



**1992**

**Canada  
Federal Court  
Reports**

Published by  
PIERRE GARCEAU, Q.C.  
Commissioner for Federal Judicial Affairs

---

Editorial Board

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

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

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

---

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production and Publication Officer  
LAURA VANIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

Secretary  
DENISE CÔTÉ

Volume 3

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

Publié par  
PIERRE GARCEAU, c.r.  
Commissaire à la magistrature fédérale

---

Bureau des arrêtiistes

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

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

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

---

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

Services techniques

Préposée à la production et aux publications  
LAURA VANIER

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

Secrétaire  
DENISE CÔTÉ

Volume 3

# JUDGES OF THE FEDERAL COURT OF CANADA

(DURING THE PERIOD COVERED BY THIS VOLUME)

## CHIEF JUSTICE

The Honourable JULIUS A. ISAAC  
(Appointed December 24, 1991)

## ASSOCIATE CHIEF JUSTICE

The Honourable JAMES ALEXANDER JEROME, P.C.  
(Appointed February 18, 1980)

## COURT OF APPEAL JUDGES

The Honourable LOUIS PRATTE  
(Appointed to the Trial Division June 10, 1971;  
Appointed January 25, 1973; Supernumerary November 29, 1991)

The Honourable DARREL VERNER HEALD  
(Appointed to the Trial Division June 30, 1971;  
Appointed December 4, 1975; Supernumerary January 2, 1993)

The Honourable PATRICK M. MAHONEY, P.C.  
(Appointed to the Trial Division September 13, 1973;  
Appointed July 18, 1983)

The Honourable LOUIS MARCEAU  
(Appointed to the Trial Division December 23, 1975;  
Appointed July 18, 1983; Supernumerary February 6, 1992)

The Honourable JAMES KNATCHBULL HUGESSEN  
(Appointed July 18, 1983)

The Honourable ARTHUR J. STONE  
(Appointed July 18, 1983)

The Honourable MARK R. MACGUIGAN, P.C.  
(Appointed June 29, 1984)

The Honourable ALICE DESJARDINS  
(Appointed June 29, 1987)

The Honourable ROBERT DÉCARY  
(Appointed March 14, 1990)

The Honourable ALLEN M. LINDEN  
(Appointed July 5, 1990)

The Honourable GILLES LÉTOURNEAU  
(Appointed May 13, 1992)

The Honourable JOSEPH T. ROBERTSON  
(Appointed May 13, 1992)

#### **TRIAL DIVISION JUDGES**

The Honourable FRANK U. COLLIER  
(Appointed September 16, 1971; Supernumerary November 1, 1987)

The Honourable JEAN-EUDES DUBÉ, P.C.  
(Appointed April 9, 1975; Supernumerary November 6, 1991)

The Honourable PAUL ROULEAU  
(Appointed August 5, 1982)

The Honourable FRANCIS CREIGHTON MULDOON  
(Appointed July 18, 1983)

The Honourable BARRY L. STRAYER  
(Appointed July 18, 1983)

The Honourable BARBARA J. REED  
(Appointed November 17, 1983)

The Honourable PIERRE DENAULT  
(Appointed June 29, 1984)

The Honourable YVON PINARD, P.C.  
(Appointed June 29, 1984)

The Honourable L. MARCEL JOYAL  
(Appointed June 29, 1984)

The Honourable BUD CULLEN, P.C.  
(Appointed July 26, 1984)

The Honourable MAX M. TEITELBAUM  
(Appointed October 29, 1985)

The Honourable W. ANDREW MACKAY  
(Appointed September 2, 1988)

The Honourable DONNA C. MCGILLIS  
(Appointed May 13, 1992)

The Honourable MARC NOËL  
(Appointed June 24, 1992)

The Honourable MARSHALL E. ROTHSTEIN  
(Appointed June 24, 1992)

# JUGES DE LA COUR FÉDÉRALE DU CANADA

(EN FONCTION AU COURS DE LA PÉRIODE VISÉE PAR LE PRÉSENT VOLUME)

## LE JUGE EN CHEF

L'honorable JULIUS A. ISAAC  
(nommé le 24 décembre 1991)

## LE JUGE EN CHEF ADJOINT

L'honorable JAMES ALEXANDER JEROME, C.P.  
(nommé le 18 février 1980)

## LES JUGES DE LA COUR D'APPEL

L'honorable LOUIS PRATTE  
(nommé à la Section de première instance le 10 juin 1971;  
nommé le 25 janvier 1973; surnuméraire le 29 novembre 1991)

L'honorable DARREL VERNER HEALD  
(nommé à la Section de première instance le 30 juin 1971;  
nommé le 4 décembre 1975; surnuméraire le 2 janvier 1993)

L'honorable PATRICK M. MAHONEY, C.P.  
(nommé à la Section de première instance le 13 septembre 1973;  
nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable LOUIS MARCEAU  
(nommé à la Section de première instance le 23 décembre 1975;  
nommé le 18 juillet 1983; surnuméraire le 6 février 1992)

L'honorable JAMES KNATCHBULL HUGESSEN  
(nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable ARTHUR J. STONE  
(nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable MARK R. MACGUIGAN, C.P.  
(nommé le 29 juin 1984)

L'honorable ALICE DESJARDINS  
(nommée le 29 juin 1987)

L'honorable ROBERT DÉCARY  
(nommé le 14 mars 1990)

L'honorable ALLEN M. LINDEN  
(nommé le 5 juillet 1990)

L'honorable GILLES LÉTOURNEAU  
(nommé le 13 mai 1992)

L'honorable JOSEPH T. ROBERTSON  
(nommé le 13 mai 1992)

#### **LES JUGES DE LA SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE**

L'honorable FRANK U. COLLIER  
(nommé le 16 septembre 1971; surnuméraire le 1<sup>er</sup> novembre 1987)

L'honorable JEAN-EUDES DUBÉ, C.P.  
(nommé le 9 avril 1975; surnuméraire le 6 novembre 1991)

L'honorable PAUL ROULEAU  
(nommé le 5 août 1982)

L'honorable FRANCIS CREIGHTON MULDOON  
(nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable BARRY L. STRAYER  
(nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable BARBARA J. REED  
(nommée le 17 novembre 1983)

L'honorable PIERRE DENAULT  
(nommé le 29 juin 1984)

L'honorable YVON PINARD, C.P.  
(nommé le 29 juin 1984)

L'honorable L. MARCEL JOYAL  
(nommé le 29 juin 1984)

L'honorable BUD CULLEN, C.P.  
(nommé le 26 juillet 1984)

L'honorable MAX M. TEITELBAUM  
(nommé le 29 octobre 1985)

L'honorable W. ANDREW MACKAY  
(nommé le 2 septembre 1988)

L'honorable DONNA C. MCGILLIS  
(nommée le 13 mai 1992)

L'honorable MARC NOËL  
(nommé le 24 juin 1992)

L'honorable MARSHALL E. ROTHSTEIN  
(nommé le 24 juin 1992)



**TABLE**  
**OF THE NAMES OF THE CASES REPORTED**  
**IN THIS VOLUME**

	PAGE
<b>B</b>	
B. M. Enterprises (T.D.), Canada v. ....	409
Baluyut v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) .....	420
Banco do Brasil S.A. v. Pan American Steamship Lines Inc. (C.A.).....	735
Berg Equipment Co. (Canada) (T.D.), J-Star Industries, Inc. v. ....	639
Bohna (T.D.), Miss Universe, Inc. v.....	682
Bussey v. Canada (Attorney General) (T.D.).....	29
<b>C</b>	
Canada v. B. M. Enterprises (T.D.).....	409
Canada v. Kieboom (C.A.).....	488
Canada (Attorney General) v. Gaborialult (C.A.) .....	566
Canada (Attorney General) v. Gill (T.D.).....	3
Canada (Attorney General) v. Levac (C.A.).....	463
Canada (Attorney General) (T.D.), Bussey v. ....	29
Canada (C.A.), Glynos v.....	691
Canada (C.A.), Haig v. ....	611
Canada (C.A.), International Longshoremen's and Warehousemen's Union—Canada Area Local 500 v. ....	758
Canada (C.A.), Ménard v.....	521
Canada (C.A.), Native Women's Assn. of Canada v. ....	192
Canada (C.A.), Thomas Fuller Construction Co., (1958) Ltd. v. ....	795
Canada (C.A.), Turner v. ....	458
Canada (C.A.), Westar Mining Ltd. v.....	110
Canada (Chief Electoral Officer) (T.D.), Haig v.....	602
Canada (Federal Administrator) (C.A.), Eastmain Band v. ....	800
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net (T.D.) .....	155
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net (T.D.) .....	504
Canada (Human Rights Commission) (T.D.), Vezina v. ....	675
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Canepa v. ....	270
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Salinas v. ....	247
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Baluyut v. ....	420
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Membreno-Garcia v.....	306
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Salinas v. ....	221
Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (T.D.), Comeau's Sea Foods Ltd. v. ....	54
Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (T.D.), James Doyle (Sr) & Sons Ltd. v. ....	128
Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (T.D.), Saugeen Band of Indians v. ....	576
Canada (Minister of Public Works) (T.D.), J.G. Morgan Development Corp. v. ....	783
Canada (Minister of the Environment) (C.A.), Carrier-Sekani Tribal Council v. ....	316
Canada (National Transportation Agency) (C.A.), Canadian Pacific Ltd. v.....	145

	PAGE
Canada (Office of the Commissioner of Official Languages) (C.A.), St-Onge v.....	287
Canada (Registrar of Trade Marks) (C.A.), Kellogg Salada Canada Inc. v.....	442
Canada (T.D.), Echo Bay Mines Ltd. v.....	707
Canada (T.D.), Etienne v. ....	557
Canada (T.D.), Inspiration Television Canada Inc. v.....	350
Canada (T.D.), Lachance v.....	665
Canada (T.D.), Martinoff v. ....	648
Canada (T.D.), May Bros. Farms Ltd. v.....	389
Canada (T.D.), Vancouver Island Peace Society v.....	42
Canada (Warden of William Head Penitentiary) (T.D.), Crawford v.....	539
Canadian Liberty Net (T.D.), Canada (Human Rights Commission) v. ....	155
Canadian Liberty Net (T.D.), Canada (Human Rights Commission) v. ....	504
Canadian Pacific Ltd. v. Canada (National Transportation Agency) (C.A.).....	145
Canastrand Industries Ltd. v. Lara S (The) (T.D.).....	398
Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.).....	270
Carrier-Sekani Tribal Council v. Canada (Minister of the Environment) (C.A.).....	316
Cisco (The) (T.D.), Redpath Industries Ltd. v. ....	428
Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (T.D.).....	54
Crawford v. Canada (Warden of William Head Penitentiary) (T.D.).....	539
<b>E</b>	
Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator).....	800
Echo Bay Mines Ltd. v. Canada (T.D.).....	707
Eye Masters Ltd. v. Ross King Holdings Ltd. (T.D.).....	625
Etienne v. Canada (T.D.).....	557
<b>F</b>	
Federal Calumet (The) (C.A.), Ruhrkohle Handel Inter GMBH v.....	98
<b>G</b>	
Gaboriault (C.A.), Canada (Attorney General) v. ....	566
Gill (T.D.), Canada (Attorney General) v.....	3
Glynos v. Canada (C.A.).....	691
<b>H</b>	
Haig v. Canada (C.A.).....	611
Haig v. Canada (Chief Electoral Officer) (T.D.).....	602
Harvey C. Smith Drugs Ltd. v. M.N.R. (T.D.).....	363
<b>I</b>	
Inspiration Television Canada Inc. v. Canada (T.D.).....	350
International Longshoremen's and Warehousemen's Union—Canada Area Local 500 v. Canada (C.A.).....	758
Interpharm Inc. (T.D.), Merck & Co. v.....	774
Ismael (Re) (T.D.).....	381



**J**

J.G. Morgan Development Corp. v. Canada (Minister of Public Works) (T.D.) .....	783
James Doyle (Sr) & Sons Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (T.D.) .....	128
J-Star Industries, Inc. v. Berg Equipment Co. (Canada) (T.D.) .....	639

**K**

Kellogg Salada Canada Inc. v. Canada (Registrar of Trade Marks) (C.A.).....	442
Kieboom (C.A.), Canada v. ....	488

**L**

Labatt Brewing Co. (C.A.), Molson Breweries v.....	78
Lachance v. Canada (T.D.).....	665
Lara S (The) (T.D.), Canastrand Industries Ltd. v.....	398
Levac (C.A.), Canada (Attorney General) v.....	463

**M**

M.N.R. (C.A.), United Terminals Ltd. v.....	302
M.N.R. (T.D.), Harvey C. Smith Drugs Ltd. v. ....	363
MTO Maritime Transport Overseas Ltd. (T.D.), Sydney Steel Corp. v. ....	87
Martinoff v. Canada (T.D.).....	648
May Bros. Farms Ltd. v. Canada (T.D.).....	389
Membreno-Garcia v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.).....	306
Ménard v. Canada (C.A.).....	521
Merck & Co. v. Interpharm Inc. (T.D.).....	774
Miss Universe, Inc. v. Bohna (T.D.).....	682
Molson Breweries v. Labatt Brewing Co. (C.A.).....	78
Mys Budyonnogo (The) (T.D.), Newterm Ltd. v.....	255

**N**

Native Women's Assn. of Canada v. Canada (C.A.) .....	192
Newterm Ltd. v. Mys Budyonnogo (The) (T.D.).....	255

**P**

Pan American Steamship Lines Inc. (C.A.), Banco do Brasil S.A. v.....	735
---	-----

**R**

Redpath Industries Ltd. v. Cisco (The) (T.D.) .....	428
Ross King Holdings Ltd. (T.D.), Eye Masters Ltd. v.....	625
Ruhrkohle Handel Inter GMBH v. Federal Calumet (The) (C.A.).....	98

**S**

Salinas v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) .....	247
Salinas v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) .....	221
Salugeen Band of Indians v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (T.D.).....	576

	PAGE
St-Onge v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages) (C.A.).....	287
Sydney Steel Corp. v. MTO Maritime Transport Overseas Ltd. (T.D.) .....	87
<b>T</b>	
Thomas Fuller Construction Co., (1958) Ltd. v. Canada (C.A.).....	795
Turner v. Canada (C.A.) .....	458
<b>U</b>	
United Terminals Ltd. v. M.N.R. (C.A.).....	302
<b>V</b>	
Vancouver Island Peace Society v. Canada (T.D.).....	42
Vezina v. Canada (Human Rights Commission) (T.D.).....	675
<b>W</b>	
Westar Mining Ltd. v. Canada (C.A.).....	110

**TABLE**  
**DES DÉCISIONS PUBLIÉES**  
**DANS CE VOLUME**

	PAGE
<b>B</b>	
B. M. Entreprises (1 <sup>re</sup> inst.), Canada c. ....	409
Baluyut c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.).....	420
Banco do Brasil S.A. c. Pan American Steamship Lines Inc. (C.A.).....	735
Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral) (C.A.).....	800
Bande indienne de Saugeen c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) (1 <sup>re</sup> inst.)	576
Berg Equipment Co. (Canada) (1 <sup>re</sup> inst.), J-Star Industries, Inc. c.....	639
Bohna (1 <sup>re</sup> inst.), Miss Universe, Inc. c.....	682
Bussey c. Canada (Procureur général) 1 <sup>re</sup> inst.).....	29
<b>C</b>	
Canada c. B. M. Entreprises (1 <sup>re</sup> inst.).....	409
Canada c. Kieboom (C.A.).....	488
Canada (C.A.), Glynos c.....	691
Canada (C.A.), Haig c.....	611
Canada (C.A.), Ménard c.....	521
Canada (C.A.), Native Women's Assn. of Canada c. ....	192
Canada (C.A.), Syndicat international des débardeurs et magasiniers—Canada, sec- tion locale 500 c.....	758
Canada (C.A.), Thomas Fuller Construction Co., (1958) Ltd. c. ....	795
Canada (C.A.), Turner c. ....	458
Canada (C.A.), Westar Mining Ltd. c.....	110
Canada (Administrateur fédéral) (C.A.), Bande d'Eastmain c. ....	800
Canada (Commissariat aux langues officielles) (C.A.), St-Onge c.....	287
Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net (1 <sup>re</sup> inst.)	155
Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net (1 <sup>re</sup> inst.)	504
Canada (Commission des droits de la personne) (1 <sup>re</sup> inst.), Vezina c. ....	675
Canada (Directeur du pénitencier William Head) (1 <sup>re</sup> inst.), Crawford c.....	539
Canada (Directeur général des élections) (1 <sup>re</sup> inst.), Haig c.....	602
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Canepa c. ....	270
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Salinas c.....	247
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.), Baluyut c.....	420
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.), Membreno-Garcia c.	306
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.), Salinas c.....	221
Canada (Ministre de l'Environnement) (C.A.), Conseil de la tribu Carrier-Sekani c.	316
Canada (Ministre des Pêches et Océans) (1 <sup>re</sup> inst.), Bande indienne de Saugeen c. ....	576
Canada (Ministre des Pêches et Océans) (1 <sup>re</sup> inst.), Comeau's Sea Foods Ltd. c. ....	54
Canada (Ministre des Pêches et Océans) (1 <sup>re</sup> inst.), James Doyle (Sr) & Sons Ltd. c.	128
Canada (Ministre des Travaux publics) (1 <sup>re</sup> inst.), J.G. Morgan Development Corp. c.	783
Canada (Office national des transports) (C.A.), Canadien Pacifique Ltée c.....	145

	PAGE
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Echo Bay Mines Ltd. c.....	707
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Etienne c.....	557
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Inspiration Television Canada Inc. c.....	350
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Lachance c.....	665
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Martinoff c.....	648
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), May Bros. Farms Ltd. c.....	389
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Vancouver Island Peace Society c.....	42
Canada (Procureur général) (1 <sup>re</sup> inst.), Bussey c.....	29
Canada (Procureur général) c. Gaboriault (C.A.).....	566
Canada (Procureur général) c. Gill (1 <sup>re</sup> inst.).....	3
Canada (Procureur général) c. Levac (C.A.).....	463
Canada (Registraire des marques de commerce) (C.A.), Kellogg Salada Canada Inc. c.	442
Canadian Liberty Net (1 <sup>re</sup> inst.), Canada (Commission des droits de la personne) c.	155
Canadian Liberty Net (1 <sup>re</sup> inst.), Canada (Commission des droits de la personne) c.	504
Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Office national des transports) (C.A.).....	145
Canastrand Industries Ltd. c. Lara S (Le) (1 <sup>re</sup> inst.).....	398
Canepa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.).....	270
Cisco (Le) (1 <sup>re</sup> inst.), Redpath Industries Ltd. c.....	428
Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans) (1 <sup>re</sup> inst.).....	54
Conseil de la tribu Carrier-Sekani c. Canada (Ministre de l'Environnement) (C.A.)	316
Crawford c. Canada (Directeur du pénitencier William Head) (1 <sup>re</sup> inst.).....	539

## E

Echo Bay Mines Ltd. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.).....	707
Etienne c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.).....	557
Eye Masters Ltd. c. Ross King Holdings Ltd. (1 <sup>re</sup> inst.).....	625

## F

Federal Calumet (Le) (C.A.), Ruhrkohle Handel Inter GMBH c.....	98
---	----

## G

Gaboriault (C.A.), Canada (Procureur général) c.....	566
Gill (1 <sup>re</sup> inst.), Canada (Procureur général) c.....	3
Glynos c. Canada (C.A.).....	691

## H

Haig c. Canada (C.A.).....	611
Haig c. Canada (Directeur général des élections) (1 <sup>re</sup> inst.).....	602
Harvey C. Smith Drugs Ltd. c. M.R.N. (1 <sup>re</sup> inst.).....	363

## I

Inspiration Television Canada Inc. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.).....	350
Interpharm Inc. (1 <sup>re</sup> inst.), Merck & Co. c.....	774
Ismael (Re) (1 <sup>re</sup> inst.).....	381

## J

J.G. Morgan Development Corp. c. Canada (Ministre des Travaux publics) (1 <sup>re</sup> inst.)	783
James Doyle (Sr) & Sons Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans) (1 <sup>re</sup> inst.)	128
J-Star Industries, Inc. c. Berg Equipment Co. (Canada) (1 <sup>re</sup> inst.)	639

## K

Kellogg Salada Canada Inc. c. Canada (Registraire des marques de commerce) (C.A.)	442
Kieboom (C.A.), Canada c.	488

## L

Labatt Brewing Co. (C.A.), Molson Breweries c.	78
Lachance c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.)	665
Lara S (Le) (1 <sup>re</sup> inst.), Canastrand Industries Ltd. c.	398
Levac (C.A.), Canada (Procureur général) c.	463

## M

M.R.N. (C.A.), United Terminals Ltd. c.	302
M.R.N. (1 <sup>re</sup> inst.), Harvey C. Smith Drugs Ltd. c.	363
MTO Maritime Transport Overseas Ltd (1 <sup>re</sup> inst.), Sydney Steel Corp. c.	87
Martinoff c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.)	648
May Bros. Farms Ltd. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.)	389
Membreno-Garcia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.)	306
Ménard c. Canada (C.A.)	521
Merck & Co. c. Interpharm Inc. (1 <sup>re</sup> inst.)	774
Miss Universe, Inc. c. Bohna (1 <sup>re</sup> inst.)	682
Molson Breweries c. Labatt Brewing Co. (C.A.)	78
Mys Budyonnogo (Le) (1 <sup>re</sup> inst.), Newterm Ltd. c.	255

## N

Native Women's Assn. of Canada c. Canada (C.A.)	192
Newterm Ltd. c. Mys Budyonnogo (Le) (1 <sup>re</sup> inst.)	255

## P

Pan American Steamship Lines Inc. (C.A.), Banco do Brasil S.A. c.	735
---	-----

## R

Redpath Industries Ltd. c. Cisco (Le) (1 <sup>re</sup> inst.)	428
Ross King Holdings Ltd. (1 <sup>re</sup> inst.), Eye Masters Ltd. c.	625
Ruhrkohle Handel Inter GMBH c. Federal Calumet (Le) (C.A.)	98

## S

Salinas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)	247
Salinas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.)	221
St-Onge c. Canada (Commissariat aux langues officielles) (C.A.)	287

	PAGE
Sydney Steel Corp. c. MTO Maritime Transport Overseas Ltd. (1 <sup>re</sup> inst.) .....	87
Syndicat international des débardeurs et magasiniers—Canada, section locale 500 c. Canada (C.A.).....	758
<b>T</b>	
Thomas Fuller Construction Co., (1958) Ltd. c. Canada (C.A.).....	795
Turner c. Canada (C.A.) .....	458
<b>U</b>	
United Terminals Ltd. c. M.R.N. (C.A.).....	302
<b>V</b>	
Vancouver Island Peace Society c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.).....	42
Vezeina c. Canada (Commission des droits de la personne) (1 <sup>re</sup> inst.) .....	675
<b>W</b>	
Westar Mining Ltd. c. Canada (C.A.).....	110

## CONTENTS OF THE VOLUME

	PAGE
<b>ACCESS TO INFORMATION</b>	
<i>See also:</i> p. 539	
Wells v. Canada (Minister of Transport) (T-152-91).....	D-1
<b>AGRICULTURE</b>	
New Brunswick (Egg Marketing Board) v. Canada (Egg Marketing Agency) (T-946-92).....	D-31
<b>AIR LAW</b>	
Canada (Attorney General) v. Gill (T.D.) (T-2590-91) .....	3
<b>ANIMALS</b>	
Fundy Deer Farms Ltd. v. Canada (Director, Animal Health, Atlantic Region, Agriculture Canada) (T-1618-92).....	D-13
<b>ARMED FORCES</b>	
<i>See also:</i> Practice D-26	
Diotte v. Canada (T-233-89) .....	D-13
<b>BARRISTERS AND SOLICITORS</b>	
J-Star Industries, Inc. v. Berg Equipment Co. (Canada) (T.D.) (T-1607-92).....	639
Merck & Co. v. Interpharm Inc. (T.D.) (T-1160-92).....	774
<b>BROADCASTING</b>	
Inspiration Television Canada Inc. v. Canada (T.D.) (T-1547-92).....	350
<b>CITIZENSHIP</b>	
Glynos v. Canada (C.A.) (A-247-91).....	691
Kattous (Re) (T-2354-91) .....	D-14
<b>Knowledge Requirements</b>	
Bongiovanni (Re) (T-51-91).....	D-45
Brilhante (Re) (T-2204-91).....	D-14
Ciccione (Re) (T-2627-90).....	D-45
Daifallah (Re) (T-724-91).....	D-1
Gucciardo (Re) (T-3048-91).....	D-45
Khalil (Re) (T-2608-91).....	D-45
Lucio (Re) (T-3168-90) .....	D-45

**CITIZENSHIP—Continued****Knowledge Requirements—Continued**

Lucio (Re) (T-3169-90) .....	D-45
Luk (Re) (T-1704-91) .....	D-14
Maiorino (Re) (T-2626-90).....	D-45
Sapana (Re) (T-1144-91) .....	D-1
Zamir (Re) (T-1380-90).....	D-31

**Residency Requirements**

Albadri (Re) (T-2754-91) .....	D-46
Ferreira (Re) (T-2080-91).....	D-14
Ismael (Re) (T.D.) (T-50-91).....	381
Kavadias (Re) (T-2902-91).....	D-1
Law (Re) (T-1604-91).....	D-1

**CIVIL CODE**

Dominique Boivin et Associés Inc. (Re) (ITA-4264-90).....	D-2
Ménard v. Canada (C.A.) (A-532-90).....	521

**CONFLICT OF LAWS**

Banco do Brasil S.A. v. Pan American Steamship Lines Inc. (C.A.) (A-845-90)	735
---	-----

**CONSTITUTIONAL LAW**

*See also:* Privacy, D-40; RCMP, D-56

Carrier-Sekani Tribal Council v. Canada (Minister of the Environment) (C.A.) (A-560-91) .....	316
Turner v. Canada (C.A.) (A-354-90).....	458

**Aboriginal and Treaty Rights**

Saugeen Band of Indians v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (T.D.) (T-1026-92).....	576
---	-----

**Charter of Rights***Aboriginal Peoples*

Native Women's Assn. of Canada v. Canada (C.A.) (A-524-92) .....	192
--	-----

*Criminal Process*

Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-935-88)	270
---	-----

*Democratic Rights*

Haig v. Canada (T-2393-92).....	D-32
Haig v. Canada (C.A.) (A-1340-92).....	611
Haig v. Canada (Chief Electoral Officer) (T.D.) (T-2393-92) .....	602

*Equality Rights*

Crawford v. Canada (Warden of William Head Penitentiary) (T.D.) (T-295-92)	539
Native Women's Assn. of Canada v. Canada (C.A.) (A-524-92) .....	192



**CONSTITUTIONAL LAW—Continued****Charter of Rights—Continued***Fundamental Freedoms*

Inspiration Television Canada Inc. v. Canada (T.D.) (T-1547-92).....	350
International Longshoremen's and Warehousemen's Union — Canada Area Local 500 v. Canada (C.A.) (A-240-90).....	758
Native Women's Assn. of Canada v. Canada (C.A.) (A-524-92) .....	192

*Life, Liberty and Security*

Canada (Attorney General) v. Gill (T.D.) (T-2590-91) .....	3
Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-935-88)	270
Crawford v. Canada (Warden of William Head Penitentiary) (T.D.) (T-295-92)	539
International Longshoremen's and Warehousemen's Union — Canada Area Local 500 v. Canada (C.A.) (A-240-90).....	758

**Distribution of Powers**

Saugeen Band of Indians v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (T.D.) (T-1026-92).....	576
---	-----

**CONSTRUCTION OF STATUTES***See also:* Income Tax, D-7

Crawford v. Canada (Warden of William Head Penitentiary) (T.D.) (T-295-92)	539
Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator) (C.A.) (A-1071-91) .....	800
Glynos v. Canada (C.A.) (A-247-91).....	691
Harvey C. Smith Drugs Ltd. v. M.N.R. (T.D.) (T-1761-86).....	363
J.G. Morgan Development Corp. v. Canada (Minister of Public Works) (T.D.) (T-1155-92).....	783
James Doyle (Sr) & Sons Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (T.D.) (T-553-92).....	128

**CONTRACTS**

Mandungu v. Cloutier (T-2584-91).....	D-2
Shibamoto & Co. v. Nicolle N (The) (A-343-91).....	D-14
Shibamoto & Co. v. Nicolle N (The) (A-1085-91).....	D-15
Thomas Fuller Construction Co., (1958) Ltd. v. Canada (C.A.) (A-919-91) .....	795

**COPYRIGHT***See also:* Practice, D-39, D-55**Injunctions**

Jassmann v. Regan (T-1541-92).....	D-32
------------------------------------	------

**CORPORATIONS***See also:* Practice, D-55

Big Brothers of Canada v. Canada (Minister of Consumer and Corporate Affairs, Tribunal) (A-551-91).....	D-46
--	------

**CREDITORS AND DEBTORS***See: Civil Code, D-2; Practice, D-54***CRIMINAL JUSTICE**

Henry v. Canada (Minister of Justice) (T-995-85)..... D-2

**Firearms**

Martinoff v. Canada (T.D.) (T-619-92) ..... 648

**CROWN***See also: pp. 458, 576; Practice, D-10, D-26*

Turner v. Canada (A-131-91)..... D-32

**Contracts**

Cavan Construction Ltd. v. Canada (Minister of Public Works) (T-1606-88)..... D-32

Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (T.D.)  
(T-2383-89)..... 54

Construction Carbo Inc. v. Canada (T-2401-90)..... D-46

Ellis-Don Construction Ltd. v. Canada (Minister of Public Works) (T-777-92) D-3

J.G. Morgan Development Corp. v. Canada (Minister of Public Works) (T.D.)  
(T-1155-92)..... 783

Massicotte et Fils Ltée v. Canada (T-2576-89)..... D-2

**Practice**

United Terminals Ltd. v. M.N.R. (C.A.) (A-333-92)..... 302

**Torts**Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (T.D.)  
(T-2383-89)..... 54

Huffman v. Canada (T-2351-87)..... D-15

James v. Canada (T-771-90)..... D-16

Peeters v. Canada (T-973-86)..... D-15

**CUSTOMS AND EXCISE****Customs Act**

Location G.M.F. Inc. v. M.N.R. (T-656-92) ..... D-46

**ELECTIONS**

Haig v. Canada (C.A.) (A-1340-92)..... 611

Haig v. Canada (Chief Electoral Officer) (T.D.) (T-2393-92) ..... 602

**ENVIRONMENT***See also: Practice, D-54*Carrier-Sekani Tribal Council v. Canada (Minister of the Environment) (C.A.)  
(A-560-91)..... 316

Vancouver Island Peace Society v. Canada (T.D.) (T-2927-91)..... 42

**ESTOPPEL***See also:* p. 521

Aurchem Exploration Ltd. v. Canada (T-290-92) .....	D-3
---	-----

**EXPROPRIATION**

Canada v. Eustace (T-1662-91) .....	D-16
Tekmin v. Canada (Minister of Public Works) (T-856-88) .....	D-3

**Practice**

Canada (Attorney General) v. Nova Scotia (T-48-91) .....	D-16
--	------

**FEDERAL COURT JURISDICTION***See also:* Armed Forces, D-14; Practice, D-55

Native Women's Assn. of Canada v. Canada (C.A.) (A-524-92) .....	192
--	-----

**Trial Division**

Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net (T.D.) (T-209-92)	155
J.G. Morgan Development Corp. v. Canada (Minister of Public Works) (T.D.) (T-1155-92) .....	783
Inspiration Television Canada Inc. v. Canada (T.D.) (T-1547-92) .....	350
Newterm Ltd. v. Mys Budyonnogo (The) (T.D.) (T-1478-87) .....	255
Salinas v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-3212-90, 91-T-26) .....	221
Saugeen Band of Indians v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (T.D.) (T-1026-92) .....	576
Sydney Steel Corp. v. MTO Maritime Transport Overseas Ltd. (T.D.) (T-1399-88) .....	87
Waye v. Canada (T-2063-91) .....	D-33

**FISHERIES**

Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (T.D.) (T-2383-89) .....	54
Monks v. Canada (Attorney General) (T-1291-92) .....	D-33
Saugeen Band of Indians v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (T.D.) (T-1026-92) .....	576

**HEALTH AND WELFARE**

Smoling v. Canada (T-2162-92) .....	D-46
-------------------------------------	------

**HUMAN RIGHTS**

Canada (Attorney General) v. Levac (C.A.) (A-821-91) .....	463
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net (T.D.) (T-209-92)	155
Canadian National Railway Co. v. Niles (A-481-91) .....	D-17
Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Human Rights Tribunal) (T-2397-91) .....	D-47
Sullivan v. Canada (Human Rights Commission) (T-350-92) .....	D-4
Vezina v. Canada (Human Rights Commission) (T.D.) (T-673-92) .....	675

**IMMIGRATION***See also:* Practice, D-39

Balogun v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-4-92).....	D-17
Djama v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-738-90).....	D-4
Doku v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-409).....	D-47
Ferrerya v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1017-92)....	D-48
Hernandez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-24-90)....	D-4
Huang v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-1052-90).....	D-4
Mangaring v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-978)...	D-48
Mayers v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1830-91).....	D-47
Niedzialkowski v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-531-90).....	D-4
Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-859-88).....	D-48
Yousuf v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-823-90).....	D-4

**Deportation**

Akyampong v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-533-91)	D-18
Bada v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-671).....	D-33
Berhan v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-1197).....	D-34
Bussolotti v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-247)....	D-18
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Medawi (A-373-89).....	D-5
Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-935-88)	270
Cortez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-177).....	D-18
Dugonitsch v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-224)	D-5
Mashni v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-816).....	D-33
Membreno-García v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (92-T-185).....	306
Nananso v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-626).....	D-48
Okyere-Antwi v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-413-92)	D-18
Qawdan v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-130).....	D-4
Ribeiro v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-845).....	D-33
Sedarous v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-72).....	D-48

**Practice**

Baluyut v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-925-92)	420
Bawuah v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-857).....	D-34
Cegarra v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-839).....	D-34
Chaudhari v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-285-89)...	D-49
Frimpong v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-615)....	D-34
Ha v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1426-91).....	D-34
Hosein v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-187).....	D-5
Jagdeo v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-760).....	D-34
Juan v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-659).....	D-48
Mirzad v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1633-92).....	D-49
Rafique v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-991).....	D-49
Ramnarine v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-453-92)	D-5
Salinas v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-3212-90, 91-T-26).....	221
Vaccarino v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-778)....	D-5
Yang v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1595-91).....	D-18
Yeung v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-35-92, T-2606-91, T-2607-91).....	D-19

**IMMIGRATION—Continued****Refugee Status**

Aquino v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-344-89).....	D-5
Aristil v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-902-90).....	D-49
Chichmanov v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-243-91)	D-49
Giron v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-387-89) .....	D-6
Maraj v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-T-595).....	D-19
Mehterian v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-717-90) ...	D-19
Motaghi v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-355-89) .....	D-6
Sabaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-536-90)	D-49
Salinas v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-1323-91).....	247
Shanmugarajah v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-609-91).....	D-19
Tellez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-187-92).....	D-6
Veeravagu v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-630-89)...	D-6
Williams v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-1295-91) ...	D-6
Wu v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-369-89).....	D-6
Ye v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-711-90).....	D-19

**INCOME TAX**

Mollenhauer v. M.N.R. (T-1485-89).....	D-20
--	------

**Corporations**

Canada v. Kieboom (C.A.) (A-990-91) .....	488
---	-----

**Exemptions**

Westar Mining Ltd. v. Canada (C.A.) (A-1051-88).....	110
--	-----

**Gifts**

Canada v. Kieboom (C.A.) (A-990-91) .....	488
---	-----

**Income Calculation**

Johnson & Johnson Inc. v. Canada (T-1280-87).....	D-20
Lachance v. Canada (T.D.) (T-514-91).....	665
Morrow v. Canada (A-245-89).....	D-20

***Capital Cost Allowance***

Coopers & Lybrand Ltd. v. M.N.R. (T-1784-89).....	D-49
May Bros. Farms Ltd. v. Canada (T.D.) (A-27-91).....	389

***Capital Gains***

Canada v. Kieboom (C.A.) (A-990-91) .....	488
---	-----

***Deductions***

Antosko v. Canada (A-103-90) .....	D-21
Echo Bay Mines Ltd. v. Canada (T.D.) (T-2933-85) .....	707
Harvey C. Smith Drugs Ltd. v. M.N.R. (T.D.) (T-1761-86).....	363

**INCOME TAX—Continued****Income Calculation—Continued***Deductions—Continued*

Mandryk v. Canada (A-1-89) .....	D-21
Placer Dome Inc. v. Canada (A-434-91) .....	D-35
Trzop v. Canada (A-104-90) .....	D-21
Trzop v. Canada (A-105-90) .....	D-21

*Income or Capital Gain*

Charles R. Bell Ltd. v. Canada (A-817-90) .....	D-50
Darch v. Canada (T-3259-90, T-3253-90) .....	D-22
Kettle River Sawmills Ltd. v. M.N.R. (T-35-87) .....	D-50

**Non-Residents**

Canada v. Placrefid Ltd. (T-1789-86) .....	D-51
Crown Forest Industries Ltd. v. Canada (T-2342-90, T-2343-90, T-2344-90) .....	D-6
Glow v. Canada (T-1567-84) .....	D-51
Hale v. Canada (A-820-90) .....	D-51

**Practice**

BRL Biomedical Ltd. v. Canada (T-1206-91) .....	D-7
Canada v. B.M. Enterprises (T.D.) (T-911-90) .....	409
Emery Worldwide v. Tristam (A-76-91) .....	D-7
460354 Ontario Inc. v. Canada (T-2433-88) .....	D-51
McAusland v. M.N.R. (92-T-576) .....	D-22
Miracle Janitor Service Co. v. M.N.R. (A-500-90) .....	D-7
Paquette v. M.N.R. (T-1130-92) .....	D-52
Roseland Farms Ltd. v. Canada (T-452-86) .....	D-35
Schmidt v. Canada (T-1694-86) .....	D-22
Solberg v. Canada (T-942-89) .....	D-51

**INDUSTRIAL DESIGN**

Industries Amisco Ltée v. Jet Metal Products Ltd. (T-3347-90) .....	D-22
---	------

**INJUNCTIONS**

CHEZ-FM, Inc. v. Telemedia Communications Inc. (T-1829-91) .....	D-22
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net (T.D.) (T-209-92) .....	155
Eli Lilly and Co. v. Interpharm Inc. (T-3108-91) .....	D-22
Eye Masters Ltd. v. Ross King Holdings Ltd. (T.D.) (T-1793-92) .....	625
Saugeen Band of Indians v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (T.D.) (T-1026-92) .....	576

**JUDGES AND COURTS**

Canada (Attorney General) v. Levac (C.A.) (A-821-91) .....	463
--	-----

**JUDICIAL REVIEW**

*See also:* p. 463; Agriculture, D-31; Estoppel, D-3; Health and welfare, D-47; Human rights, D-4; Immigration, D-5; Labour relations, D-7; Penitentiaries, D-37; Practice, D-53

**JUDICIAL REVIEW—Continued**

Inspiration Television Canada Inc. v. Canada (T.D.) (T-1547-92).....	350
Prince Edward Island (Potato Board) v. Canada (Minister of Agriculture) (T-1331-92).....	D-23
Vezina v. Canada (Human Rights Commission) (T.D.) (T-673-92).....	675

**Equitable Remedies**

Crawford v. Canada (Warden of William Head Penitentiary) (T.D.) (T-295-92)	539
--	-----

*Declarations*

Carrier-Sekani Tribal Council v. Canada (Minister of the Environment) (C.A.) (A-560-91).....	316
Glynos v. Canada (C.A.) (A-247-91).....	691
Haig v. Canada (C.A.) (A-1340-92).....	611
Haig v. Canada (Chief Electoral Officer) (T.D.) (T-2393-92) .....	602

**Prerogative Writs**

*Certiorari*

Baluyut v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-925-92)	420
--	-----

*Mandamus*

Martinoff v. Canada (T.D.) (T-619-92) .....	648
---	-----

*Prohibition*

Native Women’s Assn. of Canada v. Canada (C.A.) (A-524-92) .....	192
--	-----

**LABOUR RELATIONS**

*See also:* Practice D-53

Canada (Attorney General) v. Gaboriault (C.A.) (A-1145-88).....	566
Canadian Union of Postal Workers v. Horsley (A-292-91).....	D-23
International Longshoremen’s and Warehousemen’s Union — Canada Area Local 500 v. Canada (C.A.) (A-240-90).....	758
National Assn. of Broadcast Employees and Technicians — CLC v. CFCN Tele- vision (A-62-91).....	D-35
Terminaux Portuaires du Québec Inc. v. Canadian Union of Public Employees (A-178-91).....	D-7

**MARITIME LAW**

*See also:* p. 87; Practice, D-38

**Carriage of Goods**

CTO International Ltd. v. Intercon Freight (T-1977-89).....	D-35
Redpath Industries Ltd. v. Cisco (The) (T-1004-87).....	428

**Contracts**

British Columbia Packers Ltd. v. Bold Performance (The) (T-752-92) .....	D-8
--	-----

**MARITIME LAW—Continued****Practice**

Canastrand Industries Ltd. v. Lara S (The) (T-940-89).....	398
Colortextil Inc. v. Canadian Explorer (The) (T-1063-91).....	D-35
Ruhrkohle Handel Inter GMBH v. Federal Calumet (The) (C.A.) (A-674-91)....	98

**Torts**

Banco do Brasil S.A. v. Alexandros G. Tsavlis (The) (A-848-90).....	D-52
Banco do Brasil S.A. v. Pan American Steamship Lines Inc. (C.A.) (A-845-90)	735
Newterm Ltd. v. Mys Budyonnogo (The) (T.D.) (T-1478-87).....	255

**NATIVE PEOPLES**

*See also:* pp. 192, 576; Practice, D-27, D-54

**Lands**

Saugeen Cottagers Organization Inc. v. Canada (T-515-92).....	D-8
---	-----

**OFFICIAL LANGUAGES**

Étienne v. Canada (T-1622-91).....	D-8
St-Onge v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages) (C.A.) (A-143-91).....	287

**PAROLE**

Faulkner v. Canada (National Parole Board) (A-1099-90).....	D-23
Logan v. Canada (National Parole Board) (T-833-92).....	D-52

**PATENTS**

*See also:* Injunctions, D-23; Practice, D-40, D-55

**Infringement**

Atlas Copco Aktiebolag v. CIL Inc. (A-580-86).....	D-24
Computalog Ltd. v. Comtech Logging Ltd. (A-987-90).....	D-35
Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp. (T-1879-83)	D-23

**Practice**

Eli Lilly and Co. v. Canada (Commissioner of Patents) (T-3109-91).....	D-8
Signalisation de Montréal Inc. v. Services de Béton Universels Ltée (T-1614-92)	D-36
Wakefield Properties Corp. v. Teknion Furniture Systems Inc. (T-3196-91).....	D-36

**PENITENTIARIES**

Crawford v. Canada (Warden of William Head Penitentiary) (T.D.) (T-295-92)	539
Kelly v. Canada (Assistant Deputy Commissioner, Correctional Service) (T-2983-91).....	D-36
Kelly v. Canada (Solicitor General) (T-2984-91).....	D-9

**POSTAL SERVICES**

Canadian Institute of Mining and Metallurgy v. Canada (A-510-85).....	D-25
---	------



**PRACTICE**

*See also:* Constitutional law, D-32; Immigration, D-33, Judicial review, D-23

Shyluk v. Canada (T-2006-87) .....	D-37
Tucker v. Steetley Industries Ltd. (T-306-86) .....	D-37

**Affidavits**

Côté v. Canada (Minister of Environment) (T-1206-89) .....	D-37
Perera v. Canada (T-6008-92) .....	D-37
Prouvost S.A. v. Munsingwear, Inc. (T-456-91, T-457-91, T-458-91, T-459-91) .....	D-25
West Region Tribal Council v. Canada (Adjudicator appointed under Canada Labour Code) (T-493-92) .....	D-52

**Appeals and New Trials**

Glad Day Bookshop Inc. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise (92-T-946) ...	D-37
--	------

**Appearance***Conditional Appearance*

Nissho Iwai Canada Ltd. v. California Jupiter (The) (T-2635-91) .....	D-37
---	------

**Contempt of Court**

Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net (T-209-92) .....	D-37
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net (T.D.) (T-209-92)	504
Versatech Products Inc. v. Aqua-Guard Sales Inc. (T-147-86) .....	D-25

**Costs**

Chaperon v. Canada (T-2327-91) .....	D-9
Cheema v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-301-91) .....	D-53
Figgie International Inc. v. Citywide Machine Wholesale Inc. (T-1200-92) .....	D-25
Kuganeswaran v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-864-87)	D-25
Playboy Enterprises, Inc. v. Playboy Bouzouki Lounge Inc. (T-3391-90) .....	D-38
TRW Inc. v. Walbar of Canada Inc. (A-107-91) .....	D-25
Westbank Property Management Ltd. v. Westbank Indian Band Council (T-173-92) .....	D-38

**Discovery**

Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy (A-66-89) .....	D-53
---	------

*Examination for Discovery*

Bhadrachalam Paperboards Ltd. v. Philippine Victory (The) (A-1211-91) .....	D-26
Crestbrook Forest Industries Ltd. v. Canada (T-2718-89) .....	D-38
Diversified Products Corp. v. Weslo Design International Inc. (T-1153-85) .....	D-53
Molson Breweries v. Labatt Brewing Co. (T-724-92) .....	D-38
Philippine Phosphate Fertilizer Corp. v. Elouanda Day (The) (T-685-92) .....	D-38
United Terminals Ltd. v. M.N.R. (C.A.) (A-333-92) .....	302
Wewaikai Indian Band v. Canada (A-697-92) .....	D-53

**PRACTICE—Continued****Discovery—Continued***Production of Documents*

Molson Breweries v. Labatt Brewing Co. (C.A.) (A-550-92).....	78
Molson Breweries v. Labatt Brewing Co. (T-724-92).....	D-9
Philippine Phosphate Fertilizer Corp. v. Elounda Day (The) (T-685-91).....	D-53

**Evidence**

Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator) (A-1071-91).....	D-54
Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator) (C.A.) (A-1071-91).....	800
Western Canada Wilderness Committee v. Canada (Minister of Environment) (T-2913-90).....	D-54
Ye v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-711-90).....	D-39

**Judgments and Orders**

Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Superintendent, Wood Buffalo National Park) (T-272-92).....	D-26
---	------

*Default Judgment*

Canada v. Petrisor (T-1647-91).....	D-39
-------------------------------------	------

*Enforcement*

Hancor Inc. v. Systèmes de Drainage Modernes Inc. (T-2126-85).....	D-54
--	------

*Reversal or Variation*

Etienne v. Canada (T.D.) (T-1622-91).....	557
Labrie v. Uniformes Town & Country Inc. (A-80-89).....	D-9
Molson Breweries v. Labatt Brewing Co. (T-724-92).....	D-9

*Stay of Execution*

Kostyshyn v. West Region Tribal Council Inc. (T-607-92).....	D-54
--	------

**Limitation of Actions**

Keddy v. Canada (T-526-90).....	D-26
---------------------------------	------

**Parties***Joinder*

Haig v. Canada (C.A.) (A-1340-92).....	611
--	-----

*Standing*

Olympia Interiors Ltd. v. Canada (T-1436-92).....	D-54
---	------

**PRACTICE**—Continued

**Parties**—Continued

*Third Party Proceedings*

Sydney Steel Corp. v. MTO Maritime Transport Overseas Ltd. (T.D.) (T-1399-88).....	87
---	----

**Pleadings**

*Amendments*

Urbanek v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-222-90).....	D-39
--	------

*Motion to Strike*

Beam of Canada Inc. v. National Vacuum Ltd. (T-749-92).....	D-39
Chamberland v. Canada (T-1700-91).....	D-26
Cyr v. Canada (Director of Federal Penitentiary at Bath, Ontario) (T-712-92)...	D-27
Landon v. Canada (T-670-92).....	D-39
Lenhardt v. Canada (Royal Canadian Mounted Police) (T-320-92).....	D-9
Mountain Equipment Co-operative v. Specialized Bicycle Components Canada Inc. (T-3092-91).....	D-27
Samsonite Canada Inc. v. Costco Wholesale Corp. (T-500-92).....	D-9
Samsonite Canada Inc. v. Costco Wholesale Corp. (T-500-92).....	D-39
Titan Linkabit Corp. v. S.E.E. SEE Electronic Engineering Inc. (T-129-91).....	D-55
Turner v. Canada (C.A.) (A-354-90).....	458
Williams v. Canada (T-1782-88).....	D-39

*Particulars*

Teknion Furniture Systems v. Artopex Inc. (T-194-92).....	D-40
Wellcome Foundation Ltd. v. Novopharm Ltd. (T-2998-91).....	D-55
Wewaikai Indian Band v. Canada (T-951-89).....	D-27
Wic Inc. v. Agrimétal Inc. (T-984-91).....	D-55

