre autres le salaire de la requérante engagée à titre de professeur de médecine—Le contrat devait se terminer le 30 mars 1987 mais il a été prolongé jusqu'au 31 juillet 1987—L'art. 11 du Règlement sur l'assurance-chômage inclut dans les emplois assurables les emplois exercés hors du Canada qui satisfont à certains critères—Il s'agit d'interpréter les mots «si

## ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

cette personne ... est employée hors du Canada ... par un employeur qui réside ... au Canada»—En droit civil québécois, l'entente tripartite signée par le CECI, l'Université et la requérante s'apparente à une stipulation pour autrui—Le CECI versait directement à la requérante les sommes d'argent énumérées au contrat—Il exigeait que l'Université respecte l'entente signée entre cette institution et la requérante et qui portait sur les tâches de recherche, d'éducation et de projection sociale—Le contrat d'enseignement signé entre la requérante et l'Université n'était que l'accessoire du contrat signé entre le CECI, la requérante et l'Université—Le contrat d'enseignement n'aurait pu exister sans le contrat de soutien—C'est sous la bannière du CECI et sous le thème de la coopération internationale que la requérante exerçait cet emploi au Pérou—Elle exerçait un emploi «hors du Canada» pour le compte du CECI—Demande accueillie—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 11.

ROJAS-VIGER C. M.R.N. (A-306-93, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 6-10-94, 12 p.)

L'intimé a été incapable de travailler à partir du 10 mai 1991 par suite de blessures—Il a présenté une demande de prestations d'assurance-chômage le 7 janvier 1992—Admissibilité de 15 semaines aux prestations à compter du 5 janvier 1992—La Commission a écrit à l'intimé le 10 juin 1992 pour l'informer qu'il n'avait plus droit aux prestations à compter du 20 avril 1992, étant donné qu'il avait reçu le nombre maximum de semaines de prestations payables pour une incapacité à travailler en raison de blessures, et qu'il avait le droit d'interjeter appel dans les 30 jours de la réception de la lettre—Des prestations ont été à nouveau versées du 30 septembre 1992 au 2 janvier 1993—Aucun appel interjeté quant à l'inadmissibilité ou à la réadmissibilité—Par lettre du 21 janvier 1993, l'intimé a fait savoir qu'il n'était pas d'accord avec l'interruption du versement des prestations, affirmant qu'il désirait porter à nouveau cette situation en appel—Devant le conseil, la question en litige portait sur la détermination de la longueur de la période de prestations en rapport avec l'art. 9(2)—Après avoir constaté que l'intimé était apte et disposé à travailler et qu'il avait cherché activement du travail entre le 30 avril et le 30 septembre 1992, le conseil a accueilli l'appel—Le juge-arbitre a rejeté l'appel—Demande accueillie—Le conseil a commis une erreur en répondant à une question qui ne lui était pas soumise en appel—Le juge-arbitre a répété et aggravé cette erreur en exerçant un pouvoir qu'il n'avait pas, soit en prorogeant le délai pour en appeler de la décision de la Commission selon laquelle l'intimé n'était pas admissible aux prestations du 20 avril au 29 septembre 1992—Il a interprété la lettre de l'intimé datée du 21 janvier 1993 comme une demande de prorogation du délai d'appel applicable à la décision rendue par la Commission le 10 juin—Il s'agit d'une interprétation que cette lettre ne justifie pas—L'art. 79(1) de la Loi sur l'assurance-chômage confère à la Commission, et non au conseil ou au juge-arbitre, le pouvoir de proroger le délai d'appel—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 9 (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 7).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. DYSON (A-16-94, juge en chef Isaac, jugement en date du 3-11-94, 5 p.)

## BREVETS

## CONTREFAÇON

Appel et appel incident interjetés à l'encontre d'une décision publiée rendue par la Section de première instance sous le nom de *Nekoosa Packaging Corp. c. AMCA International Ltd.* (1989), 27 C.P.R. (3d) 153, statuant que la confection et la vente des engins combinés de récolte d'arbres de la partie intimée ne contrevenait pas au brevet de la partie appelante—Le brevet décrit un engin automoteur, articulé, qui peut récolter et «façonner» des arbres sur une superficie limitée en demeurant stationnaire—La question est de savoir si la revendication 1 du brevet définit un engin qui produit des copeaux entièrement écorcés ou, comme le prétend la partie appelante, un engin combiné de récolte d'arbres capable de fabriquer différents produits, dont du bois rond et des copeaux—Le juge a conclu à la validité du brevet, mais le monopole est limité à l'engin des récoltes transformant les arbres en copeaux—L'engin combiné de récolte d'arbres de la partie intimée pouvait seulement servir à réduire les arbres en billes de bois rond—La divulgation fait état de la nature de l'invention, et la portée du monopole est définie au moyen de «revendications»—Le juge de première instance a jugé certaines expressions vagues et ambiguës—Il s'est appuyé sur la divulgation et sur les propos de témoins experts—Il a conclu que le désir de l'inventeur de donner un sens aux revendications participe de l'avidité—L'utilisation du terme «avidité» est malencontreuse puisqu'elle porte à croire que la revendication 1 est plus large que l'invention exposée dans la description—Le juge a en fait réécrit la revendication en concluant que l'invention visait un engin capable de produire seulement des copeaux—Dans ce cas, la revendication 1 aurait dû être déclarée invalide—Un tribunal ne peut rédiger à nouveau des revendications—L'utilisation de cette terminologie par le juge montre la difficulté d'isoler en pratique les tâches théoriquement distinctes que sont l'interprétation d'une revendication et l'établissement de sa validité—La partie appelante soutient que «façonnage» est un terme général qui n'est ni vague ni ambigu—La partie appelante (1) conteste les compétences de certains soi-disant experts; (2) soutient que le juge a commis une erreur en ayant recours à la divulgation puisqu'il était inutile de le faire; (3) soutient que l'interprétation de la revendication 1 est déraisonnable—Le tribunal d'appel ne doit pas s'ingérer dans les conclusions du juge à l'égard des témoignages d'experts, à moins qu'elles soient entachées par une erreur manifeste et dominante—Les experts des deux parties ont offert des témoignages d'opinion sur la question de l'interprétation du brevet—La tendance croissante qu'ont les tribunaux d'entendre des témoignages d'experts sur les questions en litige fait l'objet de critiques—Le juge a reconnu qu'il lui incombait à lui seul d'interpréter le brevet—Le témoignage d'un ingénieur de profession dont l'expérience se résume essentiellement à des fonctions de gestion possède une valeur limitée—Renvoi au livre écrit par H. G. Fox sur les compétences des témoins experts et la nécessité qu'ils possèdent «une connaissance spéciale de l'art en question»—Le témoignage de ceux qui n'ont aucune expérience de la conception se voient accorder qu'une très faible force probante—Les témoignages des experts de la partie appelante sont considérés—Même le témoignage de l'inventeur lui-même à l'égard de son invention est irrecevable aux fins de l'interprétation du brevet—Les éléments de preuve extrinsèques sont inadmissibles—Le juge n'a commis aucune erreur dominante quant aux témoignages des experts—On doit aborder l'inter-

## BREVETS—Suite

prétation du brevet «avec le souci judiciaire de confirmer une invention vraiment utile»: par Sir George Jessel dans *Hinks & Son v. Safety Lighting Company* (1876), 4 Ch. D. 607—Il est souvent risqué de conclure qu'un terme est simple et non ambigu sans examiner soigneusement le mémoire descriptif—Le mémoire descriptif établit clairement une équivalence entre le façonnage et la conversion d'un arbre en copeaux—L'argument suivant lequel la divulgation envisageait une machine qui produirait «des matières premières destinées à une usine de pâte» est rejeté—Appel et appel incident rejetés, mais la partie appelante dans l'appel incident a droit aux dépens—Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, ch. P-4.

NEKOOSA PACKAGING CORP. C. UNITED DOMINION INDUSTRIES LTD. (A-540-89, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 7-7-94, 19 p.)

## PRATIQUE

Demande de dépôt d'affidavit en réplique et de prorogation du délai fixé pour le contre-interrogatoire sur les affidavits—Bayer cherche à empêcher la délivrance d'un avis de conformité à Apotex—La preuve d'Apotex, contenue dans les affidavits souscrits par le docteur McClelland, est fondée sur l'opinion que le brevet en question fait uniquement l'objet de deux revendications indépendantes se rapportant à la «cyproflaxine», chacune de ces revendications constituant une étape finale pour la production de la «cyproflaxine»—McClelland est d'avis que les étapes préalables du procédé final sont sans rapport avec la question de la contrefaçon—Les éléments de preuve de Bayer, déposés en août 1994, tiennent compte de toutes les étapes du processus—McClelland cherche à répondre à cette preuve—Caractéristiques de la Règle 704 concernant la procédure de radiation—La Cour a le pouvoir discrétionnaire d'autoriser le dépôt des affidavits en réplique, nonobstant l'absence à cet égard d'une disposition expresse des Règles de la Cour fédérale, partie V.1, lorsque cela peut servir les intérêts de la justice, aider la Cour ou encore lorsqu'aucune atteinte grave n'est faite à l'autre partie—La portée des étapes précédant l'étape finale dans le procédé Apotex n'est apparue que lors du dépôt des affidavits de l'expert de Bayer en août 1994—Suivant la procédure ordinaire prévue à la partie V.1 des Règles, les éléments de preuve de Bayer à l'appui de sa demande auraient dû être déposés avec son dossier avant qu'une réplique de l'intimé soit envisagée—Bien que cette procédure ait été modifiée conformément au Règlement actuel, le principe général selon lequel il incombe à la partie qui cherche à obtenir un redressement de présenter sa preuve d'abord revêt une certaine importance lorsque l'on considère l'opportunité d'accorder ou non à Apotex la permission de faire le dépôt d'un affidavit en réplique—Une telle permission n'autoriserait pas une «multiplicité d'actions» de la part d'Apotex puisque l'affaire n'est pas examinée tant que la cause n'est pas instruite—On doit garantir aux deux parties des chances équitables de présenter des preuves par affidavit sur les questions en litige telles qu'elles les perçoivent et de répondre à d'autres questions soulevées par la partie opposée—Si les éléments de preuve fournis de part et d'autre par les experts sur la question en discussion sont disponibles à l'audition de cette affaire, le dépôt de l'affidavit de réplique sert la cause de la justice entre les deux parties et est nécessaire pour permettre à la Cour de se prononcer sur la question—Cela ne devrait pas

**BREVETS—Suite**

retarder davantage l'audition de la demande—La demande est accueillie—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) DORS/93-133—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 704 (mod. par DORS/79-57, art. 16; DORS/92-726, art. 9), partie V.1 (éditée par DORS/92-43, art. 19; DORS/94-41, art. 14, 15, 16, 17).

BAYER AG C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1192-93, juge MacKay, ordonnance en date du 20-10-94, 5 p.)