**Preliminary Determination of Question of Law**

Courchesne Larose Ltd. v. Dusselorf Express (The) (T-154-90).....	D-27
Courchesne Larose Ltd. v. Lady Lienke (The) (T-1932-89).....	D-27

**Privilege**

Bussey v. Canada (Attorney General) (T.D.) (T-1380-88).....	29
---	----

**References**

Diversified Products Corp. v. Consumers Distributing Co. (T-2342-86).....	D-28
---	------

**Stay of Proceedings**

Apotex Inc. v. Canada (Attorney General) (T-1877-91).....	D-10
Ault Foods Ltd. v. Canada (Registrar of Trade-marks) (T-372-91).....	D-55
Genentech Inc. v. Canada (Patented Medicine Prices Review Board) (T-2317-92)	D-55
King v. Canada (T-1437-91).....	D-10
Molson Breweries v. Labatt Brewing Co. (T-724-92).....	D-10
Muchalaht Indian Band v. Canada (T-2283-86).....	D-10

**PRACTICE—Continued****Stay of Proceedings—Continued**

Ruhrkohle Handel Inter GMBH v. Federal Calumet (The) (C.A.) (A-674-91)....	98
--	----

**Variation of Time**

Dhillon v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (92-A-2342).....	D-10
Voest Alpine Canada Corp. v. Sammi Herald (The) (T-1515-90) .....	D-40
Wea Music of Canada Ltd. v. Canada (T-1532-89).....	D-10

**PRIVACY**

*See also:* p. 539

Arkell v. Canada (Solicitor General) (T-180-92) .....	D-40
Miller v. Canada (Solicitor General) (T-493-91) .....	D-28

**PUBLIC SERVICE****Appeals**

Cyrus v. Canada (Minister of Health and Welfare) (A-223-91).....	D-10
Dirksen (Re) (A-494-91).....	D-28

**Labour Relations**

Ménard v. Canada (C.A.) (A-532-90).....	521
---	-----

**Selection Process***Competitions*

Eddy v. Canada (Public Service Commission) (A-628-91) .....	D-28
---	------

**Termination of Employment***Probation*

Gagné v. Canada (Department of Veterans Affairs) (T-2412-88) .....	D-11
--	------

**PUBLIC WORKS**

James Doyle (Sr) & Sons Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (T.D.) (T-553-92).....	128
---	-----

**RCMP**

*See also:* Privacy, D-28

Landry v. Gaudet (T-656-90) .....	D-56
Rankin (Re) (A-847-90).....	D-11

**RAILWAYS**

Canadian Pacific Ltd. v. Canada (National Transportation Agency) (C.A.) (A-193-90).....	145
--	-----

**REAL PROPERTY**

May Bros. Farms Ltd. v. Canada (T.D.) (A-27-91)..... 389

**TRADE MARKS**

*See also:* p. 78; Injunctions, D-22

Eye Masters Ltd. v. Ross King Holdings Ltd. (T-1793-92)..... D-41  
 John Labatt Ltd. v. Molson Companies Ltd. (A-577-90)..... D-28  
 Molson Breweries v. Labatt Brewing Co. (T-724-92)..... D-41

**Expungement**

Everex Systems, Inc. v. Everdata Computer Inc. (T-2364-91)..... D-56  
 John Labatt Ltd. v. Molson Companies Ltd. (A-1144-88)..... D-11  
 Promafil Canada Ltée v. Munsingwear Inc. (A-235-90)..... D-41  
 Tamko Asphalt Products, Inc. v. Tamko, Inc. (T-1239-91)..... D-11

**Infringement**

Blockbuster Entertainment Corp. v. Incorporated First Video (T-2560-91)..... D-56  
 Eye Masters Ltd. v. Ross King Holdings Ltd. (T.D.) (T-1793-92)..... 625

**Practice**

Cooper v. Barakett International Inc. (T-1569-92)..... D-42  
 Meredith & Finlayson v. Canada (Registrar of Trade-marks) (T-1108-90)..... D-42  
 Remington Rand Corp. v. Philips Electronics N.V. (T-1695-91)..... D-11  
 Renaud Cointreau & Cie v. Cordon Bleu International Ltée (T-2314-90)..... D-42  
 335544 Alberta Ltd. v. Tetrasound International Inc. (T-1863-92)..... D-42

**Registration**

Canadian Co-operative Credit Society Ltd. v. Commercial Union Assurance Co.  
 (T-1661-91)..... D-43  
 Del Monte Corp. v. Welch Foods Inc. (T-1980-91)..... D-43  
 Kellogg Salada Canada Inc. v. Canada (Registrar of Trade Marks) (A-141-87) D-43  
 Kellogg Salada Canada Inc. v. Canada (Registrar of Trade Marks) (C.A.)  
 (A-140-87)..... 442  
 Miss Universe, Inc. v. Bohna (T.D.) (T-976-91)..... 682  
 Molson Breweries v. Labatt Brewing Co. (T-773-91)..... D-28  
 Molson Breweries v. Pernod Ricard (T-1478-90)..... D-42  
 Reed Stenhouse Co. Ltd. v. Canada (Registrar of Trade-marks) (T-2957-90)..... D-56

**TRANSPORTATION**

Canadian Pacific Ltd. v. Canada (National Transportation Agency) (C.A.)  
 (A-193-90)..... 145

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Canada (Attorney General) v. Baronette (A-594-91)..... D-43  
 Canada (Attorney General) v. Vaillancourt (A-639-91)..... D-12  
 M.N.R. v. Standing (A-857-90)..... D-57  
 Petten v. Canada (Unemployment Insurance Commission) (A-269-91)..... D-57



## TABLE DES MATIÈRES DU VOLUME

	PAGE
<b>ACCÈS À L'INFORMATION</b>	
<i>Voir aussi:</i> p. 539	
Wells c. Canada (Ministre des Transports) (T-152-91).....	F-1
<b>AGRICULTURE</b>	
Nouveau-Brunswick (Office de commercialisation des œufs) c. Canada (Office de commercialisation des œufs) (T-946-92) .....	F-37
<b>ANIMAUX</b>	
Fundy Deer Farms Ltd. c. Canada (Directeur, hygiène vétérinaire, région de l'Atlantique, Agriculture Canada) (T-1618-92) .....	F-15
<b>ASSURANCE-CHÔMAGE</b>	
Canada (Procureur général) c. Baronette (A-594-91).....	F-38
Canada (Procureur général) c. Vaillancourt (A-639-91).....	F-1
M.R.N. c. Standing (A-857-90).....	F-55
Petten c. Canada (Commission d'assurance-chômage) (A-269-91).....	F-55
<b>AVOCATS ET PROCUREURS</b>	
J-Star Industries, Inc. c. Berg Equipment Co. (Canada) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1607-92)	639
Merck & Co. c. Interpharm Inc. (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1160-92).....	774
<b>BIENS IMMEUBLES</b>	
May Bros. Farms Ltd. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (A-27-91).....	389
<b>BREVETS</b>	
<i>Voir aussi:</i> Injonctions, F-30; Pratique, F-51, F-68	
<b>Contrefaçon</b>	
Atlas Copco Aktiebolag c. CIL Inc. (A-580-86).....	F-16
Computalog Ltd. c. Comtech Logging Ltd. (A-987-90).....	F-38
Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp. (T-1879-83)	F-15
<b>Pratique</b>	
Eli Lilly and Co. c. Canada (Commissaire aux brevets) (T-3109-91).....	F-1
Signalisation de Montréal Inc. c. Services de Béton Universels Ltée (T-1614-92)	F-38
Wakefield Properties Corp. c. Teknion Furniture Systems Inc. (T-3196-91) .....	F-38

**CHEMINS DE FER**

Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Office national des transports) (C.A.) (A-193-90).....	145
--	-----

**CITOYENNETÉ**

Glynos c. Canada (C.A.) (A-247-91).....	691
Kattous (Re) (T-2354-91).....	F-16

**Conditions de résidence**

Albadri (Re) (T-2754-91).....	F-55
Ferreira (Re) (T-2080-91).....	F-17
Ismael (Re) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-50-91).....	381
Kavadias (Re) (T-2902-91).....	F-2
Law (Re) (T-1604-91).....	F-2

**Connaissances requises**

Bongiovanni (Re) (T-51-91).....	F-56
Brilhante (Re) (T-2204-91).....	F-17
Cicccone (Re) (T-2627-90).....	F-56
Daifallah (Re) (T-724-91).....	F-2
Gucciardo (Re) (T-3048-91).....	F-56
Khalil (Re) (T-2608-91).....	F-56
Lucio (Re) (T-3168-90).....	F-56
Lucio (Re) (T-3169-90).....	F-56
Luk (Re) (T-1704-91).....	F-17
Maiorino (Re) (T-2626-90).....	F-55
Sapana (Re) (T-1144-91).....	F-2
Zamir (Re) (T-1380-90).....	F-39

**CODE CIVIL**

Dominique Boivin et Associés Inc. (Re) (ITA-4264-90).....	F-2
Ménard c. Canada (C.A.) (A-532-90).....	521

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

*Voir aussi:* Forces armées, F-23; Pratique, F-68

Native Women's Assn. of Canada c. Canada (C.A.) (A-524-92).....	192
---	-----

**Section de première instance**

Bande indienne de Saugeen c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1026-92).....	576
Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net (1 <sup>re</sup> inst.) (T-209-92).....	155
Inspiration Television Canada Inc. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1547-92).....	350
J.G. Morgan Development Corp. c. Canada (Ministre des Travaux publics) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1155-92).....	783
Newterm Ltd. c. Mys Budyonnogo (Le) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1478-87).....	255
Salinas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3212-90, 91-T-26).....	221
Sydney Steel Corp. c. MTO Maritime Transport Overseas Ltd. (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1399-88).....	87
Waye c. Canada (T-2063-91).....	F-39



**CONFLIT DES LOIS**

Banco do Brasil S.A. c. Pan American Steamship Lines Inc. (C.A.) (A-845-90)	735
---	-----

**CONTRATS**

Mandungu c. Cloutier (T-2584-91)	F-3
Shibamoto & Co. c. Nicolle N (Le) (A-343-91)	F-17
Shibamoto & Co. c. Nicolle N (Le) (A-1085-91)	F-18
Thomas Fuller Construction Co., (1958) Ltd. c. Canada (C.A.) (A-919-91)	795

**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

*Voir aussi:* p. 463; Agriculture; F-37; Droits de la personne, F-4; Fin de non-recevoir, F-5; Immigration, F-7; Pénitenciers, F-48; Pratique, F-66; Santé et bien-être social, F-69

Emery Worldwide c. Tristam (A-76-91)	F-3
Île-du-Prince-Édouard (Office des pommes de terre) c. Canada (Ministre de l'Agriculture) (T-1331-92)	F-18
Inspiration Television Canada Inc. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1547-92)	350
Miracle Janitor Service Co. c. M.R.N. (A-500-90)	F-3
Vezina c. Canada (Commission des droits de la personne) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-673-92)	675

**Brefs de prérogative***Certiorari*

Baluyut c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-925-92)	420
---	-----

*Mandamus*

Martinoff c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-619-92)	648
--	-----

*Prohibition*

Native Women's Assn. of Canada c. Canada (C.A.) (A-524-92)	192
--	-----

**Recours en equity**

Crawford c. Canada (Directeur du pénitencier William Head) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-295-92)	539
---	-----

*Jugements déclaratoires*

Conseil de la tribu Carrier-Sekani c. Canada (Ministre de l'Environnement) (C.A.) (A-560-91)	316
Glynos c. Canada (C.A.) (A-247-91)	691
Haig c. Canada (Directeur général des élections) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2393-92)	602
Haig c. Canada (C.A.) (A-1340-92)	611

**CORPORATIONS**

*Voir aussi:* Pratique, F-68

Grand frères du Canada c. Canada (Ministre de la Consommation et des Affaires commerciales) (A-551-91)	F-56
--	------

**COURONNE**

*Voir aussi:* p. 458, 576; Pratique, F-13, F-35

Turner c. Canada (A-131-91) .....	F-39
-----------------------------------	------

**Contrats**

Cavan Construction Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics) (T-1606-88)	F-39
Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2383-89) .....	54
Construction Carbo Inc. c. Canada (T-2401-90) .....	F-57
Ellis-Don Construction Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics) (T-777-92)	F-3
J.G. Morgan Development Corp. c. Canada (Ministre des Travaux publics) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1155-92) .....	783
Massicotte et Fils Ltée c. Canada (T-2576-89) .....	F-3

**Pratique**

United Terminals Ltd. c. M.R.N. (C.A.) (A-333-92) .....	302
---	-----

**Responsabilité délictuelle**

Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2383-89) .....	54
Huffman c. Canada (T-2351-87) .....	F-19
James c. Canada (T-771-90) .....	F-20
Peeters c. Canada (T-973-86) .....	F-18

**CRÉANCIERS ET DÉBITEURS**

*Voir:* Code civile, F-3; Pratique, F-67

**DESSINS INDUSTRIELS**

Industries Amisco Ltée c. Jet Metal Products Ltd. (T-3347-90) .....	F-20
---	------

**DOUANES ET ACCISE****Loi sur l'Accise**

Location G.M.F. Inc. c. M.R.N. (T-656-92) .....	F-57
---	------

**DROIT AÉRIEN**

Canada (Procureur général) c. Gill (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2590-91) .....	3
--	---

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

*Voir aussi:* GRC, F-58; Protection des renseignements personnels, F-53

Conseil de la tribu Carrier-Sekani c. Canada (Ministre de l'Environnement) (C.A.) (A-560-91) .....	316
Turner c. Canada (C.A.) (A-354-90) .....	458

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite****Charte des droits***Droits à l'égalité*

Crawford c. Canada (Directeur du pénitencier William Head) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-295-92).....	539
Native Women's Assn. of Canada c. Canada (C.A.) (A-524-92).....	192

*Droits démocratiques*

Haig c. Canada (T-2393-92).....	F-40
Haig c. Canada (C.A.) (A-1340-92).....	611
Haig c. Canada (Directeur général des élections) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2393-92) .....	602

*Libertés fondamentales*

Inspiration Television Canada Inc. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1547-92).....	350
Native Women's Assn. of Canada c. Canada (C.A.) (A-524-92).....	192
Syndicat international des débardeurs et magasiniers — Canada, section locale 500 c. Canada (C.A.) (A-240-90) .....	758

*Peuples autochtones*

Native Women's Assn. of Canada c. Canada (C.A.) (A-524-92).....	192
---	-----

*Procédures criminelles et pénales*

Canepa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-935-88)	270
---	-----

*Vie, liberté et sécurité*

Canada (Procureur général) c. Gill (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2590-91).....	3
Canepa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-935-88)	270
Crawford c. Canada (Directeur du pénitencier William Head) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-295-92).....	539
Syndicat international des débardeurs et magasiniers — Canada, section locale 500 c. Canada (C.A.) (A-240-90) .....	758

**Droits ancestraux ou issus de traités**

Bande indienne de Saugeen c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1026-92).....	576
---	-----

**Partage des pouvoirs**

Bande indienne de Saugeen c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1026-92).....	576
---	-----

**DROIT D'AUTEUR**

Voir aussi: Pratique, F-52, F-68

**Injonctions**

Jassmann c. Regan (T-1541-92).....	F-40
------------------------------------	------

**DROIT MARITIME***Voir aussi: p. 87; Pratique, F-49***Contrats**

British Columbia Packers Ltd. c. Bold Performance (Le) (T-752-92).....	F-4
--	-----

**Pratique**

Canastrand Industries Ltd. c. Lara S (Le) (T-940-89) .....	398
Colortextil Inc. c. Canadian Explorer (Le) (T-1063-91).....	F-40
Ruhrkohle Handel Inter GMBH c. Federal Calumet (Le) (C.A.) (A-674-91).....	98

**Responsabilité délictuelle**

Banco do Brasil S.A. c. Alexandros G. Tsavlis (A-848-90).....	F-57
Banco do Brasil S.A. c. Pan American Steamship Lines Inc. (C.A.) (A-845-90)	735
Newterm Ltd. c. Mys Budyonnogo (Le) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1478-87).....	255

**Transport de marchandises**

CTO International Ltd. c. Intercon Freight (T-1977-89).....	F-40
Redpath Industries Ltd. c. Cisco (Le) (T-1004-87).....	428

**DROITS DE LA PERSONNE**

Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net (1 <sup>re</sup> inst.) (T-209-92).....	155
Canada (Procureur général) c. Levac (C.A.) (A-821-91).....	463
Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Tribunal des droits de la personne) (T-2397-91).....	F-57
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Niles (A-481-91).....	F-20
Sullivan c. Canada (Commission des droits de la personne) (T-350-92) .....	F-4
Vezina c. Canada (Commission des droits de la personne) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-673-92)	675

**ÉLECTIONS**

Haig c. Canada (C.A.) (A-1340-92).....	611
Haig c. Canada (Directeur général des élections) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2393-92) .....	602

**ENVIRONNEMENT***Voir aussi: Pratique, F-69*

Conseil de la tribu Carrier-Sekani c. Canada (Ministre de l'Environnement) (C.A.) (A-560-91) .....	316
Vancouver Island Peace Society c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2927-91).....	42

**EXPROPRIATION**

Canada c. Eustace (T-1662-91).....	F-21
Tekmin c. Canada (Ministre des Travaux publics) (T-856-88) .....	F-4

**Pratique**

Canada (Procureur général) c. Nouvelle-Écosse (T-48-91) .....	F-21
---	------

**FIN DE NON-RECEVOIR***Voir aussi:* p. 521

Aurchem Exploration Ltd. c. Canada (T-290-92) .....	F-4
---	-----

**FONCTION PUBLIQUE****Appels**

Cyrus c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (A-223-91) .....	F-5
Dirksen (Re) (A-494-91) .....	F-22

**Fin d'emploi***Stage*

Gagné c. Canada (Ministère des Affaires des anciens combattants) (T-2412-88)	F-5
--	-----

**Procédure de sélection***Concours*

Eddy c. Canada (Commission de la fonction publique) (A-628-91) .....	F-22
--	------

**Relations du travail**

Ménard c. Canada (C.A.) (A-532-90) .....	521
--	-----

**FORCES ARMÉES***Voir aussi:* Pratique, F-35

Diotte c. Canada (T-233-89) .....	F-22
-----------------------------------	------

**GRC***Voir aussi:* Protection des renseignements personnels, F-35

Landry c. Gaudet (T-656-90) .....	F-58
Rankin (Re) (A-847-90) .....	F-5

**IMMIGRATION***Voir aussi:* Immigration, F-51

Balogun c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-4-92) .....	F-23
Djama c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-738-90) .....	F-6
Doku c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-409) .....	F-58
Ferrerya c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1017-92) .....	F-58
Hernandez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-24-90) .....	F-6
Huang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-1052-90) .....	F-6
Mangaring c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-978) .....	F-58
Mayers c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1830-91) .....	F-58
Niedzialkowski c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-531-90)	F-6
Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-859-88) .....	F-59
Yousuf c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-823-90) .....	F-6

**IMMIGRATION—Suite****Expulsion**

Akyampong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-533-91)	F-24
Bada c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-671) .....	F-41
Berhan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-1197) .....	F-41
Bussolotti c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-247) .....	F-24
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Medawi (A-373-89) .....	F-7
Canepa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-935-88)	270
Cortez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-177) .....	F-24
Dugonitsch c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-224) ...	F-7
Mashni c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-816) .....	F-41
Membreno-Garcia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) (92-T-185) .....	306
Nananso c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-626) .....	F-59
Okyere-Antwi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-413-92)	F-24
Qawdan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-130) .....	F-6
Ribeiro c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-845) .....	F-41
Sedarous c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (91-T-72) .....	F-59

**Pratique**

Baluyut c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-925-92) .....	420
Bawuah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-857) .....	F-43
Cegarra c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-839) .....	F-42
Chaudhari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-285-89) .....	F-60
Frimpong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-615) .....	F-42
Ha c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1426-91) .....	F-42
Hosein c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-187) .....	F-7
Jagdeo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-760) .....	F-42
Juan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (91-T-659) .....	F-60
Mirzad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1633-92) .....	F-60
Rafique c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (91-T-991) .....	F-60
Ramnarine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-453-92) ...	F-8
Salinas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3212-90, 91-T-26) .....	221
Vaccarino c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-778) .....	F-7
Yang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1595-91) .....	F-25
Yeung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-35-92, T-2606-91, T-2607-91) .....	F-25

**Statut de réfugié**

Aquino c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-344-89) .....	F-8
Aristil c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-902-90) .....	F-60
Chichmanov c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-243-91)	F-61
Giron c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-387-89) .....	F-8
Maraj c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-T-595) .....	F-25
Mehterian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-717-90) .....	F-26
Motaghi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-355-89) .....	F-8
Sabaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-536-90)	F-60
Salinas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-1323-91)	247
Shanmugarajah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-609-91)	F-26
Tellez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-187-92) .....	F-9
Veeravagu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-630-89) ....	F-8

**IMMIGRATION—Suite****Statut de réfugié—Suite**

Williams c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-1295-91).....	F-9
Wu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-369-89).....	F-8
Ye c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-711-90).....	F-26

**IMPÔT SUR LE REVENU**

Mollenhauer c. M.R.N. (T-1485-89).....	F-26
--	------

**Calcul du revenu**

Johnson & Johnson Inc. c. Canada (T-1280-87).....	F-26
Lachance c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-514-91).....	665
Morrow c. Canada (A-245-89).....	F-27

*Allocation du coût en capital*

Coopers & Lybrand Ltd. c. M.R.N. (T-1784-89).....	F-61
May Bros. Farms Ltd. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (A-27-91).....	389

*Déductions*

Antosko c. Canada (A-103-90).....	F-28
Echo Bay Mines Ltd. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2933-85).....	707
Harvey C. Smith Drugs Ltd. c. M.R.N. (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1761-86).....	363
Mandryk c. Canada (A-1-89).....	F-27
Placer Dome Inc. c. Canada (A-434-91).....	F-43
Trzop c. Canada (A-104-90).....	F-28
Trzop c. Canada (A-105-90).....	F-28

*Gain en capital*

Canada c. Kieboom (C.A.) (A-990-91).....	488
--	-----

*Revenu ou gain en capital*

Charles R. Bell Ltd. c. Canada (A-817-90).....	F-62
Darch c. Canada (T-3259-90, T-3253-90).....	F-28
Kettle River Sawmills Ltd. c. M.R.N. (T-35-87).....	F-63

**Corporations**

Canada c. Kieboom (C.A.) (A-990-91).....	488
--	-----

**Donations**

Canada c. Kieboom (C.A.) (A-990-91).....	488
--	-----

**Exemptions**

Westar Mining Ltd. c. Canada (C.A.) (A-1051-88).....	110
--	-----

**Non-résidents**

Canada c. Placrefid Ltd. (T-1789-86).....	F-63
---	------

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite****Non-résidents—Suite**

Crown Forest Industries Ltd. c. Canada (T-2342-90).....	F-9
Glow c. Canada (T-1567-84).....	F-62
Hale v. Canada (A-820-90).....	F-63

**Pratique**

BRL Biomedical Ltd c. Canada (T-1206-91).....	F-9
Canada c. B.M. Enterprises (1 <sup>re</sup> inst.) (T-911-90).....	409
McAusland c. M.R.N. (92-T-576).....	F-29
Paquette c. M.R.N. (T-1130-92).....	F-64
460354 Ontario Inc. c. Canada (T-2433-88).....	F-63
Roseland Farms Ltd. c. Canada (T-452-86).....	F-43
Schmidt c. Canada (T-1694-86).....	F-29
Solberg c. Canada (T-942-89).....	F-63

**INJONCTIONS**

Bande indienne de Saugeen c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1026-92).....	576
CHEZ-FM, Inc. c. Télémedia Communications Inc. (T-1829-91).....	F-29
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net (1 <sup>re</sup> inst.) (T-209-92).....	155
Eli Lilly and Co. c. Interpharm Inc. (T-3108-91).....	F-29
Eye Masters Ltd. c. Ross King Holdings Ltd. (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1793-92).....	625

**INTERPRÉTATION DES LOIS**

*Voir aussi:* Impôt sur le revenu, F-9

Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral) (C.A.) (A-1071-91).....	800
Crawford c. Canada (Directeur du pénitencier William Head) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-295-92).....	539
Glynos c. Canada (C.A.) (A-247-91).....	691
Harvey C. Smith Drugs Ltd. c. M.R.N. (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1761-86).....	363
J.G. Morgan Development Corp. c. Canada (Ministre des Travaux publics) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1155-92).....	783
James Doyle (Sr) & Sons Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-553-92).....	128

**JUGES ET TRIBUNAUX**

Canada (Procureur général) c. Levac (C.A.) (A-821-91).....	463
--	-----

**JUSTICE CRIMINELLE ET PÉNALE**

Henry c. Canada (Ministre de la Justice) (T-995-85).....	F-10
--	------

**Armes à feu**

Martinoff c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-619-92).....	648
---	-----

**LANGUES OFFICIELLES**

Étienne c. Canada (T-1622-91).....	F-10
St-Onge c. Canada (Commissariat aux langues officielles) (C.A.) (A-143-91)....	287



**LIBÉRATION CONDITIONNELLE**

Faulkner c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (A-1099-90).....	F-30
Logan c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (T-833-92).....	F-64

**MARQUES DE COMMERCE**

*Voir aussi:* p. 78; Injonctions, F-29

Eye Masters Ltd. c. Ross King Holdings Ltd. (T-1793-92).....	F-44
John Labatt Ltd. c. Molson Companies Ltd. (A-577-90).....	F-30
Molson Breweries c. Labatt Brewing Co. (T-724-92).....	F-43

**Contrefaçon**

Blockbuster Entertainment Corp. c. Incorporated First Video (T-2560-92).....	F-64
Eye Masters Ltd. c. Ross King Holdings Ltd. (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1793-92).....	625

**Enregistrement**

Canadian Co-operative Credit Society Ltd. c. Commercial Union Assurance Co. (T-1661-91).....	F-44
Del Monte Corp. c. Welch Foods Inc. (T-1980-91).....	F-45
Kellogg Salada Canada Inc. c. Canada (Registraire des marques de commerce) (A-141-87).....	F-45
Kellogg Salada Canada Inc. c. Canada (Registraire des marques de commerce) (C.A.) (A-140-87).....	442
Miss Universe, Inc. c. Bohna (1 <sup>re</sup> inst.) (T-976-91).....	682
Molson Breweries c. Labatt Brewing Co. (T-773-91).....	F-30
Molson Breweries c. Pernod Ricard (T-1478-90).....	F-44
Reed Stenhouse Co. c. Canada (Registraire des marques de commerce) (T-2957-90).....	F-65

**Pratique**

Cooper c. Barakett International Inc. (T-1569-92).....	F-46
Meredith & Finlayson c. Canada (Registraire des marques de commerce) (T-1108-90).....	F-45
Remington Rand Corp. c. Philips Electronics N.V. (T-1695-91).....	F-10
Renaud Cointreau & Cie c. Cordon Bleu International Ltée (T-2314-90).....	F-46
335544 Albert Ltd. c. Tetrasound International Inc. (T-1863-92).....	F-46

**Radiation**

Everex Systems, Inc. c. Everdata Computer Inc. (T-2364-91).....	F-65
John Labatt Ltd. c. Compagnies Molson Ltée (A-1144-88).....	F-11
Promafil Canada Ltée c. Munsingwear Inc. (A-235-90).....	F-46
Tamko Asphalt Products, Inc. c. Tamko, Inc. (T-1239-91).....	F-11

**PÊCHES**

Bande indienne de Saugeen c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1026-92).....	576
Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2383-89).....	54
Monks c. Canada (Procureur général) (T-1291-92).....	F-47

**PÉNITENCIERS**

Crawford c. Canada (Directeur du pénitencier William Head) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-295-92).....	539
Kelly c. Canada (Solliciteur général) (T-2984-91).....	F-11
Kelly c. Canada (Sous-commissaire adjoint, Service correctionnel) (T-2983-91)	F-47

**PEUPLES AUTOCHTONES**

*Voir aussi:* p. 192, 576; Pratique, F-34, F-67

**Terres**

Saugeen Cottagers Organization Inc. c. Canada (T-515-92) .....	F-11
--	------

**POSTES**

Institut canadien des mines et de métallurgie c. Canada (A-510-85) .....	F-31
--	------

**PRATIQUE**

*Voir aussi:* Contrôle judiciaire, F-18; Droit constitutionnel, F-40; Immigration, F-41

Shyluk c. Canada (T-2006-87) .....	F-48
Tucker c. Steeltley Industries Ltd. (T-306-86) .....	F-48

**Affidavits**

Côté c. Canada (Ministre de l'Environnement) (T-1206-89).....	F-48
Perera c. Canada (T-6008-92) .....	F-48
Prouvost S.A. c. Munsingwear, Inc. (T-456-91, T-457-91, T-458-91, T-459-91)	F-31
West Region Tribunal Council c. Canada (Arbitre désigné en application du Code canadien du travail) (T-493-92).....	F-65

**Appels et nouveaux procès**

Glad Day Bookshop Inc. c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et accise (92-T-946)	F-49
--	------

**Communication de documents et interrogatoire préalable**

Beloit Canada Ltée c. Valmet Oy (A-66-89).....	F-66
--	------

***Interrogatoire préalable***

Bande indienne Wewaikai c. Canada (A-697-92) .....	F-66
Bhadrachalam Paperboards Ltd. c. Philippine Victory (Le) (A-1211-91).....	F-31
Crestbrook Forest Industries Ltd. c. Canada (T-2718-89) .....	F-49
Diversified Products Corp. c. Weslo Design International Inc. (T-1153-85).....	F-66
Molson Breweries c. Labatt Brewing Co. (T-724-92) .....	F-49
Philippine Phosphate Fertilizer Corp. c. Elounda Day (Le) (T-685-92).....	F-49
United Terminals Ltd. c. M.R.N. (C.A.) (A-333-92).....	302

***Production de documents***

Molson Breweries c. Labatt Brewing Co. (C.A.) (A-550-92).....	78
Molson Breweries c. Labatt Brewing Co. (T-724-92) .....	F-12
Philippine Phosphate Fertilizer Corp. c. Elounda Day (Le) (T-685-91).....	F-66

**PRATIQUE—Suite****Communications privilégiées**

Bussey c. Canada (Procureur général) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1380-88) .....	29
--	----

**Comparution***Comparution conditionnelle*

Nissho Iwai Canada Ltd. c. California Jupiter (Le) (T-2635-91).....	F-49
---	------

**Décision préliminaire sur un point de droit**

Courchesne Larose Ltd. c. Dusseldorf Express (Le) (T-154-90) .....	F-32
Courchesne Larose Ltd. c. Lady Lienke (Le) (T-1932-89) .....	F-32

**Frais et dépens**

Chaperon c. Canada (T-2327-91) .....	F-12
Cheema c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-301-91).....	F-67
Figgie International Inc. c. Citywide Machine Wholesale Inc. (T-1200-92).....	F-32
Kuganeswaran c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-864-87)	F-32
Playboy Enterprises, Inc. c. Playboy Bouzouki Lounge Inc. (T-3391-90) .....	F-49
TRW Inc. c. Walbar of Canada Inc. (A-107-91).....	F-32
Westbank Property Management Ltd. c. Conseil de la bande indienne de Westbank (T-173-92) .....	F-50

**Jugements et ordonnances**

Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Canada (Directeur du parc national Wood Buffalo) (T-272-92).....	F-32
---	------

*Annulation ou modification*

Etienne c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1622-91).....	557
Labrie c. Uniformes Town & Country Inc. (A-80-89) .....	F-12
Molson Breweries c. Labatt Brewing Co. (T-724-92) .....	F-12

*Exécution*

Hancor Inc. c. Systèmes de drainage modernes Inc. (T-2126-85) .....	F-67
---	------

*Jugement par défaut*

Canada c. Petrisor (T-1647-91).....	F-50
-------------------------------------	------

*Outrage au tribunal*

Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net (T-209-92).....	F-51
--	------

*Suspension d'exécution*

Kostyshyn c. West Region Tribal Council Inc. (T-607-92).....	F-67
--	------

**PRATIQUE—Suite****Modification des délais**

Dhillon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (92-A-2342).....	F-12
Voest Alpine Canada Corp. c. Sammi Herald (Le) (T-1515-90).....	F-50
Wea Music of Canada Ltd. c. Canada (T-1532-89).....	F-12

**Outrage au tribunal**

Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net (T-209-92).....	F-51
Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net (1 <sup>re</sup> inst.) (T-209-92).....	504
Versatech Products Inc. c. Aqua-Guard Sales Inc. (T-147-86).....	F-33

**Parties***Jonction*

Haig c. Canada (C.A.) (A-1340-92).....	611
--	-----

*Qualité pour agir*

Olympia Interiors Ltd. c. Canada (T-1436-92).....	F-67
---	------

*Procédure de mise en cause*

Sydney Steel Corp. c. MTO Maritime Transport Overseas Ltd. (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1399-88).....	87
--	----

**Plaidoiries***Détails*

Bande indienne Wewaikei c. Canada (T-951-89).....	F-33
Teknion Furniture Systems c. Artopex Inc. (T-194-92).....	F-51
Wellcome Foundation Ltd. c. Novopharm Ltd. (T-2998-91).....	F-68
Wic Inc. c. Agrimétal Inc. (T-984-91).....	F-68

*Modifications*

Urbanek c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-222-90).....	F-51
--	------

*Requête en radiation*

Beam of Canada Inc. c. National Vacuum Ltd. (T-749-92).....	F-52
Chamberland c. Canada (T-1700-91).....	F-34
Cyr c. Canada (Directeur du pénitencier fédéral de Bath (Ontario)) (T-712-92)	F-34
Landon c. Canada (T-670-92).....	F-52
Lenhardt c. Canada (Gendarmerie royale du Canada) (T-320-92).....	F-12
Mountain Equipment Co-operative c. Specialized Bicycle Components Canada Inc. (T-3092-91).....	F-34
Samsonite Canada Inc. c. Costco Wholesale Corp. (T-500-92).....	F-13, F-51
Titan Linkabit Corp. c. S.E.E. SEE Electronic Engineering Inc. (T-129-91).....	F-68
Turner c. Canada (C.A.) (A-354-90).....	458
Williams c. Canada (T-1782-88).....	F-51

**Prescription**

Keddy c. Canada (T-526-90).....	F-35
---------------------------------	------

**Preuve**

Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral) (C.A.) (A-1071-91).....	800
Bande Eastmain c. Canada (A-1071-91).....	F-69
Western Canada Wilderness Committee c. Canada (Ministre de l'Environnement) (T-2913-90).....	F-68
Ye c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-711-90).....	F-52

**Renvois**

Diversified Products Corp. c. Consumers Distributing Co. (T-2342-86).....	F-35
---	------

**Suspension des procédures**

Ault Foods Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce) (T-372-91)	F-69
Genentech Inc. c. Canada (Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés) (T-2317-92).....	F-69

**Suspension d'instance**

Apotex Inc. c. Canada (Procureur général) (T-1877-91).....	F-13
Bande indienne Muchalaht c. Canada (T-2283-86).....	F-13
King c. Canada (T-1437-91).....	F-13
Molson Breweries c. Labatt Brewing Co. (T-724-92).....	F-13
Ruhrkohle Handel Inter GMBH c. Federal Calumet (Le) (C.A.) (A-674-91).....	98

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS**

*Voir aussi:* p. 539

Arkell c. Canada (Solliciteur général) (T-180-92).....	F-52
Miller c. Canada (Solliciteur général) (T-493-91).....	F-35

**RADIODIFFUSION**

Inspiration Television Canada Inc. c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1547-92).....	350
---	-----

**RELATIONS DU TRAVAIL**

*Voir aussi:* Pratique, F-66

Assoc. nationale des employés et techniciens en radiodiffusion — CTC c. CFCN Television (A-62-91).....	F-53
Canada (Procureur général) c. Gaboriault (C.A.) (A-1145-88).....	566
Syndicat des postiers du Canada c. Horsley (A-292-91).....	F-35
Syndicat international des débardeurs et magasiniers — Canada, section locale 500 c. Canada (C.A.) (A-240-90).....	758
Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Syndicat canadien de la Fonction publique (A-178-91).....	F-14

**SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL**

Smoling c. Canada (T-2162-92).....	F-69
------------------------------------	------

**TRANSPORTS**

Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Office national des transports) (C.A.) (A-193-90).....	145
--	-----

**TRAVAUX PUBLICS**

James Doyle (Sr) & Sons Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-553-92).....	128
---	-----

**TABLE  
OF CASES DIGESTED  
IN THIS VOLUME**

	PAGE
<b>A</b>	
Akyampong v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-18
Albadri (Re).....	D-46
Antosko v. Canada .....	D-21
Apotex Inc. v. Canada (Attorney General).....	D-10
Aquino v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-5
Arkell v. Canada (Solicitor General) .....	D-40
Aristil v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-49
Atlas Copco Aktiebolag v. CIL Inc. ....	D-24
Ault Foods Ltd. v. Canada (Registrar of Trade-marks) .....	D-55
Aurchem Exploration Ltd. v. Canada .....	D-3
<b>B</b>	
BRL Biomedical Ltd. v. Canada .....	D-7
Bada v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-33
Balogun v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-17
Banco do Brasil S.A. v. Alexandros G. Tsavlis (The) .....	D-52
Bawuah v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-34
Beam of Canada Inc. v. National Vacuum Ltd. ....	D-39
Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy .....	D-53
Berhan v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-34
Bhadrachalam Paperboards Ltd. v. Philippine Victory (The).....	D-25
Big Brothers of Canada v. Canada (Minister of Consumer and Corporate Affairs, Tribunal).....	D-46
Blockbuster Entertainment Corp. v. Incorporated First Video .....	D-56
Bongiovanni (Re) .....	D-45
Brilhante (Re) .....	D-14
British Columbia Packers Ltd. v. Bold Performance (The).....	D-8
Bussolotti v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-18
<b>C</b>	
CHEZ-FM, Inc. v. Telemedia Communications Inc.....	D-22
CTO International Ltd. v. Intercon Freight.....	D-35
Canada v. Eustace .....	D-16
Canada v. Petrisor .....	D-39
Canada v. Placrefid Ltd. ....	D-51
Canada (Attorney General) v. Baronette.....	D-43
Canada (Attorney General) v. Nova Scotia .....	D-16
Canada (Attorney General) v. Vaillancourt.....	D-12

	PAGE
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net.....	D-37
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Medawi .....	D-5
Canadian Co-operative Credit Society Ltd. v. Commercial Union Assurance Co. ....	D-43
Canadian Institute of Mining and Metallurgy v. Canada.....	D-24
Canadian National Railway Co. v. Niles .....	D-17
Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Human Rights Tribunal) .....	D-47
Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Superintendent, Wood Buffalo National Park).....	D-26
Canadian Union of Postal Workers v. Horsley .....	D-23
Cavan Construction Ltd. v. Canada (Minister of Public Works) .....	D-32
Cegarra v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-34
Chamberland v. Canada .....	D-26
Chaperon v. Canada .....	D-9
Charles R. Bell Ltd. v. Canada .....	D-50
Chaudhari v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-49
Cheema v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-53
Chichmanov v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-49
Ciccione (Re).....	D-45
Colortextil Inc. v. Canadian Explorer (The).....	D-35
Computalog Ltd. v. Comtech Logging Ltd.....	D-35
Construction Carbo Inc. v. Canada .....	D-46
Coopers & Lybrand Ltd. v. M.N.R. ....	D-50
Cooper v. Barakett International Inc. ....	D-42
Cortez v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-18
Côté v. Canada (Minister of Environment) .....	D-37
Courchesne Larose Ltd. v. Dusseldorf Express (The).....	D-27
Courchesne Larose Ltd. v. Lady Lienke (The).....	D-27
Crestbrook Forest Industries Ltd. v. Canada .....	D-38
Crown Forest Industries Ltd. v. Canada .....	D-6
Cyr v. Canada (Director of Federal Penitentiary at Bath, Ontario) .....	D-27
Cyrus v. Canada (Minister of Health and Welfare) .....	D-10

**D**

Daifallah (Re).....	D-1
Darch v. Canada.....	D-21
Del Monte Corp. v. Welch Foods Inc.....	D-43
Dhillon v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-10
Diotte v. Canada.....	D-13
Dirksen (Re) .....	D-28
Diversified Products Corp. v. Consumers Distributing Co. ....	D-27
Diversified Products Corp. v. Weslo Design International Inc.....	D-53
Djama v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-4
Doku v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-47
Dominique Boivin et Associés Ins. (Re) .....	D-2
Dugonitsch v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-5

**E**

Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator).....	D-54
Eddy v. Canada (Public Service Commission).....	D-28
Eli Lilly and Co. v. Canada (Commissioner of Patents) .....	D-8
Eli Lilly and Co. v. Interpharm Inc. ....	D-22
Ellis-Don Construction Ltd. v. Canada (Minister of Public Works).....	D-2
Emery Worldwide v. Tristam.....	D-7
Étienne v. Canada .....	D-8



	PAGE
Everex Systems, Inc. v. Everdata Computer Inc. ....	D-56
Eye Masters Ltd. v. Ross King Holdings Ltd. ....	D-41
<b>F</b>	
Faulkner v. Canada (National Parole Board).....	D-23
Ferreira (Re).....	D-14
Ferrerya v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-48
Figgie International Inc. v. Citywide Machine Wholesale Inc. ....	D-25
460354 Ontario Inc. v. Canada.....	D-51
Frimpong v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-34
Fundy Deer Farms Ltd. v. Canada (Director, Animal Health, Atlantic Region, Agriculture Canada).....	D-13
<b>G</b>	
Gagné v. Canada (Department of Veterans Affairs).....	D-11
Genentech Inc. v. Canada (Patented Medicine Prices Review Board).....	D-55
Giron v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-6
Glad Day Bookshop Inc. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise.....	D-37
Glow v. Canada.....	D-51
Gucciardo (Re).....	D-45
<b>H</b>	
Ha v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-34
Haig v. Canada.....	D-32
Hale v. Canada.....	D-51
Hancor Inc. v. Systèmes de Drainage Modernes Inc.....	D-54
Henry v. Canada (Minister of Justice).....	D-2
Hernandez v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-4
Hosein v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-5
Huang v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-4
Huffman v. Canada.....	D-15
<b>I</b>	
Industries Amisco Ltée v. Jet Metal Products Ltd. ....	D-22
<b>J</b>	
Jagdeo v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-34
James v. Canada.....	D-16
Jassmann v. Regan.....	D-32
John Labatt Ltd. v. Molson Companies Ltd.....	D-11
John Labatt Ltd. v. Molson Companies Ltd.....	D-28
Johnson & Johnson Inc. v. Canada.....	D-20
Juan v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-48
<b>K</b>	
Kattous (Re).....	D-14
Kavadias (Re).....	D-1
Keddy v. Canada.....	D-26
Kellogg Salada Canada Inc. v. Canada (Registrar of Trade Marks).....	D-43
Kelly v. Canada (Assistant Deputy Commissioner, Correctional Service).....	D-36
Kelly v. Canada (Solicitor General).....	D-9

	PAGE
Kettle River Sawmills Ltd. v. M.N.R. ....	D-50
Khalil (Re).....	D-45
King v. Canada.....	D-10
Kostyshyn v. West Region Tribal Council Inc. ....	D-54
Kuganeswaran v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-25

## L

Labrie v. Uniformes Town & Country Inc. ....	D-9
Landon v. Canada .....	D-39
Landry v. Gaudet.....	D-56
Law (Re).....	D-1
Lenhardt v. Canada (Royal Canadian Mounted Police).....	D-9
Location G.M.F. Inc. v. M.N.R. ....	D-46
Logan v. Canada (National Parole Board).....	D-52
Lucio (Re) (T-3168-90) .....	D-45
Lucio (Re) (T-3169-90) .....	D-45
Luk (Re).....	D-14

## M

M.N.R. v. Standing .....	D-57
Maiorino (Re).....	D-45
Mandryk v. Canada .....	D-21
Mandungu v. Cloutier .....	D-2
Mangaring v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-48
Maraj v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-19
Mashni v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-33
Massicotte et Fils Ltée v. Canada .....	D-2
Mayers v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-47
McAusland v. M.N.R. ....	D-22
Mehterian v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-19
Meredith & Finlayson v. Canada (Registrar of Trade-marks) .....	D-42
Miller v. Canada (Solicitor General).....	D-28
Miracle Janitor Service Co. v. M.N.R. ....	D-7
Mirzad v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-49
Mollenhauer v. M.N.R. ....	D-20
Molson Breweries v. Labatt Brewing Co. ....	D-9
Molson Breweries v. Labatt Brewing Co. ....	D-9
Molson Breweries v. Labatt Brewing Co. ....	D-10
Molson Breweries v. Labatt Brewing Co. ....	D-28
Molson Breweries v. Labatt Brewing Co. ....	D-38
Molson Breweries v. Labatt Brewing Co. ....	D-41
Molson Breweries v. Pernod Ricard .....	D-42
Monks v. Canada (Attorney General).....	D-33
Morrow v. Canada.....	D-20
Motaghi v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-6
Mountain Equipment Co-operative v. Specialized Bicycle Components Canada Inc. ....	D-26
Muchalaht Indian Band v. Canada .....	D-10

## N

Nananso v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-48
National Assn. of Broadcast Employees and Technicians — CLC v. CFCN Television .....	D-35
New Brunswick (Egg Marketing Board) v. Canada (Egg Marketing Agency).....	D-31

Niedzialkowski v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-4
Nissho Iwai Canada Ltd. v. California Jupiter (The).....	D-37

**O**

Okyere-Antwi v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-18
Olympia Interiors Ltd. v. Canada.....	D-54

**P**

Paquette v. M.N.R. ....	D-52
Peeters v. Canada .....	D-15
Perera v. Canada .....	D-37
Petten v. Canada (Unemployment Insurance Commission) .....	D-57
Philippine Phosphate Fertilizer Corp. v. Elounda Day (The).....	D-38
Philippine Phosphate Fertilizer Corp. v. Elounda Day (The).....	D-53
Placer Dome Inc. v. Canada .....	D-35
Playboy Enterprises, Inc. v. Playboy Bouzouki Lounge Inc. ....	D-38
Prince Edward Island (Potato Board) v. Canada (Minister of Agriculture).....	D-23
Promafil Canada Ltée v. Munsingwear Inc. ....	D-41
Prouvost S.A. v. Munsingwear, Inc. ....	D-25

**Q**

Qawdan v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-4
--	-----

**R**

Rafique v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-49
Ramnarine v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-5
Rankin (Re) .....	D-11
Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp. ....	D-23
Reed Stenhouse Co. Ltd. v. Canada (Registrar of Trade-marks) .....	D-56
Remington Rand Corp. v. Philips Electronics N.V.....	D-11
Renaud Cointrau & Cie v. Cordon Bleu International Ltée.....	D-42
Ribeiro v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-33
Roseland Farms Ltd. v. Canada .....	D-35

**S**

Sabaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-49
Samsonite Canada Inc. v. Costco Wholesale Corp. ....	D-9
Samsonite Canada Inc. v. Costco Wholesale Corp. ....	D-39
Sapana (Re) .....	D-1
Saugeen Cottagers Organization Inc. v. Canada.....	D-8
Schmidt v. Canada .....	D-22
Sedarous v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-48
Shanmugarajah v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-19
Shibamoto & Co. v. Nicolle N (The) .....	D-14
Shibamoto & Co. v. Nicolle N (The) .....	D-15
Shyluk v. Canada .....	D-37
Signalisation de Montréal Inc. v. Services de Béton Universels Ltée .....	D-36
Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-48
Smoling v. Canada .....	D-46
Solberg v. Canada .....	D-51
Sullivan v. Canada (Human Rights Commission).....	D-4

## T

TRW Inc. v. Walbar of Canada Inc. ....	D-25
Tamko Asphalt Products, Inc. v. Tamko, Inc. ....	D-11
Tekmin v. Canada (Minister of Public Works) .....	D-3
Teknion Furniture Systems v. Artopex Inc. ....	D-40
Tellez v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-6
Terminaux Portuaires du Québec Inc. v. Canadian Union of Public Employees.....	D-7
335544 Alberta Ltd. v. Tetrasound International Inc. ....	D-42
Titan Linkabit Corp. v. S.E.E. SEE Electronic Engineering Inc. ....	D-55
Trzop v. Canada (A-104-90).....	D-21
Trzop v. Canada (A-105-90).....	D-21
Tucker v. Steetley Industries Ltd. ....	D-37
Turner v. Canada.....	D-32

## U

Urbanek v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-39
---	------

## V

Vaccarino v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-5
Veeravagu v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-6
Versatech Products Inc. v. Aqua-Guard Sales Inc. ....	D-25
Voest Alpine Canada Corp. v. Sammi Herald (The).....	D-40

## W

Wakefield Properties Corp. v. Teknion Furniture Systems Inc. ....	D-36
Waye v. Canada.....	D-33
Wea Music of Canada Ltd. v. Canada .....	D-10
Wellcome Foundation Ltd. v. Novopharm Ltd. ....	D-55
Wells v. Canada (Minister of Transport) .....	D-1
West Region Tribal Council v. Canada (Adjudicator appointed under Canada Labour Code).....	D-52
Westbank Property Management Ltd. v. Westbank Indian Band Council .....	D-38
Western Canada Wilderness Committee v. Canada (Minister of Environment).....	D-53
Wewaikai Indian Band v. Canada .....	D-27
Wewaikai Indian Band v. Canada .....	D-53
Wic Inc. v. Agrimétal Inc. ....	D-55
Williams v. Canada .....	D-39
Williams v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-6
Wu v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-6

## Y

Yang v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-18
Ye v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-19
Ye v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-39
Yeung v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-19
Yousuf v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-4

## Z

Zamir (Re).....	D-31
-----------------	------

**TABLE**  
**DES FICHES ANALYTIQUES PUBLIÉES**  
**DANS CE VOLUME**

	PAGE
<b>A</b>	
Akyampong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-25
Albadri (Re).....	F-55
Antosko c. Canada .....	F-28
Apotex Inc. c. Canada (Procureur général).....	F-13
Aquino c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-8
Aristil c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-60
Arkell c. Canada (Solliciteur général).....	F-52
Assoc. nationale des employés et techniciens en radiodiffusion — CTC c. CFCN Television.....	F-53
Atlas Copco Aktiebolag c. CIL Inc. ....	F-16
Ault Foods Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce).....	F-69
Aurchem Exploration Ltd. c. Canada.....	F-4
<b>B</b>	
BRL Biomedical Ltd c. Canada .....	F-9
Bada c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-41
Balogun c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-23
Banco do Brasil S.A. c. Alexandros G. Tsavlis.....	F-57
Bande Eastmain c. Canada .....	F-69
Bande indienne Muchalaht c. Canada.....	F-13
Bande indienne Wewaikai c. Canada .....	F-33
Bande indienne Wewaikai c. Canada .....	F-66
Bawuah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-43
Beam of Canada Inc. c. National Vacuum Ltd.....	F-52
Beloit Canada Ltée c. Valmet Oy.....	F-66
Berhan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-41
Bhadrachalam Paperboards Ltd. c. Philippine Victory (Le) .....	F-31
Blockbuster Entertainment Corp. c. Incorporated First Video.....	F-64
Bongiovanni (Re) .....	F-56
Brilhante (Re).....	F-17
British Columbia Packers Ltd. c. Bold Performance (Le).....	F-4
Bussolotti c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-24
<b>C</b>	
CHEZ-FM, Inc. c. Télémedia Communications Inc.....	F-29
CTO International Ltd. c. Intercon Freight.....	F-40
Canada c. Eustace .....	F-21
Canada c. Petrisor .....	F-50

	PAGE
Canada c. Placrefid Ltd.....	F-62
Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net.....	F-51
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Medawi.....	F-7
Canada (Procureur général) c. Baronette.....	F-38
Canada (Procureur général) c. Nouvelle-Écosse.....	F-21
Canada (Procureur général) c. Vaillancourt.....	F-1
Canadian Co-operative Credit Society Ltd. c. Commercial Union Assurance Co. ....	F-44
Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Tribunal des droits de la personne).....	F-57
Cavan Construction Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics).....	F-39
Cegarra c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-43
Chamberland c. Canada.....	F-34
Chaperon c. Canada.....	F-12
Charles R. Bell Ltd. c. Canada.....	F-62
Chaudhari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-60
Cheema c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-67
Chichmanov c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-61
Ciccone (Re).....	F-56
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Niles.....	F-20
Colortextil Inc. c. Canadian Explorer (Le).....	F-40
Computalog Ltd. c. Comtech Logging Ltd.....	F-38
Construction Carbo Inc. c. Canada.....	F-57
Cooper c. Barakett International Inc. ....	F-46
Coopers & Lybrand Ltd. c. M.R.N. ....	F-62
Cortez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-24
Côté c. Canada (Ministre de l'Environnement).....	F-48
Courchesne Larose Ltd. c. Dusseldorf Express (Le).....	F-32
Courchesne Larose Ltd. c. Lady Lienke (Le).....	F-32
Crestbrook Forest Industries Ltd. c. Canada.....	F-49
Crown Forest Industries Ltd. c. Canada.....	F-9
Cyr c. Canada (Directeur du pénitencier fédéral de Bath (Ontario)).....	F-34
Cyrus c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social).....	F-5

## D

Daifallah (Re).....	F-2
Darch c. Canada.....	F-28
Del Monte Corp. c. Welch Foods Inc. ....	F-45
Dhillon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-12
Diotte c. Canada.....	F-22
Dirksen (Re).....	F-22
Diversified Products Corp. c. Consumers Distributing Co. ....	F-35
Diversified Products Corp. c. Weslo Design International Inc. ....	F-66
Djama c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-6
Doku c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-58
Dominique Boivin et Associés Inc. (Re).....	F-2
Dugonitsch c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-7

## E

Eddy c. Canada (Commission de la fonction publique).....	F-22
Eli Lilly and Co. c. Canada (Commissaire aux brevets).....	F-1
Eli Lilly and Co. c. Interpharm Inc. ....	F-29
Ellis-Don Construction Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics).....	F-3
Emery Worldwide c. Tristam.....	F-3
Étienne c. Canada.....	F-10

Everex Systems, Inc. c. Everdata Computer Inc. ....	F-65
Eye Masters Ltd. c. Ross King Holdings Ltd. ....	F-44

**F**

Faulkner c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) .....	F-30
Ferreira (Re) .....	F-17
Ferreya c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-58
Figgie International Inc. c. Citywide Machine Wholesale Inc. ....	F-32
Frimpong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-42
Fundy Deer Farms Ltd. c. Canada (Directeur, hygiène vétérinaire, région de l'Atlantique, Agriculture Canada).....	F-15

**G**

Gagné c. Canada (Ministère des Affaires des anciens combattants).....	F-5
Genentech Inc. c. Canada (Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés).....	F-69
Giron c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-8
Glad Day Bookshop Inc. c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et accise .....	F-49
Glow c. Canada .....	F-62
Grands frères du Canada c. Canada (Ministre de la Consommation et des Affaires commerciales).....	F-56
Gucciardo (Re) .....	F-56

**H**

Ha c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-42
Haig c. Canada .....	F-40
Hale v. Canada .....	F-63
Hancor Inc. c. Systèmes de drainage modernes Inc. ....	F-67
Henry c. Canada (Ministre de la Justice) .....	F-10
Hernandez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-6
Hosein c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-7
Huang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-6
Huffman c. Canada.....	F-19

**I**

Île-du-Prince-Édouard (Office des pommes de terre) c. Canada (Ministre de l'Agriculture) .....	F-18
Industries Amisco Ltée c. Jet Metal Products Ltd. ....	F-20
Institut canadien des mines et de métallurgie c. Canada .....	F-31

**J**

Jagdeo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-42
James c. Canada .....	F-20
Jassmann c. Regan .....	F-40
John Labatt Ltd. c. Compagnies Molson Ltée.....	F-11
John Labatt Ltd. c. Molson Companies Ltd. ....	F-30
Johnson & Johnson Inc. c. Canada .....	F-26
Juan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-60

**K**

Kattous (Re).....	F-16
Kavadias (Re) .....	F-2

	PAGE
Keddy c. Canada .....	F-34
Kellogg Salada Canada Inc. c. Canada (Registraire des marques de commerce) .....	F-45
Kelly c. Canada (Solliciteur général) .....	F-11
Kelly c. Canada (Sous-commissaire adjoint, Service correctionnel) .....	F-47
Kettle River Sawmills Ltd. c. M.R.N. ....	F-63
Khalil (Re) .....	F-56
King c. Canada .....	F-13
Kostyshyn c. West Region Tribal Council Inc. ....	F-67
Kuganeswaran c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-32

## L

Labrie c. Uniformes Town & Country Inc. ....	F-12
Landon c. Canada .....	F-52
Landry c. Gaudet .....	F-58
Law (Re) .....	F-2
Lenhardt c. Canada (Gendarmerie royale du Canada) .....	F-12
Location G.M.F. Inc. c. M.R.N. ....	F-57
Logan c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) .....	F-64
Lucio (Re) (T-3168-90) .....	F-56
Lucio (Re) (T-3169-90) .....	F-56
Luk (Re) .....	F-17

## M

M.R.N. c. Standing .....	F-55
Maiorino (Re) .....	F-55
Mandryk c. Canada .....	F-27
Mandungu c. Cloutier .....	F-3
Mangaring c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-58
Maraj c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-25
Mashni c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-41
Massicotte et Fils Ltée c. Canada .....	F-3
Mayers c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-58
McAusland c. M.R.N. ....	F-29
Mehterian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-26
Meredith & Finlayson c. Canada (Registraire des marques de commerce) .....	F-45
Miller c. Canada (Solliciteur général) .....	F-35
Miracle Janitor Service Co. c. M.R.N. ....	F-3
Mirzad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-60
Mollenhauer c. M.R.N. ....	F-26
Molson Breweries c. Labatt Brewing Co. ....	F-12
Molson Breweries c. Labatt Brewing Co. ....	F-12
Molson Breweries c. Labatt Brewing Co. ....	F-13
Molson Breweries c. Labatt Brewing Co. ....	F-30
Molson Breweries c. Labatt Brewing Co. ....	F-43
Molson Breweries c. Labatt Brewing Co. ....	F-49
Molson Breweries c. Pernod Ricard .....	F-44
Monks c. Canada (Procureur général) .....	F-47
Morrow c. Canada .....	F-27
Motaghi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-8
Mountain Equipment Co-operative c. Specialized Bicycle Components Canada Inc. ....	F-34



## N

Nananso c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-59
Niedzialkowski c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-6
Nissho Iwai Canada Ltd. c. California Jupiter (Le).....	F-49
Nouveau-Brunswick (Office de commercialisation des œufs) c. Canada (Office de commercialisation des œufs).....	F-37

## O

Okyere-Antwi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-24
Olympia Interiors Ltd. c. Canada.....	F-67

## P

Paquette c. M.R.N. ....	F-64
Peeters c. Canada .....	F-19
Perera c. Canada.....	F-48
Petten c. Canada (Commission d'assurance-chômage).....	F-55
Philippine Phosphate Fertilizer Corp. c. Elounda Day (Le) .....	F-49
Philippine Phosphate Fertilizer Corp. c. Elounda Day (Le) .....	F-66
Placer Dome Inc. c. Canada .....	F-43
Playboy Enterprises, Inc. c. Playboy Bouzouki Lounge Inc.....	F-49
Promafil Canada Ltée c. Munsingwear Inc. ....	F-46
Prouvost S.A. c. Munsingwear, Inc.....	F-31

## Q

Qawdan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-6
460354 Ontario Inc. c. Canada.....	F-63

## R

Rafique c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-60
Ramnarine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-8
Rankin (Re) .....	F-5
Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.....	F-15
Reed Stenhouse Co. c. Canada (Registraire des marques de commerce) .....	F-65
Remington Rand Corp. c. Philips Electronics N.V.....	F-10
Renaud Cointreau & Cie c. Cordon Bleu International Ltée .....	F-46
Ribeiro c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-41
Roseland Farms Ltd. c. Canada.....	F-43

## S

Sabaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-60
Samsonite Canada Inc. c. Costco Wholesale Corp. ....	F-13
Samsonite Canada Inc. c. Costco Wholesale Corp. ....	F-51
Sapana (Re) .....	F-2
Saugeen Cottagers Organization Inc. c. Canada.....	F-11
Schmidt c. Canada.....	F-29
Sedarous c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-59
Shanmugarajah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-26
Shibamoto & Co. c. Nicole N (Le).....	F-17
Shibamoto & Co. c. Nicole N (Le).....	F-18
Shyluk c. Canada.....	F-48
Signalisation de Montréal Inc. c. Services de Béton Universels Ltée .....	F-38

	PAGE
Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-59
Smoling c. Canada .....	F-69
Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Canada (Directeur du parc national Wood Buffalo) .....	F-32
Solberg c. Canada .....	F-63
Sullivan c. Canada (Commission des droits de la personne).....	F-4
Syndicat des postiers du Canada c. Horsley.....	F-35
<b>T</b>	
TRW Inc. c. Walbar of Canada Inc.....	F-32
Tamko Asphalt Products, Inc. c. Tamko, Inc.....	F-11
Tekmin c. Canada (Ministre des Travaux publics).....	F-4
Teknion Furniture Systems c. Artopex Inc.....	F-51
Tellez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-9
Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Syndicat canadien de la Fonction publique	F-14
Titan Linkabit Corp. c. S.E.E. SEE Electronic Engineering Inc.....	F-68
335544 Alberta Ltd. c. Tetrasound International Inc. ....	F-46
Trzop c. Canada (A-104-90).....	F-28
Trzop c. Canada (A-105-90).....	F-28
Tucker c. Steetley Industries Ltd.....	F-48
Turner c. Canada .....	F-39
<b>U</b>	
Urbanek c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-51
<b>V</b>	
Vaccarino c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-7
Veeravagu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-8
Versatech Products Inc. c. Aqua-Guard Sales Inc. ....	F-33
Voest Alpine Canada Corp. c. Sammi Herald (Le).....	F-50
<b>W</b>	
Wakefield Properties Corp. c. Teknion Furniture Systems Inc.....	F-38
Waye c. Canada.....	F-39
Wea Music of Canada Ltd. c. Canada .....	F-12
Wellcome Foundation Ltd. c. Novopharm Ltd. ....	F-68
Wells c. Canada (Ministre des Transports).....	F-1
West Region Tribunal Council c. Canada (Arbitre désigné en application du Code canadien du travail).....	F-65
Westbank Property Management Ltd. c. Conseil de la bande indienne de Westbank	F-50
Western Canada Wilderness Committee c. Canada (Ministre de l'Environnement) ....	F-68
Wic Inc. c. Agrimétal Inc. ....	F-68
Williams c. Canada .....	F-51
Williams c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-9
Wu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-8
<b>Y</b>	
Yang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-25
Ye c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-25
Ye c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-52
Yeung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-25
Yousuf c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-6
<b>Z</b>	
Zamir (Re).....	F-39

**CASES JUDICIALLY CONSIDERED**  
**TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE**

	PAGE
<i>Admiral Steel Products Ltd. v. Minister of National Revenue</i> (1966), 66 DTC 174 (T.A.B.).....	363
<i>Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 2; (1985), 15 D.L.R. (4th) 161; [1985] 2 W.W.R. 97; 32 Man.R. (2d) 241; 29 B.L.R. 5; 55 C.B.R. (N.S.) 1; 4 C.P.R. (3d) 145; 56 N.R. 241.....	398
<i>Akyampong v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , A-553-91, Hugesen J.A., judgment dated 27/3/92, F.C.A., not yet reported.....	306
<i>Allard (Ghislain) and Ville de Montreal</i> , [1982] 2 Can. L.R.B.R. 8; 82 C.L.L.C. 14,171	758
<i>Allman et al. v. Commissioner of the Northwest Territories</i> (1983), 50 A.R. 161; 8 D.L.R. (4th) 230; [1984] N.W.T.R. 65 (C.A.).....	602
<i>Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)</i> (1989), 65 D.L.R. (4th) 567; [1990] 2 W.W.R. 601; 42 B.C.L.R. (2d) 77; 38 C.P.C. (2d) 232 (S.C.); affd (1990), 75 D.L.R. (4th) 1; [1991] 1 W.W.R. 243; 50 B.C.L.R. (2d) 218; 44 C.P.C. (2d) 1 (C.A.).....	155
<i>American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.</i> , [1975] A.C. 396 (H.L.) .....	155, 625
<i>Amstar Corporation v. M/V Alexandros T</i> , [1979] A.M.C. 1975 (U.S. Dist. Ct.).....	428
<i>Andres Wines Ltd. v. Canadian Marketing International Ltd.</i> , [1987] 2 F.C. 159; (1986), 10 C.I.P.R. 206; 13 C.P.R. (3d) 253; 8 F.T.R. 173 (T.D.); affd (1988), 22 C.P.R. (3d) 289; 93 N.R. 253 (F.C.A.).....	442
<i>Andrews v. Law Society of British Columbia</i> , [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255	539
<i>Anns v. Merton London Borough Council</i> , [1978] A.C. 728 (H.L.) .....	54
<i>Anti-dumping Act (In re) and in re Danmor Shoe Co. Ltd.</i> , [1974] 1 F.C. 22; (1974), 1 N.R. 422 (C.A.).....	221
<i>Apple Computer, Inc. v. Minitronics of Canada Ltd.</i> , [1988] 2 F.C. 265; (1988), 17 C.I.P.R. 308; 19 C.P.R. (3d) 15; 17 F.T.R. 37 (T.D.).....	42
<i>Applebaum v. Minister of National Revenue</i> (1971), 71 DTC 371 (T.A.B.).....	488
<i>Armada Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)</i> , [1991] 3 F.C. 242; (1991), 83 D.L.R. (4th) 440; 14 Imm. L.R. (2d) 13; 127 N.R. 342 (C.A.) .....	3
<i>Asumadu v. Minister of Employment and Immigration</i> (1988), 113 N.R. 150 (F.C.A.)	306
<i>Atlantic Lines &amp; Navigation Company Inc. v. The Ship "Didymi"</i> , [1985] 1 F.C. 240 (T.D.) .....	398
<i>Atlantic Sugar Refineries v. Minister of National Revenue</i> , [1949] S.C.R. 706; [1949] 3 D.L.R. 641; [1949] CTC 196 .....	707
<i>Attorney-General v Chaudry</i> , [1971] 3 All ER 938 (C.A.).....	155

	PAGE
<i>Attorney General for British Columbia v. The King</i> (1922), 63 S.C.R. 622; 68 D.L.R. 106; [1922] 3 W.W.R. 2669.....	363
<i>Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia</i> , [1930] A.C. 111 (P.C.).....	576
<i>Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec, and Nova Scotia</i> , [1898] A.C. 700 (P.C.).....	576
<i>Attorney General of Canada et al. v. Aluminum Co. of Canada et al.; B.C. Wildlife Federation, Intervenor</i> (1987), 35 D.L.R. (4th) 495; [1987] 2 W.W.R. 193; 10 B.C.L.R. (2d) 371; 26 Admin. L.R. 18; 15 C.P.C. (2d) 289 (B.C.C.A.); rev'g [1987] 1 C.N.L.R. 10; (1986), 15 C.P.C. (2d) 8 (B.C.S.C.).....	316
<i>Attorney General of Canada (The) v. Cylrien</i> , [1973] F.C. 1166; (1973), 43 D.L.R. (3d) 590 (C.A.).....	221
<i>Attorney General of Canada v. Gould</i> , [1984] 1 F.C. 1133; (1984), 13 D.L.R. (4th) 485; 42 C.R. (3d) 88; 54 N.R. 232 (C.A.).....	350
<i>Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.</i> , [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304.....	458
<i>Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre</i> , [1982] 1 S.C.R. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181.....	78
<i>Attorney General of Quebec v. Labrecque et al.</i> , [1980] 2 S.C.R. 1057; (1980), 81 CLLC 14,119.....	783
<i>Barraclough v. Brown</i> , [1897] A.C. 615 (H.L.).....	691
<i>Baxter Foods Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)</i> (1988), 25 C.P.R. (3d) 21; 21 F.T.R. 15 (F.C.T.D.).....	576
<i>B.C. (A.G.) v. Wale</i> , [1987] 2 W.W.R. 331; (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 333; [1987] 2 C.N.L.R. 36 (C.A.).....	155, 625
<i>BC Navigation S.A. (Bankrupt) v. Canpotex Shipping Services Ltd.</i> (1987), 16 F.T.R. 79 (F.C.T.D.).....	98
<i>Beck, Koller &amp; Coy. (England) Ltd's Application for a Trade Mark</i> (1947), 64 R.P.C. 76	442
<i>Benner v. Canada (Secretary of State)</i> , [1992] 1 F.C. 771; (1991), 43 F.T.R. 180 (T.D.)	691
<i>Benner v. Minister of Employment and Immigration</i> (1988), 93 N.R. 250 (F.C.A.).....	691
<i>Benson &amp; Hedges (Canada) Limited v. St. Regis Tobacco Corporation</i> , [1969] S.C.R. 192; (1968), 1 D.L.R. (3d) 462; 57 C.P.R. 1; 39 Fox Pat. C. 207.....	442
<i>Berneche v. Canada</i> , [1991] 3 F.C. 383; (1991), 133 N.R. 232 (C.A.).....	795
<i>Berrehab</i> , 3/1987/126/177.....	270
<i>Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.</i> , [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185.....	463
<i>Bibby Bulk Carriers Ltd. v. Cansulex Ltd.</i> , [1989] Q.B. 155.....	774
<i>Borowski v. Canada (Attorney General)</i> , [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110.....	192, 691
<i>British Columbia Telephone Company Ltd. v. The Queen</i> (1992), 92 DTC 6129 (F.C.A.).....	363, 539
<i>Bronfman Trust v. The Queen</i> , [1987] 1 S.C.R. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134.....	488

<i>Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)</i> , [1988] 2 S.C.R. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 88 N.R. 321 .....	463
<i>Brousseau v. Alberta Securities Commission</i> , [1989] 1 S.C.R. 301; (1989), 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 93 N.R. 1 .....	675
<i>CAE Industries Ltd. v. The Queen</i> , [1977] 1 F.C. 380; (1976), 69 D.L.R. (3d) 153; 13 N.R. 502 (C.A.) .....	302
<i>Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.</i> , [1989] 2 S.C.R. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 102 N.R. 1 .....	566
<i>Canada v. Fries</i> , [1990] 2 S.C.R. 1322; [1990] 2 C.T.C. 439; (1990), 90 DTC 6662; 114 N.R. 150 .....	363
<i>Canada v. Gulf Canada Ltd.</i> (1992), 92 DTC 6123 (F.C.A.) .....	110
<i>Canada (Attorney General) v. Canada (Canadian Human Rights Commission)</i> (1991), 36 C.C.E.L. 83; 91 CLLC 17,016; 43 F.T.R. 47 (F.C.T.D.) .....	675
<i>Canada (Attorney General) v. P.S.A.C.</i> , [1989] 2 F.C. 633; (1989), 97 N.R. 116 (C.A.) .....	566
<i>Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada</i> , [1991] 1 S.C.R. 614; (1991), 80 D.L.R. (4th) 520; 48 Admin. L.R. 161; 91 CLLC 14,017; 123 N.R. 161 .....	247, 521, 566
<i>Canada (Attorney General) v. S.F. Enterprises Inc.</i> (1990), 107 N.R. 100 (F.C.A.) ....	221
<i>Canada (Attorney General) v. Viola</i> , [1991] 1 F.C. 373; (1990), 123 N.R. 83 (C.A.) .....	287
<i>Canada (Attorney General) v. Young</i> , [1989] 3 F.C. 647; (1989), 27 C.C.E.L. 161; 89 CLLC 14,046; 100 N.R. 333 (C.A.) .....	691, 800
<i>Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)</i> , [1989] 2 S.C.R. 49; (1989), 61 D.L.R. (4th) 604; 97 N.R. 241 .....	458
<i>Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Taylor</i> , [1987] 3 F.C. 593; (1987), 37 D.L.R. (4th) 577; 9 C.H.R.R. D/4929; 29 C.R.R. 222; 78 N.R. 180 (C.A.) .....	800
<i>Canada (Human Rights Commission) v. Lane</i> , [1990] 2 F.C. 327; (1990), 67 D.L.R. (4th) 745; 13 C.H.R.R. D/568; 107 N.R. 124 (C.A.) .....	611
<i>Canada (Human Rights Commission) v. Taylor</i> , [1990] 3 S.C.R. 892; (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; 13 C.H.R.R. D/435; 3 C.R.R. (2d) 116 .....	155
<i>Canada (Secretary of State) v. Nakhjavani</i> , [1988] 1 F.C. 84; (1987), 2 Imm. L.R. 241; 13 F.T.R. 107 (T.D.) .....	381
<i>Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)</i> , [1992] 2 F.C. 130 (C.A.) .....	758
<i>Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.</i> , judgment dated 30/4/92, S.C.C. confg [1990] 3 F.C. 114; (1990), 65 D.L.R. (4th) 321; 3 C.C.L.T. 229; 104 N.R. 321 (C.A.) .....	54
<i>Canadian Pacific Ltd. v. National Transportation Agency</i> (1989), 105 N.R. 35 (F.C.A.) .....	145
<i>Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation</i> , [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 .....	221
<i>Cantwell v. Canada (Minister of the Environment)</i> (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (F.C.T.D.) .....	42
<i>Cartier, Inc. v. Cartier Men's Shops Ltd.</i> (1988), 21 C.P.R. (3d) 219 (F.C.T.D.) .....	504
<i>Cartier, Inc. v. Cartier Men's Shops Ltd.</i> (1990), 32 C.P.R. (3d) 383 (F.C.A.) .....	504

	PAGE
<i>Cdn. Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)</i> (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 201; 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); aff'd [1991] 1 F.C. 641; (1990), 6 C.E.L.R. (N.S.) 89; 41 F.T.R. 318 (note); 121 N.R. 385 (C.A.).....	42
<i>C.D. v. M.N.R.</i> , [1991] 2 F.C. 412; (1991), 91 DTC 5210 (C.A.).....	78
<i>C.I.A.C. v. The Queen</i> , [1984] 2 F.C. 866; (1984), 7 Admin. L.R. 157; [1985] R.D.J. 16 (C.A.).....	350
<i>C.P.R. v. Provincial Treasurer of Manitoba</i> , [1953] 4 D.L.R. 233; (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 1 (Man. Q.B.).....	110
<i>Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)</i> , [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 33 C.C.E.L. 1.....	463
<i>Central Canada Potash Co. Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan</i> , [1979] 1 S.C.R. 42; (1978), 88 D.L.R. (3d) 609; [1978] 6 W.W.R. 400; 6 C.C.L.T. 265; 23 N.R. 481.....	735
<i>Central Mortgage and Housing Corporation v. Foundation Company of Canada Limited and Travellers Indemnity Company of Canada et al.</i> (1984), 63 N.S.R. (2d) 402; 141 A.P.R. 402; 7 C.L.R. 179; 43 C.P.C. 66 (S.C.).....	29
<i>Cerundolo c. Val-Barette (Corp. mun. de)</i> , [1986] R.D.I. 796; (1986), 9 Q.A.C. 96 (C.A. Qué.).....	521
<i>Chan v. Canada (Min. of Employment &amp; Immigration)</i> (1987), 2 Imm. L.R. (2d) 99 (F.C.T.D.).....	221
<i>Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 2 F.C. 299; (1990), 67 D.L.R. (4th) 697; 42 Admin. L.R. 189; 10 Imm. L.R. (2d) 137; 107 N.R. 107 (C.A.).....	270
<i>Chiarelli v. Canada (Minister of Employment &amp; Immigration)</i> (1992), 16 Imm. L.R. (2d) 1 (S.C.C.).....	270
<i>Chief Constable of Kent v. V</i> , [1983] Q.B. 34 (C.A.).....	155
<i>Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply &amp; Equipment Co. Ltd. et al.</i> , [1968] 2 Ex.C.R. 552; (1968), 38 Fox Pat. C. 176.....	625
<i>Clare v. Thomson</i> , Court file 18913 (Prince George Registry), Perry J., judgment dated May 6, 1991, B.C.S.C., not yet reported.....	648
<i>Collins v. Lamport</i> (1964), 11 L.T. 497 (Ch. D.).....	735
<i>Cominco Ltd v The Queen</i> , [1984] CTC 548; (1984), 84 DTC 6535 (F.C.T.D.).....	110
<i>Cominco Ltd v The Queen</i> , [1984] CTC 548; (1984), 84 DTC 6535 (F.C.T.D.); aff'd A-1324-84, Heald J.A., judgment dated 2/12/85, F.C.A., not reported; Leave to appeal to S.C.C. refused [1986] 1 S.C.R. vii; (1986), 66 N.R. 77.....	707
<i>Commissioners of Taxation v. Kirk</i> , [1900] A.C. 588 (P.C.).....	110
<i>Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.</i> , [1978] 2 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.....	675
<i>Commr of Taxation (Cth) v. McPhail</i> (1968), 41 A.L.J.R. 346 (H.C.).....	488
<i>Confrérie des Chevaliers du Tastevin v. Dumont Vins &amp; Spiritueux Inc.</i> (1991), 35 C.P.R. (3d) 189 (T.M. Opp. Bd.).....	682
<i>Cory, Brothers, and Co. v. Stewart</i> (1886), 2 T.L.R. 508 (C.A.).....	735
<i>Crest Homes Plc. v. Marks</i> , [1987] A.C. 829 (H.L.).....	774
<i>Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)</i> , [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.....	3

	PAGE
<i>Currie v. M'Knight</i> , [1897] A.C. 97 (H.L.).....	255
<i>Cynamid Agricultural de Puerto Rico, Inc. v. Commissioner of Patents et al.</i> (1983), 74 C.P.R. (2d) 133 (F.C.T.D.).....	221
<i>Czarnikow (C.) Ltd. v. Koufos</i> , [1969] 1 A.C. 350 (H.L.).....	428
<i>De Mattos v. Gibson</i> (1859), 4 De G. & J. 276; 45 E.R. 108 (Rolls Ct.).....	735
<i>Deprenyl Research Ltd. v. Canguard Health Technologies Inc.</i> , T-3003-91, Strayer J., order dated 17/2/92, F.C.T.D., not yet reported.....	78
<i>Djeraud</i> , 34/1990/225/289.....	270
<i>Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College</i> , [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.....	3
<i>Doyle v. M.N.R.</i> , [1990] 1 F.C. 94; [1989] 2 C.T.C. 270; (1989), 89 DTC 5483; 30 F.T.R. 1 (T.D.).....	409
<i>Dusik v. Newton et al.</i> (1983), 1 D.L.R. (4th) 568; 48 B.C.L.R. 111; 38 C.P.C. 87 (C.A.).....	29
<i>Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)</i> , [1989] 2 S.C.R. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321.....	78, 192
<i>Edmonton Liquid Gas v The Queen</i> , [1984] CTC 536; (1984), 84 DTC 6526; 56 N.R. 321 (F.C.A.).....	800
<i>Eli Lilly and Co. v. Interpharm Inc.</i> (1992), 42 C.P.R. (3d) 4 (F.C.T.D.).....	774
<i>Ensite Ltd. v. R.</i> , [1986] 2 S.C.R. 509; (1986), 33 D.L.R. (4th) 491; [1986] 2 C.T.C. 459; 86 DTC 6521; 70 N.R. 189.....	707
<i>Esprit de Corp v. S.C. Johnson &amp; Co.</i> (1986), 11 C.I.P.R. 192; 13 C.P.R. (3d) 235; 8 F.T.R. 81 (F.C.T.D.).....	442
<i>Esquimalt Anglers' Association et al. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)</i> (1988), 21 F.T.R. 304 (F.C.T.D.).....	576
<i>Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Minister of National Revenue</i> , [1972] F.C. 835; [1972] CTC 374; (1972), 72 DTC 6337 (C.A.).....	110
<i>Fasken, David v. Minister of National Revenue</i> , [1948] Ex. C.R. 580; [1948] C.T.C. 265.....	488
<i>Federal Farms Ltd. v. Minister of National Revenue</i> , [1966] Ex. C.R. 410; [1966] C.T.C. 62; (1966), 66 DTC 5068; affd [1967] S.C.R. vi; (1967), 67 DTC 5311.....	363
<i>Flanagan v. Babineau</i> , 125 N.E.2d 231 (S.C. Mass. 1955).....	389
<i>Flexi-Coil Ltd. v. F.P. Bourgault Industries Air Seeder Division Ltd.</i> (1991), 35 C.P.R. (3d) 154; 123 N.R. 235 (F.C.A.).....	795
<i>Flexi-Coil Ltd. v. Smith-Roles Ltd. et al.</i> (1985), 4 C.P.R. (3d) 174 (F.C.T.D.).....	557
<i>Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)</i> , [1992] 1 S.C.R. 3.....	42
<i>Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)</i> , [1992] 1 S.C.R. 3; [1992] 2 W.W.R. 193; (1992), 84 Alta. L.R. (2d) 129; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1....	539
<i>Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)</i> , [1992] 1 S.C.R. 3; [1992] 2 W.W.R. 193; (1992), 7 C.E.L.R. (N.S.) 1.....	316
<i>Gathercole v. Smith</i> (1880-81), 17 Ch. D. 1 (C.A.).....	488
<i>Gilhooly, Grave v. Minister of National Revenue</i> , [1945] Ex. C.R. 141; [1945] 4 D.L.R. 235; [1945] C.T.C. 203.....	110
<i>Glynos v. Canada</i> , [1992] 3 F.C. 691 (C.A.).....	800

	PAGE
<i>Gonzalez v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1981] 2 F.C. 781 (C.A.).....	270
<i>Grand Council of the Crees (of Quebec) v. R.</i> , [1982] 1 F.C. 599; (1981), 124 D.L.R. (3d) 574; 41 N.R. 257 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1982] 1 S.C.R. viii; (1982), 41 N.R. 354 .....	350, 576
<i>Greig v Insole</i> , [1978] 3 All E.R. 449 (Ch. D.).....	735
<i>Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1992] 1 F.C. 581; (1991), 85 D.L.R. (4th) 166 (C.A.).....	270
<i>Gulf Canada Ltd. et al. v. The Queen</i> (1990), 90 DTC 6622; 38 F.T.R. 81 (F.C.T.D.)	110
<i>Gulf Canada Ltd. v. Canada</i> , [1991] 1 C.T.C. 99; (1990), 90 DTC 6622; 38 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); aff'd (1992), 92 DTC 6123 (F.C.A.) .....	707
<i>Gunnar Mining Limited v. Minister of National Revenue</i> , [1968] S.C.R. 226; (1968), 67 D.L.R. (2d) 153; [1968] C.T.C. 22; 68 DTC 5035.....	110, 707
<i>Harel v. Dep. M. Rev. of Quebec</i> , [1978] 1 S.C.R. 851; (1977), 80 D.L.R. (3d) 556; [1977] CTC 441; 77 DTC 5438; 18 N.R. 91 .....	665
<i>Harrods Ltd. — In the Matter of an Application by — to Register a Trade Mark</i> (1934), 52 R.P.C. 65 .....	442
<i>Hawker Pacific Pty Ltd v Freeland</i> (1983), 52 ALR 185 (F. Ct. Aust.).....	783
<i>Henry v. Canada</i> , T-1529-85, Rouleau J., judgment dated 29/3/89, F.C.T.D., not reported.....	557
<i>Heppner v. Province of Alberta</i> (1977), 6 A.R. 154; 80 D.L.R. (3d) 112; 4 Alta. L.R. 139 (S.C. App. Div.).....	128
<i>Highway Victims Indemnity Fund v. Gagné et al.</i> , [1977] 1 S.C.R. 785; (1975), 10 N.R. 435 .....	800
<i>Hills v. Canada (Attorney General)</i> , [1988] 1 S.C.R. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86.....	691
<i>Hoang v. Canada (Minister of Employment &amp; Immigration)</i> (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; 120 N.R. 193 (F.C.A.).....	270
<i>Home Office v. Harman</i> , [1983] 1 A.C. 280 (H.L.).....	774
<i>Hunter v. Canada (Consumer and Corporate Affairs)</i> , [1991] 3 F.C. 186; (1991), 29 C.P.E. (3d) 321; 35 F.T.R. 75 (C.A.) .....	78
<i>Hurd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1989] 2 F.C. 594; (1988), 90 N.R. 31 (C.A.).....	270
<i>Hurley v. Dawson</i> , Court file CA006486, Taggart J.A., judgment dated May 8, 1987, B.C.C.A., not reported, affirming <i>Re Hurley</i> , Court file CC861283, Gibbs J., judgment dated August 21, 1986, B.C.S.C., not reported.....	648
<i>Iberfreight S.A. et al. v. Ocean Star Container Line A.G. et al.</i> (1989), 104 N.R. 164 (F.C.A.).....	98
<i>Imperial Tobacco Co. (of Great Britain and Ireland), Ltd. v. Kelly. Imperial Tobacco Co. (of Great Britain and Ireland), Ltd. v. Inland Revenue Commrs.</i> , [1943] 2 All E.R. 119 (C.A.); affirming [1943] 1 All E.R. 431 (K.B.D.) .....	707
<i>In re Citizenship Act and in re Lee</i> , T-2242-84, Cullen J., judgment dated 12/3/85, F.C.T.D., not reported.....	381
<i>In re Hassard and Corporation of the City of Toronto</i> (1908), 16 O.L.R. 500 (Div. Ct.)	128
<i>Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)</i> , [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167 .....	155, 192, 611, 758



<i>ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241 ....	155, 255, 735
<i>Jala Godavari (The) v. Canada</i> , A-112-91, Hugessen J.A., judgment dated 18/10/91, F.C.A., not yet reported .....	98
<i>Jamal v. Moolla Dawood, Sons &amp; Co.</i> , [1916] 1 A.C. 175 (P.C.) .....	428
<i>Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen</i> , [1985] 2 S.C.R. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 CTC 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244 .....	363
<i>Jones v. Skinner</i> (1836), 5 L.J. (N.S.) Ch. 87 (Rolls Ct.) .....	488
<i>Johnson v. Royal Mail Steam Packet Company</i> (1867), L.R. 3 C.P. 38 .....	735
<i>Just v. British Columbia</i> , [1989] 2 S.C.R. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 103 N.R. 1 .....	54
<i>Justason v. Canada Trust</i> (1987), 78 N.B.R. (2d) 317; 198 A.P.R. 317 (Q.B.) .....	29
<i>Kahlon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1986] 3 F.C. 386; (1986), 30 D.L.R. (4th) 157; 26 C.R.R. 152 (C.A.) .....	648
<i>Kamloops (City of) v. Nielsen et al.</i> , [1984] 2 S.C.R. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97 .....	54
<i>Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 2 F.C. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 104 N.R. 50 (C.A.) .....	270
<i>Keith v. Burrows</i> (1877), L.R. 2 App. Cas. 636 (H.L.) .....	735
<i>Kimberly-Clark Corp. v. Proctor &amp; Gamble Inc.</i> (1990), 31 C.P.R. (3d) 207 (F.C.T.D.)	78
<i>Kimel, M. v. Minister of National Revenue</i> (1982), 82 DTC 1086 (T.A.B.) .....	363
<i>Kretowicz et al. v. Minister of Employment and Immigration</i> (1987), 77 N.R. 38 (F.C.A.) .....	602
<i>Lapointe v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)</i> , [1987] 1 F.C. 445; (1986), 6 F.T.R. 134 (T.D.) .....	29
<i>Laurentide Chemicals Inc. v. Les Marchands Deco Inc.</i> (1985), 7 C.P.R. (3d) 357 (F.C.T.D.) .....	442
<i>Law Guarantee and Trust Society v. Russian Bank for Foreign Trade</i> , [1905] 1 K.B. 815 (C.A.) .....	735
<i>Law v. Solicitor General of Canada</i> , [1985] 1 F.C. 62; (1984), 11 D.L.R. (4th) 608; 57 N.R. 45 (C.A.) .....	221
<i>Lawal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1991] 2 F.C. 404; (1991), 78 D.L.R. (4th) 522; 48 Admin. L.R. 152; 13 Imm. L.R. (2d) 163 (C.A.)	247
<i>Lawrence v. Jones</i> (1977), 36 C.C.C. (2d) 452 (Ont. Prov. Ct.) .....	648
<i>Levine Estate v. Minister of National Revenue</i> , [1973] F.C. 285; [1973] CTC 219; (1973), 73 DTC 5182 (T.D.) .....	488
<i>Lodge v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1979] 1 F.C. 775; (1979), 94 D.L.R. (3d) 326; 25 N.R. 437 (C.A.) .....	306, 576
<i>Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 3 F.C. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.) .....	221, 247
<i>Lors-Wes Contracting Ltd. v. The Queen</i> , [1986] 1 F.C. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.) .....	691, 800
<i>Lutes v. Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police</i> , [1985] 2 F.C. 326; (1985), 61 N.R. 1 (C.A.) .....	221

	PAGE
<i>M.N.R. v. Bethlehem Copper Corp. Ltd.</i> , [1975] 2 S.C.R. 790; [1974] CTC 707; (1974), 74 DTC 6520.....	110
<i>MacDonald Estate v. Martin</i> , [1990] 3 S.C.R. 1235; (1990), 77 D.L.R. (4th) 249; [1991] 2 W.W.R. 705; 70 Man. R. (2d) 241; 121 N.R. 1.....	639, 774
<i>MacMillan Bloedel Ltd. v. Canadian Stevedoring Co. et al.</i> , [1969] 2 Ex. C.R. 375 ...	255
<i>Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.</i> , [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341.....	306
<i>March Shipping Ltd v MNR</i> , [1977] CTC 2527; (1977), 77 DTC 371 (T.R.B.).....	707
<i>Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board</i> , [1978] 1 S.C.R. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285 .....	192, 539
<i>Martinoff v. Gossen</i> , [1979] 1 F.C. 652; (1978), 46 C.C.C. (2d) 368 (T.D.).....	648
<i>Matheson, JA v The Queen</i> , [1974] CTC 186; (1974), 74 DTC 6176 (F.C.T.D.) .....	488
<i>McClurg v. Canada</i> , [1990] 3 S.C.R. 1020; (1990), 76 D.L.R. (4th) 217; [1991] 2 W.W.R. 244; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101 .....	488, 707
<i>McKay et al. v. The Queen</i> , [1965] S.C.R. 798; (1965), 53 D.L.R. (2d) 532.....	128
<i>McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen</i> , [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181.....	155
<i>Meredith &amp; Finlayson v. Canada (Registrar of Trade-marks)</i> , T-1108-90, Cullen J., judgment dated 2/7/92, F.C.T.D., not yet reported .....	639
<i>Metaxas v. Galaxias (The)</i> , [1989] 1 F.C. 386; (1988), 19 F.T.R. 108 (T.D.).....	557
<i>Metaxas et al. v. Ship "Galaxias" (No. 3)</i> (1988), 24 F.T.R. 241 (F.C.T.D.).....	557
<i>Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski</i> , [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331 .....	155
<i>Minister of National Revenue v. Bethlehem Copper Corp.</i> , [1973] F.C. 565; [1973] CTC 345; (1973), 73 DTC 5281 (C.A.) .....	110
<i>Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace</i> , [1967] 2 Ex. C.R. 128; [1967] C.T.C. 153; (1967), 67 DTC 5105.....	488
<i>Minister of National Revenue v. Hollinger North Shore Exploration Company, Limited</i> , [1963] S.C.R. 131; (1963), 36 D.L.R. (2d) 636; [1963] C.T.C. 51; 63 DTC 1031	110
<i>Minister of National Revenue v. Imperial Oil Co.</i> , [1960] S.C.R. 735; (1960), 25 D.L.R. (2d) 321; [1960] C.T.C. 275; 60 DTC 1219 .....	707
<i>Molnlycke Aktiebolag v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.</i> (1982), 61 C.P.R. (2d) 42 (F.C.T.D.).....	442
<i>Molson Cos. v. Distilleries Corby Ltée/Corby Distilleries Ltd.</i> (1987), 17 C.I.P.R. 19; 18 C.P.R. (3d) 55 (T.M. Opp. Bd.).....	442
<i>Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.</i> , [1991] 1 S.C.R. 779; (1991), 80 D.L.R. (4th) 58; 123 N.R. 1 .....	255
<i>Morgan v. Fry</i> , [1968] 2 Q.B. 710 (C.A.).....	735
<i>Moustaquim</i> , 31/1989/191/291 .....	270
<i>Munsingwear, Inc. v. Prouvost S.A.</i> , [1992] 2 F.C. 541 (C.A.) .....	98
<i>NWL Ltd v Woods</i> , [1979] 3 All ER 614 (H.L.).....	155, 625
<i>National Bank of Canada (Canadian National Bank) v. Soucisse et al.</i> , [1981] 2 S.C.R. 339; (1981), 43 N.R. 283.....	521

<i>National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)</i> , [1990] 2 S.C.R. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th); 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81 .....	270, 566
<i>Native Women's Assn. of Canada v. Canada</i> , [1992] 3 F.C. 192 (C.A.).....	611
<i>Neill v. Calgary Remand Centre</i> (1990), 109 A.R. 231; [1991] 2 W.W.R. 352; 78 Alta L.R. (2d) 1 (C.A.).....	800
<i>Newfoundland Inshore Fisheries Association et al. v. Canada (Minister of the Environment) et al.</i> (1990), 37 F.T.R. 230 (F.C.T.D.).....	576
<i>Nisshin Kisen Kaisha Ltd. v. Canadian National Railway Co.</i> , [1981] 1 F.C. 293; (1980), 111 D.L.R. (3d) 360 (T.D.).....	398
<i>Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton</i> , [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 .....	145
<i>Nova Scotia Board of Censors v. McNeil</i> , [1976] 2 S.C.R. 265; (1975), 12 N.S.R. (2d) 85; 55 D.L.R. (3d) 632; 32 C.R.N.S. 376; 5 N.R. 43 .....	155
<i>Nowegijick v. The Queen</i> , [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 .....	488
<i>Obestain Inc. v. National Mineral Development Corporation Ltd. (The Sanix Ace)</i> , [1987] 1 Lloyd's Rep. 465 (Q.B.).....	428
<i>Official Solicitor v. K.</i> , [1963] 3 All E.R. 191 (H.L.).....	78
<i>O'Grady v. Whyte</i> , [1983] 1 F.C. 719; (1982), 138 D.L.R. (3d) 167; 42 N.R. 608 (C.A.)	350
<i>Okyere-Antwi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , A-413-92, Hugessen J.A., judgment dated 27/3/92, F.C.A., not yet reported .....	306
<i>Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.</i> , [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241.....	463
<i>Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke</i> , [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159.....	463
<i>Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1.....	192
<i>O'Reilly v. Commissioner of State Bank of Victoria</i> (1982), 44 ALR 27 (H. Ct.).....	409
<i>Oshawa Group Ltd. v. Creative Resources Co. Ltd.</i> (1982), 61 C.P.R. (2d) 29 (F.C.A.)	442
<i>O'Sullivan v. M.N.R.</i> , [1992] 1 F.C. 522; [1991] 2 C.T.C. 117; (1991), 91 DTC 5491 (T.D.) .....	350
<i>Outhouse, Delma C. et al. v. Str. Thorshawn</i> , [1935] Ex. C.R. 120; [1935] 4 D.L.R. 628	255
<i>PSAC v. Canada</i> , [1987] 1 S.C.R. 424; (1987), 38 D.L.R. (4th) 249; 87 C.L.L.C. 14,022; 32 C.R.R. 114; [1987] D.L.Q. 230; 75 N.R. 161 .....	758
<i>Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1991] 2 F.C. 327; (1991), 127 N.R. 325 (C.A.).....	78
<i>Pacific Salmon Industries Inc. v. The Queen</i> , [1985] 1 F.C. 504; (1984), 3 C.P.R. (3d) 289 (T.D.).....	576
<i>Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.</i> (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (F.C.A.).....	442
<i>Penikett v. Canada</i> (1987), 45 D.L.R. (4th) 108; [1988] 2 W.W.R. 481; 21 B.C.L.R. (2d) 1; [1988] N.W.T.R. 18; 2 Y.R. 314 (Y.T.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1988] 1 S.C.R. xii; (1988), 46 D.L.R. (4th) vi; B.C.L.R. (2d) xxxv; 3 Y.R. 159 .....	192