Nu-Pharm Inc., la seconde personne, a déposé et signifié une demande d'avis de conformité relativement à la drogue «Ioratadine», un antihistaminique, ainsi qu'un avis d'allégation fournissant un énoncé du droit et des faits sur lesquels se fondait la demande, conformément à l'art. 5 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Schering a présenté à la Cour une demande accompagnée des affidavits justificatifs visant à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à Nu-Pharm avant l'expiration des brevets—Les règles de la partie V.1 des Règles de la Cour fédérale s'appliquent aux procédures engagées en vertu du Règlement—Nu-Pharm n'a pas déposé ses affidavits dans les 30 jours qui ont suivi la date à laquelle elle a reçu signification de la demande comme l'exigeait la Règle 1603(3)—Schering a parachevé sa demande de prohibition en déposant et en signifiant son dossier—Nu-Pharm n'a pas obtenu une prorogation du délai de dépôt et de signification de sa preuve par affidavit—Nu-Pharm a déposé et signifié un second avis d'allégation presque identique; Schering a présenté une deuxième demande de prohibition—Schering affirme que le Règlement ne prévoit qu'un seul avis d'allégation—Le Règlement ne prévoit pas expressément le nombre d'avis d'allégation que la seconde personne peut déposer, mais il reconnaît qu'il peut être nécessaire de modifier l'avis pour tenir compte de nouveaux renseignements une fois que l'avis d'allégation original a été déposé—Il n'y avait pas de nouveaux renseignements en l'espèce—Le Règlement prévoit une procédure sommaire permettant de déterminer s'il y a lieu d'empêcher la seconde personne d'obtenir un avis de conformité pour son produit—Si la première personne omet de déposer et de signifier sa demande de prohibition dans les 45 jours qui suivent la date de la signification d'un avis d'allégation, le ministre peut délivrer un avis de conformité à la seconde personne après l'expiration de cette période de 45 jours—Aucune disposition ne permet de proroger le délai dans lequel une demande de prohibition doit être déposée—Il serait injuste de permettre à la seconde personne de contourner le refus de proroger le délai dans lequel les éléments de preuve doivent être déposés en signifiant un nouvel avis d'allégation alors qu'il est impossible à la première personne de déposer de nouveaux éléments de preuve parce qu'elle ne peut pas déposer une nouvelle demande d'ordonnance de prohibition—De plus, comme on a déposé relativement au second avis d'allégation une demande d'ordonnance de prohibition identique à celle présentée relativement au premier avis d'allégation ainsi que les mêmes éléments de preuve, une fois que la Cour se sera prononcée sur la première demande de prohibition, l'affaire aura été tranchée au fond et la demande d'ordonnance de prohibition deviendra chose jugée—Le Règlement ne permet pas de déposer plusieurs avis d'allégation comportant les mêmes allégations afin de contourner les délais prescrits dans les Règles de la Cour—

**BREVETS—Fin**

La Cour n'a pas à se prononcer sur le second avis d'allégation—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5, 6—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1603 (éditée par DORS/92-43, art. 19; DORS/94-41, art. 15), 1606 (éditée par DORS/92-43, art. 19)—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.2 (édité par L.C. 1993, ch. 2, art. 4).

SCHERING CANADA INC. C. NU-PHARM INC. (T-2274-93, juge Rothstein, ordonnance en date du 22-9-94, 11 p.)

Appel d'une décision (T-1037-93, juge Noël, jugement en date du 21-6-94, encore inédit) par laquelle la Section de première instance a refusé de rejeter l'action intentée contre le défendeur-appelant à titre de défendeur personnel—L'action concerne une allégation de violation de brevet—Il appert de la preuve dont le juge des requêtes a été saisi que les demandeurs n'avaient aucun autre élément de preuve et ne connaissaient aucun autre fait susceptible d'engager la responsabilité personnelle de Painblanc autrement qu'à titre d'actionnaire majoritaire et d'administrateur délégué de l'entreprise—Le juge des requêtes a commis une erreur de droit et s'est fondé sur un principe erroné en permettant aux demandeurs de déterminer s'ils pouvaient apprendre d'autres faits et obtenir d'autres éléments de preuve impliquant Painblanc lui-même au cours de l'interrogatoire préalable—Une action en justice n'est pas une enquête à l'aveuglette—Une partie demanderesse qui intente des poursuites en se fondant sur le simple espoir que les choses tournent à son avantage utilise les procédures de la Cour de façon abusive—Appel accueilli.

KASTNER C. PAINBLANC (A-39-94, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 9-11-94, 3 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****EXCLUSION ET RENVOI**

Requête en vue d'obtenir le sursis de la transformation d'une mesure d'interdiction de séjour en une mesure d'expulsion jusqu'à ce qu'une décision finale soit prise relativement aux demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision défavorable rendue sur l'invocation de raisons humanitaires, et à l'encontre d'une mesure d'interdiction de séjour—L'art. 32.02(1) de la Loi sur l'immigration porte que, s'il ne lui est pas délivré d'attestation de départ, la mesure d'interdiction de séjour dont est frappé l'intéressé devient une mesure d'expulsion—Puisque la requérante entend demeurer au Canada, aucune attestation de départ ne sera délivrée et la mesure d'interdiction de séjour deviendra une mesure d'expulsion—La Cour n'est pas compétente pour accorder le sursis puisque ce serait expressément contraire à une disposition d'une loi fédérale—Les cours ne peuvent passer outre à une loi, ni la modifier—La décision *Llewellyn c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 24 Imm. L.R. (2d) 154 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) n'est pas acceptée si elle signifie que la Cour peut rendre une ordonnance contraire à une loi fédérale—Le seul fondement qui permette à la Cour de suspendre l'obligation de respecter une disposition expresse d'une loi ou d'un règlement est si une disposition de la loi ou du règlement est contestée sur le fondement de la constitution



## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

ou de la Charte—Si les conditions relatives au sursis sont respectées, la Cour peut retarder l'application de la loi ou du règlement: *RJR MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311—Dans ces circonstances, la Cour doit déterminer si une règle de droit est incompatible avec la loi suprême du Canada, la Constitution—Même en supposant que l'on puisse retarder l'application de l'art. 32.02(1) s'il fait l'objet d'une contestation constitutionnelle et qu'ainsi la mesure d'interdiction de séjour ne devienne pas une mesure d'expulsion, rien n'indique que la requérante soulevait une telle contestation—Les arguments de la requérante concernaient l'illégalité des procédures ayant mené à la délivrance de la mesure d'interdiction de séjour, et non l'illégalité de l'art. 32.02(1)—Bien que ces arguments paraissent être fondés sur des violations qui auraient été commises à l'égard des règles de la justice naturelle ou de l'équité procédurale, même si cette illégalité qu'elle allègue pouvait être fondée sur des arguments liés à la Charte, ces arguments ne visent pas l'application de l'art. 32.02(1) et la transformation d'une mesure d'interdiction de séjour en une mesure d'expulsion après une période donnée—La Cour peut surseoir à la mise en œuvre d'ordonnances ou de décisions des tribunaux d'instance inférieure—La Cour a compétence pour accorder le sursis lorsqu'un agent d'immigration ordonne à un requérant de quitter le Canada à une date précise si le requérant établit qu'une question grave se pose, qu'il subira un préjudice irréparable si la mesure d'expulsion est exécutée et que la prépondérance des inconvénients penche en sa faveur—La demande visant à contraindre la requérante à quitter le Canada est prématurée—Les décisions *Duggal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 20 (C.A.F.); *Ramnarine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 404 (C.A.) (QL); et *Sereno c. Canada (Solliciteur général)*, IMM-6119-93, juge Pinard, 6-12-93, encore inédite, précisent toutes que, tout comme la Cour d'appel fédérale n'est pas compétente pour entendre l'appel interjeté à l'encontre d'une décision rendue par la Section de première instance relativement à une demande d'autorisation, il ne peut être interjeté appel de la décision qui tranche une demande de sursis puisque cette demande fait partie intégrante du processus d'autorisation—S'il ne peut être interjeté appel de la décision relative au bien-fondé de la demande de sursis, il ne peut être interjeté appel de son volet qui concerne la compétence—La Cour n'est pas compétente pour certifier une question pour la Cour d'appel dans le cadre de la demande de sursis—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 32.02(1) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 22).

RAJAN C CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4548-94, juge Rothstein, ordonnance en date du 28-10-94, 5 p.)

### PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

L'intimé a demandé des frais—Circonstances spéciales requises pour l'octroi de frais—L'intimé est disposé à consentir, au tout début des procédures, à la demande de contrôle judiciaire, mais le requérant a insisté pour que l'affaire soit pleinement plaidée pour établir que certains règlements applicables à sa demande de statut d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement sont inconstitutionnels—Le requérant n'a

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

pas eu gain de cause dans sa demande—Le requérant ne peut forcer un intimé qui veut bien donner son consentement à continuer les procédures et lui faire consacrer du temps et engager des ressources sans être responsable des frais de l'intimé—Cela est inhabituel et constitue des circonstances spéciales—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, 1993, DORS/93-22, Règle 22—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (édicte par DORS/92-43, art. 19).

CHAN C CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1825, juge Rothstein, ordonnance en date du 5-8-94, 2 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la SSR a conclu que les requérants, citoyens de l'Ukraine, n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Revendications entendues par un tribunal normal composé de deux membres, dont l'un a quitté la Commission avant le prononcé de la décision—La requérante n'a pas consenti qu'un seul membre juge la revendication comme le prévoit l'art. 69.1(8)—L'art. 63(2) de la Loi sur l'immigration prévoit que lorsqu'un membre ne peut prendre part à la décision sur l'affaire, les autres membres peuvent rendre la décision—En vertu de l'art. 69.1(7), deux membres constituent le quorum—En application de l'art. 69.1(8), un membre peut juger une revendication si l'intéressé y consent—L'art. 63 fait expressément état tant de la section du statut que de la section d'appel—Étant donné le sens clair des mots et l'art. 33(2) de la Loi d'interprétation, le mot «membres» inclut tant le singulier que le pluriel—Subsidiairement, la règle des effets néfastes s'applique—Le Parlement a cherché à remédier à la situation où une personne avait participé à l'audience, mais n'avait pas pu participer à la décision—Si le pluriel du mot «membres» est interprété comme signifiant la section d'appel ou une audience de la section du statut sous le régime de l'art. 69.2, pour laquelle trois membres constituent le quorum, aucun effet n'a été donné à une interprétation complète de l'art. 63(2)—Le Parlement vise à permettre qu'une décision soit rendue lorsque l'audience a pris fin et qu'il reste seulement à décider du sort de la revendication—Dans l'affaire *Weerasinge c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 330 (C.A.), le juge d'appel Mahoney a accueilli un appel pour le motif que la décision avait été rendue seulement par l'un des deux membres de la section du statut de réfugié connaissant de la revendication—Le dossier de cette affaire ne contenait aucune déclaration quant à la raison pour laquelle l'affaire a été tranchée par un seul membre—En l'espèce, il est clairement dit dans la décision que la revendication a été tranchée par un seul membre puisque l'autre a quitté la Commission—Les motifs de décision révèlent la raison pour laquelle l'art. 63(2) entre régulièrement en jeu—Demande rejetée—Il y a lieu d'appliquer l'art. 63(2) et de confirmer la décision du membre statuant seul—Question grave de portée générale: la question se pose de savoir si l'art. 63(2) de la Loi permet qu'un seul membre de la section du statut de réfugié rende une décision défavorable sur la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention lorsque l'intéressé n'a pas consenti à ce qu'un seul membre juge la revendication comme le prévoit l'art. 69.1(8)—Cette question présume que le dossier ou les motifs de décision contiennent un énoncé complet des faits essentiels concernant l'incapacité du second membre de prendre part à la décision—Loi

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 63(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18), 69.1 (édicte, *idem*; L.C. 1992, ch. 49, art. 60), 69.2 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18)—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 33(2).

SOUKHANIOUK C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3537-93, juge McKeown, ordonnance en date du 28-9-94, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre a refusé la demande du requérant en vue d'une mesure spéciale pour des considérations humanitaires aux termes de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration—Le requérant s'est vu refuser sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention—Le requérant a plaidé coupable à une accusation de fraude en matière d'aide sociale et obtenu une libération sous condition—Le mariage avec une citoyenne canadienne a été jugé contracté de bonne foi et non à des fins d'immigration—Une demande de mesure spéciale fondée sur l'art. 114(2) a été refusée—Décision de nature discrétionnaire qui dépend de l'interprétation des faits—La politique relative aux conjoints n'est que l'un des nombreux facteurs dont le ministre doit tenir compte pour déterminer s'il existe des considérations humanitaires—Le ministre n'a pas refusé la demande pour les motifs énumérés à l'art. 19(2)a) de la Loi—La question est de savoir si le ministre était tenu de se conformer aux lignes directrices énoncées dans le Manuel d'examen et d'application de la loi—Cette question a été examinée dans l'affaire *Vidal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 49 Admin. L.R. 118 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—La Cour a fait une distinction entre les lignes directrices concernant l'ordre public et celles qui touchent les considérations humanitaires—Le ministre doit déterminer si le requérant mérite une dispense uniquement pour des considérations humanitaires—Le ministre avait devant lui le témoignage du requérant selon lequel cette mesure lui causerait des problèmes financiers et il a tenu compte de ce facteur pour déterminer si des considérations humanitaires existaient—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(2)a), 114(2).