<i>Pepsi-Cola Company of Canada, Ltd. v. The Coca-Cola Company of Canada, Ltd.</i> , [1940] S.C.R. 17; [1940] 1 D.L.R. 161; <i>affd Coca-Cola Co. v. Pepsi-Cola Co.</i> (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.).....	442
<i>Pickin v. British Railways Board</i> , [1974] A.C. 765 (H.L.).....	458
<i>Plibrico (Canada) Ltd. v. Combustion Engineering Canada Inc.</i> (1990), 30 C.P.R. (3d) 312; 32 F.T.R. 30 (F.C.T.D.).....	398
<i>Postluns v. Toronto Stock Exchange and Gardiner</i> , [1964] 2 O.R. 547; (1964), 46 D.L.R. (2d) 210 (H. Ct.).....	735
<i>Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Com- missioner)</i> , [1990] 2 S.C.R. 367; [1990] N.W.T.R. 289; (1990), 72 D.L.R. (4th) 1; [1990] 5 W.W.R. 385; 90 C.L.L.C. 14,031; 49 C.R.R. 193; 112 N.R. 269.....	758
<i>Pringle et al. v. Fraser</i> , [1972] S.C.R. 821; (1972), 26 D.L.R. (3d) 28.....	221
<i>Public Service Alliance of Canada et al. v. Canada (Treasury Board) et al.</i> (1990), 36 F.T.R. 182 (F.C.T.D.).....	691
<i>Purolator Courier Ltd. v. Canadian Pacific Express &amp; Transport Ltd.</i> , Court file No. 33310/88, Sirois J., judgment dated 25/11/88, Ont. H.C., not reported.....	625
<i>Purolator Courier Ltd. v. Mayne Nickless Transport Inc.</i> (1990), 33 C.P.R. (3d) 391; 37 F.T.R. 215 (F.C.T.D.).....	625
<i>Québec (Commission des affaires sociales) v. Tremblay</i> , No. 21651, judgment dated 16/4/92, S.C.C., not yet reported.....	302
<i>Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.</i> , [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 9 N.R. 471.....	155
<i>RWDSU v. Saskatchewan</i> , [1987] 1 S.C.R. 460; (1987), 38 D.L.R. (4th) 277; [1987] 3 W.W.R. 673; 87 C.L.L.C. 14,023; [1987] D.L.Q. 233; 74 N.R. 321.....	758
<i>R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool</i> , [1983] 1 S.C.R. 205; (1983), 143 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 C.C.L.T. 121; 45 N.R. 425.....	54
<i>R. on the information of Mark Caswell v. Corporation of City of Sault Ste. Marie</i> , [1978] 2 S.C.R. 1299; (1978), 85 D.L.R. (3d) 161; 40 C.C.C. (2d) 353; 7 C.E.L.R. 53; 3 C.R. (3d) 30; 21 N.R. 295.....	758
<i>R. v. Bahinipaty</i> (1987), 56 Sask. R. 7 (C.A.).....	3
<i>R. v. Beare; R. v. Higgins</i> , [1988] 2 S.C.R. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481; [1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90; 88 N.R. 205.....	539
<i>R. v. Bourget</i> (1987), 41 D.L.R. (4th) 756; 54 Sask. R. 178; 35 C.C.C. (3d) 371; 56 C.R. (3d) 97; 29 C.R.R. 25; 46 M.V.R. 246 (C.A.).....	3
<i>R. v. Desgagnes</i> , no. 27-11828-755, S.P. 1975, Montréal, not reported.....	758
<i>R. v. Fries</i> (1989), 89 CLLC 14,029; [1989] 1 C.T.C. 471; (1989), 89 DTC 5240; 99 N.R. 208 (F.C.A.).....	488
<i>R. v. Goltz</i> , [1991] 3 S.C.R. 485; (1991), 61 B.C.L.R. (2d) 145; 67 C.C.C. (3d) 481; 8 C.R. (4th) 82.....	270
<i>R. v. Harrison</i> , [1977] 1 S.C.R. 238; (1976), 66 D.L.R. (3d) 660; [1976] 3 W.W.R. 536; 28 C.C.C. (2d) 279; 8 N.R. 47.....	409
<i>R. v. International Nickel Co. of Canada, Ltd.</i> , [1976] 2 S.C.R. 675; (1975), 62 D.L.R. (3d) 573; [1975] CTC 620; 75 DTC 5460; 7 N.R. 351.....	707

<i>R. v. Marsh &amp; McLennan, Limited</i> , [1984] 1 F.C. 609; [1983] CTC 231; (1983), 83 DTC 5180; 48 N.R. 103 (C.A.); reversing [1982] 2 F.C. 131; [1981] CTC 410; (1981), 81 DTC 5307 (T.D.) .....	707
<i>R. v. Martin</i> , [1992] 1 S.C.R. 838; (1992), 7 O.R. (3d) 319; affg (1991), 2 O.R. (3d) 16; 63 C.C.C. (3d) 71; 43 O.A.C. 378 (C.A.) .....	758
<i>R. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians</i> , [1980] 1 F.C. 716 (T.D.); revd [1980] 1 F.C. 820; (1979), 107 D.L.R. (3d) 186; 79 CLLC 14,231; 31 N.R. 19 (C.A.) .....	155
<i>R. v. S.(S)</i> , [1990] 2 S.C.R. 254; (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; 77 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 79; 110 N.R. 321; 41 O.A.C. 81 .....	611
<i>R. v. Schmiemann</i> (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 282 (Prov. Ct.) .....	3
<i>R. v. Seaboyer; R. v. Gayme</i> , [1991] 2 S.C.R. 577; (1991), 7 C.R. (4th) 117; 128 N.R. 81 .....	270
<i>R. v. Smith (Edward Dewey)</i> , [1987] 1 S.C.R. 1045; (1987), 40 D.L.R. (4th) 435; [1987] 5 W.W.R. 1; 15 B.C.L.R. (2d) 273; 34 C.C.C. (3d) 97; 58 C.R. (3d) 193; 31 C.R.R. 193; 75 N.R. 321 .....	270
<i>R. v. Sparrow</i> , [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241 .....	576
<i>R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.</i> , [1980] 1 S.C.R. 695; (1979), 106 D.L.R. (3d) 193; 12 C.P.C. 248; 30 N.R. 249 .....	155, 576
<i>R. v. Turpin</i> , [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115 .....	611
<i>R. v. Wholesale Travel Group Inc.</i> , [1991] 3 S.C.R. 154; (1991), 67 C.C.C. (3d) 193; 8 C.R. (4th) 145 .....	758
<i>R. v. Wilke (No. 2)</i> (1981), 60 C.C.C. (2d) 108 (Ont. Dist. Ct.) .....	648
<i>Re: A Complaint by Gene Keyes against Pandora Publishing Association</i> , decision dated March 17, 1992, N.S.H.R. Trib., not yet reported .....	192
<i>Re: Anti-Inflation Act</i> , [1976] 2 S.C.R. 373; (1976), 68 D.L.R. (3d) 452; 9 N.R. 541 .....	800
<i>Re B.C. Motor Vehicle Act</i> , [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266 .....	800
<i>Re Bassett and Government of Canada et al.</i> (1987), 35 D.L.R. (4th) 537; 53 Sask. R. 81 (C.A.) .....	3
<i>Re Chien</i> , T-28-90. Dubé J., judgment dated 6/2/92, F.C.T.D., not yet reported .....	381
<i>Re Golden Chemical Products Ltd.</i> , [1976] 2 All ER 543 (Ch.D.) .....	409
<i>Re Jackson et al. and Beaudry</i> (1969), 7 D.L.R. (3d) 737; 70 W.W.R. 572 (Sask. Q.B.) .....	648
<i>Re Kelly</i> (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 44; 32 F.T.R. 241 (F.C.T.D.) .....	381
<i>Re Law</i> , T-1604-91, Reed J., judgment dated 22/5/92, F.C.T.D., not yet reported .....	381
<i>Re Lunness</i> (1919), 46 O.L.R. 320; 51 D.L.R. 114 (App. Div.) .....	488
<i>Re Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al.</i> (1985), 49 O.R. (2d) 705; 16 D.L.R. (4th) 259; 7 O.A.C. 283 (C.A.); affd <i>sub nom. Peralta v. Ontario</i> , [1988] 2 S.C.R. 1045; (1988), 66 O.R. (2d) 543; 56 D.L.R. (4th) 575; 89 N.R. 323; 31 O.A.C. 319 .....	576
<i>Re Residential Tenancies Act, 1979</i> , [1981] 1 S.C.R. 714; (1981), 123 D.L.R. (3d) 554; 37 N.R. 158 .....	800

<i>Red Deer College v. Michaels</i> , [1976] 2 S.C.R. 324; (1975), 57 D.L.R. (3d) 386; [1975] 5 W.W.R. 575; 75 CLLC 14,280; 5 N.R. 99 .....	428
<i>Reed v. Canada</i> , [1989] 3 F.C. 259; (1989), 41 C.R.R. 371; [1989] 2 C.T.C. 192; 89 DTC 5230; 27 F.T.R. 173 (T.D.); affd (1990), 2 C.R.R. (2d) 192 (F.C.A.); leave to appeal to the S.C.C. refused [1990] 2 S.C.R. x; (1990), 4 C.R.R. (2d) 192; 127 N.R. 236.....	350
<i>Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)</i> , [1991] 2 S.C.R. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 1 Admin. L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161 .....	192
<i>Reference Re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)</i> , [1990] 1 S.C.R. 1123 .....	3
<i>Reference Re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)</i> , [1990] 1 S.C.R. 1123; [1990] 4 W.W.R. 481; (1990), 68 Man. R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 65; 77 C.R. (3d) 1; 109 N.R. 81.....	611, 758
<i>Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)</i> , [1987] 1 S.C.R. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. L.R. (2d) 97; 87 C.L.L.C. 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99.....	758
<i>Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act</i> , [1984] 1 S.C.R. 297; (1984), 47 Nfld & P.E.I.R.; 8 D.L.R. (4th) 1; 139 A.P.R. 125; 53 N.R. 268.....	800
<i>Riendeau, L. v. The Queen</i> (1991), 91 DTC 5416 (F.C.A.).....	409
<i>Roberts v. Canada</i> , [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241.....	576
<i>Rodocanachi, Sons, and Co. v. Milburn Brothers</i> (1886), 6 Asp. M.L.C. 100 (C.A.)...	428
<i>Roman Corporation Ltd. et al. v. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd. et al.</i> , [1973] S.C.R. 820; (1973), 36 D.L.R. (3d) 413 .....	735
<i>Rookes v. Barnard</i> , [1964] A.C. 1129 (H.L.).....	735
<i>Rylands v. Fletcher</i> (1868), L.R. 3 H.L. 330 .....	255
<i>Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)</i> , [1989] 2 S.C.R. 1297; (1989), 90 CLLC 17,001 .....	463
<i>Sauder Industries Ltd. et al. v. Ship "Molda" et al.</i> (1986), 3 F.T.R. 190 (F.C.T.D.)	29
<i>Schachter v. Canada</i> , Doc. 21889, judgment dated 9/7/92, S.C.C., not yet reported....	192
<i>Scott v. Scott</i> , [1913] A.C. 417 (H.L.).....	78
<i>Seagram (Joseph E.) &amp; Sons Ltd. v. Seagram Real Estate Ltd.</i> (1984), 3 C.P.R. (3d) 517 (T.M. Opp. Bd.) .....	682
<i>Seapearl (The Ship M/V) v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile</i> , [1983] 2 F.C. 161; (1982), 139 D.L.R. (3d) 669; 43 N.R. 517 (C.A.).....	98
<i>Sethi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1988] 2 F.C. 552; (1988), 52 D.L.R. (4th) 681; 31 Admin. L.R. 123; 22 F.T.R. 80; 87 N.R. 389 (C.A.).....	192
<i>Shuswap Cable Ltd. v. Canada</i> , [1987] 1 F.C. 505; (1986), 31 D.L.R. (4th) 349; 13 C.P.C. (3d) 128; 5 F.T.R. 114 (T.D.).....	350
<i>Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration</i> , [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 .....	192
<i>Sinyor Spinners of Canada Ltd. c. Leeson Corp.</i> , [1976] C.A. 395; (1976), 29 C.P.R. (2d) 71 (Qué.).....	521
<i>Siskina (Owners of cargo lately laden on board) v. Distos Compania Naviera S.A.</i> , [1979] A.C. 210 (H.L.).....	155

	PAGE
<i>Spiliada Maritime Corpn. v. Cansule Ltd.</i> , [1987] A.C. 460 (H.L.).....	774
<i>Stafford Borough Council v Elkenford Ltd.</i> , [1977] 2 All ER 519 (C.A.).....	155
<i>Standard Continental Real Estate Inc. v. First Continental Realty Inc.</i> (1991), 38 C.P.R. (3d) 277 (T.M. Opp. Bd.).....	682
<i>Strasser v. Roberge</i> , [1979] 2 S.C.R. 953; (1979), 103 D.L.R. (3d) 193; 40 C.C.C. (2d) 129; 79 C.L.L.C. 14,233; 29 N.R. 541 .....	758
<i>Stubart Investments Ltd. v. The Queen</i> , [1984] 1 S.C.R. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.....	363, 665
<i>Sun Squeeze Juices Inc. v. Shenkman</i> (1990), 34 C.P.R. (3d) 467 (T.M. Opp. Bd.).....	682
<i>Swanson v. Canada (Minister of Transport)</i> , [1992] 1 F.C. 408; (1991), 80 D.L.R. (4th) 741; 7 C.C.L.T. (2d) 186 (C.A.).....	54
<i>Syndicat national des travailleurs des pâtes et papiers de Port-Alfred c. Lippé</i> , [1990] R.D.J. 124 (C.A. Qué.).....	521
<i>Tenneco Canada Inc. v. Canada</i> , [1991] 1 C.T.C. 323; (1991), 91 DTC 5207 (F.C.A.)	363
<i>Terrasses Zarolega Inc. et al. v. Régie des installations olympiques</i> , [1981] 1 S.C.R. 94; (1981), 124 D.L.R. (3d) 204; 23 L.C.R. 97; 38 N.R. 411.....	691
<i>Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)</i> , [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 91 CLLC 14,023.....	3
<i>Texaco Exploration Co. v. The Queen</i> , [1976] 1 F.C. 323; [1975] CTC 404; (1975), 75 DTC 5288 (T.D.).....	707
<i>The “Arpad”</i> (1934), 49 L.I.L. Rep. 313 (C.A.).....	428
<i>The Blanche</i> (1888), 58 L.T. 592 (P.D. & Adm. Div.) .....	735
<i>The Celtic King</i> , [1894] P. 175 .....	735
<i>The Fanchon</i> (1880), 5 P.D. 173 .....	735
<i>The Hartlepool</i> (1950), 84 L.I.L.Rep. 145 (Adm. Div.) .....	398
<i>The Heather Bell</i> , [1901] P. 272 (C.A.) .....	735
<i>The Innisfallen</i> (1866), L.R. 1 A. & E. 72.....	735
<i>The Jala Godavari v. Canada</i> , A-112-91, Hugessen J.A., judgment dated 18/10/91, F.C.A., not yet reported.....	398
<i>The King v. Dubois</i> , [1935] S.C.R. 378; [1935] 3 D.L.R. 209 .....	128
<i>The King v. Lefrançois</i> (1908), 40 S.C.R. 431; 5 E.L.R. 268.....	128
<i>The Lord Strathcona</i> , [1925] P. 143 .....	735
<i>The Manor</i> , [1907] P. 339 (C.A.) .....	735
<i>The Minerva</i> , [1933] P. 224 .....	255
<i>The Myrto</i> , [1977] 2 Lloyd’s Rep. 243 (Q.B.D. Adm. Ct.).....	735
<i>The Queen in Right of Canada v. Chief William Joe et al.</i> , [1984] 1 C.N.L.R. 96; (1983), 49 N.R. 198 (F.C.A.); affd <i>sub nom. Joe v. Canada</i> , [1986] 2 S.C.R. 145; (1986), 69 N.R. 318 .....	576
<i>The Queen v. McBurney (L)</i> , [1985] 2 CTC 214; (1985), 85 DTC 5433; 20 E.T.R. 283; 62 N.R. 104 (F.C.A.).....	488
<i>The Queen v. Zandstra</i> , [1974] 2 F.C. 254; [1974] CTC 503; (1974), 74 DTC 6416 (T.D.) .....	488
<i>The Soya Margareta</i> , [1960] 2 All E.R. 756 (P.D.A.).....	398

	PAGE
<i>The Vasso (formerly Andria)</i> , [1984] 1 Lloyd's Rep. 235 (C.A.) .....	398
<i>Thompson, W.G., &amp; Sons Ltd. v. Minister of National Revenue</i> (1966), 66 DTC 291 (T.A.B.).....	363
<i>Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)</i> , [1990] 1 S.C.R. 425; (1990), 67 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 39 O.A.C. 161; 106 N.R. 161 .....	758
<i>Thomson v. Canada</i> , [1988] 3 F.C. 108; (1988), 50 D.L.R. (4th) 454; 31 Admin. L.R. 14; 84 N.R. 169 (C.A.).....	691, 800
<i>Thorson v. Attorney General of Canada et al.</i> , [1975] 1 S.C.R. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225.....	155
<i>Tip Top Tailors Limited v. The Minister of National Revenue</i> , [1957] S.C.R. 703; (1957), 11 D.L.R. (2d) 289; [1957] C.T.C. 309; 57 DTC 1232.....	707
<i>Tock v. St. John's Metropolitan Area Board</i> , [1989] 2 S.C.R. 1181; (1989), 64 D.L.R. (4th) 620; 104 N.R. 241 .....	54
<i>Toronto Harbour Commissioners v. The Ship Robert C. Norton et al.</i> , [1964] Ex. C.R. 498 .....	255
<i>Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (C.A.).....	306
<i>Tschritter v. Sohn, Harrison and Bistriz</i> (1989), 94 A.R. 304; (1989), 57 D.L.R. (4th) 579; [1989] 4 W.W.R. 175; 65 Alta L.R. (2d) 289; 19 R.F.L. (3d) 1 (C.A.).....	800
<i>Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.</i> , [1989] 2 F.C. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.).....	625
<i>U.E.S., Local 298 v. Bibeault</i> , [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161.....	566
<i>Vaillancourt v. Deputy M.N.R.</i> , [1991] 3 F.C. 663; [1991] 2 C.T.C. 42; (1991), 91 DTC 5408 (Eng.); (1991), 91 DTC 5352 (Fr.) (C.A.) .....	488, 691, 800
<i>Vallorbe Shipping Co. S.A. v. The Tropwave</i> , [1975] F.C. 595 (T.D.).....	98
<i>Valmet Oy v. Beloit Canada Ltd.</i> (1988), 20 C.P.R. (3d) 1; 82 N.R. 235 (F.C.A.).....	504
<i>Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare)</i> , [1988] 2 F.C. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.) .....	576
<i>Verreault (J.E.) &amp; Fils Ltée v. Attorney General (Quebec)</i> , [1977] 1 S.C.R. 41; (1975), 57 D.L.R. (3d) 403; 5 N.R. 271.....	783
<i>Wertheim v. Chicoutimi Pulp Company</i> , [1911] A.C. 301 (P.C.).....	428
<i>Westar Mining Ltd. v. The Queen</i> , [1988] 2 C.T.C. 349; (1988), 88 DTC 6505; 23 F.T.R. 71 (F.C.T.D.) rev'd by [1992] 3 F.C. 110.....	707
<i>Westview Sable Fish Co. et al. v. The Ship "Neekis"</i> (1986), 31 D.L.R. (4th) 709; 6 F.T.R. 235 (F.C.T.D.) .....	255
<i>Weyer v. Canada</i> (1988), 83 N.R. 272 (F.C.A.).....	3
<i>Wiretap Reference</i> , [1984] 2 S.C.R. 697; (1984), 35 Alta L.R. (2d) 97 .....	800
<i>Wolfe v. The King</i> (1921), 63 S.C.R. 141; 63 D.L.R. 647.....	128
<i>Woods Harbour Lobster Co. Ltd. v. Minister of National Revenue</i> (1989), 89 DTC 303 (T.C.C.).....	363
<i>Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 1 F.C. 722; (1990), 9 Imm.L.R. (2d) 243; 34 F.T.R. 26 (T.D.).....	420



**STATUTES  
AND  
REGULATIONS  
JUDICIALLY  
CONSIDERED**

**LOIS  
ET  
RÈGLEMENTS**

**STATUTES**

**LOIS**

**CANADA**

**CANADA**

		<b>PAGE</b>
<b>Access to Information Act,</b> R.S.C., 1985, c. A-1 -----	<b>Loi sur l'accès à l'information,</b> L.R.C. (1985), ch. A-1	3, 539
<b>Admiralty Act,</b> R.S.C. 1952, c. 1 s./art. 18(2)..... s./art. 18(3).....	<b>Loi sur l'amirauté,</b> S.R.C. 1952, ch. 1	255 255
<b>Aeronautics Act,</b> R.S.C., 1985, c. A-2 s./art. 6.5 ..... s./art. 7.1 ..... s./art. 37(4).....	<b>Loi sur l'aéronautique,</b> L.R.C. (1985), ch. A-2	3 3 3
<b>An Act to amend the National Harbours Board Act, the Government Harbours and Piers Act, the Har- bour Commissions Act, the Canada Shipping Act and the Fishing and Recreational Harbours Act,</b> S.C. 1980-81-82-83, c. 121 s./art. 18 ..... s./art. 32 .....	<b>La Loi modifiant la Loi sur le Conseil des ports nation- aux, la Loi sur les ports et jetées de l'État, la Loi sur les Commissions de port, la Loi sur la marine marchande du Canada et la Loi sur les ports de pêche et de plaisance,</b> S.C. 1980-81-82-83, ch. 121	128 128
<b>Anti-dumping Act,</b> R.S.C. 1970, c. A-15 -----	<b>Loi antidumping,</b> S.R.C. 1970, ch. A-15	221
<b>Appropriation Act No. 3, 1991-92,</b> S.C. 1991, c. 53 -----	<b>Loi de crédits n° 3 pour 1991-1992,</b> L.C. 1991, ch. 53	192

		PAGE
<b>Appropriation Act No. 4, 1991-92,</b> S.C. 1992, c. 7	<b>Loi de crédits n° 4 pour 1991-1992,</b> L.C. 1992, ch. 7	
— — —	.....	192
<b>Broadcasting Act,</b> R.S.C., 1985, c. B-9	<b>Loi sur la radiodiffusion,</b> L.R.C. (1985), ch. B-9	
— — —	.....	350
S.C. 1991, c. 11	L.C. 1991, ch. 11	
s./art. 2	.....	350
s./art. 3	.....	350
s./art. 93	.....	350
<b>Canada Elections Act,</b> R.S.C., 1985, c. E-2	<b>Loi électorale du Canada,</b> L.R.C. (1985), ch. E-2	
— — —	.....	602
s./art. 9(1)	.....	611
s./art. 50	.....	611
s./art. 54	.....	611
s./art. 55(2)	.....	611
<b>Canada Evidence Act,</b> R.S.C., 1985, c. C-5	<b>Loi sur la preuve au Canada,</b> L.R.C. (1985), ch. C-5	
s./art. 18	.....	800
<b>Canada Labour Code,</b> R.S.C. 1970, c. L-1	<b>Code canadien du travail,</b> S.R.C. 1970, ch. L-1	
s./art. 184(3)(a)(i)	.....	566
s./art. 187(1)(a)	.....	566
R.S.C., 1985, c. L-2	L.R.C. (1985), ch. L-2	
s./art. 16(p)(i)	.....	566
s./art. 22(1)	.....	566
<b>Canada Shipping Act,</b> R.S.C. 1952, c. 29	<b>Loi sur la marine marchande du Canada,</b> S.R.C. 1952, ch. 29	
s./art. 600	.....	128
R.S.C. 1970, c. S-9	S.R.C. 1970, ch. S-9	
— — —	.....	128
R.S.C., 1985, c. S-9	L.R.C. (1985), ch. S-9	
— — —	.....	255
<b>Canadian Bill of Rights,</b> S.C. 1960, c. 44 [R.S.C., 1985, Appendix III]	<b>Déclaration canadienne des droits,</b> S.C. 1960, ch. 44 [L.R.C. (1985), appendice III]	
— — —	.....	458
<b>Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982,</b> Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]	<b>Charte canadienne des droits et libertés qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982,</b> annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]	
— — —	.....	458, 691

<b>Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982—Continued</b>	<b>Charte canadienne des droits et libertés qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982— Suite</b>	
s./art. 1 .....	42, 155, 192, 270, 350, 758	
s./art. 2 .....	350, 611	
s./art. 2(b).....	155, 192, 602	
s./art. 2(d).....	758	
s./art. 3 .....	602, 611	
s./art. 6 .....	602	
s./art. 7 .....	3, 155, 221, 270, 539, 758	
s./art. 12 .....	155, 270	
s./art. 15 .....	155, 192, 350, 539, 611	
s./art. 15(1).....	602	
s./art. 20(1)(a).....	287	
s./art. 24 .....	155	
s./art. 24(1).....	350	
s./art. 26 .....	155	
s./art. 27 .....	155	
s./art. 28 .....	155, 192	
s./art. 29 .....	155	
s./art. 32 .....	155	
 <b>Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1970, c. C-19</b>	 <b>Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1970, ch. C-19</b>	
s./art.5(1)(b)(i).....	691	
s./art. 20(1).....	691	
 <b>Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33</b>	 <b>Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33</b>	
— — — .....	306	
R.S.C., 1985, c. H-6	L.R.C. (1985), ch. H-6	
— — — .....	611	
s./art. 2 .....	675	
s./art. 3(1).....	155, 463	
s./art. 7 .....	675	
s./art. 7(a).....	463	
s./art. 13 .....	155	
s./art. 14 .....	675	
s./art. 15(a).....	463	
s./art. 26 .....	675	
s./art. 27 .....	155, 675	
s./art. 40 .....	675	
s./art. 40(4).....	155	
s./art. 41 .....	675	
s./art. 43 .....	675	
s./art. 44 .....	675	
s./art. 44(3)(a).....	155	
s./art. 48 .....	675	
s./art. 49(1).....	675	
s./art. 53(2).....	155	
s./art. 54(1).....	155	
s./art. 56(2).....	155	
s./art. 57 .....	155	
s./art. 58 .....	155	
s./art. 66 .....	675	
s./art. 67 .....	155	

	PAGE
<b>Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act,</b> R.S.C., 1985, c. C-22	
<b>Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes,</b> L.R.C. (1985), ch. C-22	
.....	350
<b>Citizenship Act,</b> S.C. 1974-75-76, c. 108	
<b>Loi sur la citoyenneté,</b> S.C. 1974-75-76, ch. 108	
.....	691
R.S.C., 1985, c. C-29	
L.R.C. (1985), ch. C-29	
s./art. 2(1).....	691
s./art. 3(1)(b).....	691
s./art. 3(1)(c).....	691
s./art. 5(1).....	381
s./art. 5(2)(a).....	691
s./art. 5(2)(b).....	691
s./art. 11(1).....	691
s./art. 14(5).....	381
<b>Commercial Arbitration Act,</b> R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17	
<b>Loi sur l'arbitrage commercial,</b> L.R.C. (1985) (2 <sup>e</sup> suppl.), ch. 17	
s./art. 2.....	98
s./art. 4.....	98
s./art. 5.....	98
<b>Commercial Arbitration Code,</b> R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, Schedule	
<b>Code d'arbitrage commercial,</b> L.R.C. (1985) (2 <sup>e</sup> suppl.), ch. 17, annexe	
s./art. 2(f).....	98
s./art. 8.....	98
s./art. 9.....	98
<b>Constitution Act, 1867,</b> 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]	
<b>Loi constitutionnelle de 1867,</b> 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appen- dice II, n <sup>o</sup> 5]	
s./art. 91.....	255
s./art. 92(13).....	576
s./art. 92(14).....	155, 576
s./art. 101.....	155, 255, 576
<b>Constitution Act, 1982,</b> Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]	
<b>Loi constitutionnelle de 1982,</b> annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n <sup>o</sup> 44]	
s./art. 35.....	316
s./art. 35(1).....	192, 576
s./art. 35(4).....	192
s./art. 37.....	192
s./art. 37.1.....	192
s./art. 52.....	3, 576
<b>Criminal Code,</b> R.S.C., 1985, c. C-46	
<b>Code criminel,</b> L.R.C. (1985), ch. C-46	
s./art. 105.....	648
s./art. 106.....	648
s./art. 110.....	648

	PAGE
<b>Criminal Code—Continued</b>	
s./art. 111 .....	648
s./art. 112(4).....	648
s./art. 112(8).....	648
<b>Crown Liability and Proceedings Act,</b>	
R.S.C., 1985, c. C-50	
s./art. 8 .....	54
s./art. 22 .....	576
s./art. 31 .....	54
<b>Customs Act,</b>	
R.S.C. 1970, c. C-40	
.....	221
R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1	
s./art. 24 .....	302
<b>Department of the Environment Act,</b>	
R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 14	
s./art. 6 .....	316
R.S.C., 1985, c. E-10	
s./art. 4 .....	316
s./art. 5 .....	316
s./art. 6 .....	316
<b>Federal Court Act,</b>	
R.S.C., 1985, c. F-7	
.....	87
s./art. 2 .....	155, 192, 302, 350, 735, 783
s./art. 2(1).....	255, 576
s./art. 17 .....	576, 602, 611
s./art. 18 .....	42, 192, 221, 247, 287, 306, 350, 576, 602, 611, 675, 783
s./art. 18.1 .....	350, 602
s./art. 18.2 .....	306, 350
s./art. 18(3).....	302
s./art. 18.4(2).....	302, 350, 611
s./art. 22 .....	255
s./art. 25 .....	155
s./art. 28 .....	221, 463, 521, 566
s./art. 28(1)(c).....	350
s./art. 28(2).....	350
s./art. 28(3).....	350
s./art. 29 .....	221
s./art. 44 .....	155
s./art. 48 .....	602, 611
s./art. 50(1).....	98, 398
s./art. 57 .....	3, 350, 576
<b>Financial Administration Act,</b>	
R.S.C., 1985, c. F-11	
s./art. 41	
s./art. 155(3).....	521

	PAGE
<b>Fisheries Act,</b> R.S.C. 1970, c. F-14	
-----	
s./art. 20(10).....	800
s./art. 33.1 .....	316
R.S.C., 1985, c. F-14	
-----	
s./art. 2 .....	576
s./art. 5 .....	576
s./art. 7 .....	54
s./art. 9 .....	54
s./art. 22(3).....	316
s./art. 33 .....	576
s./art. 37 .....	316
s./art. 43 .....	576
<b>Fishing and Recreational Harbours Act,</b> S.C. 1977-78, c. 30	
-----	
s./art. 2 .....	128
s./art. 3 .....	128
s./art. 4 .....	128
s./art. 8 .....	128
s./art. 9 .....	128
s./art. 27 .....	128
s./art. 28 .....	128
<b>Fugitive Offenders Act,</b> R.S.C., 1985, c. F-32	
-----	
.....	539
<b>Government Organization Act, 1979,</b> S.C. 1978-79, c. 13	
-----	
s./art. 6 .....	316
<b>Identification of Criminals Act,</b> R.S.C., 1985, c. I-1	
-----	
s./art. 2(1).....	539
<b>Immigration Act,</b> R.S.C., 1985, c. I-2	
-----	
s./art. 32.1 .....	420
s./art. 46.02(2).....	221
s./art. 67 .....	221, 247
s./art. 68 .....	221, 247
s./art. 69.1 .....	221, 247
s./art. 69.2 .....	247
s./art. 82.1 .....	221
<b>Immigration Act, 1976,</b> S.C. 1976-77, c. 52	
-----	
s./art. 27(1)(d)(i) .....	306
s./art. 27(1)(d)(ii).....	270
s./art. 32(2).....	270
-----	
.....	270

**Immigration Act, 1976—Continued**

**Loi sur l'immigration de 1976—Suite**

s./art. 45(1).....	270
s./art. 47(3).....	270
s./art. 59.....	221
s./art. 72(1)(b).....	270

**Immigration Appeal Board Act,**

**Loi sur la Commission d'appel de l'immigration,**

S.C. 1966-67, c. 90	S.C. 1966-67, ch. 90	
s./art. 11.....		221
s./art. 12.....		221
s./art. 22.....		221
R.S.C. 1970, c. I-3	S.R.C. 1970, ch. I-3	
s./art. 11.....		221

**Income Tax Act,**

**Loi de l'impôt sur le revenu,**

R.S.C. 1952, c. 148	S.R.C. 1952, ch. 148	
s./art. 40A.....		363
s./art. 83(5).....		110, 707
s./art. 125.1.....		363
S.C. 1970-71-72, c. 63	S.C. 1970-71-72, ch. 63	
s./art. 18(1)(c).....		110
s./art. 20(1)(v.1).....		707
s./art. 22(1).....		409
s./art. 65.....		110
s./art. 65(1).....		707
s./art. 69(1)(b)(ii).....		488
s./art. 73(5).....		488
s./art. 74.....		488
s./art. 96.....		665
s./art. 120.....		665
s./art. 124.1.....		707
s./art. 124.1(1).....		110
s./art. 124.2.....		707
s./art. 129(4).....		707
s./art. 224(1).....		409
s./art. 224(4).....		409
s./art. 227(10).....		409
s./art. 245(2)(c).....		488
s./art. 248(1).....		488
s./art. 248(5).....		488

**Income War Tax Act,**

**Loi de l'impôt de guerre sur le revenu,**

R.S.C. 1927, c. 97	S.R.C. 1927, ch. 97	
s./art. 5(1)(a).....		110

**Indian Act,**

**Loi sur les Indiens,**

R.S.C., 1985, c. I-5	L.R.C. (1985), ch. I-5	
s./art. 12(1)(b).....		192

**Inquiries Act,**

**Loi sur les enquêtes,**

R.S.C., 1985, c. I-11	L.R.C. (1985), ch. I-11	
s./art. 3.....		221

	PAGE
<b>Interpretation Act,</b> R.S.C., 1985, c. I-21	
s./art. 10 .....	539
s./art. 12 .....	800
s./art. 24(2).....	409
<b>Maintenance of Ports Operations Act, 1986,</b> S.C. 1986, c. 46	
s./art. 3 .....	758
s./art. 5 .....	758
s./art. 8 .....	758
s./art. 12 .....	758
s./art. 13 .....	758
<b>National Transportation Act, 1987,</b> R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28	
s./art 3(1).....	145
s./art. 65(1).....	145
s./art. 115(1).....	145
s./art. 121 .....	145
s./art. 122 .....	145
s./art. 123 .....	145
s./art. 124 .....	145
s./art. 125 .....	145
s./art. 126 .....	145
s./art. 127 .....	145
s./art. 128 .....	145
s./art. 129 .....	145
s./art. 130 .....	145
s./art. 131 .....	145
s./art. 132 .....	145
s./art. 133 .....	145
s./art. 134 .....	145
s./art. 135 .....	145
s./art. 136 .....	145
s./art. 137 .....	145
s./art. 138 .....	145
s./art. 139 .....	145
s./art. 140 .....	145
s./art. 141 .....	145
s./art. 142 .....	145
s./art. 143 .....	145
s./art. 144 .....	145
s./art. 145 .....	145
<b>Navigable Waters Protection Act,</b> R.S.C., 1985, c. N-22	
s./art. 5(2).....	316
s./art. 9(1).....	800
s./art. 10(2).....	316
<b>Newfoundland Act (formerly the British North America Act, 1949),</b> 12-13 Geo. VI, c. 22 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 32]	
s./art. 33 .....	128

**Loi d'interprétation,**  
L.R.C. (1985), ch. I-21

**Loi de 1986 sur les opérations portuaires,**  
S.C. 1986, ch. 46

**Loi de 1987 sur les transports nationaux,**  
L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 28

**Loi sur la protection des eaux navigables,**  
L.R.C. (1985), ch. N-22

**Loi sur Terre-Neuve (antérieurement appelée: Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949),**  
12-13 Geo. VI, ch. 22 (R.-U.) [L.R.C. (1985) appendice II, n<sup>o</sup> 32]



<b>Official Languages Act,</b> R.S.C. 1970, c. O-2	<b>Loi sur les langues officielles,</b> S.R.C. 1970, ch. O-2	
s./art. 8(2)(d) .....		800
R.S.C., 1985, c. O-3	L.R.C. (1985), ch. O-3	
s./art. 9(2)(d) .....		691
R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31	L.R.C. (1985) (4 <sup>e</sup> suppl.), ch. 31	
— — —		691, 800
s./art. 3(1).....		287
s./art. 22 .....		287
s./art. 27 .....		287
s./art. 35 .....		287
s./art. 36 .....		287
s./art. 50 .....		287
s./art. 56(1).....		287
s./art. 58(4).....		287
s./art. 77 .....		287, 557
 <b>Privacy Act,</b> R.S.C., 1985, c. P-21	 <b>Loi sur la protection des renseignements personnels,</b> L.R.C. (1985), ch. P-21	
s./art. 8 .....		539
s./art. 22(1).....		3
 <b>Public Harbours and Port Facilities Act,</b> R.S.C. 1952, c. 135	 <b>Loi sur les ports et jetées de l'État,</b> S.R.C. 1952, ch. 135	
s./art. 1 .....		128
s./art. 2 .....		128
s./art. 3 .....		128
s./art. 3.1 .....		128
s./art. 4 .....		128
s./art. 5 .....		128
 <b>Public Harbours and Port Facilities Act,</b> R.S.C., 1985, c. P-29	 <b>Loi sur les ports et installations portuaires publics,</b> L.R.C. (1985), ch. P-29	
s./art. 8(4).....		128
 <b>Public Service Staff Relations Act,</b> R.S.C., 1985, c. P-35	 <b>Loi sur les relations de travail dans la fonction publique,</b> L.R.C. (1985), ch. P-35	
s./art. 2 .....		675
s./art. 92 .....		521
s./art. 93 .....		521
Sch./ann. I.....		675
 <b>Public Works Act,</b> R.S.C. 1970, c. P-38	 <b>Loi sur les travaux publics,</b> S.R.C. 1970, ch. P-38	
s./art. 2 .....		128
s./art. 35(1).....		128
R.S.C., 1985, c. P-38	L.R.C. (1985), ch. P-38	
— — —		783
s./art. 36(1).....		128

<b>Radio Act,</b> R.S.C. 1985, c. R-2 — — — .....	<b>Loi sur la radio,</b> L.R.C. (1985), ch. R-2 .....	350
<b>Radiocommunication Act,</b> R.S.C., 1985, c. R-2 s./art. 4(1)..... s./art. 5(1)(j)..... s./art. 10..... s./art. 10(1)..... s./art. 10(4)..... s./art. 10(5).....	<b>Loi sur la radiocommunication,</b> L.R.C. (1985), ch. R-2 ..... ..... ..... ..... ..... .....	350 350 350 350 350 350
<b>Referendum Act,</b> S.C. 1992, c. 30 s./art. 3..... s./art. 3(1).....	<b>Loi référendaire,</b> L.C. 1992, ch. 30 ..... .....	602 611
<b>Statutory Instrument Act,</b> R.S.C., 1985, c. S-22 — — — .....	<b>Loi sur les textes réglementaires,</b> L.R.C. (1985), ch. S-22 .....	800
<b>Trade Marks Act,</b> R.S.C. 1970, c. T-10 s./art. 6(5)..... s./art. 12(1)(d)..... s./art. 16(3)(a)..... s./art. 29(b)..... s./art. 39(2)..... s./art. 44.....	<b>Loi sur les marques de commerce,</b> S.R.C. 1970, ch. T-10 ..... ..... ..... ..... ..... .....	442 442 442 442 442 442
<b>Trade-marks Act,</b> R.S.C., 1985, c. T-13 s./art. 4..... s./art. 6(5)..... s./art. 7(a)..... s./art. 9(1)(j)..... s./art. 19..... s./art. 22(1)..... s./art. 38(2)(a)..... s./art. 38(2)(c)..... s./art. 38(2)(d)..... s./art. 38(3)(a)..... s./art. 38(4).....	<b>Loi sur les marques de commerce,</b> L.R.C. (1985), ch. T-13 ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... .....	625 682 625 682 625 625 682 682 682 682 682
<b>Yukon Quartz Mining Act,</b> R.S.C. 1970, c. Y-4 — — — .....	<b>Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon,</b> S.R.C. 1970, ch. Y-4 .....	458
<b>BRITISH COLUMBIA</b>		
<b>COLOMBIE-BRITANNIQUE</b>		
<b>Law and Equity Act,</b> R.S.B.C. 1979, c. 224 s./art. 13.....	<b>Law and Equity Act,</b> R.S.B.C. 1979, ch. 224 .....	389

<b>Utilities Commission Act,</b> S.B.C. 1980, c. 60	<b>Utilities Commission Act,</b> S.B.C. 1980, ch. 60	PAGE
-----		316

**ONTARIO**

**ONTARIO**

<b>Child Resistant Packages Regulation,</b> R.R.O. 1980 Reg. 445.....	<b>Child Resistant Packages Regulation,</b> R.R.O. 1980	363
---	--	-----

<b>Game and Fish Act,</b> R.S.O. 1990, c. G.1 s./art. 72 .....	<b>Loi sur la chasse et la pêche,</b> L.R.O. 1990, ch. G.1	576
--	---	-----

<b>Health Disciplines Act,</b> R.S.O. 1980, c. 196	<b>Loi sur les sciences de la santé,</b> L.R.O. 1980, ch. 196	363
---	--	-----

<b>Negligence Act,</b> R.S.O. 1990, c. N.1	<b>Loi sur le partage de la responsabilité,</b> L.R.O. 1990, ch. N.1	87
---	---	----

**QUEBEC**

**QUÉBEC**

<b>An Act respecting the process for determining the political and constitutional future of Québec,</b> S.Q. 1991, c. 34	<b>Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec,</b> L.Q. 1991, ch. 34	192
---	---	-----

<b>Labour Code,</b> R.S.Q. 1977, c. C-27	<b>Code du travail,</b> S.R.Q. 1977, ch. C-27	521
---	--	-----

**UNITED KINGDOM**

**ROYAUME-UNI**

<b>Law of Property Act,</b> 1925 (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, c. 20	<b>Law of Property Act,</b> 1925 (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, ch. 20	389
---	--	-----

<b>Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925,</b> (U.K.) 1925, 15 & 16 Geo. 5, c. 49 s./art. 45(1).....	<b>Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925,</b> (R.-U.) 1925, 15 & 16 Geo. 5, ch. 49	155
--	--	-----

**ORDERS AND REGULATIONS**

**ORDONNANCES ET RÈGLEMENTS**

<b>Air Regulations,</b> C.R.C., c. 2 s./art. 406 .....	<b>Règlement de l'Air,</b> C.R.C., ch. 2	3
--	---	---

<b>Atlantic Fishery Regulations, 1985,</b> SOR/86-21	<b>Règlement de pêche de l'Atlantique de 1985,</b> DORS/86-21	
s./art. 28(1)(a).....		54
<b>Customs Sufferance Warehouses Regulations,</b> SOR/86-1065	<b>Règlement sur les entrepôts d'attente des douanes,</b> DORS/86-1065	
s./art. 3(3).....		302
<b>Environmental Assessment and Review Process Guide- lines Order,</b>	<b>Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement,</b>	
SOR/84-467	DORS/84-467	
— — — .....		316
s./art. 10 .....		42
s./art. 12 .....		42
s./art. 13 .....		42
s./art. 20 .....		42
<b>Fishing and Recreational Harbours Regulations,</b> SOR/78-767, Schedule 1	<b>Règlement sur les ports de pêche et de plaisance,</b> DORS/78-767, annexe 1	
— — — .....		128
<b>Government Contract Regulations,</b> SOR/87-402	<b>Règlement sur les marchés de l'État,</b> DORS/87-402	
s./art. 5 .....		783
s./art. 6 .....		783
<b>Immigration Regulations, 1978,</b> SOR/78-172	<b>Règlement sur l'immigration de 1978,</b> DORS/78-172	
s./art. 9 .....		420
<b>Income Tax Regulations,</b> SOR/54-682	<b>Règlement de l'impôt sur le revenu,</b> DORS/54-682	
s./art. 1201 .....		110
C.R.C., c. 945	C.R.C., ch. 945	
s./art. 900 .....		409
s./art. 1200 .....		707
s./art. 1201 .....		707
s./art. 1204(1).....		707
s./art. 1204(3).....		707
s./art. 1210(1).....		707
s./art. 2600 .....		665
s./art. 2601 .....		665
s./art. 2603 .....		665
<b>Kemano Completion Project Guidelines Order,</b> SOR/90-729	<b>Arrêté sur les lignes directrices visant les travaux d'achèvement du projet Kemano,</b> DORS/90-729	
— — — .....		316

<b>Kenney Dam and Skins Lake Spillway Orders Regulations,</b> SOR/87-723	<b>Règlement sur les ordonnances relatives au barrage Kenney et au déversoir du lac Skins,</b> DORS/87-723	316
-----		
<b>Ontario Fishery Regulations, 1989,</b> SOR/89-93	<b>Règlement de pêche de l'Ontario de 1989,</b> DORS/89-93	
s./art. 2 .....		576
s./art. 3 .....		576
s./art. 4 .....		576
s./art. 36 .....		576
-----		
<b>Order In Council,</b> P.C. 1954-1109	<b>Décret,</b> C.P. 1954-1109	539
-----		
<b>Penitentiary Service Regulations,</b> C.R.C., c. 1251	<b>Règlement sur le service des pénitenciers,</b> C.R.C., ch. 1251	539
s./art. 39(a).....		
-----		
<b>Proclamation Directing a Referendum Relating to the Constitution of Canada,</b> SI/92-180	<b>Proclamation soumettant un référendum relatif à la Constitution du Canada,</b> TR/92-180	602
-----		
<b>Proclamation declaring Port aux Basques, Newfoundland, to be a public harbour,</b> SOR/58-21	<b>Proclamation déclarant Port-aux-Basques (Terre-Neuve), port public,</b> DORS/58-21	128
-----		
<b>Transfer from the Minister of Transport to the Minister of Fisheries and Oceans, the Management, Charge and Direction of Certain Harbours and Marine Facilities Under the Act,</b>  SI/82-117	<b>Transfert de l'administration, la conduite et la direction de certains ports et installations maritimes du ministre des Transports en vertu de la Loi sur les ports et jetées de l'État au ministre des Pêches et Océans,</b>  TR/82-117	128
-----		

**RULES**

**RÈGLES**

<b>Civil Aviation Tribunal Rules,</b> SOR/86-594	<b>Règles du Tribunal de l'aviation civile,</b> DORS/86-594	3
s./art. 12 .....		
-----		
<b>Convention Refugee Determination Division Rules,</b> SOR/89-103	<b>Règle de la section du statut de réfugié,</b> DORS/89-103	247
s./art. 6 .....		