AGBONKPOLOR C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4572-93, juge McKeown, ordonnance en date du 20-9-94, 8 p.)

### STATUT AU CANADA

#### *Citoyens*

Appel d'une décision par laquelle un juge de la citoyenneté a refusé d'attribuer la citoyenneté à l'appelant en vertu de l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté—L'appelant est arrivé au Canada en 1989 en provenance de Hong-Kong avec les membres de sa famille dans le but de s'établir à Vancouver—Il avait l'intention de repartir à neuf et de lancer une nouvelle entreprise au Canada—L'entreprise d'import-export de l'appelant l'obligeait à voyager beaucoup—Sa femme et ses trois enfants restaient à Vancouver pendant ses voyages—Le juge de la citoyenneté a commis une erreur en s'attachant uniquement au principe qui est énoncé dans le jugement *Leung, Re* (1991), 42 F.T.R. 149 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Pour vérifier si les conditions

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

relatives à la résidence ont été satisfaites, on peut tenir compte des périodes d'absence du Canada s'il y a un lien suffisant entre le requérant et le Canada—Dans les cas où l'absence physique se produit pendant la période prévue par la Loi, il faut, pour faire la preuve de la résidence continue, présenter des éléments de preuve démontrant le caractère temporaire de l'absence, une intention claire de revenir au Canada et l'existence de liens factuels suffisants avec le Canada pour affirmer que l'on résidait en fait au Canada durant la période en cause—L'appelant a fait beaucoup de démarches pour créer des occasions d'affaires au Canada—Le juge de la citoyenneté aurait dû se concentrer sur les liens familiaux de l'appelant conjointement avec les autres indices habituels de résidence—Il existait un lien important entre l'appelant et le Canada, de sorte que l'on peut à bon droit considérer ses périodes d'absence physique du Canada comme des périodes de résidence au Canada—Appel accueilli—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), c. C-29, art. 5(1)c).

LAI (RE) (T-2258-93, juge Noël, jugement en date du 28-9-94, 5 p.)

#### *Réfugiés au sens de la Convention*

«Requête pour obtenir jugement» sur consentement, faisant droit à une demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par la SSR, portant que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant, un Tamoul originaire du nord du Sri Lanka, est arrivé à Colombo et a délibérément omis de se déclarer auprès des services de police locaux parce qu'il a entendu dire que certains Tamouls avaient été tués ou avaient disparu après l'avoir fait—Il s'est rendu à une maison d'hébergement où se réunissent de jeunes Tamouls du Nord—La police de Colombo redoute que les jeunes Tamouls nouvellement arrivés du Nord soient membres d'une organisation terroriste, les TLET—Le requérant, ainsi que 15 autres Tamouls, a été arrêté, détenu et battu jusqu'à ce que son père obtienne sa libération grâce à un pot de vin—La SSR a conclu qu'il existait une possibilité valide de refuge intérieur à Colombo—Requête pour obtenir jugement rejetée—L'examen du dossier de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié révèle que la décision rendue par la SSR n'est pas si désespérément entachée d'erreurs que le ministre doive ne pas tenter de la défendre—La législation en matière d'immigration ainsi que les audiences de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié relèvent du droit public—Le droit public relève des lois d'application générale adoptées par l'État pour le bénéfice de la population—Sur le plan du droit de l'immigration et du statut de réfugié, la population s'attend à ce que le système décisionnel fonctionne de manière équitable et sans préjugé à l'égard de ceux qui demandent le statut de réfugié et à l'égard du Canada—Admettre des demandeurs qui ne sont pas visés par la loi est injuste pour le Canada et irrespectueux du droit canadien—La Cour doit faire preuve de déférence à l'endroit de la CISR, entité qui possède l'expertise reconnue sur les questions d'immigration—La Cour est constituée en vertu de l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867 «pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada»—Lorsque, comme en l'espèce, il appert que la capitulation du ministre porte atteinte à la meilleure exécution de la Loi sur l'immigration, la Cour doit écarter le consentement à la capitulation—Dans l'arrêt

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

*Miron c. Trudel*, C.S.C., n° du greffe 22744, on a refusé d'accepter la concession du procureur général de l'Ontario qu'il n'existait aucun fondement, sous le régime de l'article premier de la Charte, permettant de justifier les dispositions législatives examinées et on a nommé un *amicus curiae* pour défendre la loi ontarienne—Dans les affaires de droit public canadien, un ministre doit s'interroger longuement avant de décider de ne pas défendre ou de ne pas exécuter les textes législatifs publics—La Cour écarte le consentement non étayé donné par le ministre—L'affaire doit faire l'objet d'un débat minutieux dans le cadre du recours en contrôle judiciaire qui a été ajourné—Si c'est nécessaire, la Cour nommera un *amicus curiae*, aux frais totalement superflus mais justifiables, des contribuables, pour défendre le droit public du Canada—La demande de contrôle judiciaire est ajournée et renvoyée devant le juge en chef adjoint pour qu'il fixe une nouvelle date pour l'audition—Si les parties ne réussissent pas à s'entendre sur la date, la demande de contrôle judiciaire pourra être entendue péremptoirement et, même en l'absence d'un avocat ou l'autre, pourra être rejetée péremptoirement—Si les parties, par l'entremise de leur avocat, refusent sans motif valable de plaider l'affaire à la date fixée pour l'audience, la demande de contrôle judiciaire pourra être entendue et tranchée péremptoirement—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 324, 340 (mod. par DORS/79-57, art. 7).

JEBANAYAGAM C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL)  
(IMM-5156-93, juge Muldoon, ordonnance en date du 30-9-94, 10 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a statué que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant est un apatride dont les anciennes résidences habituelles étaient le Liban et le Koweït—La Commission a conclu que le requérant pouvait obtenir de la protection—Distinction faite avec la décision *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, selon laquelle la notion de crainte «bien fondée» est centrée sur la question de savoir si le revendicateur peut se réclamer de la protection de l'État, car le requérant dans cette affaire était citoyen de l'État qui reconnaissait ne pas être en mesure de le protéger—Par application de l'art. 2(1)(a)ii) de la Loi sur l'immigration, on ne peut s'attendre qu'un apatride obtienne la protection de l'État alors que l'État n'a aucune obligation de lui fournir cette protection—La Commission a examiné la protection fournie par le Liban aux Palestiniens et elle a décidé qu'il existait de la discrimination, mais non de la persécution—Elle a commis une erreur lorsqu'elle a déclaré que le Liban était la seule ancienne résidence habituelle du requérant—Elle ne pouvait pas encore s'appuyer sur la décision *Maarouf c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 723 (1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle la Cour a déclaré que le revendicateur n'a pas à être légalement capable de retourner dans un pays de résidence habituelle puisque la négation du droit de retour peut constituer un acte de persécution de la part de l'État—Cette erreur n'a eu aucun effet sur l'issue de la revendication—La Commission a traité séparément deux incidents à l'occasion desquels le revendicateur a été détenu et battu—Elle a commis une erreur en se demandant si la discrimination était assez grave pour constituer de la persécution sur une base cumulative—Elle a aggravé cette erreur en appliquant l'art. 2(3) de la Loi qui vise les cas

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

où un changement est survenu dans la situation du pays dont le requérant s'est enfui—En se concentrant davantage sur le caractère épouvantable et horrible de la persécution, plutôt que sur la question de savoir s'il y avait persécution, la Commission a imposé au requérant un fardeau de preuve plus élevé que celui dicté par la Loi—L'affaire a été renvoyée pour réexamen par un tribunal différemment constitué—L'administration de coups ne peut jamais être justifiée: *Thirunavukkarasu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 589 (C.A.)—Question certifiée aux fins d'un examen par la Cour d'appel: lorsqu'une personne apatride revendique le statut de réfugié au sens de la Convention, l'analyse du «bien-fondé» élaborée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689 s'applique-t-elle, compte tenu qu'elle se fonde sur la possibilité de demander la protection de l'État, ou cette analyse s'applique-t-elle uniquement dans le cas où le revendicateur est citoyen du pays dans lequel il craint d'être persécuté?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1)(a)(i) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1), (ii) (mod., *idem*), (3) (mod., *idem*).

EL KHATIB C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5182-93, juge McKeown, ordonnance en date du 27-9-94, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant citoyen de la Turquie, n'était pas un réfugié au sens de la Convention—La question litigieuse porte sur l'application et la portée de la clause d'exclusion, l'art. 1(Fa) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés—La Commission a mal interprété le critère appliqué dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.)—La simple appartenance à une organisation terroriste ne suffit pas pour que le demandeur de statut soit visé par la clause d'exclusion—Lorsque l'organisation vise principalement des fins limitées et brutales, la Commission peut exercer son pouvoir discrétionnaire et déterminer s'il y a eu participation personnelle et consciente de la part du demandeur de statut—La Commission ne s'est pas demandée s'il y avait suffisamment d'éléments de preuve, compte tenu de la situation de l'appelant, pour étayer sa conclusion par déduction nécessaire—La *mens rea* est importante car le requérant était âgé de 11 à 13 ans lors de sa participation active au sein de la Dev Yol—La preuve est contradictoire lorsqu'il s'agit d'établir s'il aurait pu être actif, au sens normal du mot, après sa détention à l'âge de 13 ans—La présomption de complicité est réfutable—La Commission n'a pas établi de lien entre le requérant et un crime précis contre l'humanité—Il est fait mention d'un seul crime contre l'humanité, commis en 1981 après que le requérant a été détenu pendant huit mois—Il appartient à la Commission de décider si le requérant avait une connaissance suffisante de la nature de la Dev Yol—La demande est accueillie—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, le 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1(Fa).

SARIDAG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5691-93, juge McKeown, ordonnance en date du 5-10-94, 6 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la SSR a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant, citoyen salvadorien, revendique le statut de réfugié au Canada du fait de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social—En 1982, il a été enrôlé dans la force de la protection civile pour surveiller son quartier la nuit, signaler les suspects à l'armée—Les guérilleros le tiennent pour responsable de la mort de membres de la guérilla—L'armée le considère comme déserteur—La Commission a conclu, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y avait eu un changement de situation au pays d'origine tel que le requérant ne craignait pas avec raison d'être persécuté; le requérant n'a pas prouvé que l'État ne pouvait assurer sa protection—Demande accueillie—1) Aucune erreur n'a été commise dans l'application des conditions posées dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, pour décider que le requérant ne s'était pas acquitté de l'obligation de confirmer de façon claire et convaincante l'incapacité de l'État de le protéger—2) Dans son application du critère juridique, la Commission n'a pas déterminé l'existence d'un changement de situation au pays d'origine—On ne sait pas si la Commission a tenu compte des éléments de preuve dont elle disposait, qui disaient que le changement de situation au Salvador n'était pas durable et que la violence et la persécution se poursuivaient (un des critères utilisés comme fondement objectif permettant d'examiner si le changement de situation au pays d'origine supprime la crainte de persécution)—La Commission a eu tort de ne pas tenir compte des éléments de preuve pertinents et de fonder sa décision sur des conclusions erronées.

VENTURA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (MM-6061-93, juge Cullen, ordonnance en date du 5-10-94, 8 p.)

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

## BREFS DE PRÉROGATIVE

*Certiorari*

Demande d'annulation de décisions d'un tribunal des droits de la personne, de jugement déclaratoire portant que le Tribunal est *functus officio*—L'intimé Grover est un scientifique né en Inde—Il est professeur agrégé, spécialisé en optique, au CNR—Il jouit de la considération de ses pairs au niveau international—Il a déposé une plainte concernant des actes discriminatoires visés à l'art. 7 de la Loi canadienne sur les droits de la personne et fondés sur sa race, sa couleur et son origine nationale—Dit qu'il a été privé de la possibilité d'obtenir un poste de direction et de l'avancement, et privé de responsabilités en tant que chercheur—Le Tribunal a conclu que la plainte de Grover était fondée et rendu une ordonnance réparatrice—Selon cette ordonnance, le CNR devait entre autres le nommer à un poste approprié—La question principale dont la Cour est saisie découle de l'exécution de la partie de l'ordonnance susmentionnée—Le Tribunal a rendu une ordonnance portant que, pour le cas où le CNR opposerait une résistance, il réserverait sa compétence afin d'entendre d'autres témoins—Le CNR a nommé Grover au poste de chef de groupe, mais ce dernier s'est dit insatisfait—Le CNR a soutenu que la nomina-

## CONTRÔLE JUDICIAIRE—Suite

tion était conforme à l'ordonnance et qu'en conséquence, le Tribunal n'était pas compétent pour réexaminer la question—Le Tribunal a rencontré chaque partie en privé sans les avocats dans le but de régler les différends restés sans solution—Puis, il a rencontré les parties en présence des avocats—Ces efforts pour trouver une solution ont été vains—Le Tribunal a délivré un avis de reprise d'audience—Le CNR a élevé un déclinatoire, faisant valoir que le Tribunal était *functus officio*—Requête rejetée—Le Tribunal a estimé qu'une fin de non-recevoir est opposable au CNR ou qu'il doit être considéré comme étant de mauvaise foi car ni lui ni les autres parties n'ont laissé entendre auparavant que, si le résultat du processus informel ne les satisfaisait pas, ils soutiendraient que le Tribunal était *functus officio*—Le Tribunal a examiné à fond les arguments du CNR sur la question de savoir s'il était *functus officio* et sur la compétence—Le Tribunal a invoqué les pouvoirs généraux en matière de réparation attribués à la Commission par la LCDP—Il a conclu que Grover n'a pas été nommé à un poste approprié—Il a précisé ce qu'il entendait par un poste approprié—Le procureur général a soutenu que le Tribunal était *functus officio*, qu'il n'a pas observé un principe de justice naturelle en agissant en qualité de juge des faits et de témoin, et que la décision selon laquelle Grover n'a pas été nommé à un poste approprié est nulle car elle est fondée sur une erreur de droit et de fait—Il a affirmé que seul un conciliateur pouvait rencontrer les parties en privé et recueillir des renseignements *ex parte*, et qu'une telle conduite est incompatible avec les fonctions quasi judiciaires du Tribunal—Il a affirmé que la question de savoir si les parties ont consenti à cette démarche n'était pas pertinente par rapport à la question de la compétence—Il a affirmé que le président du Tribunal s'était vexé quand la question du principe *functus officio* a été soulevée et qu'il avait fait des remarques désobligeantes à l'avocat du CNR—La crainte raisonnable de partialité a anéanti toute possibilité d'enquête équitable—Il a soutenu que le Tribunal n'est pas habilité à réserver sa compétence après avoir rendu son ordonnance, l'exécution de celle-ci relevant de la Cour fédérale—Le Tribunal a affirmé ne pas avoir rendu de décision définitive en rendant son ordonnance initiale car le CNR faisait alors l'objet d'une restructuration—Les intimés ont soutenu qu'il fallait que le Tribunal ait le pouvoir de clarifier ses propres ordonnances réparatrices s'il doit être en mesure de remplir son mandat qui consiste à indemniser intégralement les victimes de discrimination—Ils ont soutenu que le président n'avait pas joué le rôle de témoin à l'audience, que l'audience n'a pas eu un caractère inéquitable—Aucune disposition expresse de la Loi n'autorise la réouverture de l'enquête, mais l'art. 53(2) investit le Tribunal de larges pouvoirs en matière de réparation—Il faut interpréter la législation sur les droits de la personne d'une manière large: arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84—L'indemnité pécuniaire n'est que l'une des réparations possibles—La réintégration d'un employé est une réparation qui est intrinsèquement difficile à mettre en application—Nécessité d'une surveillance—Il est souhaitable que le Tribunal donne des directives—Comme la Loi prescrit que la réparation accordée soit efficace, il faut que le tribunal soit habilité à voir à ce que ses ordonnances soient vraiment exécutées—L'art. 53(2) doit être interprété comme incluant le pouvoir de réserver la compétence car refuser ce pouvoir irait à l'encontre du but de la législation qui est réparatrice—Ce serait contrecarrer cet objectif que d'obli-

## CONTRÔLE JUDICIAIRE—Fin

ger le plaignant à demander l'exécution d'une ordonnance devant la Cour fédérale—Selon l'arrêt *Murphy c. Canada (Arbitre désigné en vertu du Code du travail)*, [1994] 1 C.F. 710 (C.A.), un arbitre désigné en application du Code canadien du travail a le pouvoir de réserver sa compétence quant aux questions de réparation—Le seul critère d'application du principe *functus officio* est celui de savoir si l'on peut dire que l'arbitre a tranché la plainte de façon définitive—En l'espèce, le Tribunal n'a pas statué de façon définitive sur la plainte car il a prévu que le CNR pourrait opposer une résistance à l'exécution de l'ordonnance—L'ordonnance est imprécise, bien que les compétences de Grover aient trait à un domaine hautement technique, ce qui semble indiquer que le Tribunal voulait que les parties arrêtent entre elles les détails du poste—Même si le Tribunal a commis une erreur en affirmant que les parties avaient donné leur consentement, ce n'était que l'un des facteurs dont il a tenu compte dans son analyse du droit concernant l'application du principe *functus officio*—Bien que la procédure suivie par le Tribunal, la rencontre des parties en privé, soit exceptionnelle et risquerait de légitimer des accusations de partialité, les efforts faits en l'espèce pour concilier les parties ne justifient pas l'annulation de sa décision—Le Tribunal est assujéti à une norme de procédure moins stricte qu'un tribunal judiciaire—En cherchant à concilier les parties, le Tribunal n'a pas compromis l'équité de l'instance—Il n'a pas commis d'erreur de droit en concluant que le principe *functus officio* ne s'appliquait pas—Les remarques du président au sujet de la conduite de l'avocat n'ont pas entraîné de privation du droit à une audition impartiale—Demandes rejetées—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 53(2)—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2.

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. GROVER (T-1945-93, T-775-94, juge Cullen, ordonnance en date du 4-7-94, 24 p.)

## DOUANES ET ACCISE

### LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appel d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur déclarant que certains biens utilisés par Hydro-Québec sur son réseau hydro-électrique étaient, au moment de leur acquisition et eu égard à l'art. 59(1) de la Loi sur la taxe d'accise, exempts de la taxe de vente—Question mixte de droit et de fait—Les biens en question ont été achetés par Hydro-Québec entre les années 1981 et 1984 et installés sur l'ensemble de son réseau hydro-électrique—Le Tribunal a déclaré que, du 1<sup>er</sup> janvier 1981 au 31 décembre 1984, les biens en question entrant dans la «production» de l'électricité étaient exempts de la taxe de vente en vertu de l'art. 29(1) de la Loi sur la taxe d'accise et de l'art. 1(a), f) et o) de la partie XIII de l'annexe III de la Loi—Il s'agissait de savoir si les biens acquis par l'intimée au cours des années 1981 à 1984 inclusivement étaient utilisés «directement», ou pour les achats postérieurs au 16 février 1984, «principalement et directement» dans la «production» de l'électricité—Appel rejeté—Le juge Marceau, J.C.A.: l'argument de l'appelant portant que le Tribunal a omis d'appliquer la règle selon laquelle on doit donner aux mots

## DOUANES ET ACCISE—Suite

d'une disposition législative leur sens courant et usuel plutôt que leur sens technique et scientifique est mal fondé—Pour se prononcer sur l'application de l'exemption, le Tribunal devait déterminer quels étaient les appareils ou machines requis pour «faire apparaître, créer ou engendrer» l'énergie électrique dans sa forme vendable et consommable—Il ne pouvait le faire qu'à partir des témoignages de gens informés, non de l'homme de la rue—Cet argument de l'appelant a été formellement rejeté dans l'affaire *Commission hydroélectrique de Québec c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*, [1970] R.C.S. 30, où la Cour suprême du Canada a reconnu que les transformateurs échelonnés sur les lignes électriques étaient utilisés directement dans la fabrication ou la production de l'électricité—Le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en se basant sur des témoignages d'experts plutôt que sur une prétendue croyance populaire pour conclure que les lignes électriques d'Hydro-Québec qui relient les centrales aux consommateurs font partie du processus de production de l'électricité que la compagnie vend à ses clients—Le Tribunal a cherché à comprendre et à appliquer les mots «directement» et «principalement» sans en restreindre le sens de façon indue et en tenant compte du processus de production propre à chaque cas d'espèce—La fonction des lignes électriques étant tout au moins de servir de lien entre la centrale et la cascade de transformateurs qui ont été reconnus comme faisant partie intégrante du système de production, elles doivent elles-mêmes être vues comme participant au processus de production—L'appelant n'a pas réussi à faire valoir un motif qui pourrait justifier la Cour d'intervenir dans la décision du Tribunal—Le juge Desjardins, J.C.A.: le Tribunal a jugé que l'expression «principalement et directement» figurant à la partie XIII de l'annexe III de la Loi devait s'interpréter largement en tenant compte du processus de production propre à chaque cas d'espèce, en l'occurrence l'électricité—Les experts étaient tous d'avis que l'électricité produite par courant alternatif ne peut être emmagasinée—Le Tribunal n'a donc pas fait d'erreur en reconnaissant le caractère unique du produit en cause qui est distinct de l'huile ou du gaz—Il était lié par l'interprétation jurisprudentielle qui avait retenu comme critère d'interprétation la nature de la production de l'électricité—Le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit dans l'interprétation des mots «directement» et «principalement» puisqu'il était lié par la décision *Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise c. Amoco Canada Petroleum Co. Ltd.* (1985), 86 DTC 6008 (C.A.F.), où il a été jugé que le mot «directement» connotait une absence d'agent intermédiaire—Une fois que les mots étaient correctement définis, il était loisible au tribunal de décider que tel ou tel appareil était essentiel à la production de l'électricité et que, par conséquent, il était utilisé «directement» pour cette production—Le juge Létourneau, J.C.A. (motifs concordants quant au résultat): l'intimée soutient que son réseau est, au plan technique et scientifique, un vaste réseau intégré de production puisque, pour produire de l'électricité, il faut une source, une ligne et une charge—Cette prétention est inacceptable—L'électricité est une marchandise qui, contrairement à la plupart des autres marchandises vendues, n'est pas quérable car elle ne s'emmagasine pas—Admettre la position de l'intimée que son réseau n'est qu'un vaste réseau de production mène à un certain nombre d'incongruités—Le Tribunal a tiré de la preuve technique et scientifique qui lui fut soumise une conclusion de fait manifestement

## DOUANES ET ACCISE—Suite

déraisonnable qui ne correspond pas à la réalité en matière de production, de transport, de vente et de distribution d'électricité—Il a conclu erronément que les lignes de transport et de distribution de l'intimée devraient bénéficier au plan légal de l'exemption fiscale—Dans l'arrêt *Commission hydroélectrique de Québec c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*, la Cour suprême du Canada a statué qu'au plan légal, les transformateurs d'électricité sont des appareils destinés à être utilisés directement dans la fabrication de marchandises—Les lignes et les accessoires qui les alimentent participent au processus de production d'un produit fini et utilisable—Le deuxième volet de la prétention de l'intimée fondée sur la théorie du produit fini et consommable est bien fondé—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, ch. E-13, art. 27, 29(1), 59(1), annexe III, partie XIII (mod. par S.C. 1985, ch. 3, art. 36(1), 48).