<b>Federal Court Rules, C.R.C., c. 663</b>	<b>Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663</b>	<b>PAGE</b>
.....	.....	602, 774
R. 3(1)(b).....	.....	350
R. 6.....	.....	155
R. 303.....	.....	557
R. 321.1.....	.....	316, 576, 625
R. 324.....	.....	488, 539
R. 332.....	.....	576
R. 335(1).....	.....	504
R. 335(4).....	.....	504
R. 337(2)(b).....	.....	155, 488, 504
R. 337(5).....	.....	78, 557
R. 341(a).....	.....	255
R. 341(b).....	.....	795
R. 358.....	.....	350
R. 419.....	.....	255, 316
R. 419(1).....	.....	576, 795
R. 448.....	.....	29
R. 469.....	.....	155
R. 469(2).....	.....	350
R. 474.....	.....	255, 625
R. 474(1)(a).....	.....	795
R. 1003.....	.....	98
R. 1025.....	.....	98
R. 1102.....	.....	800
R. 1203.....	.....	316
R. 1601(2).....	.....	302
R. 1618.....	.....	783
R. 1716.....	.....	87
R. 1717.....	.....	98
R. 1718.....	.....	87, 98
R. 1730.....	.....	87
R. 1733.....	.....	557
 <b>Income Tax Application Rules, 1971,</b>	 <b>Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu,</b>	
S.C. 1970-71-72, c. 63, Part III	S.C. 1970-71-72, ch. 63, partie III	
s./art. 28.....	.....	110

**TREATIES****TRAITÉS**

<b>International Covenant on Civil and Political Rights, [1976] Can. T.S. No. 47</b>	<b>Pacte international relatif aux droits civils et politiques, [1976] R.T. Can. n° 47</b>	
.....	.....	270

## AUTHORS CITED

### DOCTRINE

	PAGE
Barreau du Haut-Canada, <i>Code de déontologie</i> , Toronto, 1990.....	639
Baudouin, Jean-Louis, <i>Les obligations</i> , Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1970.....	521
Canada. <i>Bâtir ensemble l'avenir du Canada — Propositions</i> , Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1991.....	192
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. III, 4 <sup>e</sup> sess., 28 <sup>e</sup> Lég., 21 Eliz. II, 8 mai 1972.....	363
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. VI, 1 <sup>re</sup> sess., 30 <sup>e</sup> Lég., 1975, à la page 5984.....	691
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 132, 3 <sup>e</sup> sess., 34 <sup>e</sup> Lég., 8 septembre 1992, à la page 12732.....	614
<i>Canada Gazette</i> Part I, August 31, 1991, at p. 2874.....	800
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , Vol. III, 4th Sess., 28th Parl., 21 Eliz. II, May 8, 1972.....	363
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , Vol. VI, 1st Sess., 30th Parl., 1975, at page 5984.....	691
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , Vol. 132, 3rd Sess., 34th Parl., 8 September 1992, at page 12732...	614
Canada, <i>Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada</i> , Ottawa, Information Canada, 1970.....	691
Canada, <i>Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada</i> , Ottawa, Information Canada, 1970.....	691
Canada. <i>Shaping Canada's Future Together — Proposals</i> , Minister of Supply and Services Canada, 1991	192
<i>Carver's Carriage by Sea</i> , Vol. 2, 13th ed., London: Stevens & Sons, 1982.....	428
Castel, J.-G. <i>Canadian Conflict of Laws</i> , 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1986.....	735
<i>Clerk &amp; Lindsell on Torts</i> , 16th ed., London: Sweet & Maxwell, 1989.....	735
Commission de réforme du droit du Canada, <i>Responsabilité pénale et conduite collective</i> (Document de travail n° 16), Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1976.....	758
Côté, P.A., <i>Interprétation des lois</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qué.), Éditions Yvon Blais, 1990.....	800
Côté, P.A., <i>Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed., Cowansville, Yvon Blais, 1991.....	800
Côté, Pierre-André, <i>Interprétation des lois</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qué.): Yvon Blais, 1990.....	691
Côté, Pierre-André <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed., Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais, 1990.....	691
D'Aoust, Claude et Dubé, L. <i>L'estoppel et les laches en jurisprudence arbitrale</i> , Montréal: École de relations industrielles, Université de Montréal, 1990.....	521

<i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. vi, 2 <sup>e</sup> sess., 30 <sup>e</sup> Lég., aux p. 5667 et s. ....	800
de Smith, S. A. <i>Judicial Review of Administrative Action</i> , 4th ed. by J.M. Evans, London: Stevens & Sons Ltd., 1980.....	409
Dussault, R. and Borgeat, L. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985....	409
Dussault, R. et Borgeat, L. <i>Traité de droit administratif</i> , Tome 1, 2 <sup>e</sup> éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1984.....	409
Dussault, René and Borgeat, Louis. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , 2nd ed., vol. 1, Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.....	783
Dussault, René et Borgeat, Louis, <i>Traité de droit administratif</i> , 2 <sup>e</sup> éd., tome 1, Presse de l'Université Laval, 1984.....	783
Field-Marsham, M. "Limitations on the Use of Trade-Marks in Comparative Advertising" <i>Intellectual Property News</i> , Spring 1991.....	625
Fox, Harold G. <i>The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition</i> , 3rd ed. Toronto: Carswell Co. Ltd., 1972.....	442
<i>Fridman on Torts</i> , London: Waterloo Publishers, 1990.....	735
<i>Gazette du Canada</i> , partie I, 31 août 1991, à la p. 2874.....	800
Griffith J. A. G. and H. Street. <i>Principles of Administrative Law</i> , 3rd ed., London: Pitnam Publishing, 1963	783
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 24, 4th ed. London: Butterworths, 1979.....	155
Hogg, Peter W. Case Comments, " <i>Tock v. St. John's Metropolitan Area Board</i> " (1990), 69 Can. Bar. Rev. 589.....	54
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.....	316
Hogg, Peter W. <i>Liability of the Crown</i> , 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1989.....	783
<i>House of Commons Debates</i> , Vol. vi, 2nd Sess., 30th Parl., at pp. 5667 et seq.....	800
Jones, David Phillip and de Villars, Anne S. <i>Principles of Administrative Law</i> , Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.....	420
Law Reform Commission of Canada, <i>Criminal Responsibility for Group Action</i> (Working Paper No. 16) Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1976.....	758
Law Society of Upper Canada, <i>Professional Conduct Handbook</i> , Toronto, 1990.....	639
<i>Maxwell on the Interpretation of Statutes</i> , 12th ed. by P. St. J. Langan, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1969	363
<i>Megarry's Manual of The Law of Real Property</i> , 6th ed. by David J. Hayton, London: Stevens & Sons Ltd., 1982.....	389
<i>Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de la dix-huitième session — 3-21 juin 1985</i> . Doc. off. AG Nu, 40 <sup>e</sup> sess., Supp. No. 17, Doc. NU A/40/17 (1985)	98
<i>Rapport de la Commission royale sur le transport</i> , Ottawa: Imprimeur du Roi, 1951. (Président: W.F.A. Turgeon).....	145
<i>Rapport du Secrétaire général à la dix-huitième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international</i> , Vienne, 3-21 juin 1985, Doc. NU A/CN.9/264 (1985).....	98
<i>Report of the Royal Commission on Transportation</i> , Ottawa: King's Printer, 1951. (Chairman: W.F.A. Turgeon).....	145
<i>Report of the Secretary General to the eighteenth session of the United Nations Commission on International Trade Law</i> , Vienna, 3-21 June 1985. UN Doc. A/CN.9/264 (1985).....	98
<i>Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session — 3-21 June 1985</i> . UN GAOR, 40th Sess., Supp. No. 17, UN Doc. A/40/17 (1985).....	98



Revenu Canada - Impôt. <i>Bulletin d'interprétation</i> nos IT-209; IT-258; IT-453 .....	488
Revenue Canada Taxation. <i>Interpretation Bulletin</i> Nos. IT-209; IT-258; IT-453 .....	488
<i>Russell on the Law of Arbitration</i> , 19th ed. by Anthony Walton, London: Stevens & Sons, 1979 .....	98
Sharpe, Robert J. <i>Injunctions and Specific Performance</i> , Toronto: Canada Law Book Ltd., 1983 .....	155
Sprague, William C. <i>Abridgement of Blackstone's Commentaries</i> , 3rd ed., Detroit, Michigan, 1895.....	270
Spry, I.C.F. <i>The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages</i> , 4th ed., Toronto: Carswell Co., 1990.....	155
Tetley, William <i>Marine Cargo Claims</i> , 3rd ed., Montréal: Éditions Yvon Blais, 1988.....	428

T-2590-91

**Attorney General of Canada and The Minister of Transport of Canada** (*Applicants*)

v.

**Peter Gill and The Civil Aviation Tribunal** (*Respondents*)

and

**Drs. C. Hale, T. M. Boylan, R. P. Knipping, J. W. Moore and F. W. (a.k.a. R. A.) Evans, and Canadian Air Line Pilots Association** (*Intervenors*)

*INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. GILL (T.D.)*

Trial Division, Strayer J.—Ottawa, January 29 and February 13, 1992.

*Air law — Aeronautics Act, s. 6.5(1) requiring doctors to report pilots' medical conditions constituting hazard to aviation safety — S. 6.5(5) providing information so provided privileged and no person required to disclose it "in any legal, disciplinary or other proceedings" — Minister notifying pilot of suspension of Licence Validation Certificate for failure to provide requested medical information — At review hearing Civil Aviation Tribunal member ordering Department to produce all medical reports in its possession — Erred in holding privilege under s. 6.5(5) applies only to proceedings instituted against physician under s. 6.5(4) — S. 6.5(5) precluding order of disclosure of s. 6.5(1) reports — Tribunal member having implied jurisdiction to make preliminary decision on Charter issue, but should decline to decide Charter issues where unnecessary on facts to do so — Tribunals should act consistently with law and form some view of what law is, including meaning of Charter.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — On review of Minister of Transport's decision to suspend pilot's licence for refusing to provide medical information, Civil Aviation Tribunal member ordering production of all medical reports on pilot in Department's possession pursuant to Charter, s. 7 guarantee of right not to be deprived of life, liberty and security of person except in accordance with principles of fundamental justice — Only issue whether pilot obliged to provide medical information — Not relating to rights protected by s. 7 — Liberty and security of person generally those affected by judicial system — As refusal to disclose*

T-2590-91

**Le procureur général du Canada et le ministre des Transports du Canada** (*requérants*)

a c.

**Peter Gill et le Tribunal de l'aviation civile** (*intimés*)

b et

**Les docteurs C. Hale, T. M. Boylan, R. P. Knipping, J. W. Moore et F. W. (alias R. A.) Evans, et l'Association canadienne des pilotes de ligne** (*intervenants*)

*RÉPERTOIRE: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. GILL (1<sup>re</sup> INST.)*

d Section de première instance, juge Strayer—Ottawa, 29 janvier et 13 février 1992.

*Droit aérien — L'art. 6.5(1) de la Loi sur l'aéronautique oblige le médecin à faire part de l'état du pilote au conseiller médical si cet état est susceptible de constituer un risque pour la sécurité aérienne — L'art. 6.5(5) prévoit que les renseignements ainsi fournis sont protégés et ne peuvent être utilisés «dans des procédures judiciaires, disciplinaires ou autres» — Le ministre a avisé le pilote que son certificat de validation de licence avait été suspendu parce qu'il n'avait pas fourni les renseignements médicaux demandés — À l'audition, le conseiller a ordonné au Ministère de fournir tous les rapports médicaux que celui-ci avait en sa possession — Le conseiller a commis une erreur en concluant que le privilège conféré par l'art. 6.5(5) s'applique uniquement aux procédures engagées contre le médecin visé par l'art. 6.5(4) — L'art. 6.5(5) empêche la délivrance d'une ordonnance de communication des rapports visés par l'art. 6.5(1) — Le conseiller a implicitement compétence pour rendre une décision préliminaire sur une question liée à la Charte, mais il devrait refuser de trancher pareille question lorsque, compte tenu des faits, il est inutile de le faire — Les tribunaux administratifs devraient agir conformément à la loi et se faire une opinion au sujet de ce qu'est la loi, et notamment du sens de la Charte.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — À la suite de la révision de la décision par laquelle le ministre des Transports avait suspendu la licence d'un pilote qui avait refusé de fournir des renseignements médicaux, le conseiller a ordonné la communication de tous les rapports médicaux concernant le pilote que le Ministère avait en sa possession, conformément à l'art. 7 de la Charte, qui garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, droit auquel on ne peut porter atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale — Il s'agit uniquement de savoir si le pilote est tenu de fournir des renseignements médi-*

*medical information not denial of natural justice, no denial of fundamental justice — Tribunal member authorized to review Minister's decision to suspend licence, not reasonableness of decision to request further information — Alternatively, reasonable grounds for demand for information.*

This was an application for prohibition and *certiorari* to quash an order of a member of the Civil Aviation Tribunal compelling the Minister of Transport to produce any medical reports made in respect of Peter Gill under *Aeronautics Act*, subsection 6.5(1). Subsection 6.5(1) requires physicians to report any medical or optometric condition of a pilot likely to constitute a hazard to aviation safety. Subsection 6.5(5) provides that information so provided is privileged and no person shall be required to disclose it or give evidence relating to it "in any legal, disciplinary or other proceedings". Subsection 7.1(3) provides for review of the Minister's decision to suspend or cancel a Canadian aviation document.

Gill held a pilot's private licence. In order to obtain a renewal of his Licence Validation Certificate (LVC), he underwent a medical examination. The examining doctor reported that Gill might have psychiatric problems. The Department of Transport requested from Gill a complete psychiatric history and assessment of his present psychological state, which he refused to provide. The Minister notified Gill that his LVC was suspended for failure to provide the information. Prior to the review of this decision, the Civil Aviation Tribunal member ordered disclosure of all medical reports in the Department's possession. At the hearing he held that the privilege afforded by subsection 6.5(5) applies only to proceedings which might be instituted against a physician under subsection 6.5(4). Alternatively, he held that Charter, section 7 provided a general constitutional right to full and complete disclosure.

The issues were: (1) whether subsection 6.5(5) prevented the Civil Aviation Tribunal from requiring the production of reports made pursuant to subsection 6.5(1); (2) whether the Tribunal had jurisdiction to determine that subsection 6.5 was contrary to the Charter; and (3) whether the Tribunal member correctly decided that subsection 6.5(5) was contrary to Charter, section 7.

*Held*, the application should be allowed.

(1) Subsection 6.5(5) precludes an order for the disclosure of subsection 6.5(1) reports. Subsection 6.5(4) deals with the liability of a physician arising out of a report and precludes any liability. Subsection 6.5(5) deals with the compellability and use of evidence and not with liability. It is not confined to "legal, disciplinary or other proceedings . . . against a physi-

*caux — La question ne vise pas les droits garantis par l'art. 7 — En général, le genre de liberté et de sécurité de la personne garanties par l'art. 7 sont celles qui sont touchées par le régime judiciaire — Étant donné que le refus de communiquer des renseignements médicaux ne constitue pas un déni de justice naturelle, il n'y a pas eu déni de justice fondamentale — Le conseiller était autorisé à réviser la décision par laquelle le ministre avait suspendu la licence, et non à déterminer si la décision de demander d'autres renseignements était raisonnable — Subsidièrement, il existe des motifs raisonnables d'exiger les renseignements.*

Il s'agissait d'une demande d'ordonnance de prohibition et de *certiorari* visant à faire annuler une ordonnance par laquelle le membre du Tribunal de l'aviation civile (le conseiller) enjoignait au ministre des Transports de fournir tout rapport médical établi à l'égard de Peter Gill en vertu du paragraphe 6.5(1) de la *Loi sur l'aéronautique*. Le paragraphe 6.5(1) oblige le médecin à faire part de l'état du pilote au conseiller médical si cet état est susceptible de constituer un risque pour la sécurité aérienne. Le paragraphe 6.5(5) prévoit que les renseignements ainsi fournis sont protégés et ne peuvent être utilisés «dans des procédures judiciaires, disciplinaires ou autres», et que nul n'est tenu de les communiquer ou de témoigner à leur sujet. Le paragraphe 7.1(3) prévoit la révision de la décision de suspendre ou d'annuler un document d'aviation canadien prise par le ministre.

Gill était titulaire d'une licence privée de pilote. Il a subi un examen médical en vue du renouvellement de son certificat de validation de licence (le CVL). Le médecin a fait savoir que Gill avait peut-être des problèmes psychiatriques. Le ministère des Transports a demandé à Gill de remettre un historique psychiatrique complet et une évaluation de son état de santé existant, ce que celui-ci a refusé de faire. Le ministre a avisé Gill que son CVL était suspendu parce qu'il n'avait pas fourni les renseignements. Avant de réviser la décision, le conseiller a ordonné la communication de tous les rapports médicaux que le Ministère avait en sa possession. À l'audition, il a conclu que le privilège conféré par le paragraphe 6.5(5) s'applique uniquement aux procédures qui pourraient être engagées contre le médecin visé par le paragraphe 6.5(4). Subsidièrement, il a conclu que l'article 7 de la Charte conférerait le droit constitutionnel général à la communication entière et complète.

Il s'agissait de trancher les questions suivantes: (1) Le paragraphe 6.5(5) empêchait-il le Tribunal de l'aviation civile d'exiger la production des rapports visés par le paragraphe 6.5(1)? (2) Le Tribunal avait-il compétence pour décider que l'article 6.5 allait à l'encontre de la Charte? (3) Le conseiller a-t-il eu raison de décider que le paragraphe 6.5(5) allait à l'encontre de l'article 7 de la Charte?

*Jugement*: la demande devrait être accueillie.

(1) Le paragraphe 6.5(5) empêche la délivrance d'une ordonnance de communication des rapports visés par le paragraphe 6.5(1). Le paragraphe 6.5(4) porte sur la responsabilité du médecin qui rédige le rapport et exonère celui-ci de toute responsabilité. Le paragraphe 6.5(5) porte sur la contraignabilité et sur l'utilisation de la preuve et non sur la responsabilité.

cian or optometrist” but applies to “any legal, disciplinary or other proceedings”. Had Parliament intended to confine the application of subsection 6.5(5) to the proceedings in subsection 6.5(4), it could have done so. Instead, reference to “any legal, disciplinary or other proceedings” in subsection 6.5(5) indicates that a subsection 6.5(1) report cannot be “used” in any such proceeding nor can its disclosure be compelled.

(2) It was within the Tribunal member’s jurisdiction to make an initial decision as to any Charter issue properly before him. Recent Supreme Court of Canada decisions have confirmed that where an administrative tribunal has an express authority to interpret and apply statutes, or where it has been expressly authorized to determine questions of law, it may apply the Charter to determine the validity of laws it is applying. It has also been held that such power may be implied. The *Aeronautics Act* is silent as to whether tribunal members or the Civil Aviation Tribunal itself can determine questions of law, but it does give important functions to the Tribunal, and requires it and its members to provide to the Minister and the holder of a licence a full opportunity, consistent with procedural fairness and natural justice, to present evidence and make representations in relation to the suspension, cancellation or refusal to renew under review. It should not be lightly concluded that a tribunal has no authority to decide questions of law and constitutionality: generally speaking, tribunals should endeavour to act consistently with the law and must form some view as to what the law is, including the meaning of the Charter which is, as part of the Constitution, “the supreme law of Canada”.

Tribunals should exercise restraint in dealing with Charter issues. Here, there was no counsel on one side and counsel for the Minister and the intervenor doctors had not been warned that the Charter issue was to be addressed. As no party had raised the section 7 issue and it did not constitute a fundamental jurisdictional issue which had to be decided before the Tribunal could proceed, the Tribunal should not have addressed it, or should have at least notified the parties and allowed time for preparation of argument.

(3) Charter, section 7 did not apply. Section 7 protects “life, liberty and security of the person”, none of which were at stake. The only issue was whether Gill was obliged to provide a further psychiatric assessment, which does not affect “life”. In general, the kinds of “liberty and security of the person” protected by section 7 are those affected by the judicial system. Even if the interest at stake were the loss of licence, thereby depriving Gill of the ability to work, this would be an economic loss which is not normally protected by the Charter. Nor was there a denial of “fundamental justice”. Applying the highest common law requirement, that of natural justice, the Minister’s refusal to disclose any other subsection 6.5(1) reports did not amount to a denial of natural justice. The Tribunal member saw this matter as a prosecution, based on the

Il n’est pas limité à une «procédure judiciaire, disciplinaire ou autre contre un médecin ou optométriste», mais s’applique aux «procédures judiciaires, disciplinaires ou autres». Si le législateur avait voulu limiter l’application du paragraphe 6.5(5) aux procédures visées par le paragraphe 6.5(4), il aurait pu le faire. Cependant, l’expression «procédures judiciaires, disciplinaires ou autres», au paragraphe 6.5(5), montre que le rapport visé par le paragraphe 6.5(1) ne peut pas être «utilisé» dans pareille procédure et que sa communication ne peut pas être exigée.

(2) Le conseiller était compétent pour rendre une décision initiale au sujet d’une question liée à la Charte dont il était à bon droit saisi. Dans des décisions récentes, la Cour suprême du Canada a confirmé que le tribunal administratif qui est expressément autorisé à interpréter et appliquer les lois ou encore à trancher des questions de droit peut appliquer la Charte pour déterminer la validité des lois qu’il applique. Il a également été jugé qu’il peut s’agir d’un pouvoir implicite. La *Loi sur l’aéronautique* ne dit rien au sujet de la question de savoir si les conseillers ou le Tribunal de l’aviation civile lui-même peuvent trancher des questions de droit, mais elle confère des fonctions importantes au Tribunal et l’oblige, ainsi que ses membres, à donner au ministre et au titulaire de la licence toute possibilité de présenter des éléments de preuve et des observations sur la mesure attaquée, conformément aux principes de l’équité procédurale et de la justice naturelle. Il ne faudrait pas conclure à la légère qu’un tribunal administratif n’est pas autorisé à trancher des questions de droit et de constitutionnalité: généralement parlant, les tribunaux devraient tenter d’agir conformément à la loi et doivent se faire une opinion au sujet de ce qu’est la loi, et notamment du sens de la Charte qui est, en tant que partie intégrante de la constitution, «la loi suprême du Canada».

Les tribunaux devraient s’imposer des contraintes lorsqu’ils examinent des questions liées à la Charte. En l’espèce, une partie n’était pas représentée par un avocat, et les avocats du ministre et des médecins intervenants n’avaient pas été informés que la question liée à la Charte serait examinée. Étant donné qu’aucune partie n’avait invoqué l’article 7 et qu’il ne s’agissait pas d’une question fondamentale de compétence qui devait être tranchée pour que le Tribunal puisse procéder, ce dernier n’aurait pas dû examiner la question, ou du moins il aurait dû aviser les parties et leur donner le temps de préparer leur argumentation.

(3) L’article 7 de la Charte ne s’applique pas. L’article 7 garantit «le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne», qui n’est pas ici en jeu. Il s’agit uniquement de savoir si Gill était tenu de fournir une autre évaluation psychiatrique, ce qui n’a rien à voir avec «le droit à la vie». En général, le genre de «liberté» et de «sécurité de la personne» garanties par l’article 7 sont celles qui sont touchées par le régime judiciaire. Même si le droit en jeu est la perte de la licence, ce qui priverait Gill de la capacité de travailler, il s’agirait d’une perte financière d’un genre qui n’est pas normalement protégé par la Charte. Il n’y a pas eu non plus déni de «justice fondamentale». Si l’exigence la plus stricte de common law, soit celle concernant la justice naturelle, est appliquée, le refus du ministre de communiquer quelque autre rapport visé par la para-

assumption that the issue in the review was whether the Department had reasonable grounds to request the information from Gill in the first place. He misunderstood the review process authorized by subsection 7.1(3). That subsection only authorized him to review the Minister's decision to suspend the LVC for failure to provide medical reports. The only matters pertinent to such a review were: was a demand sent by the proper person to Gill; did Gill fail to provide the further information requested; and if so, was a decision taken by the proper person to suspend his LVC? The Tribunal member was not entitled to assess the reasonableness of the decision to request further information, bearing in mind also that there is a further right of appeal if the pilot provides the information and his licence is suspended on medical grounds under paragraph 7.1(1)(a). Alternatively, it was not necessary in the interests of fundamental justice that all subsection 6.5(1) reports be produced. There were reasonable grounds for the demand being made for more information. The Tribunal member should only have inquired whether the request was made in good faith.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.  
*Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2, s. 6.5 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1), 7.1 (as enacted *idem*), 37(4) (as enacted *idem*, s. 5).  
*Air Regulations*, C.R.C., c. 2, s. 406.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.  
*Civil Aviation Tribunal Rules*, SOR/86-594, s. 12.  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 22(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 91 CLLC 14,023; *Reference Re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123.

##### CONSIDERED:

- R. v. Schmiemann* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 282 (Prov. Ct.).

graphe 6.5(1) n'équivalait pas à un déni de justice naturelle. Le conseiller a considéré cette affaire comme une poursuite, en supposant que la révision visait à déterminer si le Ministère avait avant tout des motifs raisonnables de demander des renseignements à Gill. Il a mal compris la procédure de révision autorisée par le paragraphe 7.1(3). Cette disposition ne l'autorisait qu'à réviser la décision par laquelle le ministre avait suspendu le CVL par suite de l'omission de fournir les rapports médicaux. Les seules questions pertinentes à cet égard étaient celles de savoir si un avis avait été envoyé à Gill par la personne compétente, si Gill avait omis de fournir les renseignements additionnels demandés, et, dans l'affirmative si la personne compétente avait décidé de suspendre le CVL. Le conseiller n'avait pas le droit de déterminer si la décision de demander d'autres renseignements était raisonnable, compte tenu également du fait qu'il existe un autre droit d'appel si le pilote fournit les renseignements et que sa licence est suspendue pour des raisons de santé en vertu de l'alinéa 7.1(1)(a). Subsidiairement, la justice fondamentale n'exigeait pas que tous les rapports visés par le paragraphe 6.5(1) soient fournis. Il existait des motifs raisonnables de demander que d'autres renseignements soient fournis. Le conseiller aurait uniquement dû se demander si la demande avait été faite en toute bonne foi.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.  
*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. 52.  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).  
*Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), ch. A-2, art. 6.5 (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 33, art. 1), 7.1 (édicte, *idem*), 37(4) (édicte, *idem*, art. 5).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 22(1).  
*Règlement de l'Air*, C.R.C., ch. 2, art. 406.  
*Règles du Tribunal de l'aviation civile*, DORS/86-594, art. 12.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; (1991), 91 CLLC 14,023; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123.

##### DÉCISION EXAMINÉE:

- R. v. Schmiemann* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 282 (C. prov.).

## REFERRED TO:

*R. v. Bourget* (1987), 41 D.L.R. (4th) 756; 54 Sask. R. 178; 35 C.C.C. (3d) 371; 56 C.R. (3d) 97; 29 C.R.R. 25; 46 M.V.R. 246 (C.A.); *R. v. Bahinipaty* (1987), 56 Sask. R. 7 (C.A.); *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; *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; *Armada Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*, [1991] 3 F.C. 242; (1991), 83 D.L.R. (4th) 440; 14 Imm. L.R. (2d) 13; 127 N.R. 342 (C.A.); *Weyer v. Canada* (1988), 83 N.R. 272 (F.C.A.); *Re Bassett and Government of Canada et al.* (1987), 35 D.L.R. (4th) 537; 53 Sask. R. 81 (C.A.).

APPLICATION to quash an order of a member of the Civil Aviation Tribunal compelling the Minister of Transport to produce any medical reports made in respect of Peter Gill under *Aeronautics Act*, subsection 6.5(1). Application allowed.

## COUNSEL:

*Dogan D. Akman and Sanderson Graham* for applicants.

*Michael G. Weissenborn* for respondent Peter Gill.

*James H. Smellie* for respondent Civil Aviation Tribunal.

*William G. Scott* for intervenors Dr. C. Hale, Dr. T. M. Boylan, Dr. R. P. Knipping, Dr. J. W. Moore and Dr. F. W. (a.k.a. R. A.) Evans.

*Lila Stermer* for intervenor Canadian Air Line Pilots Association.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicants.

*Michael G. Weissenborn*, Etobicoke, Ontario for respondent Peter Gill.

*Osler Hoskin & Harcourt*, Ottawa, for respondent Civil Aviation Tribunal.

*McCarthy Tetrault*, Toronto, for intervenors Dr. C. Hale, Dr. T. M. Boylan, Dr. R. P. Knipping, Dr. J. W. Moore and Dr. F. W. (a.k.a. R. A.) Evans.

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. v. Bourget* (1987), 41 D.L.R. (4th) 756; 54 Sask. R. 178; 35 C.C.C. (3d) 371; 56 C.R. (3d) 97; 29 C.R.R. 25; 46 M.V.R. 246 (C.A.); *R. v. Bahinipaty* (1987), 56 Sask. R. 7 (C.A.); *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; *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; *Armada Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration)*, [1991] 3 C.F. 242; (1991), 83 D.L.R. (4th) 440; 14 Imm. L.R. (2d) 13; 127 N.R. 342 (C.A.); *Weyer c. Canada* (1988), 83 N.R. 272 (C.A.F.); *Re Bassett and Government of Canada et al.* (1987), 35 D.L.R. (4th) 537; 53 Sask. R. 81 (C.A.).

DEMANDE visant à faire annuler une ordonnance par laquelle un membre du Tribunal de l'aviation civile enjoignait au ministre des Transports de fournir tout rapport médical établi à l'égard de Peter Gill en vertu du paragraphe 6.5(1) de la *Loi sur l'aéronautique*. Demande accueillie.

## AVOCATS:

*Dogan D. Akman et Sanderson Graham* pour les requérants.

*Michael G. Weissenborn* pour Peter Gill, intimé.

*James H. Smellie* pour le Tribunal de l'aviation civile, intimé.

*William G. Scott* pour les docteurs C. Hale, T. M. Boylan, R. P. Knipping, J. W. Moore et F. W. (alias R. A.) Evans, intervenants.

*Lila Stermer* pour l'Association canadienne des pilotes de ligne, intervenante.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour les requérants.

*Michael G. Weissenborn*, Etobicoke, Ontario pour Peter Gill, intimé.

*Osler Hoskin & Harcourt*, Ottawa, pour le Tribunal de l'aviation civile, intimé.

*McCarthy Tetrault*, Toronto, pour les docteurs C. Hale, T. M. Boylan, R. P. Knipping, J. W. Moore et F. W. (alias R. A.) Evans, intervenants.

Gravenor Keenan, Montréal, for intervenor  
Canadian Air Line Pilots Association.

Gravenor Keenan, Montréal, pour l'Association  
canadienne des pilotes de ligne, intervenante.

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

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

STRAYER J.:

LE JUGE STRAYER:

### Relief Requested

The applicants seek orders of prohibition and *certiorari* to quash and preclude the enforcement of an order made by a member of the respondent Civil Aviation Tribunal (hereinafter referred to as the "Tribunal Member") on September 11, 1991 compelling the Minister of Transport to produce and disclose to the respondent Gill any medical reports made in respect of Gill under subsection 6.5(1) of the *Aeronautics Act*.<sup>1</sup> The grounds essentially are that the Tribunal member acted in excess of his jurisdiction, misinterpreted the law, based his decision in part on unnecessary considerations, and denied the applicants natural justice by failing to give notice of his intention to consider a constitutional issue, namely the possible application of 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]] to the case before him.

### b Redressement demandé

Les requérants demandent des ordonnances de prohibition et de *certiorari* en vue de faire annuler une ordonnance rendue par un membre du Tribunal de l'aviation civile (ci-après appelé «le conseiller») le 11 septembre 1991, laquelle enjoignait au ministre des Transports de fournir et de communiquer à M. Gill tout rapport médical le concernant, établi en vertu du paragraphe 6.5(1) de la *Loi sur l'aéronautique*<sup>1</sup>, et d'empêcher l'exécution de ladite ordonnance. Les motifs invoqués sont essentiellement que le conseiller a outrepassé sa compétence, a interprété la loi d'une manière erronée, a en partie fondé sa décision sur des considérations non pertinentes et a violé la justice naturelle en omettant de donner un avis de son intention d'examiner une question constitutionnelle, à savoir si 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]] s'appliquait à l'affaire dont il était saisi.

### Regulatory Framework

To understand the facts it is necessary to consider some salient legislation and delegated legislation.

### g Cadre réglementaire

Pour comprendre les faits, il faut tenir compte de certaines dispositions législatives et réglementaires pertinentes.

Among the *Air Regulations* [C.R.C., c. 2] adopted under the *Aeronautics Act* is the following:

Dans le *Règlement de l'Air* [C.R.C., ch. 2], qui a été pris en vertu de la *Loi sur l'aéronautique*, figure la disposition suivante:

406. A licence or permit issued or an endorsement thereon entered under this Part or a document validating any such licence or permit may contain such conditions as the Minister prescribes, and the conditions may be amended at any time by the Minister.

i 406. Une licence ou un permis délivré en vertu de la présente partie, une annotation faite sur cette licence ou ce permis aux termes de ladite partie ou un document qui valide ladite licence ou ledit permis, peut contenir toutes conditions édictées par le Ministre qui peut les modifier à tout moment.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. A-2 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1).

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. A-2 (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 33, art. 1).

It is not in dispute that among the conditions attached to pilots' licences, as prescribed by the Minister, are the following provisions in the *Personnel Licensing Handbook*:<sup>2</sup>

- 1.8.2 The Regional Medical Officer, or Chief, Clinical Assessment, may request that an applicant provide any additional medical information or reports in order to establish the applicant's medical fitness.
- 1.8.3 Provision of additional medical evidence when requested is a condition subject to which the medical validation is issued. Failure to comply with the request in 1.8.2 by the date specified shall be grounds for suspension of the Licence Validation Certificate. [Emphasis added.]

Section 6.5 of the *Aeronautics Act* provides as follows:

6.5 (1) Where a physician or an optometrist believes on reasonable grounds that a patient is a flight crew member, an air traffic controller or other holder of a Canadian aviation document that imposes standards of medical or optometric fitness, the physician or optometrist shall, if in his opinion the patient has a medical or optometric condition that is likely to constitute a hazard to aviation safety, inform a medical adviser designated by the Minister forthwith of that opinion and the reasons therefor.

(2) The holder of a Canadian aviation document that imposes standards of medical or optometric fitness shall, prior to any medical or optometric examination of his person by a physician or optometrist, advise the physician or optometrist that he is the holder of such a document.

(3) The Minister may make such use of any information provided pursuant to subsection (1) as the Minister considers necessary in the interests of aviation safety.

(4) No legal, disciplinary or other proceedings lie against a physician or optometrist for anything done by him in good faith in compliance with this section.

(5) Notwithstanding subsection (3), information provided pursuant to subsection (1) is privileged and no person shall be required to disclose it or give evidence relating to it in any legal, disciplinary or other proceedings and the information so provided shall not be used in any such proceedings.

(6) The holder of a Canadian aviation document that imposes standards of medical or optometric fitness shall be deemed, for the purposes of this section, to have consented to the giving of information to a medical adviser designated by the Minister under subsection (1) in the circumstances referred to in that subsection.

As will be seen, section 6.5 makes provision for mandatory reporting by doctors and optometrists, to the medical advisers of the Minister of Transport, of any medical or optometric condition detected in a

Il n'est pas contesté que les dispositions suivantes du *Manuel de licences du personnel*<sup>2</sup> font partie des conditions auxquelles sont assujetties les licences de pilotes, lesquelles sont édictées par le ministre:

- 1.8.2 L'Agent médical régional ou le Chef de l'Évaluation clinique peut demander au candidat de fournir des renseignements ou rapports médicaux additionnels afin d'établir l'aptitude physique du candidat.
- 1.8.3 La communication de renseignements additionnels, lorsqu'ils sont demandés, est une condition du maintien en état de validité de la validation médicale. Le refus de se soumettre à la demande en 1.8.2 avant la date spécifiée entraînera la suspension du certificat de validation de licence. (C'est moi qui souligne.)

L'article 6.5 de la *Loi sur l'aéronautique* prévoit ce qui suit:

6.5 (1) Le médecin ou optométriste qui a des motifs raisonnables de croire que son patient est titulaire d'un document d'aviation canadien assorti de normes médicales ou optométriques doit, s'il estime que l'état de l'intéressé est susceptible de constituer un risque pour la sécurité aérienne, faire part sans délai de son avis motivé au conseiller médical désigné par le ministre.

(2) Quiconque est titulaire d'un document d'aviation canadien visé au paragraphe (1) est tenu de dévoiler ce fait avant l'examen au médecin ou à l'optométriste.

(3) Le ministre peut faire de ces renseignements l'usage qu'il estime nécessaire à la sécurité aérienne.

(4) Il ne peut être intenté de procédure judiciaire, disciplinaire ou autre contre un médecin ou optométriste pour l'acte accompli de bonne foi en application du présent article.

(5) Par dérogation au paragraphe (3), les renseignements sont protégés et ne peuvent être utilisés dans des procédures judiciaires, disciplinaires ou autres. Nul n'est tenu de les y communiquer ou de témoigner à leur sujet.

(6) Quiconque est titulaire d'un document d'aviation canadien visé au paragraphe (1) est présumé avoir consenti à la communication au conseiller médical désigné par le ministre des renseignements portant sur son état dans les circonstances qui y sont mentionnées.

Comme nous le verrons, l'article 6.5 prévoit que les médecins et optométristes sont tenus de signaler aux conseillers médicaux du ministre des Transports tout problème médical ou optométrique constaté chez un

<sup>2</sup> 2nd ed., April, 1990, vol. 3.

<sup>2</sup> 2<sup>e</sup> éd., avril 1990, vol. 3.



patient who is, *inter alia*, the holder of a pilot's licence, where such condition is likely to constitute a hazard to aviation safety. The remainder of the section deals with the use which may be made of that information. The undisputed evidence before the Tribunal was that this section is not applied in respect of medical information provided to the Department of Transport by a doctor designated as a civil aviation medical examiner, following the medical examination of a pilot where such examination is required under the *Aeronautics Act* to enable the pilot to obtain or maintain a Licence Validation Certificate ("LVC") which he must have to keep his pilot's licence in force. This interpretation as applied by the Department of Transport appears to be fully consistent with the Act and the Regulations. The evidence before the Tribunal also indicated that reports made under section 6.5 are not kept in the pilot's file but are kept in a separate and secure area and are not used directly in making a medical assessment of a pilot in any determination as to the suspension or refusal of an LVC.

Section 7.1 [as enacted *idem*] provides procedures for the Minister of Transport to suspend or cancel, *inter alia*, an LVC and for the review of such decisions by the Tribunal. It provides in part as follows:

7.1 (1) Where the Minister decides

(b) to suspend or cancel a Canadian aviation document on the grounds that . . . the holder . . . ceases . . . to meet or comply with the conditions subject to which the document was issued,

the Minister shall by personal service or by registered mail sent to the holder or to the owner or operator of the aircraft, airport or facility, as the case may be, at his latest known address notify the holder, owner or operator of his decision.

(2) A notice under subsection (1) shall be in such form as the Governor in Council may by regulation prescribe and shall, in addition to any other information that may be so prescribed,

(a) indicate, as the case requires,

(ii) . . . the conditions subject to which the document was issued that the Minister believes are no longer being met or complied with; and

(b) state the date, being thirty days after the notice is served or sent, on or before which and the address at which a request for a review of the decision of the Minister is to be

patient qui est, entre autres, titulaire d'une licence de pilote, lorsque l'état de l'intéressé est susceptible de constituer un risque pour la sécurité aérienne. Le reste de la disposition porte sur l'utilisation qui peut être faite de ces renseignements. La preuve incontestée présentée au Tribunal était que cette disposition ne s'applique pas aux renseignements médicaux fournis au ministère des Transports par un médecin désigné à titre d'examineur médical de l'aviation civile à la suite de l'examen médical qui doit être fait en vertu de la *Loi sur l'aéronautique* pour permettre au pilote d'obtenir ou de conserver le certificat de validation de licence (le «CVL») requis pour que sa licence de pilote demeure valide. Cette interprétation, appliquée par le ministère des Transports, semble être tout à fait compatible avec la Loi et le Règlement. La preuve présentée au Tribunal montrait également que les rapports établis en vertu de l'article 6.5 ne sont pas versés au dossier du pilote, mais qu'ils sont conservés séparément et en sûreté et ne sont pas directement utilisés lorsqu'on fait une évaluation médicale afin de déterminer si le CVL du pilote doit être suspendu ou refusé.

L'article 7.1 prévoit la procédure à suivre en vue de la suspension ou de l'annulation, entre autres, d'un CVL par le ministre des Transports et en vue de la révision de la décision y afférente par le Tribunal. Cette disposition est en partie ainsi libellée:

7.1 (1) Lorsque le ministre décide . . . de suspendre ou d'annuler un document parce que le titulaire . . . ne répond plus aux conditions de délivrance ou de maintien en état de validité du document, il expédie avis de la mesure par signification à personne ou par courrier recommandé à la dernière adresse connue du titulaire ou du propriétaire, exploitant ou utilisateur en cause.

(2) L'avis est établi en la forme que peut fixer le gouverneur en conseil par règlement. Y sont en outre indiqués:

a) . . . les conditions—de délivrance ou maintien en état de validité—auxquelles, selon le ministre, le titulaire ou l'aéronéf, l'aéroport ou autre installation ne répond plus;

b) le lieu et la date limite, à savoir trente jours après l'expédition ou la signification de l'avis, du dépôt d'une éventuelle requête en révision.

filed in the event the holder of the document or the owner or operator concerned wishes to have the decision reviewed.

(3) Where the holder of a Canadian aviation document or the owner or operator of any aircraft, airport or other facility in respect of which a Canadian aviation document is issued who is affected by a decision of the Minister referred to in subsection (1) wishes to have the decision reviewed, he shall, on or before the date that is thirty days after the notice is served on or sent to him under that subsection or within such further time as the Tribunal, on application by the holder, owner or operator, may allow, in writing file with the Tribunal at the address set out in the notice a request for a review of the decision.

(6) At the time and place appointed under subsection (5) for the review of the decision, the member of the Tribunal assigned to conduct the review shall provide the Minister and the holder of the Canadian aviation document or the owner or operator affected by the decision, as the case may be, with a full opportunity consistent with procedural fairness and natural justice to present evidence and make representations in relation to the suspension, cancellation or refusal to renew under review.

(8) On a review under this section of a decision of the Minister to suspend, cancel or refuse to renew a Canadian aviation document, the member of the Tribunal conducting the review may determine the matter by confirming the suspension, cancellation or refusal to renew or by referring the matter back to the Minister for reconsideration.

### Facts

While the decision of the Tribunal member in question here was made on September 11, 1991 it is necessary to look briefly at a series of events beginning in early 1990.

At that time the respondent Gill was the holder of a pilot's private licence. His LVC was to expire on about March 18, 1990 and in order to obtain a renewal he underwent a medical examination by Dr. J. W. Moore of Mississauga, an authorized Civil Aviation Medical Examiner. Dr. Moore signed a medical examination report which had the effect of extending Mr. Gill's LVC for a further 180 days, but on June 5, 1990 he wrote a letter to Dr. F. W. Evans, Aviation Medical Officer for the Ontario region of the federal Department of Health and Welfare which provides medical evaluation services to the Department of Transport. In that letter he discussed his examination of Mr. Gill on March 12, 1990 and, giving reasons, expressed his concern that Mr. Gill might have psychiatric problems. He also mentioned that Mr. Gill

(3) L'intéressé qui désire faire réviser la décision du ministre dépose une requête à cet effet auprès du Tribunal à l'adresse et pour la date limite indiquées dans l'avis, ou dans le délai supérieur éventuellement accordé à sa demande par le Tribunal.

(6) À l'audition, le conseiller commis à l'affaire donne au ministre et à l'intéressé toute possibilité de lui présenter leurs éléments de preuve et leurs observations sur la mesure attaquée, conformément aux principes de l'équité procédurale et de la justice naturelle.

(8) Le conseiller peut confirmer la mesure ou renvoyer le dossier au ministre pour réexamen.

### Les faits

La décision du conseiller dont il est ici question a été rendue le 11 septembre 1991, mais il faut examiner brièvement la suite des événements qui se sont produits depuis le début de 1990.

À ce moment-là, M. Gill était titulaire d'une licence privée de pilote. Son CVL devait expirer vers le 18 mars 1990 et en vue du renouvellement, le docteur J. W. Moore, de Mississauga, un examinateur médical de l'aviation civile autorisé, lui a fait subir un examen médical. Le docteur Moore a signé un rapport d'examen médical qui avait pour effet de prolonger de 180 jours le CVL de M. Gill, mais le 5 juin 1990, il a envoyé une lettre au docteur F. W. Evans, agent médical de la région de l'Ontario du ministère fédéral de la Santé et du Bien-être social, qui effectue des évaluations médicales pour le ministère des Transports. Dans cette lettre, il parlait de l'examen qu'il avait fait subir à M. Gill le 12 mars 1990, et, avec motifs à l'appui, il a déclaré s'inquiéter de ce que M. Gill avait peut-être des problèmes psychia-

had told him that he had undergone psychiatric assessment in the past. Dr. Moore reported that he had referred Mr. Gill to a psychiatrist, Dr. T. M. Boylan, who had seen him on April 30 and who had reported back to Dr. Moore. (While Dr. Moore apparently did not provide Mr. Gill with a copy of this letter at the time, it is clear that Mr. Gill had a copy of it by the time of a hearing of the Tribunal on February 13, 1991. A further copy was provided to Mr. Gill prior to the hearing in question in these proceedings, held September 11, 1991.) On August 21, 1990 Dr. Evans wrote to Mr. Gill saying that:

We understand that you have had some past emotional problems requiring psychiatric assessment. We also understand that you were recently seen by Dr. T.M. Boylan and we request that you have Dr. Boylan submit to us a complete history concerning your previous problems and present psychological state.

It appears that this letter was received by Mr. Gill because he does not dispute that on August 24, 1990 he discussed the subject of that letter with Dr. Evans by telephone. Dr. Evans that day sent to him a letter referring to that telephone conversation. In it he confirmed that the Department needed the report from Dr. Boylan and would like to have information from the psychiatrist whom Gill had seen some years before. That letter also indicates that Mr. Gill had so far refused to provide such information.

In the meantime on April 30, 1990 Dr. Boylan, the psychiatrist, had seen Mr. Gill and had written a letter to the referring doctor, Dr. J. W. Moore, reporting that "the general tenor of his thought content was paranoid". (It is not clear when or how this letter reached either the Department or Mr. Gill, but it was produced by Mr. Gill as an exhibit during the Tribunal hearing of February 13, 1991 and the Department produced it to Mr. Gill prior to the hearing in question here of September 11, 1991.)

After the communications between Dr. Evans and Mr. Gill in August, 1990, several efforts were made by the Department of Transport to obtain from Mr.

triques. Il a également mentionné que M. Gill lui avait dit qu'il avait été assujéti à une évaluation psychiatrique par le passé. Le docteur Moore a fait savoir qu'il avait renvoyé M. Gill à un psychiatre, le docteur T. M. Boylan, qui avait vu celui-ci le 30 avril et qui lui avait rendu compte de l'évaluation. (Le docteur Moore n'a apparemment pas remis une copie de cette lettre à M. Gill à ce moment-là, mais il est clair que ce dernier en avait obtenu une copie au moment où le Tribunal a tenu l'audience, le 13 février 1991. Une autre copie a été remise à M. Gill avant l'audition de la présente affaire, qui a eu lieu le 11 septembre 1991.) Le 21 août 1990, le docteur Evans a envoyé à M. Gill une lettre qui dit ceci:

[TRADUCTION] Nous croyons comprendre que par le passé vous avez eu certains problèmes émotionnels qui ont nécessité une évaluation psychiatrique. Nous croyons également comprendre que le docteur T.M. Boylan vous a vu récemment et nous vous demandons de faire en sorte que celui-ci nous remette un historique complet de vos problèmes passés et de votre état de santé actuel.

Il semble que cette lettre a été reçue par M. Gill; en effet, celui-ci ne conteste pas que le 24 août 1990, il a discuté par téléphone de l'objet de cette lettre avec le docteur Evans. Ce jour-là, ce dernier lui a envoyé une lettre au sujet de cette conversation téléphonique. Dans la lettre, il confirmait que le Ministère avait besoin du rapport du docteur Boylan et voulait obtenir des renseignements du psychiatre que M. Gill avait consulté plusieurs années auparavant. Cette lettre fait également savoir que M. Gill avait jusque-là refusé de fournir ces renseignements.

Dans l'intervalle, le 30 avril 1990, le psychiatre, le docteur Boylan, avait vu M. Gill et avait envoyé au médecin traitant, le docteur J. W. Moore, une lettre dans laquelle il faisait savoir que [TRADUCTION] «la teneur générale du contenu de ses pensées était de nature paranoïde». (On ne sait pas exactement quand et comment cette lettre est parvenue au Ministère ou à M. Gill, mais ce dernier l'a produite en preuve à l'audience tenue par le Tribunal le 13 février 1991 et le Ministère l'a remise à M. Gill avant l'audience de la présente affaire, le 11 septembre 1991.)

Après les communications entre le docteur Evans et M. Gill en août 1990, le ministère de Transports a tenté à plusieurs reprises d'obtenir de M. Gill

Gill further medical information concerning past psychiatric assessments. A notice was finally delivered to him successfully in November, 1990 requiring the production of the requested information by December 28, 1990. As the information was not provided, a notice was sent to Gill on January 24, 1991 advising him that, pursuant to paragraph 1.8.3 of the *Personnel Licensing Handbook*, as he had failed to provide the information requested he was in breach of a condition upon which medical validation is issued and his LVC was therefore suspended, apparently pursuant to paragraph 7.1(1)(b) of the *Aeronautics Act, supra*. Gill thereupon requested a review of that decision pursuant to subsection 7.1(3) and such a review took place before a Tribunal member. After a hearing held on February 13, 1991 the Tribunal member in effect set aside the suspension by referring the matter back to the Minister for reconsideration pursuant to subsection 7.1(8). The reason given for this was that the notice sent from the Department of Health and Welfare requiring further medical information was not sent by the right official. The effect of referring the matter back to the Minister was that the suspension terminated and Gill was given a temporary LVC due to expire on April 1, 1991.

Because of the impending expiration of his temporary LVC, Gill visited two aviation medical examiners: Dr. C. Hale on March 18, 1991, and Dr. R. P. Knipping on March 19, 1991. Dr. Hale recommended that his renewal be deferred. Dr. Hale's medical examination report was accompanied by a letter discussing Mr. Gill's conduct in reaction to Dr. Hale's refusal to recommend renewal. Dr. Knipping who saw him on March 19 recommended a renewal. Both reports as filed indicate that in response to the question on the form as to whether Gill had "psychiatric/neurological problems" he had responded "No". Subsequently, after Gill's LVC had expired, he saw a Dr. Jovey on April 18, 1991 who recommended that his LVC be renewed. On May 27, 1991 Dr. J. M. Wallace, Acting Regional Aviation Medical Officer for Civil Aviation Medicine, Ontario Region, wrote to Gill referring to Dr. Jovey's report and stating that:

d'autres renseignements médicaux au sujet des évaluations psychiatriques passées. On a finalement réussi à l'aviser, en novembre 1990, qu'il devait fournir les renseignements demandés au plus tard le 28 décembre 1990. Les renseignements n'ayant pas été fournis, on lui a envoyé un avis le 24 janvier 1991 pour l'informer que puisqu'il avait omis de fournir les renseignements demandés conformément au paragraphe 1.8.3 du *Manuel de licences du personnel*, il avait violé une condition de la validation médicale et que son CVL était donc suspendu, apparemment conformément à l'alinéa 7.1(1)(b) de la *Loi sur l'aéronautique*, précitée. M. Gill a alors demandé la révision de cette décision en vertu du paragraphe 7.1(3); la révision a été effectuée par un conseiller. Après l'audience, qui a été tenue le 13 février 1991, le conseiller a de fait annulé la suspension en renvoyant l'affaire au ministre pour un réexamen conformément au paragraphe 7.1(8). Le motif invoqué à cet égard était que l'avis envoyé par le ministère de la Santé et du Bien-être social, selon lequel d'autres renseignements médicaux étaient exigés, n'avait pas été envoyé par le fonctionnaire compétent. Le renvoi de l'affaire au ministre a eu pour effet de mettre fin à la suspension; M. Gill a donc obtenu un CVL temporaire qui devait expirer le 1<sup>er</sup> avril 1991.