Sous-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE C. HYDRO-QUÉBEC (A-899-92, juges Marceau, Desjardins et Lévesque, J.C.A., jugement en date du 20-6-94, 44 p.)

## LOI SUR LES DOUANES

Mémoire spécial prévu à la Règle 475 demandant à la Cour de décider, en statuant sur la signification des mots «la contre-valeur des moyens de transport au moment de la saisie» employés aux art. 118a(i) et 133(3a) de la Loi sur les douanes, si le permis doit être pris en considération au moment de fixer la valeur du moyen de transport que Revenu Canada a déclaré confisqué ou si la Cour fédérale est compétente, en application de l'art. 135, pour réviser l'évaluation du permis—Le navire a été saisi et le demandeur a été inculpé d'importation de marijuana—Il a plaidé coupable et s'est vu infliger une peine d'emprisonnement—L'arbitre principal a conclu qu'il y avait eu infraction à la Loi sur les douanes et déclaré que la somme de 485 000 \$ reçue pour la restitution du moyen de transport était confisquée—L'arbitre s'est reporté à la décision du juge Collier dans l'affaire *Joys et R. et autres* (1988), 18 C.E.R. 40 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) qui a rejeté la requête en vue d'interdire au ministre du Revenu de garder sous la main de la justice le permis saisi—Le juge a statué ainsi: un jugement déclaratoire ne peut pas être accordé sur une requête; la Règle 472 (pouvoir de la Cour de faire vendre les biens périssables ou qui risquent beaucoup de se détériorer) ne s'applique pas à un permis de pêche; le permis fait partie intégrante du moyen de transport—Un permis est un privilège de faire quelque chose qui serait illégal, si ce n'était du permis—Un permis de pêche ne confère aucun droit de propriété au titulaire—Il n'emporte pas de droit au renouvellement automatique—Le demandeur soutient qu'un permis présente un caractère personnel, appartient au propriétaire immatriculé et lui est en quelque sorte rattaché—Cet argument est mal fondé—Le permis de pêche est attaché au navire et ne concerne qu'un type de pêche—Le Règlement exige que le permis soit à bord du navire et interdit de transférer le permis à un autre navire—Le permis a été délivré au navire en conformité avec le Règlement de 1983 sur l'immatriculation et la délivrance de permis pour la pêche dans le Pacifique—Le demandeur soutient qu'un permis n'ajoute aucune valeur au navire auquel il est délivré, du point de vue de la Couronne, car celle-ci conserve la propriété des permis et que, si le permis ajoute une valeur, elle s'anéantit à l'expiration du permis—Vu l'absence de droit au renouvellement, cette

## DOUANES ET ACCISE—Fin

valeur n'est pas égale au prix qu'un acheteur paierait sur le marché en contrepartie de la probabilité du renouvellement—L'affaire *Metropolitan Taxi Ltd. v. M.N.R.*, [1967] C.T.C. 88 (C. de l'É.), qu'a tranchée le juge Cattanach était différente car les permis de taxi sont accordés au propriétaire et le permis de pêche est délivré à un navire—Le demandeur a affirmé que ce qui avait été saisi n'a pas été restitué en ce sens que le navire a été saisi avec un permis valide et restitué avec un permis expiré—Il ressort nettement des art. 118, 133(1a) et (3a) de la Loi sur les douanes que la date pertinente pour l'évaluation est celle de la saisie—Le demandeur a soutenu que le mécanisme par lequel un permis de pêche est annulé ne joue qu'à l'égard des actes du titulaire relatifs à la pêche, que ni la Loi sur les stupéfiants, ni le Code criminel n'autorisent la saisie d'un permis de pêche et que la saisie du permis de pêche en tant que tel ne relève pas d'une intention expresse—Cet argument est rejeté parce que le permis faisait partie intégrante du moyen de transport dont la Loi sur les douanes autorisait la saisie—La Cour est incompétente pour décider si l'évaluation du permis était exacte—De toute façon, aucun élément de preuve ne permet de conclure qu'il convient de retenir la valeur la plus basse d'après le rapport d'expertise—L'action est rejetée et les dépens sont adjugés au défendeur—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 118, 133, 135—Règlement de 1983 sur l'immatriculation et la délivrance de permis pour la pêche dans le Pacifique, DORS/83-102—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 472, 475.

Joys c. M.R.N. (T-2566-89, juge Teitelbaum, jugement en date du 12-8-94, 23 p.)

## DROIT D'AUTEUR

Demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Commission du droit d'auteur relativement aux redevances à percevoir pour l'exécution en public d'œuvres musicales par des stations de télévision commerciale—L'intimée a, conformément à l'art. 67 de la Loi sur le droit d'auteur, déposé pour 1993 un état des redevances qu'elle se proposait de percevoir en paiement des licences qu'elle accorde pour l'exécution publique de ses œuvres musicales—Le tarif 2.A.1 porte sur les redevances à percevoir des stations canadiennes de télévision commerciale pour l'exécution publique de la musique qu'elles diffusent au cours de leurs émissions—Le tarif prévoit une licence générale pour toutes les utilisations des œuvres musicales de l'intimée et des redevances calculées au taux de 2,1 % des recettes publicitaires annuelles de chacun des radiodiffuseurs—La requérante s'est opposée à ce tarif au motif qu'il était trop élevé et que la formule du pourcentage des recettes et celle du tarif général étaient insatisfaisantes—La Commission a certifié le projet de tarif soumis par l'intimée—La requérante a prétendu que la Commission (1) avait commis une erreur de droit en statuant que l'art. 28.01 de la Loi permet aux câblodistributeurs de retransmettre des signaux locaux de télévision sans violer les droits d'exécution de l'intimée; (2) avait outrepassé ou fait défaut d'exercer sa compétence en se fondant sur une décision antérieure de la Commission d'appel du droit d'auteur et en ne tenant pas compte du dossier qui lui était soumis; (3) avait outrepassé sa compétence en refusant de certifier un tarif qui se rapproche de façon équitable et raisonnable du

**DROIT D'AUTEUR—Suite**

prix qui serait établi s'il existait un marché libre pour les droits d'exécution; (4) avait outrepassé sa compétence en protégeant les titulaires de droit d'auteur contre les forces du libre marché; (5) avait commis une erreur de droit et avait entravé irrégulièrement son pouvoir discrétionnaire en refusant d'examiner le bien-fondé des éléments de preuve relatifs aux tarifs de redevance comparables appliqués aux États-Unis—L'art. 28.01(2) prévoit que la communication au public d'une œuvre musicale ne constitue pas une violation du droit d'auteur lorsque la communication consiste en la retransmission d'un signal local ou éloigné—La demande est rejetée—Le deuxième et le cinquième moyen sont mal fondés—La conclusion de la Commission suivant laquelle le marché canadien et le marché américain ont des structures de prix différentes n'est ni déraisonnable ni injustifiée par la preuve—Sur le fondement du dossier, la Commission a conclu que les changements intervenus depuis 1986 n'étaient pas assez significatifs pour justifier une réduction de tarif ou un changement d'approche en matière de fixation de tarif—La Commission pouvait légitimement recourir au raisonnement suivi dans une décision antérieure—La Commission a tenu compte d'une étude portant sur des émissions prises individuellement (analyse de la corrélation entre la quantité de musique et les fluctuations des recettes et, partant, les redevances), mais a retenu une formule tarifaire basée sur l'ensemble de la programmation d'une station—La Commission avait compétence pour faire ce choix, qui relevait de son domaine d'expertise et qui commande la déférence du tribunal—Il n'y a aucune raison valable de réviser les troisième et quatrième questions, qui concernent le mandat que la Loi confère à la Commission—Le mandat de la Commission consiste à établir des tarifs dont le fondement est raisonnable, convenable ou rationnel pour l'utilisation des œuvres musicales—Bien que la méthode consistant à tenter de se rapprocher d'une façon juste et raisonnable du prix du marché constitue un fondement rationnel de fixation du tarif, la décision de la Commission de rejeter cette méthode relevait de son champ de compétence—La Commission a bien compris sa mission lorsqu'elle a déclaré qu'elle devait assurer un certain équilibre au sein du marché entre les titulaires de droit d'auteur et les utilisateurs—Comme la Commission est mieux placée que la Cour pour trouver un juste équilibre entre les intérêts des titulaires de droit d'auteur et les usagers, la Cour n'interviendra que si le résultat atteint est manifestement déraisonnable—La requérante n'a pas établi que la Commission avait agi de façon déraisonnable ou qu'elle avait outrepassé sa compétence en décidant qu'il était injustifié dans le contexte canadien de laisser les forces du marché jouer—La Commission a commis une erreur de droit en décidant que, pour l'année 1990 et jusqu'à la modification, en 1993, de la définition de l'expression «œuvre musicale», l'exonération de responsabilité en matière de violation de droit d'auteur prévue à l'art. 28.01(2) s'appliquait aux câblodistributeurs qui communiquent des œuvres musicales par la retransmission de signaux locaux—Avant la modification, la Cour a interprété l'art. 3(1)f) de façon à ce que les câblodistributeurs et les stations de télévision, lorsqu'ils diffusent des émissions, ne communiquent pas des œuvres musicales, mais les exécutent—On doit donner le même sens aux mêmes mots que l'on trouve à l'art. 28.01(2)—L'erreur de la Commission n'a pas eu un effet déterminant sur sa décision—La Commission a cité l'art. 28.01(2) comme motif supplémentaire, mais inutile, de rejeter la prétention de la requérante suivant laquelle

**DROIT D'AUTEUR—Fin**

les câblodistributeurs devaient être déclarés conjointement responsables avec la requérante de la violation du droit d'auteur et qu'ils devaient assumer la part de responsabilité de la requérante relative à la retransmission par câble—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 3(1)f) (mod. par. L.C. 1988, ch. 65, art. 62), 28.01 (édicte, *idem*, art. 64), 67 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 12; L.C. 1993, ch. 23, art. 4), 67.2 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 12; L.C. 1993, ch. 23, art. 4).

ASSOC. CANADIENNE DES RADIODIFFUSEURS C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE (A-3-94, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 24-10-94, 11 p.)

**DROIT MARITIME**

## PRATIQUE

Requête des sociétés défenderesses en vue d'annuler la saisie du navire *Looiersgracht* ou de fixer un cautionnement pour la mainlevée de la saisie—Demande d'indemnité apparemment bien fondée contre le *Looiersgracht* par suite de dommages causés à des marchandises—Il s'agit de décider si le cautionnement à déposer devrait comprendre un cautionnement à l'égard des dommages causés aux marchandises transportées à bord de cinq autres navires—La question est de savoir si le droit de propriété sur les navires est suffisant aux fins de l'application de l'art. 43(8) de la Loi sur la Cour fédérale à tout ou partie des navires—D'après le Lloyd's Register of Shipping, la défenderesse Spliethoff's est la gestionnaire des six navires défendeurs—Spliethoff's a un droit de propriété minoritaire sur chacun des navires défendeurs—Les défenderesses contestent l'allégation relative au droit de propriété commun—Les demanderesses invoquent le concept de la propriété véritable—Les dispositions concernant la saisie et le concept des navires ayant le même propriétaire devraient être interprétées de façon libérale—Le droit de Spliethoff's de recevoir une rémunération liée à la gestion des navires n'équivaut pas au droit de propriété exigé à l'art. 43(8)—Les demanderesses n'ont pas réussi à prouver l'existence d'un droit de propriété véritable, comme elles devaient le faire—Dans l'ouvrage intitulé *Wigmore, Evidence* § 2486 (Chadbourn, rev. 1981), il est question du fardeau de la preuve, notamment du fardeau de persuasion, lorsque les faits peuvent facilement être connus d'une partie—Les défenderesses se sont acquittées du fardeau de persuasion en déposant des documents visant à expliquer le droit de propriété afférent aux navires—Le droit de propriété de Spliethoff's ne suffit pas aux fins de l'application de l'art. 43(8)—Les dispositions canadiennes relatives aux navires appartenant au même propriétaire exigent un droit de propriété complet sur les deux navires—Les demanderesses ont droit à un cautionnement uniquement à l'égard des marchandises qui auraient été endommagées pendant leur transport à bord du navire *Looiersgracht*—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 43(8) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 12).

SSANGYONG AUSTRALIA PTY LTD. C. LOOIERSGRACHT (LE) (T-2166-94, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 19-10-94, 10 p.)

## DROITS DE LA PERSONNE

Demande d'annulation de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de déférer pour enquête au Tribunal canadien des droits de la personne la plainte déposée par l'intimé Liu contre le Conseil national de recherches en vertu des art. 7 et 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—La plainte faisait état de discrimination dans l'emploi fondée sur la race, la couleur et l'origine nationale et ethnique—Les incidents allégués dans la plainte ont débuté en 1985—En 1990, la Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire de proroger le délai fixé pour le dépôt d'une plainte—Cette décision avait été précédée d'un rapport préalable à l'enquête qui recommandait que la Commission statue sur la plainte en vertu de l'art. 41e) même si l'acte reproché s'était produit plus d'un an avant la réception de la plainte car la discrimination existait toujours—Bien que la décision de proroger le délai de dépôt de la plainte ait été rendue en 1990, aucune demande de contrôle judiciaire n'a été déposée concernant cette décision—Le requérant ne peut, en sollicitant une ordonnance annulant la décision de la Commission de constituer un Tribunal en vertu de l'art. 44(3)a), attaquer parallèlement la décision antérieure prorogeant le délai de dépôt de la plainte—La preuve n'indique pas que la Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière arbitraire ou frivole—La Commission a examiné la plainte, le rapport et les observations des parties en respectant les règles de l'équité procédurale qui s'imposaient dans les circonstances—Le dossier n'établit pas que la Commission a enquêté sur des questions qui n'avaient pas été soulevées dans la plainte—Le requérant a demandé que des dépens soient adjugés contre le CNR puisqu'il a été obligé de défendre la demande en bénéficiant d'une aide restreinte de la Commission, dont le rôle devant les tribunaux en matière de contrôle judiciaire est maintenant limité: *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 447 (C.A.)—La Règle 1618 prévoit qu'il n'y a pas de frais à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire, à moins que la Cour n'en ordonne autrement pour des raisons spéciales—Le simple fait qu'une demande ait été accueillie ne constitue pas une raison spéciale—La règle limitant le rôle d'un tribunal dans le cas d'une demande de contrôle judiciaire est d'application générale: *Caimav c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983—La Cour n'a pas adjugé les dépens—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 10, 41e), 44(3)a) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (éditée par DORS/92-43, art. 19).

CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) C. LIU (T-2500-93, juge Richard, jugement en date du 9-11-94, 7 p.)

## FONCTION PUBLIQUE

### COMPÉTENCE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la CRTFP (la Commission) a statué qu'elle n'avait pas compétence pour entendre une plainte selon laquelle le Conseil du Trésor ne s'était pas conformé à une décision antérieure de la Commission—Le requérant a fait un renvoi devant la Commis-

## FONCTION PUBLIQUE—Suite

sion en vertu de l'art. 99 de la Loi pour savoir si l'employeur était tenu de percevoir l'augmentation des cotisations syndicales conformément aux modalités de la convention collective applicable—L'employeur a reçu l'ordre de respecter son obligation—L'employeur n'a pas été capable de récupérer l'augmentation des cotisations syndicales des employés qui avaient démissionné, pris leur retraite ou avaient été mutés à l'extérieur de la fonction publique—La Commission prétend qu'elle n'est pas compétente pour entendre la plainte, étant donné que l'art. 23(1)c) s'applique uniquement à l'exécution des décisions des arbitres et non à celles de la Commission—La décision rendue le 8 septembre 1992 en vertu de l'art. 99 est une décision de la Commission, et non une décision d'un arbitre—La décision de la Commission est inattaquable—L'art. 99 n'incorpore aucune disposition relative à l'«exécution forcée»—L'art. 99 permet à l'employeur ou au syndicat de saisir la Commission d'une affaire lorsque l'obligation en litige n'en est pas une qu'on peut forcer l'employeur à respecter par le biais d'un grief d'employé—Le fait que le législateur fédéral n'a pas expressément prévu de droit d'exécution forcée en ce qui concerne les décisions rendues en vertu de l'art. 99 n'amène pas à conclure que la Loi comporte nécessairement une lacune—Demande rejetée—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), c. P-35, art. 23(1)c), 99 (mod. par L.C. 1992, c. 54, art. 72).

INSTITUT PROFESSIONNEL DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (A-683-93, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 20-10-94, 6 p.)

### RELATIONS DU TRAVAIL

Demande d'annulation de la décision rendue par un arbitre de griefs relativement à des griefs par lesquels les intimés prétendaient qu'ils avaient le droit d'être rémunérés pour des heures supplémentaires qu'ils avaient effectuées—Les intimés ont été rémunérés au taux double pour le travail effectué entre 20 h et minuit, au taux normal majoré de moitié, entre minuit et 2 h, au taux double, entre 2 h et 7 h 45, et au taux ordinaire entre 7 h 45 et 11 h—L'arbitre de griefs a statué que l'employeur avait eu raison de rémunérer les intimés au taux normal majoré de moitié pour le travail effectué entre minuit et deux heures du matin, parce que la convention collective stipulait que les deux premières heures supplémentaires effectuées au cours d'un jour de travail normal étaient rémunérées au taux normal majoré de moitié; elle a toutefois statué que, pour les heures effectuées entre 7 h 45 et 11 h, les intimés auraient dû être rémunérés au taux double, étant donné que les intimés avaient effectué plus de dix heures au cours d'une période ininterrompue de travail—Les intimés ont soutenu que l'art. 101 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique contient une clause privative qui met la décision de l'arbitre de griefs à l'abri de tout contrôle judiciaire, à condition que l'arbitre agisse dans le cadre de sa compétence—La demande est rejetée—L'art. 101 s'appliquait, bien qu'il ait été abrogé le 1<sup>er</sup> juin 1993, étant donné que les faits de l'affaire et la décision de la Commission remontent à l'époque où la clause privative était encore en vigueur—La norme de contrôle



## FONCTION PUBLIQUE—Fin

à appliquer est celle du caractère manifestement déraisonnable—La C.S.C. a élaboré une gamme de normes allant de celle du caractère manifestement déraisonnable à celle du bien-fondé, de même qu'un principe de retenue judiciaire dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, l'arrêt le plus récent sur la norme de contrôle applicable aux décisions des tribunaux administratifs—Pour ce qui est des décisions auxquelles s'applique le critère du caractère manifestement déraisonnable, qui appellent la plus grande retenue, ce sont les cas où un tribunal protégé par une véritable clause privative rend une décision relevant de sa compétence et où il n'existe aucun droit d'appel prévu par la loi—Quant aux décisions auxquelles s'applique le critère du bien fondé, où l'on est tenu à une moins grande retenue, ce sont les cas où les questions en litige portent sur l'interprétation d'une disposition limitant la compétence du tribunal (erreur dans l'exercice de la compétence) ou encore les cas où la loi prévoit un droit d'appel qui permet au tribunal siégeant en révision de substituer sa propre opinion à celle du tribunal, et où le tribunal ne possède pas une expertise plus grande que la cour de justice sur la question soulevée (par ex., dans le domaine des droits de la personne)—En l'espèce, la Loi contient une clause privative, l'arbitre de griefs rend une décision qui relève de sa compétence, étant donné qu'elle porte sur l'interprétation d'une convention collective, et il n'existe aucun droit d'appel prévu par la loi—Il s'agit d'une affaire de relations de travail, envers lesquelles les tribunaux ont constamment fait montre d'une grande retenue—Dans le jugement *Jones c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1994] 2 C.F. 393 (1<sup>re</sup> inst.), la Cour a fait remarquer qu'il convient de faire montre d'une grande retenue à l'égard des décisions de la CRTFP, en particulier à l'égard des décisions des arbitres de griefs qui interprètent une convention collective—Bien que l'arbitre de griefs ait commis une erreur en ne tenant pas compte de l'expression «travail supplémentaire» prévue dans la convention collective, on ne peut pas dire que sa décision est manifestement déraisonnable—Elle a conclu que les intimés avaient droit au taux double pour les heures effectuées entre 7 h 45 et 11 h, malgré le fait que ces heures faisaient partie de leur horaire de travail normal, étant donné que les intimés avaient effectué plus de dix heures au cours d'une période ininterrompue de travail (art. 15.09b)—Elle s'est attachée à l'emploi des mots «période ininterrompue de travail» pour déterminer que les intimés avaient droit au taux de rémunération établi par l'art. 15.09b pour les heures effectuées entre 6 h et 11 h, concluant que, même si la période ininterrompue de travail de dix heures «chevauchait» leur horaire normal, les intimés avaient droit aux dispositions avantageuses de l'art. 15.09—Bien que l'arbitre de griefs ait fait une application erronée de l'art. 15.09 en ne tenant pas compte de la définition de l'expression «travail supplémentaire», la décision à laquelle, agissant dans les limites de sa compétence, elle en est arrivée, n'était pas clairement irrationnelle—Elle n'a pas perdu sa compétence (*Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941)—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), c. P-35, art. 92, 101.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. HENNEBERRY (T-1301-93, juge Pinard, ordonnance en date du 28-10-94, 7 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU

## CALCUL DU REVENU

Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a considéré certaines sommes que la défenderesse a reçues de son ex-mari comme versées à titre de capital et donc exemptes d'impôt aux termes de l'art. 56(1b) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Accord de séparation stipulant un paiement de 1 500 \$ par mois du mois de juillet 1980 jusqu'au mois de juin 1982, comprenant une somme de 200 \$ pour chacun des trois enfants encore à la maison, 300 \$ pour subvenir au besoins de la défenderesse et 600 \$ pour le versement mensuel hypothécaire—Par la suite, la somme versée serait réduite à 600 \$ par mois plus la moitié du versement hypothécaire jusqu'à ce que tous les enfants aient terminé leurs études—La défenderesse ne recevrait alors plus d'aliments car elle aurait complété ses études et elle serait en mesure d'assurer sa propre subsistance, mais les sommes qui lui seraient versées comprendraient la moitié du versement hypothécaire—L'accord attribuait de plus la possession exclusive de la résidence familiale à la défenderesse jusqu'à ce que tous les enfants aient terminé leurs études; alors, la résidence serait vendue et le produit de la vente partagé également—Un accord révisé a porté à 800 \$ la pension payable pour les deux enfants qui demeuraient toujours à la maison et maintenu le paiement de la moitié du versement hypothécaire—De plus, la maison serait cédée à la défenderesse et aux cinq enfants à titre de propriétaires indivis—La défenderesse n'a pas inclus dans son revenu les paiements mensuels reçus de son ex-mari au titre des versements hypothécaires—Elle a fait valoir que les paiements reçus après juin 1982 au titre de l'hypothèque visaient à protéger l'intérêt de l'ex-mari sur la moitié de la résidence familiale, puis ont été imputés au capital pour le bénéfice des enfants et qu'ils ne constituaient donc pas une pension alimentaire—Appel accueilli—Les paiements que la défenderesse a reçus de son ancien conjoint pour le remboursement de l'hypothèque constituent une allocation pour subvenir aux besoins de la défenderesse et des enfants au sens de l'art. 56(1b) et ils sont imposables—La plupart des facteurs énumérés dans *McKimmon c. M.R.N.*, [1990] 1 C.F. 600 (C.A.) pour déterminer si un paiement est effectué à titre de capital ou à titre d'allocation d'entretien appuient la décision de considérer le paiement hypothécaire comme une allocation d'entretien pour la défenderesse et les enfants—Le fait que les paiements au titre de l'hypothèque devaient cesser quand les enfants auraient terminé leurs études et quitté la résidence familiale et le fait qu'ils ne soient aucunement liés à une participation dans la propriété familiale, mais plutôt aux besoins anticipés de la défenderesse et de ses enfants, mènent à la conclusion que ces paiements constituent une allocation d'entretien—La Cour n'est pas convaincue que la défenderesse était légalement empêchée d'affecter ces sommes à d'autres fins—Depuis le transfert de la maison en faveur de la défenderesse et des enfants, les principaux bénéficiaires du paiement de la moitié des versements hypothécaires par l'ancien mari sont les enfants, mais ces paiements continuent d'être visés par l'art. 56(1b)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(1b).