À cause de l'expiration imminente du CVL temporaire, M. Gill a consulté deux examinateurs médicaux de l'aviation, soit le docteur C. Hale le 18 mars 1991 et le docteur R. P. Knipping le 19 mars 1991. Le docteur Hale a recommandé de reporter le renouvellement. Au rapport d'examen médical du docteur Hale était jointe une lettre dans laquelle il était question de la façon dont M. Gill avait réagi au refus du docteur Hale de recommander le renouvellement. Le docteur Knipping, qui l'a vu le 19 mars, a recommandé le renouvellement. Les deux rapports déposés montrent qu'en réponse à la question de savoir si M. Gill avait [TRADUCTION] «des problèmes psychiatriques ou neurologiques», figurant sur le formulaire, celui-ci avait répondu [TRADUCTION] «Non». Par la suite, après l'expiration du CVL, M. Gill a vu, le 18 avril 1991, un certain docteur Jovey qui a recommandé le renouvellement du CVL. Le 27 mai 1991, le docteur J. M. Wallace, agent médical régional intérimaire, Médecine aéronautique civile, région de l'Ontario, a écrit à M. Gill au sujet du rapport du docteur Jovey et a déclaré ceci:

Before your assessment can be completed, we will require the report of a full psychiatric assessment.

He went on to say that no LVC would be reissued unless such information was provided by June 30, 1991. According to his evidence at the later hearing on September 11, 1991, Dr. Wallace came to this conclusion after a review of Gill's entire medical file at the Civil Aviation Medical Division. On cross-examination he affirmed that the only information he had was contained in the files to which Gill has had access,<sup>3</sup> which would include the medical reports I referred to above. As Gill did not provide the information as requested by Dr. Wallace, a notice was sent to him on July 10, 1991 by Richard Schobesberger, Acting Regional Director, Aviation Licensing, Ontario Region, for the Minister of Transport. This notice advised Mr. Gill that pursuant to paragraph 1.8.3 of the *Personnel Licensing Handbook*, and paragraph 7.1(1)(b) of the *Aeronautics Act*, his LVC was being suspended effective July 10, 1991 due to his failure to provide the requested medical information.

Gill then requested a review of this decision pursuant to subsection 7.1(3) of the *Aeronautics Act*. The Tribunal member assigned to this review held a hearing by conference call on August 1, 1991 to deal with an application by Gill for an order directing disclosure of information by the Department prior to the review hearing. The Tribunal member ordered the Department of Transport to provide the applicant with the following material at least fourteen clear days before the date of the hearing:

1. The name and address of all witnesses to be called at the Reviewing Hearing including persons who will be called as "expert".

2. A summary of the evidence to be given by each witness in sufficient detail that the Applicant has the opportunity to prepare a complete and full defence.

3. Copies of all Medical reports in the possession of Transport or their medical advisors.

[TRADUCTION] Avant que votre évaluation puisse être complétée, nous avons besoin du rapport complet d'évaluation psychiatrique.

Il a ajouté qu'aucun CVL ne serait renouvelé à moins que ces renseignements ne soient fournis au plus tard le 30 juin 1991. Selon la déposition qu'il a faite à l'audience postérieure du 11 septembre 1991, le docteur Wallace a tiré cette conclusion après avoir examiné tout le dossier médical de M. Gill se trouvant à la Division médicale aéronautique civile. Pendant le contre-interrogatoire, il a affirmé que les seuls renseignements dont il disposait se trouvaient dans les dossiers auxquels M. Gill a eu accès<sup>3</sup>, ce qui inclurait les rapports médicaux dont j'ai ci-dessus fait mention. Étant donné que M. Gill n'a pas fourni les renseignements demandés par le docteur Wallace, un avis lui a été envoyé le 10 juillet 1991 par Richard Schobesberger, directeur régional intérimaire, Licences d'aviation, région de l'Ontario, pour le ministère des Transports. Cet avis visait à informer M. Gill que conformément au paragraphe 1.8.3 du *Manuel de licences du personnel* et à l'alinéa 7.1(1)(b) de la *Loi sur l'aéronautique*, le CVL était suspendu à compter du 10 juillet 1991, par suite de son omission de fournir les renseignements médicaux demandés.

M. Gill a ensuite demandé la révision de cette décision conformément au paragraphe 7.1(3) de la *Loi sur l'aéronautique*. Le conseiller chargé de la révision a tenu une audience par conférence téléphonique le 1<sup>er</sup> août 1991 pour traiter la demande que M. Gill avait présentée en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant au Ministère de communiquer les renseignements avant l'audience. Le conseiller a ordonné au ministère des Transports de fournir au requérant les renseignements suivants au moins quatorze jours francs avant la date de l'audience:

[TRADUCTION] 1. Le nom et l'adresse de tous les témoins qui doivent être cités à l'audience, y compris des personnes qui seront citées à titre d'«experts».

2. Un résumé de la preuve que doit fournir chaque témoin avec suffisamment de détails pour que le requérant ait la possibilité de préparer une défense complète et entière.

3. Des copies de tous les rapports médicaux en la possession de Transports Canada ou de ses conseillers médicaux.

<sup>3</sup> Applicants' record, at pp. 243-244.

<sup>3</sup> Dossier des requérants, aux p. 243 et 244.

He based this order on section 12 of the Tribunal Rules [*Civil Aviation Tribunal Rules*, SOR/86-594] and the following statement:

In any event Section 7 of the Charter gives the Tribunal broad power to promote the administration of Justice by ordering disclosure and discovery of materials and objects.

He went on to cite two 1987 decisions of the Saskatchewan Court of Appeal, both involving prosecutions for offences.<sup>4</sup> Pursuant to this order the Department of Transport produced the names and addresses of five potential witnesses, three of whom it intended to call and two of whom it might call. An outline was given of the evidence all five would provide. Among the medical reports provided were the reports of Drs. Boylan, Moore, Hale, Knipping and Jovey all referred to above. (The three witnesses whom the Department said it would call were in fact called as witnesses at the hearing on September 11, namely Drs. Wallace and Haskell and Mr. Schobesberger.)

During the hearing on September 11 Mr. Gill insisted that all reports provided to the Department under subsection 6.5(1) should have been disclosed by the Department pursuant to the Tribunal member's order of August 1 to provide "copies of all medical reports in the possession of Transport". It is not at all clear from reviewing the evidence that there were in fact any such reports which were not produced. Certainly Dr. Wallace made it clear that his decision to demand a "full psychiatric assessment" as set out in his letter of May 27, 1991 to Gill was made purely on the basis of the material made available to Gill. Nevertheless the Minister's representative took the position that the Department could not be obliged to disclose any reports provided under subsection 6.5(1) and the issue was joined in relation to that position. Gill insisted he should have such reports and the Tribunal member agreed. In his subsequent written reasons he stated the following:

Il a fondé cette ordonnance sur l'article 12 des Règles du Tribunal [*Règles du Tribunal de l'aviation civile*, DORS/86-594] et sur la déclaration suivante:

[TRADUCTION] Quoi qu'il en soit, l'article 7 de la Charte confère au Tribunal le pouvoir général de promouvoir l'administration de la justice en ordonnant la production de documents et d'objets.

Il a ensuite cité deux décisions que la Cour d'appel de la Saskatchewan avait rendues en 1987 dans des poursuites engagées à la suite de la perpétration d'infractions<sup>4</sup>. Conformément à cette ordonnance, le ministère des Transports a produit les noms et adresses de cinq témoins possibles, dont trois témoins qu'il avait l'intention de citer et deux qu'il citerait peut-être. Un résumé de la preuve que chacun d'eux fournirait a été donné. Les rapports des docteurs Boylan, Moore, Hale, Knipping et Jovey, dont il a ci-dessus été fait mention, ont notamment été fournis. (Les trois témoins que le Ministère devait citer, soit les docteurs Wallace et Haskell, et M. Schobesberger, ont de fait été cités à titre de témoins à l'audience du 11 septembre.)

À l'audience du 11 septembre, M. Gill a affirmé avec insistance que tous les rapports fournis au Ministère en vertu du paragraphe 6.5(1) auraient dû être communiqués par celui-ci conformément à l'ordonnance rendue par le conseiller le 1<sup>er</sup> août, selon laquelle [TRADUCTION] «des copies de tous les rapports médicaux en la possession de Transports Canada» devaient être fournies. L'examen de la preuve ne montre pas clairement qu'en fait, certains rapports n'ont pas été produits. De toute évidence, le docteur Wallace a clairement fait savoir que sa décision d'exiger un [TRADUCTION] «rapport complet d'évaluation psychiatrique» comme il en est fait mention dans la lettre envoyée le 27 mai 1991 à M. Gill était uniquement fondée sur la documentation mise à la disposition de M. Gill. Néanmoins, le représentant du ministre a soutenu que le Ministère ne pouvait pas être contraint à communiquer un rapport fourni en vertu du paragraphe 6.5(1) et que la contestation était liée sur ce point. M. Gill a affirmé avec insistance qu'il devrait obtenir ces rapports et le conseiller a souscrit à son avis. Dans des motifs écrits qu'il a par la suite prononcés, le conseiller a déclaré ceci:

<sup>4</sup> *R. v. Bourget* (1987), 41 D.L.R. (4th) 756 (Sask. C.A.); *R. v. Bahinipaty* (1987), 56 Sask. R. 7 (C.A.).

<sup>4</sup> *R. v. Bourget* (1987), 41 D.L.R. (4th) 756 (C.A. Sask.); *R. v. Bahinipaty* (1987), 56 Sask. R. 7 (C.A.).

As a result of the evidence it was apparent that the Applicant had not been provided with medical information given to Transport under the provisions of Section 6.5 of the *Aeronautics Act*.

The question is whether the privilege afforded under section 6.5(5) is all encompassing, or whether it is restricted to legal, disciplinary or other proceedings taken against a physician or optometrist as a result of disclosing information relating to a pilot. If section 6.5 of the *Aeronautics Act* had not been passed, a physician or optometrist could be summonsed in a civil or criminal proceeding and the information would not be subject to privilege under common law.

Section 6.5 makes it mandatory for a physician or surgeon or optometrist to disclose information to Transport which they would not otherwise have to disclose except under subpoena. I conclude, therefore, that the privilege afforded by section 6.5(5) applies only to those proceedings which might be instituted against a physician or optometrist concerned under section 6.5(4) and that the privilege is restrictive rather than all encompassing.

If I am wrong in this respect, I am of the view that section 7 of the Charter provides a general constitutional right to full and complete disclosure, unless there exists a cogent reason for not doing so and that Transport must make available to document holders medical information provided to them under section 6.5 of the *Aeronautics Act*.

I am of the view that for a document holder to be afforded his right to procedural fairness and natural justice openness and disclosure rather than suppression must be the rule.

At the request of the Minister's representative he adjourned the hearing on September 11 to allow the Minister to seek a review of his decision with respect to the need to disclose all reports made under subsection 6.5(1). The Attorney General and the Minister of Transport seek that review in the present proceedings.

#### Issues

The essential issues are:

(1) Does subsection 6.5(5) of the *Aeronautics Act* prevent, or purport to prevent, the respondent Civil Aviation Tribunal from requiring the production of reports made pursuant to subsection 6.5(1)?

(2) If so, does the Tribunal, or a member thereof, have the jurisdiction to determine that subsection 6.5(5) is contrary to the Charter?

[TRANSDUCTION] Il ressort de la preuve que le requérant n'avait pas obtenu les renseignements médicaux fournis à Transports Canada en vertu des dispositions de l'article 6.5 de la *Loi sur l'aéronautique*.

Il s'agit de savoir si le privilège conféré par le paragraphe 6.5(5) a une portée générale, ou s'il s'applique uniquement aux procédures judiciaires, disciplinaires ou autres engagées contre le médecin ou l'optométriste qui a communiqué des renseignements au sujet du pilote. Si l'article 6.5 de la *Loi sur l'aéronautique* n'avait pas été adopté, le médecin ou l'optométriste pourrait être cité au civil ou au criminel et le renseignement ne serait pas privilégié en vertu de la common law.

L'article 6.5 oblige le médecin, le chirurgien ou l'optométriste à communiquer à Transports Canada des renseignements qu'il ne serait normalement pas tenu de communiquer sauf en vertu d'un subpoena. Je conclus donc que le privilège conféré par le paragraphe 6.5(5) s'applique uniquement aux procédures qui pourraient être engagées contre le médecin ou l'optométriste visé par le paragraphe 6.5(4) et que le privilège a une portée restreinte plutôt que générale.

Si je me trompe à cet égard, je suis d'avis que l'article 7 de la Charte confère un droit constitutionnel général à la communication entière et complète, à moins qu'il n'existe une raison valable de ne pas le faire, et que Transports Canada doit mettre à la disposition des détenteurs de documents les renseignements médicaux qui lui ont été fournis en vertu de l'article 6.5 de la *Loi sur l'aéronautique*.

J'estime que pour qu'un titulaire de document ait droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle, la communication plutôt que la suppression doit être la règle.

À la demande du représentant du ministre, le conseiller a ajourné l'audience du 11 septembre afin de permettre au ministre de demander la révision de la décision qu'il avait rendue relativement à la nécessité de communiquer tous les rapports rédigés en vertu du paragraphe 6.5(1). Le procureur général et le ministre des Transports demandent ici cette révision.

#### Les questions litigieuses

Les questions essentielles sont les suivantes:

(1) Le paragraphe 6.5(5) de la *Loi sur l'aéronautique* empêche-t-il, ou est-il réputé empêcher, le Tribunal de l'aviation civile intimé d'exiger la production des rapports visés par le paragraphe 6.5(1)?

(2) Dans l'affirmative, le Tribunal, ou un membre du Tribunal, a-t-il compétence pour décider que le paragraphe 6.5(5) va à l'encontre de la Charte?

(3) If so, did the Tribunal member correctly decide that subsection 6.5(5) would be contrary to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* if it were given such an effect?

### Conclusions

At the outset I should observe that the learned Tribunal member did not have the benefit, which I have had, of being able to peruse the entire transcript of the evidence heard by him and of considering extensive argument by counsel including a plethora of jurisprudence. In fact Gill was not represented by counsel in the hearing on September 11 and the Tribunal member was no doubt properly concerned that any legal issue which might be raised in Gill's favour should be considered. The legal issues are also novel in respect to section 6.5 and the powers of the Tribunal, the relevant statutory provisions having come into force only in 1985. For this reason I will deal with the issues at some length.

### Meaning of Section 6.5

I am satisfied that subsection 6.5(5) precludes the Civil Aviation Tribunal from ordering the disclosure of reports made under 6.5(1). Subsections (1) and (2) of that section require, *inter alia*, a pilot to advise his doctor that he has a licence and that doctor to report to a designated medical advisor any medical or optometric condition of the pilot that he thinks is likely to constitute a hazard to aviation safety. These subsections impose respectively, on the pilot and on the doctor, obligations which they would not otherwise have, to provide information. Subsection (3) allows the Minister to make use of such information provided by a doctor but it must be such use as he "considers necessary in the interests of aviation safety". This means that the Minister has the right to use the information and can provide it to various people, including the pilot himself, if he considers it necessary in the interest of aviation safety. The reporting doctor can also provide a copy to his patient if he chooses to do so. Nothing in section 6.5 precludes that. Subsection (4) in my view deals with the question of liability of a physician or optometrist arising out of making such a report, and precludes any such liability. This means that even if the making of the

(3) Dans l'affirmative, le conseiller a-t-il eu raison de décider que le paragraphe 6.5(5) irait à l'encontre de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, si on lui donnait pareil effet?

### Conclusions

Dès le début, je tiens à faire remarquer que le savant conseiller n'a pas, comme moi, eu l'avantage d'examiner toute la transcription de la preuve qu'il avait entendue ainsi que la longue argumentation des avocats, qui ont notamment cité une multitude d'arrêts. En fait, M. Gill n'était pas représenté par un avocat à l'audience du 11 septembre, et le conseiller croyait sans aucun doute à juste titre que toute question de droit susceptible d'être soulevée en faveur de M. Gill devait être prise en considération. En ce qui concerne l'article 6.5 et les pouvoirs du Tribunal, les questions de droit qui se posent sont également nouvelles puisque les dispositions légales pertinentes ne sont entrées en vigueur qu'en 1985. Je les examinerai donc passablement en détail.

### Sens de l'article 6.5

Je suis convaincu que le paragraphe 6.5(5) empêche le Tribunal de l'aviation civile d'ordonner la communication des rapports visés par le paragraphe 6.5(1). Les paragraphes (1) et (2) de cette disposition exigent notamment que le pilote informe son médecin qu'il possède une licence et que ce dernier signale à un conseiller médical désigné tout problème médical ou optométrique qui, à son avis, est susceptible de constituer un risque pour la sécurité aérienne. Ces paragraphes imposent respectivement au pilote et au médecin l'obligation de communiquer des renseignements, à laquelle ils ne seraient pas normalement assujettis. Le paragraphe (3) permet au ministre d'utiliser les renseignements fournis par un médecin, mais il doit estimer la chose nécessaire à la sécurité aérienne. Cela veut dire que le ministre peut utiliser les renseignements et les fournir à diverses personnes, dont le pilote lui-même, s'il l'estime nécessaire à la sécurité aérienne. Le médecin qui signale le problème peut également fournir une copie du rapport à son patient s'il le juge opportun. Rien dans l'article 6.5 n'empêche cela. À mon avis, le paragraphe (4) parle de la question de la responsabilité du médecin ou de l'optométriste qui rédige ce rapport, et



report or its contents were otherwise proved by a patient-pilot, no tribunal could entertain a complaint against the doctor or optometrist. Subsection (5), on the other hand, deals with the compellability and use of evidence and does not deal with liability. It is clearly not confined to “legal, disciplinary or other proceedings . . . against a physician or optometrist” but applies to “any legal, disciplinary or other proceedings”. With respect, in my view the Tribunal member erred in equating subsections (4) and (5) where he said, *supra*, that

the privilege afforded by section 6.5(5) applies only to those proceedings which might be instituted against a physician or optometrist concerned under section 6.5(4) . . . .

I am unable to appreciate how he reached that conclusion. It is perhaps arguable that, since the protection from liability granted by subsection 6.5(4) is confined to situations where a physician or optometrist has made a report “in good faith”, were it not for subsection 6.5(5) that report might be compellable as evidence or otherwise used in a suit against the doctor for having made a report in bad faith. However if Parliament had meant to confine the application of subsection 6.5(5) to the proceedings referred to in subsection 6.5(4) this could easily have been done. Instead Parliament employed the words “in any legal, disciplinary or other proceedings”.<sup>5</sup> The Tribunal proceeding in question here can be seen as a “legal . . . or other proceeding” and subsection 6.5(5) is clear that a subsection 6.5(1) report cannot be “used” in any such proceeding nor can its disclosure be compelled.

Having come to these conclusions, it is not necessary for me to try to define more precisely the “privilege” which subsection 6.5(5) attaches to such reports, or to identify the persons entitled to enjoy or waive that privilege. It was also argued in support of

<sup>5</sup> Thus s. 6.5(5) has been held to preclude compulsion or use of a doctor’s evidence of a s. 6.5(1) report in the prosecution of a pilot under the *Air Regulations: R. v. Schmiemann* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 282 (Prov. Ct.).

exonère ceux-ci de toute responsabilité. Cela veut dire que même si l’établissement du rapport ou son contenu étaient par ailleurs prouvés par un patient-pilote, aucun tribunal ne pourrait entendre une plainte contre le médecin ou l’optométriste. D’autre part, le paragraphe (5) porte sur la contraignabilité et sur l’utilisation de la preuve et non sur la responsabilité. De toute évidence, il n’est pas limité à une «procédure judiciaire, disciplinaire ou autre contre un médecin ou optométriste», mais s’applique aux «procédures judiciaires, disciplinaires ou autres». Respectueusement, à mon avis, le conseiller a commis une erreur en établissant un parallèle entre les paragraphes (4) et (5), lorsqu’il a déclaré que:

le privilège conféré par le paragraphe 6.5(5) s’applique uniquement aux procédures qui pourraient être engagées contre le médecin ou l’optométriste visé par le paragraphe 6.5(4)

Je ne puis comprendre comment il a tiré cette conclusion. Il est peut-être possible de soutenir que puisque l’exonération de responsabilité prévue par le paragraphe 6.5(4) est limitée aux cas dans lesquels le médecin ou l’optométriste a établi un rapport «de bonne foi», si ce n’était du paragraphe 6.5(5), la production de ce rapport pourrait être exigée à titre de preuve ou celui-ci pourrait par ailleurs être utilisé dans des poursuites contre le médecin qui l’a établi de mauvaise foi. Toutefois, si le législateur avait voulu limiter l’application du paragraphe 6.5(5) aux procédures visées par le paragraphe 6.5(4), il aurait facilement pu le faire. Cependant, il a employé l’expression «dans des procédures judiciaires, disciplinaires ou autres»<sup>5</sup>. Or, la procédure devant le Tribunal dont il est ici question peut être considérée comme une «procédure judiciaire . . . ou autre», et le paragraphe 6.5(5) montre clairement que le rapport visé par le paragraphe 6.5(1) ne peut pas être «utilisé» dans pareille procédure et que sa communication ne peut pas être exigée.

Puisque j’ai tiré ces conclusions, je n’ai pas à tenter de définir d’une manière plus précise le «privilege» dont ces rapports font l’objet en vertu du paragraphe 6.5(5), ou d’identifier les personnes qui ont le droit de bénéficier de ce privilège ou d’y renoncer. À

<sup>5</sup> Ainsi, dans des poursuites engagées contre un pilote en vertu du *Règlement de l’Air: R. v. Schmiemann* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 282 (C. prov.), il a été jugé que l’art. 6.5(5) empêche la production forcée du rapport visé par l’art. 6.5(1), ou son utilisation à titre de preuve.

the position taken by the applicants that, quite apart from the privilege provided in subsection 6.5(5), the information provided by the physician to the Department of Transport in confidence would be protected from disclosure by a common law privilege. Given my view of the clear meaning of subsection 6.5(5) it is also unnecessary for me to consider this issue.

It is not relevant to the interpretation of this section whether the information might or might not be available to the respondent Gill under some other legislation. It appears to be common ground that the information could not be obtained under the *Access to Information Act*.<sup>6</sup> It is conceivable that the information might be available to the pilot in question under the *Privacy Act*<sup>7</sup> but there would also appear to be grounds upon which the Minister could refuse to disclose such information.<sup>8</sup> I am not satisfied that there is any inconsistency between the *Privacy Act* and the *Aeronautics Act* and, even if there were, one would have to consider which Act should prevail, a matter not argued before me. It may be noted, however, that the provisions of the *Aeronautics Act* in question appear to have been adopted after the enactment of the *Privacy Act*.

#### Can the Tribunal Decide Charter Issues?

It is necessary to consider this issue next because if the Tribunal had no jurisdiction to decide Charter issues this Court may also lack the jurisdiction to review such decisions.<sup>9</sup>

What the Tribunal member was really doing in this case was applying subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] which provides that:

<sup>6</sup> R.S.C., 1985, c. A-1.

<sup>7</sup> R.S.C., 1985, c. P-21.

<sup>8</sup> See, e.g., s. 22(1)(a)(ii) and (b)(ii).

<sup>9</sup> *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at pp. 37-38.

l'appui du point de vue des requérants, il a également été soutenu que, indépendamment du privilège conféré au paragraphe 6.5(5), les renseignements confidentiels fournis au ministère des Transports par le médecin seraient protégés contre la communication par un privilège de common law. Étant donné qu'à mon avis, le paragraphe 6.5(5) est clair, je n'ai pas non plus à examiner cette question.

Pour interpréter cette disposition, je n'ai pas à me demander si les renseignements pourraient être communiqués à l'intimé Gill en vertu de quelque autre disposition législative. Il semble être reconnu que les renseignements ne pourraient pas être obtenus en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*<sup>6</sup>. Ils pourraient peut-être l'être en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*<sup>7</sup>, mais il semblerait également exister des motifs permettant au ministre de refuser de les communiquer<sup>8</sup>. Je ne suis pas convaincu que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur l'aéronautique* soient incompatibles, et même si c'était le cas, il faudrait se demander quelle loi doit l'emporter, question qui n'a pas été débattue devant moi. Toutefois, il est à noter que les dispositions en question de la *Loi sur l'aéronautique* semblent avoir été adoptées après l'adoption de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

#### Le Tribunal peut-il trancher des questions liées à la Charte?

Il faut maintenant examiner cette question car, si le Tribunal n'a pas compétence pour trancher les questions liées à la Charte, il se peut également que cette Cour n'ait pas compétence pour examiner la décision de celui-ci<sup>9</sup>.

En l'espèce, le conseiller a en fait appliqué le paragraphe 52(1) 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]], qui prévoit ceci:

<sup>6</sup> L.R.C. (1985), ch. A-1.

<sup>7</sup> L.R.C. (1985), ch. P-21.

<sup>8</sup> Voir, par exemple, l'art. 22(1)(a)(ii) et b)(ii).

<sup>9</sup> *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, aux pp. 37 et 38.

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

The Tribunal member was saying, in effect, that subsection 6.5(5), if it purports to protect the documents in question from disclosure, is of no force or effect because it is contrary to section 7 of the Charter.

Recent Supreme Court of Canada decisions have confirmed that where an administrative tribunal has an express authority to interpret and apply statutes<sup>10</sup> or where it has been expressly authorized to determine questions of law<sup>11</sup> it may apply the Charter to determine the validity of laws it is applying. In *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*<sup>12</sup> the Court also held that such power may be implied even though not expressly granted. In that case the Court was trying to determine whether a board of referees under the *Unemployment Insurance Act* had authority to decide Charter issues when dealing with claimants' appeals. The Act is silent on whether boards of referees have the power to determine questions of law but it expressly provides that the umpires who hear appeals from boards of referees have the jurisdiction to determine if the boards have erred in law. The Supreme Court deduced from this that Parliament did not intend boards of referees to determine questions of law, expressly leaving that function to the umpires, and thus boards of referees cannot decide Charter issues. In the present case it is common ground that the *Aeronautics Act* is silent on the matter of whether Tribunal members or the Civil Aviation Tribunal itself can determine questions of law. The Act does give important functions to the Tribunal and requires it and its members to provide to the Minister and the holder of a licence

7.1 . . .

(6) . . . a full opportunity consistent with procedural fairness and natural justice to present evidence and make representa-

<sup>10</sup> *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570.

<sup>11</sup> *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5.

<sup>12</sup> *Supra*, note 9.

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

<sup>a</sup> En fait, le conseiller a dit que le paragraphe 6.5(5) est inopérant s'il vise à protéger les documents en question contre la communication, et ce, pour le motif qu'il va à l'encontre de l'article 7 de la Charte.

<sup>b</sup> La Cour suprême du Canada a récemment confirmé que le tribunal administratif qui est expressément autorisé à interpréter et appliquer les lois<sup>10</sup> ou encore à trancher des questions de droit<sup>11</sup> peut appliquer la Charte pour déterminer la validité des lois qu'il applique. Dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*<sup>12</sup>, la Cour suprême a également jugé qu'il peut s'agir d'un pouvoir implicite. Dans cette affaire-là, la Cour tentait de déterminer si le conseil arbitral visé par la *Loi sur l'assurance-chômage* était autorisé à trancher des questions liées à la Charte dans les appels interjetés par les prestataires. La Loi ne dit pas si les conseils arbitraux sont habilités à trancher les questions de droit, mais elle prévoit expressément que les juges-arbitres qui entendent des appels de conseils arbitraux ont compétence pour déterminer si ces derniers ont commis une erreur de droit. La Cour suprême a déduit que le législateur n'avait pas l'intention d'autoriser les conseils arbitraux à trancher des questions de droit, cette fonction relevant expressément des juges-arbitres, et que les conseils arbitraux ne peuvent donc pas statuer sur les questions liées à la Charte. En l'espèce, il est reconnu que la *Loi sur l'aéronautique* ne dit rien au sujet de la question de savoir si les conseillers ou le Tribunal de l'aviation civile lui-même peuvent trancher des questions de droit. La Loi confère des fonctions importantes au Tribunal et l'oblige, ainsi que ses membres, à donner au ministre et au titulaire de la licence

7.1 . . .

<sup>i</sup> (6) . . . toute possibilité de lui présenter leurs éléments de preuve et leurs observations sur la mesure attaquée, conformément

<sup>10</sup> *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570.

<sup>11</sup> *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5.

<sup>12</sup> Précité, note 9.

tions in relation to the suspension, cancellation or refusal to renew under review.<sup>13</sup>

Members of the Tribunal have the powers of a commissioner under Part I of the *Inquiries Act*.<sup>14</sup> In the *Aeronautics Act* there is not a negative implication similar to that in the *Unemployment Insurance Act* where in the hierarchy of appeals the umpires are expressly given power to decide questions of law and boards of referees are not. In my view it should not be lightly concluded that a tribunal has no authority to decide questions of law and constitutionality: generally speaking tribunals should endeavour to act consistently with the law and must form some view as to what the law is, including the meaning of the Charter which is, as part of the Constitution, "the supreme law of Canada". The absence of such a power in the Civil Aviation Tribunal could also mean that this Court would be precluded from deciding Charter issues in reviewing Tribunal decisions.<sup>15</sup> I therefore conclude that the Tribunal member had in this instance the power to make an initial decision as to any Charter issue properly before him.

What happened in this case, however, underlines the need for restraint which tribunals should show in dealing with Charter issues. A practical disadvantage which tribunals often have in dealing with Charter issues is exemplified by this case: there was no counsel on one side, and counsel for the Minister and the intervenor doctors had apparently not been warned that this issue was to be addressed. In these circumstances, as no party had raised the section 7 issue and it did not constitute a fundamental jurisdictional issue which had to be decided before the Tribunal could proceed, it would have been preferable that the Tribunal not address it. At the very least, the Tribunal should have given notice to the parties and allowed them some time for preparation for argument on this

<sup>13</sup> S. 7.1(6).

<sup>14</sup> *Aeronautics Act*, *supra*, note 1, s. 37(4) [as enacted *idem*, s. 5].

<sup>15</sup> See *Tétreault-Gadoury*, *supra*, note 9; and *Armadales Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*, [1991] 3 F.C. 242 (C.A.), at p. 246.

ment aux principes de l'équité procédurale et de la justice naturelle<sup>13</sup>.

Les conseillers possèdent les pouvoirs d'un commissaire nommé en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*.<sup>14</sup> La *Loi sur l'aéronautique* ne contient aucune disposition implicite négative semblable à celle qui figure dans la *Loi sur l'assurance-chômage* où, dans la hiérarchie des appels, les juges-arbitres se voient expressément conférer le pouvoir de trancher des questions de droit, contrairement aux conseils arbitraux. À mon avis, il ne faudrait pas conclure à la légère qu'un tribunal administratif n'est pas autorisé à trancher des questions de droit et de constitutionnalité: généralement parlant, les tribunaux devraient tenter d'agir conformément à la loi et doivent se former une opinion au sujet de ce qu'est la loi, et notamment du sens de la Charte qui est, en tant que partie intégrante de la constitution, la «loi suprême du Canada». Le fait que pareil pouvoir n'a pas été conféré au Tribunal de l'aviation civile pourrait également vouloir dire que cette Cour ne pourrait pas trancher des questions liées à la Charte lorsqu'elle révisé les décisions de celle-ci<sup>15</sup>. Je conclus donc qu'en l'espèce, le conseiller avait le pouvoir de rendre une décision initiale au sujet de toute question liée à la Charte dont il était à bon droit saisi.

Toutefois, ce qui est arrivé en l'espèce montre la nécessité pour les tribunaux de s'imposer des contraintes lorsqu'ils examinent des questions liées à la Charte. Cette affaire est un exemple des inconvénients que comporte souvent en pratique pour les tribunaux l'examen des questions liées à la Charte: une partie n'était pas représentée par un avocat; de plus, les avocats du ministre et des médecins intervenants n'avaient apparemment pas été informés que cette question serait examinée. Dans ces conditions, étant donné qu'aucune partie n'avait invoqué l'article 7 et qu'il ne s'agissait pas d'une question fondamentale de compétence devant être tranchée avant que le Tribunal puisse procéder, il aurait été préférable que ce dernier ne l'examine pas. Le Tribunal aurait tout au

<sup>13</sup> Art. 7.1(6).

<sup>14</sup> *Loi sur l'aéronautique*, précitée, note 1, art. 37(4) [édicte, *idem*, art. 5].

<sup>15</sup> Voir *Tétreault-Gadoury*, précité, note 9; et *Armadales Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration)*, [1991] 3 C.F. 242 (C.A.), à la p. 246.

specific issue.<sup>16</sup> Further, even if section 7 were properly before the Tribunal, a tribunal like a court should decline to decide Charter issues where on the facts of the particular case it is not necessary to do so. As I will demonstrate below, the facts here did not amount to any denial of fundamental justice so as to engage section 7 of the Charter.

Did the Tribunal Correctly Apply Section 7 of the Charter?

I have concluded that for several reasons section 7 has no bearing on the matter in issue here.

Section 7 of the Charter provides:

7. Everyone has the 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.

It will be seen that for a violation of this section to occur, it must be found both that an interest protected by section 7 ("life, liberty and security") is being deprived, and that such deprivation is not "in accordance with the principles of fundamental justice".

It was not argued before either the Tribunal member or me that any interest protected by section 7 was at stake in this matter. At most, the respondent Gill was being denied at least temporarily the validation of his pilot's licence. More specifically what was involved at this stage was whether or not he was obliged to provide a further psychiatric assessment in order that an informed decision might be taken as to the renewal of his LVC. I am satisfied that these interests are far removed from the interests protected by section 7: those of "life, liberty and security of the person". There is no issue of life involved. In general the kinds of "liberty" and "security of the person" protected by section 7 are those normally affected by the judicial system. As Lamer J. [as he then was] said

<sup>16</sup> Effective February 1, 1992 such a Tribunal is required to give at least ten days' notice to the Attorney General of Canada before judging an Act of Parliament to be invalid, inapplicable or inoperable: *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57, as amended by S.C. 1990, c. 8, s. 19.

moins dû aviser les parties et leur donner le temps de préparer leur argumentation sur ce point<sup>16</sup>. En outre, même si l'article 7 était à bon droit invoqué devant le Tribunal, les tribunaux administratifs, comme les cours de justice, devraient refuser de trancher des questions liées à la Charte lorsque, compte tenu des faits de l'affaire, il n'est pas nécessaire de le faire. Comme je le montrerai ci-après, les faits de cette affaire n'équivalaient pas à quelque déni de justice fondamentale entraînant l'application de l'article 7 de la Charte.

Le Tribunal a-t-il correctement appliqué l'article 7 de la Charte?

J'ai conclu que pour plusieurs raisons, l'article 7 n'entre pas en ligne de compte en l'espèce.

L'article 7 de la Charte est ainsi libellé:

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.

Nous verrons que pour que cette disposition soit violée, il faut conclure qu'on porte atteinte à un droit garanti par l'article 7 (soit «le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne») et que cela n'est pas «en conformité avec les principes de justice fondamentale».

Il n'a été soutenu ni devant le conseiller ni devant moi que quelque droit garanti par l'article 7 était ici en jeu. L'intimé Gill s'est tout au plus vu refuser, du moins temporairement, la validation de sa licence de pilote. Plus précisément, à ce stade, il s'agissait de savoir s'il était tenu de fournir une autre évaluation psychiatrique pour qu'une décision réfléchie puisse être prise au sujet du renouvellement du CVL. Je suis convaincu que ces droits n'ont rien à voir avec les droits garantis par l'article 7, à savoir le droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne». Le droit à la vie n'est pas ici en jeu. En général, le genre de «liberté» et de «sécurité de la personne» garanties par l'article 7 sont celles qui sont normalement touchées par le régime judiciaire. Comme le juge Lamer

<sup>16</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> février 1992, pareil tribunal est tenu de signifier un préavis d'au moins dix jours au procureur général du Canada avant de déclarer une loi fédérale invalide, inapplicable ou sans effet: *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57, modifié par L.C. 1990, ch. 8, art. 19.

in a separate opinion in *Reference Re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*:

... the restrictions on liberty and security of the person that s. 7 is concerned with are those that occur as a result of an individual's interaction with the justice system, and its administration. ... The interests protected by s. 7 are those that are properly and have been traditionally within the domain of the judiciary ...<sup>17</sup>

He also noted that section 7 comes under the heading of "Legal Rights" in the Charter which, when it is taken together with sections 8 to 14, must be taken to refer to the kinds of procedural and substantive rights protected in those sections, mainly in relation to criminal prosecutions. This does not preclude the protection of bodily security of the person against other types of official action. But even if the interest of Gill at stake is seen to be the possible loss of his licence (instead of, as I view it, a mere obligation to provide a further psychiatric assessment), and assuming that this would deprive him of his ability to work (a matter on which there was no evidence) this would be an economic loss of a kind which is not normally protected by the Charter.<sup>18</sup>

Further, assuming that there were some section 7 interests at stake, there was no denial of "fundamental justice". In concluding this I am assuming for present purposes that the requirements of the constitutional guarantee of "fundamental justice" are no higher than the common law requirements of fairness or natural justice, the constitutional significance being that even if a legislature tries to abolish common law rights to fairness or natural justice section 7 may, in proper circumstances, preserve those rights. Applying the highest common law requirement, that of natural justice, the refusal of the Minister in principle to disclose any other subsection 6.5(1) reports not already disclosed did not in the context amount to a denial of natural justice.

[tel était alors son titre] l'a déclaré dans l'avis distinct qu'il a exprimé dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*:

... les restrictions à la liberté et à la sécurité de la personne dont il est question à l'art. 7 sont celles qui découlent des rapports entre un individu, le système judiciaire et l'administration de la justice ... Les intérêts protégés par l'art. 7 sont ceux qui relèvent traditionnellement et à proprement parler du pouvoir judiciaire<sup>17</sup>.

Il a également fait remarquer que l'article 7 figure sous la rubrique des «Garanties juridiques» de la Charte, lesquelles, compte tenu des articles 8 à 14, doivent être considérées comme se rapportant au genre de droits procéduraux et substantifs garantis par ces dispositions, principalement en ce qui concerne les poursuites au criminel. Cela n'empêche pas la protection de la sécurité physique de la personne contre d'autres types de mesures officielles. Cependant, même s'il est considéré que le droit de M. Gill ici en jeu est la perte possible de sa licence (plutôt que ce qui est, à mon avis, une simple obligation de fournir une autre évaluation psychiatrique), et à supposer que cela priverait M. Gill de la capacité de travailler (ce qui n'a pas été prouvé), il s'agirait d'une perte financière d'un genre qui n'est pas normalement protégé par la Charte<sup>18</sup>.

En outre, à supposer que certains droits reconnus par l'article 7 soient en jeu, il n'y a pas eu déni de «justice fondamentale». En tirant cette conclusion, je suppose à nos fins que les exigences de la garantie constitutionnelle de «justice fondamentale» ne sont pas plus strictes que les exigences d'équité ou de justice naturelle en common law, l'importance constitutionnelle étant que même si le législateur tente d'abolir les droits d'équité ou de justice naturelle reconnus en common law, l'article 7 peut, dans les circonstances appropriées, maintenir ces droits. Si l'exigence plus stricte de common law, soit celle concernant la justice naturelle, est appliquée, le refus du ministre, en principe, de communiquer quelque autre rapport visé par le paragraphe 6.5(1) non déjà communiqué n'équivalait pas, dans ce contexte, à un déni de justice naturelle.

<sup>17</sup> [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1173.

<sup>18</sup> See e.g. *Weyer v. Canada* (1988), 83 N.R. 272 (F.C.A.), at p. 276; *Re Bassett and Government of Canada et al.* (1987), 35 D.L.R. (4th) 537 (Sask. C.A.), at p. 567.

<sup>17</sup> [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1173.

<sup>18</sup> Voir, par exemple, *Weyer c. Canada* (1988), 83 N.R. 272 (C.A.F.), à la p. 276; *Re Bassett and Government of Canada et al.* (1987), 35 D.L.R. (4th) 537 (C.A. Sask.), à la p. 567.

In applying the tests of natural justice it is first important to understand the nature of the procedure in which the Minister refused to produce the reports. With respect, I believe the Tribunal member assumed from the outset that this was in the nature of a prosecution of the respondent Gill. This is apparent from his first decision on August 1 after the procedural hearing by conference call, when he referred to section 7 as justifying his order for disclosure and cited in support thereof two decisions involving prosecutions. During the main hearing on September 11, he referred to the need of Mr. Gill to have certain information "to prepare a full and complete defence".<sup>19</sup> In his decision rendered after that hearing as quoted above he then refers to section 7 and Mr. Gill's "general constitutional right to full and complete disclosure".

This view of the matter stemmed, I believe, from the Tribunal Member's assumption that what was in issue in the review being conducted by him was whether the Department had had reasonable grounds to request the information from Gill in the first place. With respect, I believe this is a misunderstanding of the review process authorized by subsection 7.1(3) of the *Aeronautics Act* as quoted above. What is reviewable pursuant to subsection (3) is a decision of the Minister referred to in subsection (1). In this case it was a decision under paragraph 7.1(1)(b) to suspend Gill's licence on the ground that he had not complied with a condition subject to which the licence was issued, namely he had failed to provide a further medical report when requested to do so. Subsection 7.1(1) does not refer to any decision of the Minister to request further medical reports. The only relevant "decision" authorized there is a decision, *inter alia*, to suspend the LVC because of a failure to provide reports, and that is the "decision" which the Tribunal member is authorized under subsection 7.1(3) to review. The only matters pertinent to such a review are: was a demand sent by the proper person to Gill; did Gill fail to provide the further information requested; and if so, was a decision taken by the proper person to suspend his LVC? That such a review is not an empty process is demonstrated by

<sup>19</sup> Applicant's record, at p. 270.

En appliquant les critères de justice naturelle, il faut d'abord comprendre la nature de la procédure dans le cadre de laquelle le ministre a refusé de produire les rapports. Respectueusement, je crois que le conseiller a présumé dès le début qu'il s'agissait de poursuites contre l'intimé Gill. C'est ce qui ressort de la première décision qu'il a rendue le 1<sup>er</sup> août après la conférence téléphonique qui a eu lieu au sujet de la procédure, lorsqu'il a invoqué l'article 7 pour justifier son ordonnance de communication et a cité à l'appui deux décisions rendues à la suite de poursuites. Pendant l'audience principale, le 11 septembre, il a parlé du fait que M. Gill avait besoin de certains renseignements pour [TRADUCTION] «préparer une défense complète et entière»<sup>19</sup>. Dans la décision qu'il a rendue après l'audience dont il a ci-dessus été question, il fait ensuite mention de l'article 7 et du [TRADUCTION] «droit constitutionnel général à la communication entière et complète» que possède M. Gill.

Cette façon d'aborder la question découle, à mon avis, de la supposition que le conseiller a faite, à savoir que la révision qu'il effectuait visait à déterminer si le Ministère avait avant tout des motifs raisonnables de demander des renseignements à M. Gill. Respectueusement, je crois que le conseiller a mal compris la procédure de révision autorisée par le paragraphe 7.1(3) de la *Loi sur l'aéronautique* précitée. C'est la décision du ministre mentionnée au paragraphe (1) qui peut donner lieu à une révision conformément au paragraphe (3). En l'espèce, il s'agissait de la décision, fondée sur l'alinéa 7.1(1)(b), de suspendre la licence de M. Gill pour le motif qu'il n'avait pas respecté une condition de la licence, à savoir qu'il n'avait pas fourni un autre rapport médical lorsqu'on le lui avait demandé. Le paragraphe 7.1(1) ne parle pas de la décision du ministre de demander d'autres rapports médicaux. La seule «décision» pertinente autorisée par ce paragraphe est la décision, entre autres, de suspendre le CVL par suite de l'omission de fournir les rapports, et c'est la «décision» que le conseiller est autorisé à réviser en vertu du paragraphe 7.1(3). Les seules questions pertinentes à cet égard sont celles de savoir si une demande a été envoyée à M. Gill par la personne compétente, si M. Gill a omis de fournir les renseignements additionnels demandés et, dans l'affirma-

<sup>19</sup> Dossier du requérant, à la p. 270.

the fact that Gill had on a previous occasion successfully challenged a suspension of his LVC because the proper departmental official had not signed the request for more medical information.

At the hearing on September 11, 1991, however, the Tribunal member clearly proceeded on the basis that he was entitled to assess the reasonability of the decision of the Acting Regional Aviation Medical Officer to make the request for further information on May 27, 1991. Consistent with that approach he obviously formed the view that Mr. Gill could not properly challenge the reasonability of the decision to ask for more medical information without having all medical reports, including privileged reports made under subsection 6.5(1). Nothing in the *Personnel Licensing Handbook*, the Regulations or the Act requires such a characterization of the review process at this stage. Those instruments do not support the view that in a subsection 7.1(3) review of a decision under paragraph 7.1(1)(b) a Tribunal member has to reach any conclusion as to whether the Regional Aviation Medical Officer had good medical grounds for requesting further medical information from a licence holder before an assessment was completed of his medical fitness for a renewal of his LVC. It must be kept in mind that if the Tribunal member were to find at this stage that all the necessary procedures had been carried out before a licence was suspended due to failure to provide further medical information, and if the pilot then provided such information, and if the Department then concluded that he was not fit to have a licence, there would be a further right of appeal of a decision made under paragraph 7.1(1)(a) to suspend or cancel the licence on medical grounds and at that time the medical grounds could be fully canvassed. It is difficult to believe that Parliament intended instead that there be two review hearings on medical grounds, particularly when the first hearing would simply pertain to a request for a further medical report from the pilot.

Even if the requirements of section 7 of the Charter apply here, and if the correct view of the review func-

tive, si la personne compétente a décidé de suspendre le CVL. Le fait que M. Gill avait déjà contesté avec succès la suspension de son CVL parce que le fonctionnaire compétent n'avait pas signé la demande de renseignements médicaux supplémentaires montre que cette révision n'est pas inutile.

Toutefois, à l'audience du 11 septembre 1991, le conseiller s'est clairement fondé sur le fait qu'il avait le droit de déterminer si la décision de demander d'autres renseignements que l'agent médical régional intérimaire avait prise le 27 mai 1991 était raisonnable. Conformément à ce point de vue, il a de toute évidence estimé que M. Gill ne pouvait pas adéquatement contester le caractère raisonnable de la décision de demander d'autres renseignements médicaux sans avoir tous les rapports médicaux, et notamment les rapports privilégiés visés par le paragraphe 6.5(1). Rien dans le *Manuel de licences du personnel*, dans le Règlement ou dans la Loi n'exige à ce stade pareille détermination. Ces textes n'appuient pas le point de vue selon lequel le conseiller qui révisé, en vertu du paragraphe 7.1(3), une décision visée par l'alinéa 7.1(1)(b) doit tirer une conclusion au sujet de la question de savoir si l'agent médical régional avait de bons motifs, sur le plan médical, de demander des renseignements médicaux additionnels au titulaire de la licence avant qu'une évaluation ne soit effectuée au sujet de l'état de santé de ce dernier en vue du renouvellement de son CVL. Il faut se rappeler que si le conseiller devait conclure, à ce stade, que toutes les mesures nécessaires ont été prises avant qu'une licence soit suspendue par suite de l'omission de fournir d'autres renseignements médicaux, si le pilote avait alors fourni ces renseignements, et si le Ministère avait alors conclu que celui-ci n'était pas apte à posséder une licence, il existerait un autre droit d'appel de la décision, fondée sur l'alinéa 7.1(1)(a), de suspendre ou d'annuler la licence pour des motifs médicaux et qu'à ce moment-là, ces motifs pourraient être examinés à fond. Il est difficile de croire que le législateur voulait plutôt que deux audiences de révision soient tenues à l'égard des motifs médicaux, en particulier lorsque la première audience se rapporterait simplement à la demande visant à l'obtention d'un autre rapport médical du pilote.