CANADA C. JASPER (T-52-89, juge MacKay, jugement en date du 6-7-94, 19 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

*Déductions*

Appel par voie de procès *de novo* des cotisations portant sur les années d'imposition 1981, 1982, 1983, 1984 et 1985 du demandeur—Le contribuable est un pêcheur de la Gaspésie qui a vendu son bateau de pêche en janvier 1981 et décidé de placer l'argent provenant de cette vente dans des dépôts à terme—Il a acheté de la compagnie d'assurance-vie La Sauvegarde un contrat de rentes à versements invariables mais a décidé d'attendre au début de 1982, et en déduisit le coût d'achat pour son année d'imposition 1981—Le ministre des Finances a annoncé à la Chambre des communes qu'il supprimait les reports d'impôts permis par les rentes à versements invariables et les réserves de gains en capital—Un mois plus tard, il a déclaré qu'il permettrait la déduction des contrats pour lesquels des dispositions écrites avaient été prises avant le 12 novembre 1981—Malgré l'annonce budgétaire, le demandeur a acquis une rente au début de 1982, et en déduisit le coût d'achat pour son année d'imposition 1981—Le ministre du Revenu national a refusé la déduction du coût d'achat de ladite rente pour l'année d'imposition 1981 et a réajusté en conséquence le revenu déclaré par le demandeur pour ses années d'imposition 1982, 1983, 1984 et 1985—Le pouvoir qu'a le Parlement canadien d'imposer des mesures fiscales à caractère rétroactif ne semble faire aucun doute—Depuis l'arrêt *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, les tribunaux canadiens ont à plusieurs reprises réitéré la légalité de telles mesures—Dans l'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, la Cour suprême du Canada a reconnu que le législateur pouvait rendre valide rétroactivement une loi fiscale qui était *ultra vires*—Les tribunaux ont fidèlement suivi les enseignements de la Cour suprême qui découlent des arrêts *Gustavson* et *Air Canada*, et ce, malgré la mise en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés—Depuis l'arrêt *Le Procureur général du Québec c. Irwin Toy Limited*, [1989] 1 R.C.S. 927, il est clairement établi que l'art. 7 de la Charte ne protège pas les droits économiques généralement couverts par la notion de propriété, qui sont en jeu en matière fiscale—L'argument fondé sur l'art. 1a) de la Déclaration canadienne des droits doit aussi être rejeté—Une loi fiscale rétroactive ne donne pas lieu à une application non régulière de la loi comme l'entend *a contrario* l'art. 1a) de la Déclaration—L'argument du demandeur fondé sur la primauté du droit implique que ce sont les lois qui sont garantes des droits et libertés et qui doivent en tout temps déterminer les droits et obligations de chacun—C'est le processus budgétaire qui crée de l'incertitude quant au droit applicable—Ce processus a comme effet pratique de créer un vide juridique et est susceptible de porter une atteinte sérieuse au principe de la primauté du droit surtout lorsqu'il est accompagné d'une longue période d'attente—Il est cependant douteux que la Charte permette aux tribunaux de s'ingérer dans le processus budgétaire—Le processus budgétaire et son déroulement devant le Parlement s'inscrivent dans le cadre des privilèges parlementaires—Ces privilèges ne possèdent un fondement constitutionnel que dans la mesure où ils sont nécessaires à la bonne marche des activités parlementaires—Le demandeur soutient que le délai de seize mois entre l'énoncé budgétaire et la sanction des lois devant y donner effet est excessif et va bien au-delà de celui qui était nécessaire à la Chambre pour assurer son bon fonctionnement—Même s'il y a un accroissement sérieux au principe de la primauté du droit, cela ne peut autoriser les tribunaux à s'immiscer dans le pro-

## IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

cessus parlementaire—Ce qui est en cause ici, c'est l'exercice particulier dans le temps d'un privilège valide qui ne saurait faire l'objet d'un contrôle judiciaire—Appel rejeté—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7—Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III, art. 1a).

HUET C. CANADA (T-834-90, juge Noël, jugement en date du 30-6-94, 18 p.)

## PRATIQUE

Demande d'annulation d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt accueillant les appels déposés par l'intimé à l'encontre de deux avis de cotisation émis par le ministre du Revenu national—La demande se fondait sur trois moyens—Le troisième moyen a été rejeté séance tenante car la Cour n'a pu conclure que le juge de première instance n'a pas tenu compte de la preuve qui était devant lui—Le deuxième moyen porte que le juge aurait commis une erreur de droit en ayant recours à des éléments qui n'avaient pas été mis en preuve lors de l'audition—Un juge ne peut tenir compte des faits portés directement à sa connaissance dans un autre litige pour décider du sort d'un litige dans lequel ces faits n'ont pas été mis en preuve—Un juge n'a pas connaissance d'office de ce qu'il a appris dans un autre litige et il manque à son devoir de neutralité s'il se sert de cette connaissance—En l'espèce, non seulement le juge s'est-il permis de faire état de faits qui n'étaient pas en preuve, mais il s'est de plus servi du dossier comme prétexte pour régler avec le requérant et ses procureurs, *ex parte*, des comptes qu'il avait de toute évidence retenus d'une affaire antérieure—Il a fondé en partie son appréciation de la crédibilité de l'intimé sur ces faits dont il n'avait pas le droit de prendre connaissance—Le deuxième moyen du requérant est donc bien fondé—Quant au troisième moyen, en imposant au ministre le fardeau «d'établir avec certitude le montant du revenu non déclaré par un contribuable» lorsqu'il y avait imposition de pénalité et application de l'art. 163(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu, le juge s'est fondé sur deux décisions de la Cour canadienne de l'impôt qui ont été depuis désavouées par la Cour fédérale, Section de première instance dans *Kerr, N. c. La Reine* (1989), 89 DTC 5348—Demande accueillie—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 163(3).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. POMPA (A-309-93, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 16-9-94, 8 p.)

## INJONCTIONS

Les demanderesse demandent une injonction interlocutoire interdisant à la défenderesse de violer son droit à une marque de commerce, d'utiliser injustement son achalandage à des fins commerciales et de faire de fausses assertions—La demanderesse, Canada Trustco Mortgage Company (Canada Trustco), a accordé à la défenderesse un droit exclusif d'utiliser le système de franchisage Biens immeubles résidentiels CT dans la région de Sarnia/Lambton pour une période de cinq ans avec possibilité de renouvellement—Deux ans plus tard, Canada

## INJONCTIONS—Fin

Trustco a passé une convention de société avec Coldwell Banker dans le but d'exercer des activités de franchisage dans le domaine du courtage des biens immeubles résidentiels—Les franchisés de CT Home Realty Network Inc. ont été invités à se joindre à la nouvelle Coldwell Banker—La défenderesse a refusé—Elle soutient que les services auxquels elle avait droit se sont détériorés après la création de la nouvelle Coldwell Banker—La défenderesse a invoqué la violation du contrat de licence et cessé de payer les frais de service—Canada Trustco a résilié le contrat en raison du défaut de la défenderesse—La défenderesse a été avertie de cesser d'utiliser la marque de commerce «Canada Trust»—Les demanderesse affirmant que la défenderesse continue à se présenter comme une affiliée de Canada Trustco—Question de savoir si Trustco pouvait justifier l'introduction de l'action après la mise en place d'un nouveau système de franchisage avec Coldwell Banker—Critères habituels applicables au prononcé d'une injonction interlocutoire—Les demanderesse s'appuient sur *Fruit of the Loom, Inc. c. Chateau Lingerie Mfg. Co. Ltd.* (1982), 63 C.P.R. (2d) 51 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Pour demander une injonction à la cour, les demanderesse doivent elles-mêmes être sans reproche—La défenderesse a introduit une action contre les demanderesse devant la Cour de l'Ontario (Division générale) en vue d'obtenir, notamment, l'exécution en nature du contrat de franchise—La question de savoir si le contrat de franchise est toujours en vigueur est concluante en ce qui a trait au droit de la demanderesse d'obtenir l'injonction—La question sérieuse à trancher est celle de savoir si l'action en exécution en nature sera accueillie—Si elle l'est, la question du renouvellement entrera en jeu—Les demanderesse font valoir qu'aucun renouvellement n'est possible—La défenderesse soutient que les demanderesse tentent de se débarrasser de leurs activités de courtage immobilier et que l'octroi d'une injonction interlocutoire leur permettrait de tirer parti de leur violation du contrat—Le statu quo constitue la solution appropriée—La demande est rejetée à condition que la défenderesse verse dans un compte en fiducie la part de ses revenus prévue dans le contrat de franchise.

CANADA TRUSTCO MORTGAGE CO. C. HURON SHORES REAL ESTATE INC. (T-1909-94, juge McKeown, ordonnance en date du 6-10-94, 7 p.)

## LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles révoquant la libération d'office du requérant—Le requérant est un homosexuel pédophile de trente-trois ans purgeant une sentence de trois ans qui lui a été imposée pour des infractions sexuelles commises à l'égard de jeunes garçons—Libération d'office accordée au requérant sous réserve de certaines conditions: se soumettre à des traitements psychiatriques; ne pas se trouver seul en compagnie d'une personne âgée de 16 ans ou moins—Le requérant s'est présenté à deux entrevues avec le psychiatre pendant qu'il était en libération d'office, avant que le psychiatre refuse de le traiter en raison de ses troubles de la personnalité, de son hostilité et de son manque de coopération—La surveillante de liberté conditionnelle a pris connaissance du fait que le requérant s'était trouvé seul avec deux garçons—La libération d'office a été suspendue—La Commission a réexa-

## LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin

miné le dossier et décidé de révoquer la libération d'office—Elle a jugé qu'«il n'a pas été satisfait à l'exigence relative au traitement psychiatrique» et que les risques avaient augmenté en raison de l'«inobservation de cette condition»—Le requérant allègue, se fondant sur les termes de l'art. 18.1(4) de la Loi sur la Cour fédérale, que la Commission a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée tirée de façon abusive ou arbitraire, ou sans tenir compte des éléments dont elle disposait—Le requérant avance que, parce qu'il était incarcéré au moment où la Commission a rendu sa décision et qu'il ne pouvait pas respecter la condition se rapportant au traitement psychiatrique, la Commission n'a pas pris en considération la réincarcération du requérant et son intention de se soumettre à des séances de counseling auprès d'un autre psychiatre—Demande rejetée—La Commission était d'avis que le requérant n'avait pas respecté une des conditions de sa libération d'office et que ce manquement augmentait les risques de récidive du requérant, et donc, faisait courir des risques supplémentaires à la société—La Commission avait le pouvoir de révoquer la libération d'office du requérant en vertu de l'art. 135(5)—L'intimée soutient que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et décider de ne pas revoir la décision rendue par la Commission, compte tenu de la disponibilité du droit d'en appeler à la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles en vertu de l'art. 147 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition—Comme cet argument n'a été soulevé qu'après la clôture de l'argumentation sur le fond au sujet du contrôle judiciaire, la décision sur le contrôle judiciaire a été prise à partir des arguments présentés sur le fond—À l'avenir, les avocats devraient considérer la pertinence d'en appeler à la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles avant de demander le contrôle judiciaire de la Cour fédérale—Dans l'arrêt *Morgan c. La Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1982] 2 C.F. 648, la Cour d'appel fédérale a statué que le réexamen effectué par d'autres membres de la Commission en vertu de l'art. 22 du Règlement qui était alors en vigueur ne pouvait pas être substitué à la procédure de *certiorari*—L'art. 147 semble avoir une portée plus grande que l'ancien Règlement, et il se pourrait que l'arrêt *Morgan* ne puisse plus être invoqué—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 127, 135, 147—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

AIRD C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-2969-93, juge Rothstein, ordonnance en date du 19-9-94, 12 p.)

## MARQUES DE COMMERCE

### PRATIQUE

Requête en radiation d'une déclaration pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action et qu'elle constitue un emploi abusif des procédures de la Cour—La déclaration contestée vise à obtenir une déclaration suivant laquelle la marque de commerce «Riviera», qui est la propriété de la défenderesse, a été abandonnée, et une ordonnance radiant l'enregistrement en application de l'art. 57 de la Loi sur les

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

marques de commerce—La défenderesse soutient que, comme elle a été obligée en 1982 et 1991, de fournir, conformément à l'art. 45 de la Loi, des preuves établissant qu'elle utilisait la marque de commerce «Riviera» au Canada, la demanderesse ne pourrait plus soulever cette question qui est maintenant chose jugée—Comme les poursuites prises sous le régime de l'art. 45 visent des années antérieures, l'action intentée en l'espèce n'a aucun rapport avec les poursuites engagées précédemment en application de cette disposition, et la présente action ne vise aucunement à remettre en question les décisions antérieures du registraire—La défenderesse avance également que la déclaration déposée par la demanderesse n'est pas conforme à l'art. 58 de la Loi puisqu'elle vise uniquement la suppression de la marque de commerce et ne comporte aucune autre demande de redressement—Selon l'art. 58, une demande présentée en vertu de l'art. 57 doit être introduite par voie d'un avis de requête et non au moyen d'une déclaration, sauf si une mesure de redressement additionnelle prévue par la Loi est réclamée—La défenderesse soutient que le prononcé d'une déclaration affirmant que la marque de commerce «Riviera» a été abandonnée ne constitue pas une mesure de redressement additionnelle au sens de l'art. 58 et que la déclaration doit donc être radiée—La demanderesse réclame à bon droit dans sa déclaration deux formes distinctes de redressement: une déclaration d'abandon et une ordonnance, en application de l'art. 57, supprimant la marque de commerce «Riviera», alors que les dispositions de l'art. 45 n'énoncent que les modalités permettant au registraire d'éliminer du registre les enregistrements à l'égard desquels le propriétaire inscrit n'a présenté aucune revendication réelle voulant que la marque de commerce ne soit pas abandonnée—La nature des poursuites prévues à l'art. 45 et le type de preuve admissible dans le cadre de celles-ci ne permettent pas au registraire de décider si une marque de commerce déposée a été abandonnée au sens de l'art. 18(1)c) de la Loi ou si la marque de commerce est, dans les faits, employée au Canada: *Noxzema Chemical Co. of Canada Ltd. v. Sheran Manufacturing Ltd. et al.*, [1968] 2 R.C.É.; *Meredith & Finlayson c. Canada (Registraire des marques de commerce)* (1992), 43 C.P.R. (3d) 473 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—La déclaration est conforme aux exigences prévues par l'art. 58—Demande rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 18(1)c), 45, 57, 58—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419.

BAUME & MERCIER S.A. C. LES IMPORTATIONS CERCLE LTÉE (T-2010-94, juge Denault, ordonnance en date du 14-11-94, 4 p.)

**PENSIONS**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un comité de révision selon laquelle l'intimé était admissible à recevoir des prestations de la sécurité de la vieillesse—L'intimé a obtenu la citoyenneté canadienne en 1980 et en avril 1980, il est retourné en Inde pour ouvrir un service mobile de consultation ophtalmologique—L'intimé est resté en dehors du Canada jusqu'en 1989—Aux termes du Règlement, les absences lorsque le résident était engagé à titre de missionnaire membre d'un groupe ou d'un organisme religieux ou à titre d'employé, de membre ou de fonctionnaire d'une organisation internatio-

**PENSIONS—Fin**

nale de bienfaisance sont réputées n'avoir pas interrompu la résidence au Canada, si cette personne revient au Canada dans un délai de six mois après la fin de sa période d'emploi—Demande en vue de recevoir la pension de la sécurité de la vieillesse refusée parce que l'intimé ne respecte pas les exigences liées à la résidence—Le comité de révision a accueilli l'appel—Il a estimé qu'en raison de l'ambiguïté du Règlement concernant les missionnaires et les organisations internationales de bienfaisance, l'intimé avait droit au bénéfice du doute—Il a considéré l'intimé comme une personne ayant résidé au Canada malgré son absence—La demande est accueillie—Le comité de révision devait déterminer si l'intimé a prouvé qu'il respectait les exigences des dispositions concernant la résidence réputée et indiquer les faits qui constituent le fondement de sa décision—Le comité de révision doit interpréter les deux dispositions et en déterminer la portée et l'applicabilité aux faits dont il est saisi—En omettant de le faire, le comité a commis une erreur de compétence—Règlement sur la sécurité de la vieillesse, C.R.C., ch. 1246, art. 21(4),5b(vi),(ix).

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. PABLA (T-2321-93, juge Rouleau, jugement en date du 15-11-94, 4 p.)

**PRATIQUE**

## PLAIDOIRIES

*Requête en radiation*

Requête de la demanderesse visant à obtenir un jugement sommaire portant radiation de l'avis de requête, de l'exposé des faits et de son affidavit justificatif en vertu des Règles 432.1 à 432.7—Rejet de la requête—La Règle 419 ne s'applique qu'aux actions et non aux demandes—Elle a pour objet la radiation d'une plaidoirie au cours d'une action—On ne peut radier un avis de requête (qui n'est pas un acte de procédure), il faut plutôt s'opposer à la requête au cours de son audition: *Byer c. Canada (Ministère des Affaires Étrangères)*, [1987] A.C.F. n° 323 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*, [1994] A.C.F. n° 739 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Pharmacia Inc. c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social)*, [1994] A.C.F. n° 1312 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)—La façon habituelle de s'opposer à une requête consiste à se présenter en Cour à la date fixée pour son audition et à présenter des arguments tendant à prouver que la requête n'est pas fondée et qu'elle devrait être rejetée—Les défenderesses allèguent que la requête n'est pas conforme aux Règles de la Cour fédérale, qu'elle constitue un abus des procédures de la Cour et qu'elle prive les défenderesses de leur droit légitime de répondre à la requête de façon éclairée—Les défenderesses énumèrent neuf motifs distincts pour lesquels la requête de la demanderesse serait entachée de vice, et elles prétendent que la requête devrait être radiée dès maintenant, sans attendre l'audition en janvier—Le juge qui entendra la requête de la demanderesse décidera peut-être de la rejeter pour absence de bien-fondé, mais les Règles de la Cour fédérale ne prévoient pas la contestation anticipée d'une requête devant être entendue plus tard—Accueillir de telles requêtes susciterait vraisemblablement une avalanche de requêtes qui se contesteraient les unes les autres—Les nouvelles Règles visant les jugements sommaires (432.1 et sui-

**PRATIQUE—Suite**

vantes) ne prévoient pas que les défenderesses peuvent contester la requête de la demanderesse par voie de requête préliminaire—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 419, 432.1 à 432.7 (éditées par DORS/94-41, art. 5).

GRANVILLE SHIPPING CO. C. PEGASUS LINES LTD., S.A. (T-293-91, juge Dubé, ordonnance en date du 26-10-94, 4 p.)

Le demandeur occupait les fonctions de sous-ministre adjoint, Gestion ministérielle, lorsque, à la suite d'entretiens avec le sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise, de l'époque, il a été affecté au poste spécialement créé de conseiller spécial du ministre, conformément à un accord de mutation et à compter du 21 septembre 1992—Poste déclaré excédentaire à compter du 5 avril 1993 et cessation d'emploi le 4 octobre 1993—Le paragraphe 17 de la déclaration conclut à la fausse déclaration sur des éléments essentiels de l'accord de mutation, auxquels le demandeur s'est fié à son détriment—Le paragraphe 18 conclut à la rupture de contrat (accord de mutation)—Le paragraphe 19 conclut à l'invalidité de la cessation d'emploi et au rétablissement dans l'ancien poste—Requête rejetée—Il est préférable de procéder sous le régime de la Règle 401 quand il y a objection à la compétence de la Cour—La Règle 401 permet le témoignage par affidavit sur les faits pertinents à l'appui d'une requête faite sous son régime—Il n'est ni évident et manifeste ni hors de doute qu'il faut radier l'intégralité de la déclaration du demandeur par ce motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action—Le demandeur a articulé suffisamment de faits pour fonder une action en fausse déclaration négligente et en rupture de contrat—Attendu que la Couronne peut être poursuivie et déclarée coupable à la fois de délit civil et de rupture de contrat, et que la Cour a compétence pour connaître des actions de ce genre, il ne faut pas radier les deux paragraphes 17 et 18 pour cause d'incompétence—Étant donné le caractère révocable de l'emploi dans la fonction publique, qui est consacré par la loi écrite,

**PRATIQUE—Fin**

étant donné l'absence de contrat de travail proprement dit et d'obligation de préavis, la Cour ne peut accorder le rétablissement dans l'ancien poste—Il y a un régime légal de recours en matière d'emploi—Le paragraphe 19 est donc radié—Il n'est pas nécessaire de se référer à un corpus de droit fédéral pour prononcer sur l'action intentée contre Pierre Gravelle, c.r., à titre personnel—Elle est fondée sur une allégation de fausse déclaration et une allégation de rupture de contrat, l'une et l'autre devant être jugées conformément à la common law—La Cour n'a pas compétence sur ce défendeur en l'espèce et rejette l'action intentée contre lui—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 401, 419.

BANERD C. SOUS-MINISTRE M.R.N. (T-1934-94, juge Richard, ordonnance en date du 7-11-94, 9 p.)

Appel d'une décision par laquelle la Section de première instance (T-2291-93, juge Muldoon, ordonnance en date du 25-8-94, encore inédite) rejetait la requête des appelantes en vue d'obtenir une ordonnance portant radiation de l'avis d'allégation déposé en vertu de l'art. 5(1)b) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Bien qu'il joue un rôle important dans l'issue finale du litige, l'avis d'allégation n'est pas un document au moyen duquel la demande de contrôle judiciaire peut être introduite conformément à l'art. 6 du Règlement—Comme ce n'est pas un document déposé auprès de la Cour mais auprès du ministre, l'avis d'allégation échappe à la compétence de la Cour dans une procédure de contrôle judiciaire—La Cour n'a pas compétence pour radier l'avis d'allégation—Avant de trancher l'appel, la Cour doit attendre la plaidoirie sur la question restante—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(1)b), 6.

PHARMACIA INC. C. DAVID BULL LABORATORIES (CANADA) INC. (A-410-94, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 19-10-94, 4 p.)



**MAIL**  **POSTE**

Canada Post Corporation / Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste-lettre

**8801320**

**OTTAWA**

*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En case de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9

Available from Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente : Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9