Même si les exigences de l'article 7 de la Charte s'appliquent en l'espèce, et si la révision prévue par



tion under subsection 7.1(3) is that of adjudicating on the reasonability of a request for more medical information, I am respectfully in disagreement with the Tribunal member that the production of all subsection 6.5(1) reports, real or hypothetical, was necessary in the interests of fundamental justice. Firstly, there was no clear evidence that such reports existed. Secondly, the evidence of Dr. Haskell, Regional Aviation Medical Officer at the time of the hearing who testified on the procedures employed by the medical advisors to Transport Canada, was to the effect that reports received under section 6.5 are not used directly in making a medical assessment of a pilot.<sup>20</sup> Thirdly, Dr. Wallace who was Acting Regional Aviation Medical Officer in May, 1991, who made the actual decision to require more medical information from Gill and who sent the request to him on May 27, 1991, testified that the only information he had before him was the materials which had already been disclosed to Gill by the time of the hearing. That evidence was not challenged. Fourthly, by any common sense view of the matter it is amply clear that Gill was fully aware of sufficient reasons for Dr. Wallace to request this information. By the time of the hearing on September 11, 1991 he had had access to: the letter from Dr. Evans of August 21, 1990 requesting a report from Dr. Boylan because of the Department's concern over Gill's "past emotional problems requiring psychiatric assessment"; similar information from a telephone conversation with Dr. Evans on August 24, 1990 confirmed by a letter from Dr. Evans of that date; the letter which Dr. Moore had sent to Dr. Evans on June 5, 1990; the report made to Dr. Moore by Dr. Boylan on April 30, 1990; and the medical reports of Drs. Hale, Knipping and Jovey. Anyone looking at this material in an objective fashion would appreciate the source and nature of the Department's concerns. Among the facts which might be noted would be Mr. Gill's negative answers to the question of whether he had had "psychiatric/neurological problems" when there was other material originating in his own statements to Drs. Moore and Boylan which might suggest the contrary. This material when taken together would surely enable Mr. Gill and his medical advisors to provide further reports pertinent to the Department's concerns. Even if it was the duty of the Tribunal member to decide whether there were

le paragraphe 7.1(3) vise de fait à déterminer si la demande de renseignements médicaux supplémentaires est raisonnable, je ne souscris pas à l'avis du conseiller, à savoir que la justice fondamentale exige la production de tous les rapports visés par le paragraphe 6.5(1), réels ou hypothétiques. Premièrement, il n'existait aucune preuve claire de l'existence de ces rapports. Deuxièmement, selon la déposition que le docteur Haskell, agent médical régional, a faite à l'audience, laquelle portait sur la procédure suivie par les conseillers médicaux à Transports Canada, les rapports reçus en vertu de l'article 6.5 ne sont pas directement utilisés dans l'évaluation médicale du pilote<sup>20</sup>. Troisièmement, le docteur Wallace, soit l'agent médical régional intérimaire en mai 1991, qui a décidé de demander d'autres renseignements médicaux à M. Gill et qui a envoyé la demande à ce dernier le 27 mai 1991, a témoigné n'avoir à sa disposition que les documents qui avaient déjà été communiqués à M. Gill au moment de l'audition. Cette preuve n'a pas été contestée. Quatrièmement, le bon sens même montre clairement que M. Gill connaissait parfaitement l'existence de motifs suffisants pour que le docteur Wallace demande ces renseignements. Au moment de l'audience, le 11 septembre 1991, il avait eu accès à la lettre du 21 août 1990 dans laquelle le docteur Evans demandait un rapport au docteur Boylan parce que le Ministère s'inquiétait des [TRADUCTION] «problèmes émotionnels qui ont nécessité une évaluation psychiatrique» de M. Gill; à des renseignements similaires obtenus au cours d'une conversation téléphonique avec le docteur Evans le 24 août 1990, lesquels ont été confirmés dans la lettre que ce dernier a envoyée le même jour; à la lettre que le docteur Moore avait envoyée au docteur Evans le 5 juin 1990; au compte rendu donné au docteur Moore par le docteur Boylan le 30 avril 1990 et aux rapports médicaux des docteurs Hale, Knipping et Jovey. Quiconque examine cette documentation d'une manière objective se rendra compte de la source et de la nature des préoccupations du Ministère. Parmi les faits qui pourraient être notés, il y aurait les réponses négatives de M. Gill à la question de savoir s'il avait eu [TRADUCTION] «des problèmes psychiatriques ou neurologiques» alors qu'il y avait, dans les déclarations qu'il avait lui-même faites aux docteurs Moore et Boylan, d'autres renseignements

<sup>20</sup> Applicants' record, at p. 236.

<sup>20</sup> Dossier des requérants, à la p. 236.

reasonable grounds for the demand being made for more information (which I do not accept) this was surely amply demonstrated by that material. I do not think that analogies to criminal prosecutions and undisclosed information from informers have any bearing on the matter. In my view even if the Tribunal member had some right and responsibility to look into the reasonability of the request for information, that should extend no farther than satisfying himself that the request was made in good faith, and would not require him to decide that the need for further information was demonstrated on the balance of probabilities or beyond a reasonable doubt.

I thus conclude that the requirements of fundamental justice would not require the disclosure of the information in any undisclosed reports (real or hypothetical) made under subsection 6.5(1). Therefore it was unnecessary to consider the Charter issue.

#### Disposition

I will therefore issue an order to quash the decision of the Tribunal member, made on September 11 and explained in his reasons dated September 18, 1991, to the effect that the Minister of Transport must disclose any medical information concerning the respondent Gill given to the Department of Transport under the provisions of section 6.5 of the *Aeronautics Act*.

I am going to order costs against the respondent Gill. It is no mere accident that he has found himself before this Court defending the decision of the Tribunal member to order the disclosure of all section 6.5 reports. It is clear from the record that he has embarked on a course of raising every possible procedural objection in lieu of providing the medical information first requested of him some eighteen months ago. He specifically pressed for disclosure of section 6.5 reports at the Tribunal hearing even in the face of the evidence of Dr. Wallace, who made the decision to request further medical information

qui pourraient laisser entendre le contraire. Considérés dans leur ensemble, ces renseignements permettraient certainement à M. Gill et à ses conseillers médicaux de fournir d'autres rapports se rapportant aux préoccupations du Ministère. Même si le conseiller était tenu de déterminer s'il existait des motifs raisonnables de demander d'autres renseignements (ce que je n'accepte pas), ces renseignements le montreraient certainement amplement. Je ne crois pas que les analogies établies avec les poursuites au criminel et les renseignements non communiqués fournis par les indicateurs soient pertinentes en l'espèce. À mon avis, même si le conseiller avait le droit et était tenu de déterminer si la demande de renseignements était raisonnable, il devrait tout au plus se convaincre que la demande avait été faite de bonne foi et il n'avait pas à décider que la nécessité d'obtenir d'autres renseignements était démontrée selon la prépondérance des probabilités ou au-delà de tout doute raisonnable.

Je conclus donc que la justice fondamentale n'exigerait pas la communication des renseignements figurant dans les rapports non communiqués (réels ou hypothétiques) établis en vertu du paragraphe 6.5(1). Par conséquent, il était inutile d'examiner la question liée à la Charte.

#### Dispositif

Je rendrai donc une ordonnance annulant la décision du conseiller, rendue le 11 septembre, et expliquée dans les motifs qu'il a prononcés le 18 septembre 1991, à savoir que le ministre des Transports doit communiquer tout renseignement médical concernant l'intimé Gill que le ministère des Transports a obtenu en vertu des dispositions de l'article 6.5 de la *Loi sur l'aéronautique*.

Je vais ordonner que les dépens soient adjugés contre l'intimé Gill. Ce n'est pas par hasard qu'il s'est trouvé devant cette Cour pour défendre la décision d'ordonner la communication de tous les rapports visés par l'article 6.5 que le conseiller avait prise. Il ressort clairement du dossier qu'il a cherché à soulever toutes les objections procédurales possibles, au lieu de fournir les renseignements médicaux qui lui ont d'abord été demandés il y a environ dix-huit mois. Il a expressément demandé avec insistance la communication des rapports visés par l'article 6.5 à l'audience tenue par le Tribunal, malgré le

which led to the suspension under review by the Tribunal, to the effect that he had not in making that decision taken into account any material not already disclosed to Gill. Gill's objections having been held to be unfounded in law or in fact, he should pay the costs of this motion.

témoignage du docteur Wallace, qui avait décidé de demander des renseignements médicaux additionnels, ce qui a entraîné la suspension par le Tribunal, celui-ci ayant déclaré qu'en prenant cette décision, il n'avait pas tenu compte des renseignements non déjà communiqués à M. Gill. Étant donné que les objections de M. Gill ont été jugées non fondées en droit et dans les faits, celui-ci devrait payer les frais de cette requête.

T-1380-88

T-1380-88

**Kevin Bussey (Plaintiff)****Kevin Bussey (demandeur)**

v.

c.

**Attorney General of Canada, Her Majesty the Queen and the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police (Defendants)****a Procureur général du Canada, Sa Majesté la Reine et le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada (défendeurs)***INDEXED AS: BUSSEY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)***b RÉPERTORIÉ: BUSSEY c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Teitelbaum J.—St. John's, May 11; Ottawa, June 5, 1992.

Section de première instance, juge Teitelbaum—St. John's, 11 mai; Ottawa, 5 juin 1992.

*Practice — Privilege — Application for inspection of documents — Action for damages for financial loss suffered due to delay in withdrawing criminal charges against applicant — Defendants claiming solicitor-client privilege re: letter from Crown Prosecutor recommending no charges be laid — Manner of describing documents for which privilege claimed insufficient as almost impossible to clearly understand contents, but detailed list of documents provided — Litigation must be predominant reason for which document prepared for privilege to be granted — While facts contained in privileged communication also privileged, one can be questioned on such facts if relevant to case — Documents sought privileged as prepared between "client" and solicitor after prosecution of plaintiff commenced.*

**c Pratique — Communications privilégiées — Demande d'examiner des documents — Action en dommages-intérêts pour le préjudice financier subi du fait qu'on a tardé à retirer des accusations criminelles portées contre le demandeur — Secret professionnel de l'avocat invoqué par les défendeurs à l'égard d'une lettre du substitut du procureur général recommandant qu'aucune accusation ne soit portée — Les documents faisant l'objet de la revendication de privilège ne sont pas décrits d'une manière suffisante puisqu'il est presque impossible d'en comprendre facilement le contenu; en revanche, une liste détaillée des documents a été fournie — Pour qu'un document soit exempté de communication il faut qu'il ait été établi principalement en vue d'un litige — Bien que les faits contenus dans une communication bénéficiant d'un privilège en bénéficient également, un interrogatoire peut porter sur ces faits s'ils se rapportent au litige — Les documents dont la communication est demandée font l'objet d'un privilège puisqu'ils ont été établis par le «client» et son avocat après que des poursuites eurent été intentées contre le demandeur.**

This was an application for inspection of documents, particularly a letter from a Crown Prosecutor to a representative of the RCMP recommending that charges should not be brought against the plaintiff. The applicant was arrested and charged with conspiracy to traffic in narcotics early in 1985. Not until late in 1986 were the charges withdrawn. The plaintiff claimed financial loss due to the delay in withdrawing the charges. The defendants filed an affidavit of documents claiming solicitor-client privilege for reports, opinions and correspondence exchanged between their solicitors and the RCMP. The plaintiff contended that this manner of claiming privilege was insufficient. The plaintiff agreed that solicitor-client privilege protects any correspondence with a lawyer provided that it is prepared for the purpose of litigation or in contemplation thereof, but argued that the facts contained in a communication may not be privileged even if the communication is.

**g** Il s'agit d'une demande d'examiner des documents et en particulier une lettre, adressée par un substitut du procureur général à un représentant de la GRC, recommandant qu'aucune accusation ne soit portée contre le demandeur. Vers le début de 1985, celui-ci a été arrêté et accusé d'avoir comploté en vue de faire le trafic de stupéfiants. Ces accusations n'ont été retirées que vers la fin de 1986. Le demandeur sollicite l'indemnisation du préjudice financier qu'il a subi du fait qu'on ait tardé à retirer les accusations. Les défendeurs ont déposé un affidavit dans lequel ils invoquent le secret professionnel de l'avocat à l'égard des rapports, des avis et de la correspondance échangés par leurs avocats et la GRC. Selon le demandeur, cette façon de revendiquer le privilège est insuffisante. Le demandeur convient que le secret professionnel de l'avocat protège toute correspondance avec un avocat, pourvu qu'elle ait eu lieu aux fins ou en vue d'un litige, mais il fait valoir que les faits énoncés dans une communication peuvent ne pas faire l'objet d'un privilège, même si la communication elle-même en bénéficie.

*Held*, the application should be dismissed.

*Jugement*: la requête devrait être rejetée.

Rule 448(3) states that a party may treat a bundle of documents as a single document providing "(a) the documents are all of the same nature; and (b) the bundle is described in suffi-

**j** La Règle 448(3) porte qu'une liasse de documents peut être répertoriée comme un seul document si «a) les documents sont tous de même nature; b) la liasse est décrite avec suffisamment

cient detail to enable another party to clearly understand its contents." The manner in which the defendants described the allegedly privileged material made it almost impossible to clearly understand its contents. It was for that reason that counsel for the defendants provided a detailed list of the documents for which solicitor-client privilege was claimed.

Solicitor-client privilege exists as an exception to the general principle requiring the fullest possible disclosure. Reference was made to *Sauder Industries Ltd. v. Ship "Molda" et al.*, wherein it was noted that litigation must be the predominant reason for the preparation of a report in order for privilege to be claimed and granted. All communications between solicitor and client in preparation of a case are privileged. The facts contained in the communication as between client and solicitor are also privileged, i.e. the document containing the facts is privileged if it was given as between client and solicitor to prepare for litigation. This does not, however, mean that one cannot be questioned on facts relevant to a case if referred to in a privileged document.

The documents sought were privileged as they were prepared for the purpose of the litigation. They were prepared between "client" and its solicitor after the prosecution of the plaintiff had commenced.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 448 (as am. by SOR/90-846, s. 15).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Justason v. Canada Trust* (1987), 78 N.B.R. (2d) 317; 198 A.P.R. 317 (Q.B.); *Lapointe v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1987] 1 F.C. 445; (1986), 6 F.T.R. 134 (T.D.).

##### CONSIDERED:

*Sauder Industries Ltd. et al. v. Ship "Molda" et al.* (1986), 3 F.T.R. 190 (F.C.T.D.); *Dusik v. Newton et al.* (1983), 1 D.L.R. (4th) 568; 48 B.C.L.R. 111; 38 C.P.C. 87 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Central Mortgage and Housing Corporation v. Foundation Company of Canada Limited and Travellers Indemnity Company of Canada et al.* (1984), 63 N.S.R. (2d) 402; 141 A.P.R. 402; 7 C.L.R. 179; 43 C.P.C. 66 (S.C.).

APPLICATION for inspection of documents. Application dismissed.

de détail, pour qu'une autre partie puisse en comprendre facilement le contenu». Or, les défendeurs ont décrit de manière à ce qu'il soit presque impossible d'en comprendre facilement le contenu les documents qui, d'après eux, font l'objet d'un privilège. C'est la raison pour laquelle l'avocat des défendeurs a fourni une liste détaillée des documents à l'égard desquels est invoqué le secret professionnel de l'avocat.

Le secret professionnel de l'avocat existe à titre d'exception au principe général exigeant qu'il y ait la divulgation la plus complète possible. On invoque à ce propos la décision *Sauder Industries Ltd. c. Le navire «Molda» et autre*, d'où il ressort qu'un litige doit être la raison principale de la préparation d'un rapport, sans quoi l'exemption de communication ne peut être demandée ni accordée à son égard. Toutes les communications faites entre un avocat et son client en vue d'un litige font l'objet d'un privilège. Les faits contenus dans la communication entre le client et son avocat jouissent également du privilège, c.-à-d. que le document exposant les faits bénéficie du privilège s'il a été communiqué entre le client et l'avocat en vue d'un litige. Cela n'écarte cependant pas la possibilité d'interroger une personne sur les faits se rapportant à une affaire qui se trouvent mentionnés dans un document bénéficiant du privilège.

Les documents demandés bénéficient du privilège du fait qu'ils ont été préparés aux fins du litige. Il s'agit en effet de documents établis par le «client» et son avocat après que les poursuites eurent été intentées contre le demandeur.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 448 (mod. par DORS/90-846, art. 15).

#### JURISPRUDENCE

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Justason c. Canada Trust* (1987), 78 N.B.R. (2d) 317; 198 A.P.R. 317 (B.R.); *Lapointe c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [1987] 1 C.F. 445; (1986), 6 F.T.R. 134 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Sauder Industries Ltd. et autre c. Le navire «Molda» et autre* (1986), 3 F.T.R. 190 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Dusik v. Newton et al.* (1983), 1 D.L.R. (4th) 568; 48 B.C.L.R. 111; 38 C.P.C. 87 (C.A.).

##### DÉCISION CITÉE:

*Central Mortgage and Housing Corporation v. Foundation Company of Canada Limited and Travellers Indemnity Company of Canada et al.* (1984), 63 N.S.R. (2d) 402; 141 A.P.R. 402; 7 C.L.R. 179; 43 C.P.C. 66 (C.S.).

DEMANDE d'examen de documents. Demande rejetée.

## COUNSEL:

*Thomas E. Williams* for plaintiff.  
*Al R. Pringle, Q.C.*, for defendants.

## SOLICITORS:

*O'Dea, Strong, Earle*, St. John's, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendants.

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

TEITELBAUM J: This is an application for inspection of documents by the plaintiff, Kevin Bussey, wherein plaintiff makes the following request:

WHEREAS as pursuant to Rule 476 of the *Federal Court Act* S.C. 1990, c. 8 and for the reasons outlined and contained in the Affidavit attached hereto, the Plaintiff requests that this Honourable Court grant an Order instructing the Defendants to disclose to the Plaintiff those documents contained in Schedule II of the Defendant's Affidavit of Documents and more particular [*sic*] relating to correspondence between the various Crown's solicitors and the Royal Canadian Mounted Police.

In his application, plaintiff states:

- 1) he filed a statement of claim against the defendants the Attorney General of Canada and Her Majesty the Queen (Crown) on July 4, 1988;
- 2) the defendants filed a statement of defence on June 8, 1989;
- 3) the defendants filed an affidavit of documents on the 12th of March, 1991 when the Crown claimed privilege to those documents and reports outlined and contained in Schedule II;
- 4) the defendants provided plaintiff with a notice to inspect only those documents where no privilege is claimed.

Plaintiff states that he wishes to inspect specific documents contained in Schedule II of the defendants' affidavit of documents "as they (should read he —there is only one plaintiff) feel they are essential in

## AVOCATS:

*Thomas E. Williams* pour le demandeur.  
*Al R. Pringle, c.r.*, pour les défendeurs.

<sup>a</sup> PROCUREURS:

*O'Dea, Strong, Earle*, St. John's, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

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

LE JUGE TEITELBAUM: La Cour est saisie d'une demande d'examen de documents présentée par le demandeur, Kevin Bussey, dans les termes suivants:

[TRADUCTION] SUR LE FONDEMENT DE la Règle 476 prise en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.C. 1990, ch. 8, et pour les motifs exposés dans l'affidavit ci-annexé, le demandeur sollicite auprès de la Cour une ordonnance qui obligerait les défendeurs à communiquer au demandeur les documents se trouvant à l'annexe II de l'affidavit déposé par le défendeur en application de la Règle 448 et, plus particulièrement, les documents se rapportant à la correspondance entre différents substituts du procureur général et la Gendarmerie royale du Canada.

Dans sa demande, le demandeur allègue ce qui suit:

- 1) [TRADUCTION] Il a produit une déclaration contre les défendeurs le procureur général du Canada et Sa Majesté la Reine (la Couronne) le 4 juillet 1988.
- 2) Les défendeurs ont produit une défense le 8 juin 1989.
- 3) Les défendeurs ont déposé un affidavit en application de la Règle 448 le 12 mars 1991, date à laquelle la Couronne a invoqué le privilège à l'égard des documents et rapports énumérés et joints à l'annexe II.
- 4) Les défendeurs ont signifié au demandeur un avis que les documents peuvent être examinés, lequel avis ne portait que sur les documents à l'égard desquels aucun privilège n'a été revendiqué.

Le demandeur a exprimé le désir d'examiner quelques documents en particulier figurant à l'annexe II de l'affidavit visé à la Règle 448 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/90-

establishing their case and rebutting the Defendant's case as outlined in their Defence".

At the hearing before me, counsel for plaintiff left me with the impression that he really wanted to see one main document. This document, if it in fact exists, is an alleged letter written by a Mr. Eaton, a Crown Prosecutor, to a representative of the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) stating that no charges should be brought against the Plaintiff.

I think it important to give some background to better understand the present proceeding.

As I have stated, the plaintiff filed a statement of claim into the Court Registry on July 4, 1988. Plaintiff alleges that on or about January 16, 1985, he was arrested by the RCMP and charged under the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] of Canada. On January 25, 1985, the plaintiff appeared in Court in St. John's in the Province of Newfoundland for election and plea. Plaintiff alleges, in paragraph 8 of his statement of claim:

8. On July 16th, 1985 an agent of the Defendant wrote the Plaintiff's lawyer indicating his willingness to withdraw the above cited charges against the Plaintiff, which said withdrawal was later denied.

Plaintiff also alleges he took numerous steps to attempt to have a speedy trial but could not do so. In any event, on November 18, 1986, the plaintiff alleges that the defendants withdrew all charges against him. As a result, plaintiff is claiming damages in that "he has suffered both financial and economic loss".

As per Rule 448 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/90-846, s. 15)], the parties to an action must file and serve an affidavit of documents listing both privileged and non-privileged documents in its possession as well as other statements concerning documents:

846, art. 15)] qu'ont déposé les défendeurs, [TRADUCTION] «puisque'il les estime essentiels pour appuyer ses propres arguments et pour réfuter ceux des défendeurs exposés dans leur défense».

a

À l'audience devant moi, j'ai eu l'impression que l'avocat du demandeur voulait en réalité ne consulter qu'un seul document clé. Ce document, à supposer qu'il existe vraiment, consisterait en une lettre qu'aurait adressée M<sup>e</sup> Eaton, substitut du procureur général, à un représentant de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) et dans laquelle il aurait dit qu'aucune accusation ne devrait être portée contre le demandeur.

b

Or, je crois qu'il est important de préciser un peu le contexte afin qu'on puisse mieux comprendre de quoi il retourne dans la présente instance.

c

d

Le demandeur, je le répète, a déposé une déclaration auprès du greffe de la Cour le 4 juillet 1988. Il dit que, vers le 16 janvier 1985, il a été arrêté par la GRC et accusé d'une infraction au *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34] du Canada. Le 25 janvier 1985, le demandeur a comparu en cour à St. John's (Terre-Neuve) pour faire un choix quant au mode du procès et pour inscrire un plaidoyer. Au paragraphe 8 de sa déclaration, le demandeur allègue:

e

f

[TRADUCTION] 8. Le 16 juillet 1985, un représentant du défendeur a indiqué dans une lettre à l'avocat du demandeur qu'il était prêt à retirer les accusations susmentionnées portées contre le demandeur, décision sur laquelle on est revenu par la suite.

g

Le demandeur affirme en outre avoir multiplié les démarches en vue de se faire juger dans les plus brefs délais, mais en vain. Quoi qu'il en soit, le demandeur prétend que, le 18 novembre 1986, les défendeurs ont retiré la totalité des accusations portées contre lui. Il réclame en conséquence des dommages-intérêts du fait que [TRADUCTION] «il a subi un préjudice à la fois financier et économique».

h

i

Aux termes de la Règle 448, les parties à une action sont tenues au dépôt et à la signification d'un affidavit faisant état des documents, tant ceux qui bénéficient d'un privilège que ceux qui n'en bénéficient pas, qu'elles ont en leur possession, et contenant d'autres déclarations relatives aux documents. La Règle 448 est ainsi conçue:

j

*Rule 448.* (1) Every party to an action shall file an affidavit of documents and serve it on every other party to the action within 30 days from the close of pleadings or such other period as the parties agree or the Court orders.

(2) An affidavit of documents (Form 19) shall contain

(a) separate lists and sufficient descriptions of all documents relevant to any matter in issue that

(i) are in the possession, power or control of the party and for which no privilege is claimed,

(ii) are or were in the possession, power or control of the party and for which privilege is claimed,

(iii) were but are no longer in the possession, power or control of the party and for which no privilege is claimed, and

(iv) the party believes are in the possession, power or control of a person who is not a party to the action;

(b) a statement of the grounds for each claim of privilege in respect of a document;

(c) a description of how the party lost possession, power or control of any document and its current location, so far as the party can determine;

(d) a description of the identity of each person referred to in paragraph (a)(iv), including the person's name and address, if known; and

(e) a statement that the party is not aware of any other relevant document other than those that are listed in the affidavit or those that are or were only in the possession, power or control of another party to the action.

(3) A party may treat a bundle of documents as a single document for the purposes of an affidavit of documents, if

(a) the documents are all of the same nature; and

(b) the bundle is described in sufficient detail to enable another party to clearly understand its contents.

(4) A document is in a party's power or control if

(a) the party is entitled to obtain the original document or a copy of it; and

(b) at least one other party is not so entitled.

(5) The disclosure of a document or its production for inspection shall not be taken as an admission of its authenticity or admissibility in the action.

The defendants, in their affidavit of documents, concerning privileged documents in their possession, make the following statement:

*Règle 448.* (1) Chaque partie à une action dépose un affidavit en application de la présente règle et le signifie aux autres parties à l'action dans un délai de 30 jours après que la contestation soit liée ou dans tout autre délai convenu par les parties ou ordonné par la Cour.

(2) L'affidavit prévu à l'alinéa (1) (formule 19) comprend:

a) des listes séparées et des descriptions suffisamment détaillées de tous les documents pertinents à l'affaire en litige:

i) qui sont en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de la partie et à l'égard desquels aucun privilège n'est revendiqué;

ii) qui sont ou étaient en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de la partie et à l'égard desquels un privilège est revendiqué;

iii) qui étaient mais ne sont plus en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de la partie et à l'égard desquels aucun privilège n'est revendiqué;

iv) que la partie croit être en la possession, sous l'autorité ou sous la garde d'une personne qui n'est pas une partie à l'action;

b) une déclaration exposant le fondement de chaque revendication de privilège revendiqué à l'égard d'un document;

c) une déclaration expliquant comment un document a cessé d'être en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de la partie et indiquant où le document se trouve actuellement, dans la mesure où il lui est possible de le déterminer;

d) les renseignements personnels permettant d'identifier toute personne visée à l'alinéa a)(iv), y compris son nom et son adresse, s'ils sont connus;

e) une déclaration attestant que la partie n'a pas connaissance de l'existence d'autres documents pertinents que ceux qui sont énumérés à l'affidavit ou qui sont ou étaient seulement en la possession, sous l'autorité ou sous la garde d'une autre partie à l'action.

(3) Aux fins de préparation de l'affidavit prévu à l'alinéa (1), une liasse de documents peut être répertoriée comme un seul document si:

a) les documents sont tous de même nature;

b) la liasse est décrite avec suffisamment de détail, pour qu'une autre partie puisse en comprendre facilement le contenu.

(4) Un document est réputé être sous l'autorité ou sous la garde d'une partie si:

a) cette partie a le droit d'en obtenir l'original ou une copie;

b) au moins une autre partie ne jouit pas du même droit.

(5) La divulgation d'un document ou sa production pour fins d'examen ne constitue pas une reconnaissance de son authenticité ou de son admissibilité dans le cadre de l'action.

Les défendeurs font dans leur affidavit relatif aux documents qu'ils ont en leur possession et qui font l'objet d'un privilège la déclaration suivante:



The following are all of the relevant documents, or bundles or relevant documents, that are or were in the Crown's possession, power or control and for which privilege is claimed:

Reports, opinions and correspondence exchanged between the Defendant's solicitors, agents and the Royal Canadian Mounted Police, their agents and representatives on the grounds of solicitor/client privilege.

Now plaintiff wants to be able to examine these documents as he states they are crucial for him "to help him have a better case and to be in a better position to attack the Defendants' case".

Counsel for plaintiff contends that the manner in which defendants expressed that they have documents which they consider privileged is insufficient. Counsel contends that if defendants are claiming that certain documents are subject to solicitor-client privilege, defendants must, at the least, state what the documents are.

I agree with this submission by plaintiff. Rule 448(3) states that a party may treat a bundle of documents as a single document providing "(a) the documents are all of the same nature; and (b) the bundle is described in sufficient detail to enable another party to clearly understand its contents."

It is apparent that the manner in which the defendants "described" the allegedly privileged material, makes it almost, if not impossible, "to clearly understand its contents". I am satisfied that counsel for defendants realized this concern and for that reason produced a detailed list of the documents for which defendants are claiming solicitor-client privilege as per Schedule II of defendants' affidavit of documents.

Counsel for plaintiff submits that plaintiff should be able to identify the documents, failing which plaintiff is at a total loss in understanding what are the documents for which privilege is being claimed and must be able to see the documents in order to

[TRANSDUCTION] Sont énumérés ci-après la totalité des documents pertinents ou des liasses de documents pertinents qui sont ou qui ont été en la possession de la Couronne, sous son autorité ou sous sa garde et à l'égard desquels un privilège est revendiqué:

Les rapports, les avis et la correspondance échangés par les avocats et les mandataires du défendeur d'une part et la Gendarmerie royale du Canada, ses mandataires et ses représentants d'autre part, le secret professionnel de l'avocat étant invoqué à l'égard de ces documents.

Le demandeur veut maintenant pouvoir examiner ces documents, car, dit-il, ils sont cruciaux en ce qu'ils [TRANSDUCTION] «lui permettront de présenter des arguments plus solides et le mettront en meilleure posture pour attaquer ceux des défendeurs».

L'avocat du demandeur soutient que la façon dont les défendeurs ont signalé qu'ils ont en leur possession des documents qui, d'après eux, font l'objet d'un privilège n'est pas suffisante. Selon l'avocat, s'ils prétendent que certains documents sont assujettis au secret professionnel de l'avocat, les défendeurs doivent tout au moins indiquer quels sont ces documents.

Je retiens ce moyen avancé par le demandeur. En effet, le paragraphe (3) de la Règle 448 porte qu'une liasse de documents peut être répertoriée comme un seul document, pourvu que «a) les documents sont tous de même nature; [et] b) la liasse est décrite avec suffisamment de détail, pour qu'une autre partie puisse en comprendre facilement le contenu».

Or, il appert que les défendeurs ont «décrit» de manière à ce qu'il soit extrêmement difficile, voire impossible, d'«en comprendre facilement le contenu», les documents qui, soutiennent-ils, font l'objet d'un privilège. Pour ma part, je suis convaincu que l'avocat des défendeurs s'est rendu compte de ce problème et a en conséquence produit une liste détaillée des documents à l'égard desquels les défendeurs invoquent le secret professionnel de l'avocat. Cette liste figure à l'annexe II de l'affidavit déposé par les défendeurs en application de la Règle 448.

L'avocat du demandeur prétend que ce dernier devrait être en mesure d'identifier les documents, à défaut de quoi il se verrait dans l'impossibilité absolue de comprendre quels documents font l'objet d'une revendication de privilège. L'avocat soutient

obtain factual evidence not names of and descriptions of informers.

Plaintiff submits that the general principle is that there must be the fullest possible disclosure. The submission is that there must be full, open and complete disclosure of any and all documents that are relevant.

There is, of course, no disagreement with the above statement. To temper this broad principle one must consider that the law allows certain documents not to be disclosed if there exists a solicitor-client privilege, that is, a document was prepared for the purpose of litigation or in contemplation of litigation. In the case of *Sauder Industries Ltd. et al. v. Ship "Molda" et al.* (1986), 3 F.T.R. 190 (F.C.T.D.), at page 191, Mr. Justice Rouleau states:

The general rule which now prevails contemplates that there is to be the fullest possible disclosure of all relevant material capable of throwing light upon the issues of a case.

The dominant purpose rule, which is now being followed in the Canadian courts, suggests that though there may be a remote possibility of litigation, along with some other purpose for which the report may have been ordered, litigation must be the predominant reason in order for privilege to be claimed and granted.

Counsel for plaintiff submits and he agrees that the solicitor-client privilege protects any correspondence with a lawyer providing it is prepared for the purpose of litigation or in contemplation of litigation. Counsel submits that there are exceptions to the privilege. As an example, counsel states that the facts contained in a communication may not be privileged even if the communication is. Counsel submits the case of *Dusik v. Newton et al.* (1983), 1 D.L.R. (4th) 568 (B.C.C.A.) where Mr. Justice Seaton speaking for the Court of Appeal states, at pages 571 and 572:

The general principle of solicitor-client privilege is stated at 8 Wigmore, *Evidence* (McNaughton rev. 1961), § 2292, p. 554:

Where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in his capacity as such, the communications relating to that purpose, made in confidence by the client, are at his instance permanently protected from

en outre que le demandeur devrait pouvoir examiner les documents afin d'en retirer non pas le nom et le signalement d'indicateurs, mais des éléments de preuve factuels.

Selon le demandeur, le principe général veut qu'il y ait la divulgation la plus complète possible. Il prétend donc que tous les documents pertinents doivent être communiqués intégralement et sans réserve.

C'est là évidemment une assertion que nul ne conteste. Toutefois, pour atténuer ce principe général, on doit conclure que certains documents sont juridiquement exemptés de communication dans les cas où entre en jeu le secret professionnel de l'avocat, c'est-à-dire lorsqu'un document a été préparé aux fins ou en vue d'un litige. Dans l'affaire *Sauder Industries Ltd. et autre c. Le Navire «Molda» et autre* (1986), 3 F.T.R. 190 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 191, le juge Rouleau affirme:

Selon la règle générale qui prévaut actuellement, toute la documentation pertinente susceptible de jeter la lumière sur les points litigieux d'une affaire doit, dans la mesure du possible, être communiquée au complet.

La règle du motif principal actuellement suivie par les tribunaux canadiens laisse entendre que même si le rapport peut avoir été demandé en raison de la possibilité lointaine d'un litige, de même que pour quelque autre motif, le litige doit être la raison principale pour laquelle l'exemption est demandée et accordée.

L'avocat du demandeur fait valoir et convient que le secret professionnel de l'avocat protège toute correspondance avec un avocat, pourvu qu'elle ait eu lieu aux fins ou en vue d'un litige. Il soutient cependant que cette règle admet certaines exceptions. À titre d'exemple, il dit que les faits énoncés dans une communication peuvent ne pas faire l'objet d'un privilège, même si la communication elle-même en bénéficie. L'avocat invoque l'affaire *Dusik v. Newton et al.* (1983), 1 D.L.R. (4th) 568 (C.A.C.-B.), dans laquelle le juge Seaton, se prononçant au nom de la Cour d'appel, dit, aux pages 571 et 572:

[TRADUCTION] Le principe général du secret professionnel de l'avocat se trouve énoncé à 8 Wigmore, *Evidence* (révision de McNaughton 1961), § 2292, p. 554:

Les communications faites par le client qui consulte un conseiller juridique ès qualités, voulues confidentielles par le client, et qui ont pour fin d'obtenir un avis juridique font l'objet à son instance d'une protection permanente contre

disclosure by himself or by the legal adviser, except the protection be waived.

This definition was approved by the Supreme Court of Canada in *Solosky v. The Queen* (1979), 105 D.L.R. (3d) 745 at p. 756, 50 C.C.C. (2d) 495, [1980] 1 S.C.R. 821 (per Dickson J.). There are circumstances that fall outside the definition and there are exceptions to the definition, but *prima facie* communications between solicitors and their clients are privileged.

The appellant's argument approaches the matter in this way. Whether the plaintiff's shares were being sold is a question of fact. Mr. Newton's knowledge on that fact is in issue. Whether he gained the knowledge through his solicitor or otherwise, his knowledge on the question of fact is not privileged. The appellant supports this contention with extracts from *Susan Hosiery Ltd.*, above, including this extract at p. 34:

What is important to note about both of these rules is that they do not afford a privilege against the discovery of facts that are or may be relevant to the determination of the facts in issue. What is privileged is the communications or working papers that came into existence by reason of the desire to obtain a legal opinion or legal assistance in the one case and the materials created for the lawyer's brief in the other case. The facts or documents that happen to be reflected in such communications or materials are not privileged from discovery if, otherwise the party would be bound to give discovery of them.

I would also note that Mr. Justice Seaton, on pages 572 and 573, goes on to state:

In my view, the reasoning in those cases does not apply to this case. The questions in issue on this appeal inquire into the solicitor-client communication. Mr. Harasym did not contend that the fact within his client's knowledge was privileged, but that the communication was privileged. In my view, he was right in that contention.

Counsel for the appellant has not offered us any case in which it was held that the communication between the solicitor and the client was not privileged in so far as it dealt with fact. In the brief time available, this trial is to start on Monday, I have not come across a case.

The distinction that was not made by the appellant was made by Jackett P. at p. 35:

In my view it follows that, whether we are thinking of a letter to a lawyer for the purpose of obtaining a legal opinion or of a statement of facts in a particular form requested by a lawyer for use in litigation, the letter or statement itself is privileged but the facts contained therein or the documents from which those facts were drawn are not privileged from

toute divulgation par le client ou le conseiller juridique, sous réserve de la renonciation à cette protection.

Cette définition a reçu l'approbation de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Solosky c. La Reine* (1979), 105 D.L.R. (3d) 745, à la p. 756, 50 C.C.C. (2d) 495, [1980] 1 R.C.S. 821 (le juge Dickson). Certes, il est des circonstances qui débordent de la définition et celle-ci souffre des exceptions, mais, à première vue, les communications entre les avocats et leurs clients font l'objet d'un privilège.

L'argument avancé par l'appellant est le suivant. Quant à savoir s'il y avait vente des actions de la partie demanderesse, c'est là une question de fait et les renseignements que possède M. Newton concernant ce fait sont en cause. Ces renseignements, qu'il les ait obtenus de son avocat ou d'une autre source, ne font pas l'objet d'un privilège. L'appellant invoque à l'appui de cet argument des passages tirés de la décision *Susan Hosiery Ltd.*, précitée, et notamment l'extrait suivant qui se trouve à la p. 34:

Ce qu'il importe de noter au sujet de chacune de ces deux propositions, c'est que ni l'une ni l'autre ne confère de privilège allant à l'encontre de la communication des faits qui sont ou peuvent être pertinents pour la décision sur les faits litigieux. Ce qui est privilégié, ce sont, d'une part les communications ou les notes dont l'existence est liée à la demande d'un conseil ou d'une assistance juridiques et, d'autre part les documents préparés pour le dossier de l'avocat. Les faits ou les pièces auxquels font allusion ces communications ou ces documents ne bénéficient pas du privilège de ne pas être communiqués si la partie, de toute façon, était tenue de les communiquer.

Je fais remarquer en outre que le juge Seaton, aux pages 572 et 573, ajoute:

[TRADUCTION] À mon avis, le raisonnement dans ces décisions ne s'applique pas en l'espèce. En effet, les questions soulevées par le présent appel concernent les communications entre avocat et client. Or, M<sup>c</sup> Harasym n'a pas soutenu que le fait connu de son client faisait l'objet d'un privilège. Il a plutôt fait valoir que c'est la communication qui en bénéficiait. Je lui donne raison sur ce point.

L'avocat de l'appellant n'a invoqué aucune décision dans laquelle il a été jugé que le privilège ne jouait pas dans le cas d'une communication entre un avocat et son client dans la mesure où cette communication portait sur des faits. Et quant à moi, dans le peu de temps dont je disposais—le procès doit débiter lundi—je n'en ai pu trouver.

La distinction que n'a pas faite l'appellant a été faite par le président Jackett, à la p. 35:

À mon avis, qu'il s'agisse d'une lettre adressée à un avocat pour lui demander un conseil de nature juridique ou d'un exposé des faits sur une formule spéciale demandée par un avocat pour un litige, la lettre ou l'exposé, en tant que tels, jouissent du privilège, mais les faits qu'ils rapportent ou les pièces d'où proviennent ces faits ne sont pas exemptés de la

discovery if, apart from the facts having been reflected in the privileged documents, they would have been subject to discovery.

I take this to mean that all communications between solicitor and client in preparation of a case are privileged. The facts contained in the communication as between client and solicitor are also privileged. That is to say, the document containing the facts is privileged if it was given as between client and solicitor to prepare for litigation. This does not mean that one cannot be questioned on all facts relevant to the case even if certain facts are contained in the privileged document such as a question as to whether or not, as a matter of fact, the Crown Prosecutor, a Mr. Eaton, recommended not to lay or press charges against the plaintiff. The recommendation being made to the RCMP (see *Central Mortgage and Housing Corporation v. Foundation Company of Canada Limited and Travellers Indemnity Company of Canada et al.* (1984), 63 N.S.R. (2d) 402 (S.C.), paragraph 14, page 405).

Another exception to the general rule of privilege for communications between client and solicitor, according to counsel for plaintiff is public interest and relevance—fairness of trial.

Counsel submits the case of *Justason v. Canada Trust* (1987), 78 N.B.R. (2d) 317 (Q.B.) for the above principle. In the *Justason* case, the Judge inspected the documents upon which privilege was being alleged and states, at page 320:

... and have come to the view the documents do involve the question of legal advice being sought and received by the defendant respecting the administration of the trust in question, except for B-3 which I shall touch upon later:

Mr. Justice Higgins goes on to state at pages 320, 321 and 322:

Of significance, however, certain of these documents were written by the plaintiff himself in his capacity as supervisor respecting the very trust in question, seeking legal advice in respect thereof on behalf of the defendant, his then employer.

communication si, mise à part leur mention dans des documents privilégiés, ils auraient dû être communiqués.

J'en déduis que font l'objet d'un privilège toutes les communications faites entre un avocat et son client en vue d'un litige. Les faits contenus dans la communication entre le client et son avocat jouissent également du privilège. C'est-à-dire que le document exposant les faits bénéficie du privilège s'il a été communiqué entre l'avocat et son client en vue d'un litige. Cela n'écarte cependant pas la possibilité d'interroger une personne sur tous les faits se rapportant à l'affaire, même si certains de ces faits figurent dans le document qui bénéficie du privilège. Cette possibilité existe notamment à l'égard de la question de savoir si, sur le strict plan des faits, le substitut du procureur général, en l'occurrence M<sup>e</sup> Eaton, a bel et bien recommandé de ne pas porter une accusation contre le demandeur ou de ne pas poursuivre une telle accusation, recommandation qu'il aurait faite à la GRC (voir *Central Mortgage & Housing Corporation v. Foundation Company of Canada Limited and Travellers Indemnity Company of Canada et al.* (1984), 63 N.S.R. (2d) 402 (C.S.), paragraphe 14, page 405).

Selon l'avocat du demandeur, l'intérêt public et la pertinence pour le public ainsi que l'équité du procès constituent une autre exception à la règle générale prescrivant le privilège pour les communications entre un client et son avocat.

L'avocat invoque au soutien de cette exception la décision *Justason c. Canada Trust* (1987), 78 N.B.R. (2d) 317 (B.R.). Dans l'affaire *Justason*, le juge a examiné les documents à l'égard desquels on revendiquait le privilège et a dit, à la page 320:

[TRADUCTION] ... et j'en suis venu à conclure que les documents se rapportent effectivement à la question de l'avis juridique demandé et obtenu par le défendeur relativement à l'administration de la fiducie en question, sauf en ce qui concerne la pièce B-3, dont je traiterai plus loin.

Le juge Higgins poursuit en affirmant, aux pages 320, 321 et 322:

[TRADUCTION] Fait important, cependant, certains de ces documents ont été rédigés par le demandeur lui-même en sa qualité de surveillant. Ils portent précisément sur la fiducie en cause et demandent au nom de la défenderesse, alors l'employeur du demandeur, un avis juridique relativement à cette fiducie.

These certain documents therefore, in my view, give rise to two substantive competing principles. First they are documents seeking and containing professional legal advice between the defendant and its legal counsel, and secondly, they comprise evidence documenting the conduct of the plaintiff, in his employ, carrying out his responsibilities as supervisor of trust services, the very issue raised by "the particulars of cause" filed by the defendant.

The question and resolution of competing principles was addressed by Lord Edmund-Davies in **Waugh v. British Railways Board**, [1980] A.C. 521, at p. 543, as follows:

"And in my judgment we should start from the basis that the public interest is, on balance, best served by rigidly confining within narrow limits the cases where material relevant to litigation may be lawfully withheld. Justice is better served by candour than by suppression. For, as it was put in the **Grant v. Downs** majority judgment, at p. 686: '... the privilege . . . detracts from the fairness of the trial by denying a party access to relevant documents or at least subjecting him to surprise'."

I believe the total documentation I have inspected may be grouped into three divisions:

1. General correspondence between the plaintiff, acting as the defendant's trust officer, and the defendant's legal advisor, seeking and receiving advice and direction respecting the trust agreement in question and how the trust was being administered. There are also two sheets of figures and calculations with no indication who prepared them or to what specific purpose they were prepared, and I refer specifically to B-3.

2. Memoranda internal to the defendant's legal advisor's law office, essentially comprising direction by a senior partner in this law firm, the defendant's legal counsel, to junior lawyers in his office to research certain points of trust law together with the research prepared by these lawyers.

3. Legal advice sought by officers of the defendant other than the plaintiff and dated after the plaintiff's dismissal.

In my view the documentation contained in the first division ought to be produced and made available for inspection and those documents in divisions two and three ought not to be disclosed.

The documentation in division number one, in my view, is most relevant to this matter, particularly to the plaintiff, in the sense that this documentation refers to when the plaintiff sought advice; what advice he sought; the analysis and assessment of the trust agreement in question, which the defendant alleges the plaintiff handled incompetently; and the advice and direction the plaintiff was receiving from defendant's legal counsel in the face of emerging problems. This documentation,

J'estime donc que ces documents relèvent de deux principes fondamentaux opposés. En premier lieu, il s'agit de documents dans lesquels la défenderesse demande un avis juridique à son avocat et aussi de documents dans lesquels celui-ci fournit cet avis. En deuxième lieu, ces documents contiennent des éléments de preuve faisant état de la conduite du demandeur dans l'exercice de ses fonctions de surveillant des services fiduciaires, soit le point même soulevé par les «précisions relatives à la cause» déposées par la défenderesse.

La question des principes opposés a été abordée et résolue par lord Edmund-Davies dans l'affaire **Waugh v. British Railways Board**, [1980] A.C. 521, à la p. 543, comme suit:

«Et, à mon sens, il faut partir du principe que, tout compte fait, l'intérêt public est le mieux servi si on limite strictement les cas où la communication de documents se rapportant à un litige peut être licitement refusée. C'est la franchise plutôt que la suppression qui est le plus susceptible de permettre que justice soit rendue. Car, comme l'ont affirmé les juges majoritaires dans l'affaire **Grant v. Downs**, à la p. 686: "... le privilège . . . compromet l'équité du procès en refusant à une partie l'accès aux documents pertinents ou, tout au moins, en l'exposant à des surprises".»

Je crois qu'il est possible de diviser en trois catégories l'ensemble des documents que j'ai examinés:

1. La correspondance générale entre le demandeur, agissant en sa qualité d'agent fiduciaire de la défenderesse, et l'avocat de cette dernière. Cette correspondance demandait ou contenait, selon le cas, des avis et des conseils concernant le contrat de fiducie en question et quant au mode d'administration de la fiducie. Il y a en outre deux feuilles où figurent des chiffres et des calculs sans qu'il ne soit mentionné ni la personne qui les a préparées ni le but précis de leur préparation—je fais allusion en particulier à la pièce B-3.

2. Des notes de service internes du cabinet d'avocats auquel appartenait l'avocat de la défenderesse. Il s'agit essentiellement, d'une part, d'instructions par lesquelles cet avocat, un associé principal dudit cabinet, demandait à des avocats en second du même cabinet d'entreprendre des recherches sur certains points touchant le droit des fiducies, et d'autre part, du fruit des recherches faites par ces avocats.

3. Des avis juridiques demandés par des agents de la défenderesse autres que le demandeur, portant des dates postérieures au congédiement du demandeur.

À mon avis, la documentation comprise dans la première catégorie devrait être produite aux fins d'examen, mais il ne devrait pas y avoir communication des documents des deuxième et troisième catégories.

Ce sont les documents de la première catégorie qui, d'après moi, sont les plus pertinents en l'espèce, particulièrement en ce qui concerne le demandeur puisqu'il y est question du moment où ce dernier a demandé un avis juridique, de la nature de l'avis demandé, de l'analyse et de l'évaluation du contrat de fiducie en cause, à l'égard duquel le demandeur aurait fait preuve d'incompétence selon la défenderesse, et des avis et conseils que le demandeur recevait de l'avocat de la défende-

in my view, has relevance independent of the “legal advice” aspect of the exchanges.

In my view the interest of “relevance” and “fairness of the trial” must here prevail over the privilege claimed by the defendant. I also order B-3 disclosed as there appears to be no reason advanced why it ought not to be disclosed.

The balance of the documentation I have examined does not possess that added element of the plaintiff’s personal involvement and, thus, in my view, the solicitor-client privilege claimed must prevail with regard to such remaining documentation.

In the above case, the plaintiff was asking for the production of certain documents which were written by himself in his capacity as supervisor respecting a trust in issue wherein he was seeking legal advice on behalf of his employer. This is not as in the case at bar. In the case at bar, no letters were sent to the defendants’ solicitors before any charges were laid—the plaintiff never “acted” for the defendants.

With respect, I am satisfied that this case is not analogous to the one at bar.

Another exception to the general rule for privilege is that of waiver, according to counsel for plaintiff. Counsel for plaintiff states this waiver may be expressly or implicitly given. Counsel refers to paragraph 4 of the statement of defence together with the last sentence of paragraph 9 of the statement of defence as well as the last sentence of paragraph 16 of the statement of defence for the proposition that the defendant implicitly waived any privilege in that it is the letter sent by Eaton which, according to plaintiff, shows that there never existed a *prima facie* case.

4. As to paragraph 4 of the Statement of Claim, he says that the Plaintiff was charged that he did unlawfully conspire together, the one with the other, with three (3) other persons to commit the indictable offence of trafficking in a narcotic, to wit., Cannabis resin, in violation of Section 4(1) of the **Narcotic Control Act**, thereby committing an offence contrary to Section 423(1)(d) of the **Criminal Code of Canada**. He further says that the Plaintiff was also charged with two counts of possession of narcotics for the purpose of trafficking contrary to Section 4(2) of the **Narcotic Control Act**.

resse face aux problèmes qui surgissaient. Or, je tiens cette documentation pour pertinente indépendamment de son aspect «avis juridique».

Je suis d’avis qu’en l’espèce la «pertinence» et l’«équité du procès» doivent l’emporter sur le privilège revendiqué par la défenderesse. De plus, j’ordonne la communication de la pièce B-3 étant donné qu’on semble n’avoir avancé aucune raison militante contre sa divulgation.

Quant au reste des documents que j’ai examinés, ils ne comportent pas l’élément supplémentaire de la participation personnelle du demandeur, de sorte que, selon moi, le secret professionnel de l’avocat invoqué doit primer à l’égard de ces documents.

Dans la décision précitée, le demandeur revendiquait la production de certains documents qu’il avait lui-même rédigés en sa qualité de surveillant. Les documents concernaient une fiducie litigieuse relativement à laquelle il demandait un avis juridique pour le compte de son employeur. Ce cas diffère donc de celui qui se présente en l’espèce, où aucune lettre n’a été envoyée aux avocats des défendeurs avant que des accusations ne soient portées—le demandeur n’a jamais «agi» pour les défendeurs.

En toute déférence, je suis convaincu que le cas présent n’est nullement assimilable à celui susmentionné.

L’avocat du demandeur prétend que la renonciation constitue également une exception à la règle générale prescrivant le privilège. Cette renonciation, soutient l’avocat, peut être expresse ou implicite. L’avocat invoque le paragraphe 4 et la dernière phrase du paragraphe 9, ainsi que la dernière phrase du paragraphe 16, de la défense à l’appui de l’argument selon lequel le défendeur a implicitement renoncé au privilège puisque c’est la lettre envoyée par Eaton qui, d’après le demandeur, établit l’inexistence d’une preuve suffisante à première vue.

[TRADUCTION] 4. En ce qui a trait au paragraphe 4 de la déclaration, il dit que le demandeur a été accusé d’avoir comploté avec trois autres personnes en vue de faire le trafic d’un stupéfiant, à savoir de la résine de cannabis, acte criminel visé au paragraphe 4(1) de la **Loi sur les stupéfiants**, et d’avoir ainsi commis une infraction à l’alinéa 423(1)d) du **Code criminel** du Canada. Il dit en outre que le demandeur a également été accusé sous deux chefs de possession de stupéfiants en vue d’en faire le trafic, infraction prévue au paragraphe 4(2) de la **Loi sur les stupéfiants**.

9. . . . He says in answer to paragraph 10 of the Statement of Claim, that the Defendant's servants including the Defendant's Crown prosecutor were of the opinion throughout the time referred to in paragraph 10 of the Statement of Claim that there was a 'prima facie' case against the Plaintiff.

16. . . . He further says that the evidence against the Plaintiff was reviewed by the Defendant's Crown prosecutor and it was determined that a 'prima facie' case existed to charge the Plaintiff with the offences referred to in paragraph 4 of the Statement of Claim.

Counsel submits for consideration the case of *Lapointe v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1987] 1 F.C. 445; (1986), 6 F.T.R. 134 (T.D.) for the above-mentioned principle. In the F.T.R. summary of the case [at page 134], it states:

The plaintiffs alleged that federal authorities acted without authority in cancelling certain fishing licences. The plaintiffs alleged that the authorities breached the rules of natural justice and that their servants acted maliciously in cancelling the licences and claimed damages for loss of profits and consequential and punitive damages. The authorities refused to answer questions on discovery and provide documents respecting legal opinions which were sought by them. They claimed such opinions were privileged. The plaintiffs applied under Federal Court Rule 465(18) for an order requiring the authorities to answer questions and provide documents.

The Federal Court of Canada, Trial Division, held that the legal opinions were privileged, but that the authorities waived the solicitor-client privilege in their statement of defence. Accordingly, the court allowed the plaintiffs' application but ordered that access to the legal opinions would be available only to the parties for their confidential use.

On page 446 F.C., Mr. Justice Cullen makes the following observation:

The allegation is that the defendants breached the rules of natural justice, their servants acted maliciously in requesting the Minister of Fisheries and Oceans (Minister) to cancel the licences, and later claim damages for loss of profits and consequential and punitive damages.

In the case at bar, there is no allegation that the defendants breached the rules of natural justice and I am of the view that this case is also not applicable to the case at bar. Furthermore, the opinions solicited in the case before Mr. Justice Cullen were obtained

9. . . . Il dit en réponse au paragraphe 10 de la déclaration que les préposés du défendeur, y compris le substitut du procureur général, ont été d'avis tout au cours de la période mentionnée au paragraphe 10 de la déclaration qu'il existait contre le demandeur une preuve «suffisante à première vue».

16. . . . Il affirme en outre que la preuve contre le demandeur a été examinée par le substitut du procureur général, qui l'a jugée suffisante «à première vue» pour que le demandeur puisse être accusé des infractions visées au paragraphe 4 de la déclaration.

L'avocat invoque la décision *Lapointe c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [1987] 1 C.F. 445; (1986), 6 F.T.R. 134 (1<sup>re</sup> inst.), à l'appui du principe susmentionné. Le sommaire de cette décision [dans le F.T.R.] est ainsi rédigé [à la page 134]:

[TRADUCTION] Les demandeurs ont prétendu que les autorités fédérales avaient agi sans y être habilitées en annulant certains permis de pêche. Ils ont prétendu en outre que lesdites autorités avaient violé les règles de la justice naturelle et que leurs préposés avaient agi abusivement en annulant les permis. Ils ont réclamé en conséquence des dommages-intérêts pour manque à gagner ainsi que des dommages-intérêts découlant d'un préjudice indirect et des dommages-intérêts exemplaires. Les autorités ont refusé de répondre à des questions concernant des avis juridiques qu'elles avaient obtenus posées lors de l'interrogatoire préalable et de produire des documents se rapportant à ces avis qui, prétendaient-elles, bénéficiaient d'un privilège. Les demandeurs ont demandé en vertu de la Règle 465(18) des Règles de la Cour fédérale une ordonnance obligeant les autorités à répondre aux questions et à produire les documents.

La Division de première instance de la Cour fédérale a jugé que les avis juridiques faisaient l'objet d'un privilège, mais que les autorités, dans leur défense, avaient renoncé au privilège du secret professionnel de l'avocat. Par conséquent, la Cour a fait droit à la requête des demandeurs, mais a ordonné que les avis juridiques en question ne soient communiqués qu'aux parties pour qu'elles les consultent à titre confidentiel.

À la page 446 C.F., le juge Cullen fait l'observation suivante:

Les demandeurs allèguent que les défendeurs ont violé les règles de la justice naturelle et que leurs préposés ont agi abusivement en demandant au ministre des Pêches et Océans (le ministre) d'annuler les permis et ils réclament des dommages-intérêts pour manque à gagner ainsi que des dommages-intérêts exemplaires.

En l'espèce, on ne prétend pas que les défendeurs ont violé les règles de la justice naturelle et je suis d'avis que la décision *Lapointe* ne s'applique pas, elle non plus, au présent litige. En outre, les avis demandés dans l'affaire dont se trouvait saisi le juge

before cancelling of the licences in issue as opposed to the communication being looked for in the present case which, if it exists, came into being after the plaintiff was charged for his alleged criminal activity.

I am satisfied that the documents being sought are privileged as these documents were prepared for the purpose of the litigation. The documents were prepared between "client" and its solicitor after the prosecution against plaintiff had commenced.

The application is dismissed with costs.

Cullen avaient été obtenus antérieurement à l'annulation des permis en cause. Or, il en est tout autrement de la lettre demandée en l'espèce, laquelle, à supposer qu'elle existe, n'a été rédigée qu'après que le demandeur eut été accusé relativement aux activités criminelles auxquelles il se serait livré.

Je suis convaincu que les documents demandés bénéficient du privilège du fait qu'ils ont été préparés aux fins du litige. Il s'agit en fait de documents établis par le «client» et son avocat après que les poursuites eurent été intentées contre le demandeur.

La demande est rejetée avec dépens.



T-2927-91

Vancouver Island Peace Society, Anne A. Pask,  
and Gregory P. Hartnell (*Applicants*)

v.

Her Majesty the Queen in the Right of Canada,  
Prime Minister of Canada, Minister of National  
Defence, Secretary of State for External Affairs,  
Minister of Transport, and Minister of  
Environment (*Respondents*)

INDEXED AS: VANCOUVER ISLAND PEACE SOCIETY v. CANADA  
(T.D.)

Trial Division, Strayer J.—Vancouver, April 6 and  
14, 1992.

*Environment — Principal application to quash Orders in  
Council approving visits of nuclear-powered/armed vessels at  
Canadian ports for failure to comply with Environmental  
Assessment and Review Process Guidelines Order (EARPGO)  
and for mandamus requiring Minister to conduct initial assess-  
ment to determine if “potentially adverse environmental  
effects” and to refer proposal to Minister of Environment for  
public review — Respondents applying herein to have princi-  
pal application proceed as action as difficult issues of fact as  
to whether significant potentially adverse environmental effects  
— Role of Court in reviewing decisions of initiating depart-  
ment under EARPGO, ss. 12, 13 — Issues to be addressed.*

This was an application for an order that the applicants’  
motion for *mandamus* and *certiorari* (the principal application)  
proceed as an action. The applicants are seeking to have two  
Orders in Council, approving visits of nuclear-powered and  
nuclear-armed naval vessels to Canadian ports quashed  
because they were made without compliance with a “prerequi-  
site”, i.e. the requirements of the *Environmental Assessment  
and Review Process Guidelines Order* (EARPGO). They are  
seeking *mandamus* to require the responsible Minister to con-  
duct the initial assessment to determine if there are any “poten-  
tially adverse environmental effects”, and to refer the proposal  
to the Minister of the Environment for public review by a  
panel. The respondents say that the principal application  
should proceed as an action because many difficult issues of  
fact will arise in determining whether the visits by American  
and United Kingdom nuclear naval vessels would involve any  
“significant” “potentially adverse environmental effects”. The  
applicants argued that converting the application into an action  
would seriously delay the disposition of an urgent matter.

T-2927-91

Vancouver Island Peace Society, Anne A. Pask et  
Gregory P. Hartnell (*requérants*)

a c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le premier  
ministre du Canada, le ministre de la Défense  
nationale, le secrétaire d’État aux Affaires  
extérieures, le ministre des Transports et le  
ministre de l’Environnement (*intimés*)

RÉPERTOIRE: VANCOUVER ISLAND PEACE SOCIETY c. CANADA  
(*re INST.*)

c

Section de première instance, juge Strayer—Vancou-  
ver, 6 et 14 avril 1992.

*Environnement — Demande principale en vue de l’annula-  
tion des décrets approuvant les visites de navires à propulsion  
nucléaire et à charge nucléaire dans les ports canadiens par  
suite de l’inobservation du Décret sur les lignes directrices  
visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’en-  
vironnement (le Décret) et en vue de l’obtention d’un manda-  
mus obligeant le ministre à effectuer une évaluation initiale en  
vue de déterminer s’il peut y avoir des «effets néfastes sur l’en-  
vironnement» et à soumettre la proposition au ministre de  
l’Environnement en vue d’un examen public — Les intimés  
demandent en l’espèce que la demande principale soit traitée  
comme une action parce que des questions de fait difficiles  
sont soulevées quant aux effets néfastes possibles sur l’envi-  
ronnement — Rôle de la Cour, lorsqu’elle révisé les décisions  
du ministère responsable, en vertu des art. 12 et 13 du Décret  
— Questions à trancher.*

Il s’agissait d’une demande en vue de l’obtention d’une  
ordonnance selon laquelle la requête présentée par les requé-  
rants en vue de l’obtention d’un *mandamus* et d’un *certiorari*  
(la demande principale) devait être traitée comme une action.  
Les requérants cherchent à faire annuler deux décrets, approu-  
vant les visites de navires de guerre à propulsion nucléaire et à  
charge nucléaire dans les ports canadiens parce qu’ils ont été  
pris sans qu’une «condition préalable» soit remplie, c’est-à-  
dire sans que les exigences du *Décret sur les lignes directrices  
visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’en-  
vironnement* (le Décret) soient satisfaites. Ils cherchent à obte-  
nir un *mandamus* en vue d’obliger le ministre responsable à  
effectuer une évaluation initiale pour déterminer s’il peut y  
avoir des «effets néfastes sur l’environnement» et à soumettre  
la proposition au ministre de l’Environnement en vue d’un  
examen public par une commission. Les intimés disent que la  
demande principale doit être traitée comme une action parce  
que de nombreuses questions de fait difficiles seront soulevées  
lorsqu’il s’agira de déterminer si les «effets néfastes» que les  
visites effectuées par des navires de guerre nucléaires améri-  
cains et britanniques peuvent avoir sur l’environnement sont  
«importants». Les requérants soutiennent que si la procédure

*Held*, the application should be dismissed.

Both sides had misconceived the Court's role herein in assuming that it would sit on appeal from the initiating department's factual determinations as to the potential hazards created by the visits of these naval vessels. In reviewing decisions of the "initiating department" under EARPGO, section 12, the Court should not interfere unless it is satisfied that there is no reasonable basis for the department's decision. In relation to decisions under section 13 as to whether there is such public concern as to make a public review "desirable", the Court may inquire whether the Minister acted in good faith and took into account relevant considerations. Unless the Court is satisfied that the decision was based on completely irrelevant factors, it cannot quash such a decision.

Within this restricted role, there is no place for presentation of factual or expert opinion on the nature or degree of potential environmental effects. The Court and the parties must address (1) whether the activity comes within the EARPGO and an initial assessment is as a matter of law required by section 10; (2) whether the initiating department has carried out such an assessment under section 12; (3) if so, whether a decision was purportedly made under section 12, but wholly without regard to relevant factors; and (4) if a determination has been made under section 13, whether that has been made wholly without regard to relevant factors. The issue before the Court will not be whether visits by nuclear-powered or nuclear-armed naval vessels created significant potentially adverse environmental effects, but whether the initiating department made a decision on this question; if so, what material it had before it in reaching such a decision; and whether it decided so within the limits of judgment allowed to it under the Act. It is not the Court's role to become an academy of science to arbitrate conflicting scientific predictions or to act as a kind of legislative upper chamber to weigh expressions of public concern and determine which ones should be respected.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 1.  
*Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467, ss. 10, 12, 13, 20.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

devenait une action, cela retarderait sérieusement le règlement d'une affaire urgente.

*Jugement*: la demande devrait être rejetée.

- <sup>a</sup> Les parties n'ont pas bien compris le rôle de la Cour en l'espèce en présumant qu'elle siègerait en appel des déterminations de fait du ministère responsable en ce qui concerne les dangers que peuvent présenter les visites de ces navires de guerre. En examinant les décisions prises par le «ministère responsable» en vertu de l'article 12 du Décret, la Cour ne devrait pas intervenir à moins d'être convaincue que la décision de ministère n'est pas raisonnablement fondée. Quant aux décisions prises en vertu de l'article 13 au sujet de la question de savoir si les préoccupations du public sont telles qu'un examen public est «souhaitable», la Cour peut se demander si le ministre a agi de bonne foi et a tenu compte de considérations pertinentes. À moins d'être convaincue que la décision était fondée sur des facteurs qui n'étaient absolument pas pertinents, elle ne peut pas annuler pareille décision.
- <sup>b</sup> Compte tenu de ce rôle restreint, il n'est pas opportun de présenter une opinion de fait ou d'expert au sujet de la nature ou de l'étendue des effets possibles sur l'environnement. La Cour et les parties doivent se demander (1) si l'activité est visée par le Décret et si une évaluation initiale est une question de droit visée par l'article 10; (2) si le ministère responsable a effectué pareille évaluation en vertu de l'article 12; (3) dans l'affirmative, si une décision a apparemment été prise en vertu de l'article 12, mais sans qu'il soit tenu compte des facteurs pertinents; et (4) dans le cas où une décision a été prise en vertu de l'article 13, si elle a été prise sans qu'il soit tenu compte des facteurs pertinents. Il ne s'agit pas de savoir si les visites effectuées par des navires de guerre à propulsion nucléaire et à charge nucléaire peuvent avoir un effet néfaste important sur l'environnement, mais si le ministère responsable a pris une décision à cet égard; dans l'affirmative, il s'agit de savoir quelle documentation le ministère avait à sa disposition pour en arriver à pareille décision et s'il a pris sa décision dans les limites de la discrétion que lui reconnaît la Loi. Il n'incombe pas à la Cour de devenir une académie des sciences se prononçant sur des prévisions scientifiques contradictoires ou d'agir à titre de Haute assemblée pesant les préoccupations manifestées par le public et déterminant quelles préoccupations devraient être respectées.
- <sup>c</sup>
- <sup>d</sup>
- <sup>e</sup>
- <sup>f</sup>
- <sup>g</sup>
- <sup>h</sup>

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- <sup>i</sup> *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.  
*Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, art. 10, 12, 13, 20.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.
- <sup>j</sup>

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Cdn. Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 201; 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); affd [1991] 1 F.C. 641; (1990), 6 C.E.L.R. (N.S.) 89; 41 F.T.R. 318 (note); 121 N.R. 385 (C.A.); *Cantwell v. Canada (Minister of the Environment)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Apple Computer, Inc. v. Minitronics of Canada Ltd.*, [1988] 2 F.C. 265; (1988), 17 C.I.P.R. 308; 19 C.P.R. (3d) 15; 17 F.T.R. 37 (T.D.).

APPLICATION to have application to quash Orders in Council and for *mandamus* requiring compliance with *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (EARPGO) proceed as action. Application dismissed.

## COUNSEL:

*Robert Moore-Stewart* for applicants.  
*H. J. Wruck* for respondents.

## SOLICITORS:

*Robert Moore-Stewart*, Victoria, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

STRAYER J.: This is an application by the respondents for an order that the applicants' motion for *mandamus* and *certiorari* (the "principal application") be proceeded with as an action.

The principal application is directed against two decisions of the Governor in Council, Nos. 2083 and 2084 of 1991 made on October 30, 1991. It is said that these Orders in Council approved, *inter alia*, visits of nuclear-powered and nuclear-armed naval vessels to Canadian ports. In effect, the applicants say that these Orders in Council were adopted without the respondents having met the requirements of the *Environmental Assessment and Review Process*

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 201; 31 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1991] 1 C.F. 641; (1990), 6 C.E.L.R. (N.S.) 89; 41 F.T.R. 318 (note); 121 N.R. 385 (C.A.); *Cantwell c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Apple Computer, Inc. c. Minitronics of Canada Ltd.*, [1988] 2 C.F. 265; (1988), 17 C.I.P.R. 308; 19 C.P.R. (3d) 15; 17 F.T.R. 37 (1<sup>re</sup> inst.).

DEMANDE visant à faire traiter comme une action une demande visant à l'annulation de décrets et à l'obtention d'un *mandamus* ordonnant l'observation du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (le Décret). Demande rejetée.

## AVOCATS:

*Robert Moore-Stewart* pour les requérants.  
*H. J. Wruck* pour les intimés.

## PROCUREURS:

*Robert Moore-Stewart*, Victoria, pour les requérants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

LE JUGE STRAYER: Il s'agit d'une demande que les intimés ont présentée en vue d'obtenir une ordonnance selon laquelle la requête des requérants en vue de l'obtention d'un *mandamus* et d'un *certiorari* (la «demande principale») devrait être traitée comme une action.

La demande principale vise deux décisions (nos 2083 et 2084 de 1991) que le gouverneur en conseil a prises le 30 octobre 1991. Il est allégué que ces décrets approuvaient notamment les visites effectuées par des navires de guerre à propulsion nucléaire et à charge nucléaire dans les ports canadiens. En effet, les requérants disent que ces décrets ont été adoptés sans que les intimés aient satisfait aux exigences du *Décret sur les lignes directrices visant le processus*

*Guidelines Order*, SOR/84-467 in that there was no initial assessment of potentially adverse environmental effects of the proposed visits as required by subsection 10(1) of the Order, nor was there a reference of the proposal to the Minister of the Environment for public review by a panel pursuant to section 12 of that Order. Nor, it is said, was there any determination by the "initiating department", the Department of National Defence, pursuant to section 13 of the Order as to whether to refer the proposal to the Minister of the Environment for public review by a panel due to "public concern about the proposal". The applicants therefore seek *mandamus* to require the Minister of National Defence or other ministers to conduct the initial assessment to determine if there may be any "potentially adverse environmental effects" as required by section 10, to refer the proposal to the Minister of the Environment for public review by a panel presumably under section 12, and otherwise to comply with the Order. The respondents invoke sections 12, 13, and 20 of the Order as the basis for compelling the Minister of the Environment to hold the public review. Further, the applicants seek *certiorari* to quash the decisions of the Governor in Council referred to above. It is said that *certiorari* is justified to quash the Orders of the Governor in Council because they were made without compliance with a "prerequisite", presumably referring to a failure to comply first with the Order before making the decisions complained of.

The respondents bring this motion to have the principal application turned into an action because, they say, there will be many difficult issues of fact to be determined as to whether there are "significant" "potentially adverse environmental effects" (the language of the Guidelines Order) involved in the visit of U.S. and U.K. naval vessels which are nuclear-powered or which carry nuclear weapons. It is assumed that this determination is necessary for the Court to ascertain whether the respondents have complied with section 12 of the Order. The respondents also argue that it would be premature for the Court to consider whether the respondents have complied with

*d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, en ce sens qu'on n'a effectué aucune évaluation initiale des effets néfastes que les visites proposées peuvent avoir sur l'environnement, comme l'exige le paragraphe 10(1) du Décret, et que la proposition n'a pas été soumise au ministre de l'Environnement pour qu'un examen public soit mené par une commission conformément à l'article 12 de ce Décret. Il est en outre allégué que le «ministère responsable», soit le ministère de la Défense nationale, n'a pas déterminé, conformément à l'article 13 du Décret, si la proposition devait être soumise au ministre de l'Environnement en vue de la tenue d'un examen public par une commission par suite des «préoccupations du public au sujet de la proposition». Les requérants demandent donc un *mandamus* en vue d'obliger le ministre de la Défense nationale ou d'autres ministres à effectuer l'évaluation initiale pour déterminer s'il peut y avoir des «effets néfastes sur l'environnement», comme l'exige l'article 10, à soumettre la proposition au ministre de l'Environnement pour qu'un examen public soit mené par une commission, probablement en vertu de l'article 12, et à se conformer par ailleurs au Décret. Les intimés invoquent les articles 12, 13 et 20 du Décret comme fondement, lorsqu'il s'agit d'obliger le ministre de l'Environnement à mener l'examen public. En outre, les requérants demandent un *certiorari* en vue de faire annuler les décisions susmentionnées du gouverneur en conseil. Il est allégué qu'il est opportun de décerner un bref de *certiorari* pour annuler les décrets du gouverneur en conseil parce que ceux-ci ont été pris sans qu'une «condition préalable» soit remplie, c'est-à-dire qu'on ne s'est pas conformé au Décret avant de prendre les décisions attaquées.

Par cette requête, les intimés demandent que la demande principale devienne une action parce que, disent-ils, il y aura de nombreuses questions de fait difficiles à trancher lorsqu'il s'agira de déterminer si les «effets néfastes» que les visites effectuées par des navires de guerre américains et britanniques à propulsion nucléaire ou qui transportent des armes nucléaires peuvent avoir sur l'environnement sont «importants» (au sens du libellé du Décret sur les lignes directrices). Il est présumé que cette décision est nécessaire pour que la Cour puisse s'assurer que les intimés se sont conformés à l'article 12 du Décret. Les intimés soutiennent également qu'il serait préma-

section 13 of the Order which requires the initiating department, even where no public review is required pursuant to section 12, to refer a proposal to the Minister of the Environment for public review by a panel "if public concern about the proposal is such that public review is desirable". I understand the position of the respondents to be that the section 13 question cannot be addressed until the Court has determined whether a public review was required in any event by the terms of section 12.

The applicants strongly resist turning this proceeding into an action. They point out that four days have been set aside for a hearing of the principal application commencing June 9, 1992, and that to turn the proceeding into an action at this point would seriously delay what is for them an urgent matter. They also complain about the potential costs of having to prove their case by the more demanding means required for a trial.

I have concluded that both the applicants and the respondents have misconceived the nature of the role of the Court in dealing with the principal application. This matter was not adequately addressed before me, both sides seemingly assuming that it is the responsibility of the Court to sit on appeal from the factual determinations of the "initiating department" or any others of the respondents in relation to the potential hazards involved in these visits of naval vessels and in relation to the existence of such public concern that a public review would be "desirable".

In much of the jurisprudence arising out of the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* thus far the dispute has been as to whether the initiating department should have carried out the initial assessment required by subsection 10(1). Many issues have been addressed such as whether the guidelines are mandatory, and whether

turé pour la Cour de se demander s'ils se sont conformés à l'article 13 du Décret, qui oblige le ministre responsable, même lorsqu'aucun examen public ne doit être mené en vertu de l'article 12, à soumettre une proposition au ministre de l'Environnement en vue de la tenue d'un examen public par une commission si «les préoccupations du public au sujet de la proposition rendent un tel examen souhaitable». Si je comprends bien, les intimés soutiennent que la question liée à l'article 13 ne peut pas être examinée tant que la Cour n'aura pas déterminé si un examen public devait de toute façon être mené conformément à l'article 12.

Les requérants s'opposent avec véhémence à ce que cette procédure devienne une action. Ils soulignent que quatre jours ont été prévus, à compter du 9 juin 1992, en vue de l'audition de la demande principale et que si, à ce stade, la procédure devenait une action, cela retarderait sérieusement ce qui est, selon eux, une affaire urgente. Ils se plaignent également des coûts que pourrait entraîner le fait qu'ils devraient présenter leur preuve par les moyens plus exigeants requis dans un procès.

J'ai conclu que les requérants et les intimés n'ont pas bien compris le rôle de la Cour dans la demande principale. Cette question n'a pas été adéquatement examinée devant moi, car les deux parties semblaient présumer qu'il incombe à la Cour de connaître en appel des déterminations de fait du «ministère responsable» ou de l'un quelconque des autres intimés en ce qui concerne les dangers que peuvent présenter les visites de ces navires et en ce qui concerne l'existence de préoccupations telles qu'un examen public est «souhaitable».

Dans un grand nombre des décisions concernant le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* qui ont été rendues jusqu'à ce jour, le litige portait sur la question de savoir si le ministre responsable devait effectuer l'évaluation initiale prévue par le paragraphe 10(1). De nombreuses questions ont été

particular projects or activities fit within them.<sup>1</sup> In other cases where an initial assessment has been done and a decision made not to refer a proposal for public review, this Court has emphasized the limited nature of its role in judicial review of such decisions. In *Cdn. Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*<sup>2</sup> Muldoon J. had held that the Minister of the Environment had erred in law in the interpretation he gave to terms such as “insignificant” and “mitigable” in paragraph 12(c) of the Order. On appeal, the Federal Court of Appeal stated, at page 661:

As earlier pointed out, the second branch of Sask. Water's argument was that the learned Judge applied the wrong standard of judicial review in respect of the Minister's findings of fact and of opinion relating to the Project in that he purported to review those findings on their merits. To do so, it was argued, had the effect of substituting his opinion for that of the Minister. The jurisprudence is replete with cases cautioning a court, sitting in judicial review of a decision by a statutory authority, from interfering with that decision merely because the Court might have differently decided the matter had it been charged with that responsibility. If that is what the learned Judge did in this case, then I agree that he erred in so doing.

However, as I read his reasons, I do not perceive that that was what he did. There is no doubt that, *inter alia*, he referred to the findings reported in the IEE on the question of significant, moderate and insignificant adverse environmental effects, on information deficiencies, and on mitigation measures. But he did so, not with a view to second-guessing the Minister. Rather, quite properly, he was endeavouring to ascertain whether the Minister, in deciding whether he should or should not appoint a Panel for the Public review of the Project, had proceeded on a wrong principle, taken into account legally irrelevant considerations or otherwise acted beyond the scope of his authority.

In *Cantwell v. Canada (Minister of the Environment)*<sup>3</sup> my colleague MacKay J. was asked to review an initial assessment made under the Order. He

examinées, comme celle de savoir si les lignes directrices sont obligatoires, et celle de savoir si elles visent des activités ou projets particuliers<sup>1</sup>. Dans d'autres affaires où une évaluation initiale avait été effectuée et où il avait été décidé de ne pas soumettre la proposition en vue de la tenue d'un examen public, cette Cour a souligné qu'elle avait un rôle restreint en ce qui concerne la révision judiciaire de pareilles décisions. Dans l'arrêt *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*<sup>2</sup>, le juge Muldoon a jugé que le ministre de l'Environnement avait commis une erreur de droit en interprétant des expressions comme «minimes» ou «peuvent être atténués» figurant à l'alinéa 12c) du Décret. En appel, la Cour d'appel fédérale a déclaré ceci, à la page 661:

Comme indiqué plus haut, Sask. Water fait valoir aussi que le distingué juge de première instance a appliqué la norme de contrôle judiciaire qu'il ne fallait pas, à l'égard de l'avis et des conclusions sur les faits du ministre au sujet du projet, à savoir qu'il a procédé au contrôle au fond de ces conclusions, ce qui reviendrait à substituer son avis à celui du ministre. Une jurisprudence abondante avertit les tribunaux judiciaires, saisis du recours en contrôle judiciaire contre la décision d'une autorité légale, de ne pas toucher à cette décision du seul fait qu'ils auraient tiré une toute autre conclusion, eussent-ils été investis de cette responsabilité en premier lieu. Si c'est ce qu'a fait le distingué juge de première instance en l'espèce, je conclurai à une erreur de sa part.

Cependant, il n'appert pas de ses motifs de jugement que c'est ce qu'il a fait. Nul doute qu'entre autres, il a évoqué les conclusions consignées dans le rapport d'évaluation initiale sur la question des effets importants, modérés et minimes, sur les insuffisances des données et sur les mesures d'atténuation. Il ne l'a cependant pas fait pour se mettre à la place du ministre après coup. Au contraire, il essayait à bon droit d'examiner si le ministre, pour décider s'il y avait lieu ou non de constituer une commission d'examen public du projet, s'était fourvoyé sur le principe à observer, s'était fondé sur des considérations juridiquement non pertinentes ou avait excédé sa compétence.

Dans l'arrêt *Cantwell c. Canada (Ministre de l'Environnement)*<sup>3</sup>, on a demandé à mon collègue, le juge MacKay, de réviser une évaluation initiale effectuée

<sup>1</sup> Most of these issues have been authoritatively determined by the Supreme Court of Canada in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3.

<sup>2</sup> (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 201 (F.C.T.D.); affd [1991] 1 F.C. 641 (C.A.).

<sup>3</sup> (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (F.C.T.D.).

<sup>1</sup> La plupart de ces questions ont été tranchées d'une manière définitive par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

<sup>2</sup> (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 201 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1991] 1 C.F. 641 (C.A.).

<sup>3</sup> (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

described the role of the Court, in such a review as follows [at page 31]:

In judicial review of administrative action, as here through an application for *certiorari*, the role of the Court is not that of an appellant body reviewing the merits of the administrator's decision. It is not the Court's function to determine whether the decision in question is right or wrong; rather, the Court is concerned only with the question whether the administrator has acted in accord with the law.

In determining whether an official or agency has acted in accordance with the law in reaching the decision in question, the Court can consider whether the official or agency has correctly interpreted the law and whether the decision has been taken on the basis of facts and reasons relevant to the purpose for which the authority was given to make such a decision. But within that permissible range, the original decision-maker has a right to make a decision which the Court cannot reverse even if it perchance does not agree with such decision. In carrying out its responsibilities under section 12 of the Guidelines Order, an initiating department must make an informed prediction of the possibilities and likelihoods of adverse effects and some calculation as to whether those effects may be "significant". Such matters are not only incapable of precise proof but they implicitly involve value judgments as to what is "significant" in relation to both private and public interests. In reviewing the decision of an initiating department taken under section 12, the Court should not interfere unless it is satisfied that there is no reasonable basis for the decision taken by the department. In relation to decisions taken under section 13 as to whether there is such public concern as to make a public review "desirable", I agree with MacKay J. that the Court is entitled on judicial review to see if the Minister acted in good faith and took into account relevant considerations. Unless the Court is satisfied that the decision was made on completely irrelevant factors it cannot quash such a decision. It is not for the Court to substitute its own assessment of the weight and nature of public concern and determine that a public review is or is not "desirable".

en vertu du Décret. Le juge a décrit comme suit le rôle qui incombait à la Cour en pareil cas [à la page 31]:

*a* Dans les demandes de révision d'une mesure administrative, comme c'est le cas dans la présente demande de *certiorari*, le rôle de la Cour n'est pas celui d'un organisme qui examine en appel le bien-fondé de la décision de l'administrateur. La Cour n'a pas pour tâche de déterminer si la décision en question est erronée ou non; elle doit uniquement déterminer si l'administrateur a agi conformément à la loi.

*c* En déterminant si un fonctionnaire ou un organisme a agi conformément à la loi en prenant la décision en question, la Cour peut se demander si celui-ci a bien interprété la loi et s'il a pris sa décision en se fondant sur des faits et des raisons liés au but dans lequel le pouvoir de décision a été conféré. Cependant, dans cette limite permise, le décideur initial a le droit de prendre une décision que la Cour ne peut pas annuler même si, par hasard, elle ne souscrit pas à son avis. En assumant ses responsabilités en vertu de l'article 12 du Décret sur les lignes directrices, le ministère responsable doit faire une prévision réfléchie des possibilités et risques d'effets néfastes et déterminer dans une certaine mesure si ces effets peuvent être «importants». Il est non seulement impossible de prouver pareilles questions d'une manière précise, mais aussi la chose nécessite implicitement des jugements de valeur au sujet de ce qui est «important» au point de vue de l'intérêt tant privé que public. En examinant la décision que le ministère responsable a prise en vertu de l'article 12, la Cour ne devrait pas intervenir à moins d'être convaincue qu'il n'existe aucun fondement raisonnable à l'appui de la décision prise par le ministère. Quant aux décisions prises en vertu de l'article 13 au sujet de la question de savoir si les préoccupations du public sont telles qu'un examen public est «souhaitable», je souscris à l'avis du juge MacKay, à savoir que la Cour a le droit, dans le cadre d'une révision judiciaire, de déterminer si le ministre a agi de bonne foi et a tenu compte de considérations pertinentes. À moins que la Cour ne soit convaincue que la décision est fondée sur des facteurs qui n'étaient absolument pas pertinents, elle ne peut pas annuler pareille décision. Il n'incombe pas à la Cour de substituer sa propre appréciation de l'importance et de la nature des préoccupations du public et de déterminer si un examen public est «souhaitable».

Within this restricted role of the Court, there is no place for the presentation of factual or expert opinion on the nature or degree of potential environmental effects as such. What the Court and therefore the parties must address is (1) whether the activity comes within the guidelines and an initial assessment is as a matter of law required by section 10; (2) whether the initiating department has carried out such an assessment under section 12; (3) if so, whether a decision was purportedly made under section 12 but wholly without regard to relevant factors; and (4) if a determination has been made under section 13, whether that has been made wholly without regard to relevant factors.

Instead, in the present case the applicants seem to think that in hearing their application this Court will sit as an appellate body determining whether the initiating department made the correct decision about the existence or non-existence of potential adverse environmental effects flowing from the visitation of nuclear naval vessels and, if so, also determine whether such effects will be "significant". Further, in relation to the obvious failure by the initiating department here so far to make an affirmative decision under section 13 that there should, in any event, be a public review due to "public concern", the applicants apparently expect this Court to review a plethora of material being tendered by them as to the number of people concerned about these visits so that the Court can overrule the initiating department and make a determination that public concern is such that a public review before a panel is "desirable".

In support of their approach the applicants have filed some 40 affidavits to date and there are suggestions that more may be on the way. I have quickly perused these affidavits. I have no doubt of the sincerity and public spiritedness of the affiants but many of the affidavits have little or no probative value on the issues which the Court will have to address. Some of the affidavits appear to be intended as expert evidence on the issue of the existence and probability of adverse consequences of the visits by nuclear vessels. Similarly the respondents in their one

Compte tenu de ce rôle restreint de la Cour, il n'est pas opportun de présenter une opinion de fait ou d'expert au sujet de la nature ou de l'étendue des effets possibles sur l'environnement en tant que tels. La Cour et, par conséquent, les parties, doivent se demander (1) si l'activité est visée par les lignes directrices et si une évaluation initiale est une question de droit visée par l'article 10; (2) si le ministre responsable a effectué pareille évaluation en vertu de l'article 12; (3) dans l'affirmative, si une décision a apparemment été prise en vertu de l'article 12, mais sans qu'il ne soit tenu compte des facteurs pertinents; et (4) dans le cas où une décision a été prise en vertu de l'article 13, si elle a été prise sans qu'il ne soit tenu compte des facteurs pertinents.

Cependant, en l'espèce, les requérants semblent croire qu'en entendant leur demande, cette Cour siégera à titre d'organisme d'appel en vue de déterminer si le ministère responsable a pris la bonne décision au sujet de l'existence ou de l'inexistence des effets néfastes que les visites effectuées par des navires de guerre nucléaires peuvent avoir sur l'environnement et, dans l'affirmative, en vue de déterminer également si ces effets seront «importants». En outre, en ce qui concerne le fait que jusqu'à ce jour, le ministère responsable a de toute évidence omis de décider, en vertu de l'article 13, de tenir de toute façon un examen public, compte tenu des «préoccupations du public», les requérants s'attendent apparemment à ce que cette Cour examine les nombreux documents qu'ils ont présentés au sujet du nombre de personnes que ces visites préoccupent, de façon qu'elle puisse annuler la décision du ministère responsable et conclure que les préoccupations du public sont telles qu'un examen public par une commission est «souhaitable».

À l'appui de leur position, les requérants ont déposé jusqu'à ce jour environ 40 affidavits et on laisse entendre que d'autres affidavits seront déposés. J'ai rapidement examiné ces affidavits. Je ne doute aucunement de la sincérité et du sens civique des affiants, mais la valeur probante d'un grand nombre d'affidavits est minime ou nulle en ce qui concerne les questions que la Cour devra trancher. Certains affidavits semblent être destinés à servir de témoignage d'expert au sujet de la question des effets néfastes que les visites effectuées par les navires en



affidavit indicate they may want to present the evidence of some 20 experts. With the greatest respect I am unable to see how the applicants' affidavits concerning the potential adverse effects can be relevant except possibly to the extent that they can demonstrate, if such is possible, that the initiating department could have had no reasonable basis whatever for concluding that there were no significant potential adverse environmental effects from the naval visits. The respondents' scientific evidence can be relevant only to the extent it shows some possible basis for that decision. In other words the issue before the Court will be not whether visits by nuclear-powered or nuclear-armed naval vessels create significant potentially adverse environmental effects but whether the initiating department made a decision on this question; if so, what material it had before it in reaching such a decision; and whether it decided so within the limits of judgment allowed to it under the Act and having regard to at least some legally relevant factors.

Also among the numerous affidavits of the applicants are many ostensibly related to the existence of "public concern", presumably in support of an argument that the initiating department wrongly failed to conclude under section 13 that such public concern existed as to make a public review desirable. It should be observed that the only public concerns relevant are those which the department could or should have had in mind when it decided (if it did) not to refer the proposal for review under section 13. At least one of the affidavits, that of Mr. John Brewin, M.P. is addressed to that issue, providing evidence of public concerns communicated to the Minister of National Defence before the decision in question was made by the Governor in Council. But many of the affidavits describe personal or local concerns, some concerns expressed outside of Canada, some expressed after the decision in question or not necessarily ever addressed to the officials who made those decisions.

question auront ou pourront avoir. De même, les intimés font savoir, dans le seul affidavit qu'ils ont présenté, qu'ils voudront peut-être présenter la preuve d'une vingtaine d'experts. Respectueusement, je ne puis voir comment les affidavits que les requérants ont produits au sujet des effets néfastes possibles peuvent être pertinents, sauf peut-être dans la mesure où ils peuvent montrer, si la chose est possible, qu'aucun fondement raisonnable n'aurait permis au ministère responsable de conclure que les visites navales ne peuvent avoir aucun effet néfaste important sur l'environnement. La preuve scientifique des intimés ne peut être pertinente que dans la mesure où elle peut servir de fondement à cette décision. En d'autres termes, il ne s'agit pas de savoir si les visites effectuées par des navires de guerre à propulsion nucléaire ou à charge nucléaire peuvent avoir un effet néfaste important sur l'environnement, mais si le ministère responsable a pris une décision à cet égard et, dans l'affirmative, il s'agit de savoir quelle documentation le ministère avait à sa disposition pour en arriver à pareille décision et s'il a pris sa décision dans les limites que lui reconnaît la Loi et en tenant compte d'au moins certains facteurs pertinents en droit.

De plus, parmi les nombreux affidavits déposés par les requérants, il y en a beaucoup qui se rapportent de toute évidence à l'existence de «préoccupations du public», et qui visent probablement à étayer l'argument selon lequel le ministère responsable a omis à tort de conclure, en vertu de l'article 13, que pareilles préoccupations rendaient un examen public souhaitable. Il importe de faire remarquer que les seules préoccupations du public pertinentes sont celles dont le ministère aurait pu ou aurait dû tenir compte en décidant (s'il l'a fait) de ne pas soumettre la proposition en vue d'un examen en vertu de l'article 13. Au moins l'un des affidavits, celui de M. John Brewin, député fédéral, porte sur cette question, et établit que les préoccupations du public ont été communiquées au ministre de la Défense nationale avant que la décision en question eût été prise par le gouverneur en conseil. Cependant, de nombreux affidavits décrivent des préoccupations personnelles ou locales, dont certaines ont été exprimées à l'extérieur du Canada, et certaines exprimées après que la décision en question eut été prise et n'ont pas nécessairement été communiquées aux fonctionnaires qui ont pris ces décisions.

For these reasons I am unsympathetic to the arguments of the respondents that there are difficult technical factual determinations to be made which will require pleadings and a trial and the cross-examination *viva voce* of experts and others. It is not the role of the Court in these proceedings to become an academy of science to arbitrate conflicting scientific predictions, or to act as a kind of legislative upper chamber to weigh expressions of public concern and determine which ones should be respected. Whether society would be well served by the Court performing either of these roles, which I gravely doubt, they are not the roles conferred upon it in the exercise of judicial review under section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7].

I am therefore not going to direct that this matter be tried by way of an action. I think many of the concerns of the respondents can be met if the parties focus on the real issues. For their part the respondents could clarify their position as to what they have or have not done pursuant to the Order and what kind of information was taken into account in respect of any decisions taken. In the one affidavit filed by the respondents, that of Commander Chesley James Price, Assistant Judge Advocate General of the Pacific Region, their position is stated in part as follows:

h. DND recently conducted an environmental assessment of the policy approving the continuation of visits to Canadian ports by U.S. and U.K. nuclear powered vessels and vessels capable of carrying nuclear weapons and concluded that this activity has an insignificant adverse environmental impact.

It is of course open to the applicants to contest this evidence but if it is correct then there would appear to be no need for a *mandamus* requiring an initial assessment. At the same time it would be open to dispute as to whether the Department of National Defence acted in accordance with the law in carrying out this assessment and that is a matter upon which the respondents are in the best position to provide evidence.

Pour ces motifs, je ne souscris pas à l'argument des intimés, à savoir qu'il y a des questions de fait techniques difficiles à trancher, lesquelles nécessiteront des plaidoiries et un procès ainsi que le contre-interrogatoire d'experts et d'autres personnes. En l'espèce, il n'incombe pas à la Cour de devenir une académie des sciences se prononçant sur des prévisions scientifiques contradictoires, ou d'agir en quelque sorte à titre de Haute assemblée pesant les préoccupations manifestées par le public et déterminant quelles préoccupations devraient être respectées. Indépendamment de la question de savoir si la société serait bien servie si la Cour assumait l'un ou l'autre de ces rôles, ce dont je doute sérieusement, il ne s'agit pas de rôles qui ont été confiés à la Cour dans l'exercice du contrôle judiciaire prévu par l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7].

Par conséquent, je ne vais pas ordonner que cette affaire soit entendue à titre d'action. Je crois qu'il est possible de répondre à de nombreuses préoccupations des intimés si les parties mettent l'accent sur les questions véritables. De leur côté, les intimés pourraient clarifier leur position au sujet de ce qu'ils ont fait ou n'ont pas fait en vertu du Décret et du genre de renseignements dont il a été tenu compte lorsque les décisions ont été prises. Dans l'affidavit déposé par les intimés, soit celui du commandant Chesley James Price, juge-avocat général adjoint de la région du Pacifique, leur position est notamment formulée comme suit:

[TRADUCTION] h. Le MDN a fait une évaluation environnementale de la politique selon laquelle on approuvait la continuation des visites effectuées dans des ports canadiens par des navires américains et britanniques à propulsion nucléaire ou capables de transporter des armes nucléaires et a conclu que cette activité a un effet néfaste minime sur l'environnement.

Bien sûr, les requérants ont la faculté de contester cette preuve, mais si elle est fondée, il semblerait ne pas être nécessaire de décerner un *mandamus* exigeant une évaluation initiale. En même temps, il serait possible de contester la question de savoir si le ministère de la Défense nationale a agi conformément à la loi en effectuant cette évaluation et c'est là une question sur laquelle les intimés sont le plus en mesure de fournir une preuve.

For their part, the applicants should reassess very carefully the way they are conducting this proceeding. The sheer volume of their affidavits can do nothing but slow the process and add to its cost. Further, the current and future affidavits filed in this matter should be reviewed very carefully and many of them excised before cross-examination is required or it becomes necessary for the Court to entertain motions for them to be struck out. This is an originating proceeding, yet the majority of affidavits I have examined are replete with hearsay evidence which is inadmissible on this kind of application. Some purport to be expert evidence and, subject to the deponents being accepted by the Court as expert, might be admissible if they pertain to anything this Court must decide. But as I have pointed out, the issue for the Court is whether the initiating department had any relevant factors before it in reaching the conclusions it reached, not whether this Court thinks that nuclear vessels create hazards unacceptable to Canadians or that public concern is such that a public review should be held. If the applicants persist with their flurry of paper they may have to pay the additional costs due to the proceedings being prolonged by cross-examination on futile affidavits, or by disputes over the admissibility of irrelevant or hearsay evidence.<sup>4</sup>

The respondents also had sought to have the principal application turned into an action because they understood that the applicants might be raising issues 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]]. It was suggested that this might cause the respondents to invoke section 1 of the Charter which would also in their view require the determination of difficult factual questions which could best be done on the basis of *viva voce* evidence. At the hearing before me the applicants confirmed

<sup>4</sup> I would also draw the parties' attention to problems I described arising out of the use of experts' affidavits on motions in *Apple Computer, Inc. v. Minitronics of Canada Ltd.*, [1988] 2 F.C. 265 (T.D.), at pp. 289-290.

De leur côté, les requérants devraient évaluer de nouveau très minutieusement la façon dont ils mènent la présente instance. La grande quantité d'affidavits ne peut que ralentir le processus et accroître les frais. En outre, les affidavits qui ont été déposés et qui seront déposés en l'espèce devraient être très minutieusement examinés et un grand nombre d'entre eux retranchés avant qu'un contre-interrogatoire soit nécessaire ou qu'il devienne nécessaire pour la Cour d'entendre des requêtes visant à les radier. Il s'agit d'une procédure introductive d'instance, et pourtant la majorité des affidavits que j'ai examinés sont pleins de preuves par oui-dire inadmissibles dans ce genre de demande. Certains affidavits sont censés être une preuve d'expert et, à condition que la Cour accepte les déposants à titre d'experts, ils pourraient être admissibles s'ils se rapportent à une chose sur laquelle la Cour doit statuer. Cependant, comme je l'ai souligné, il s'agit pour la Cour de déterminer si le ministère responsable avait à sa disposition quelques facteurs pertinents lui permettant de tirer les conclusions qu'il a tirées, et non si elle croit que les navires nucléaires créent un danger inacceptable pour les Canadiens ou si les préoccupations du public sont telles qu'un examen public devrait avoir lieu. Si les requérants continuent à présenter leur paperasserie, il se pourrait bien qu'ils soient tenus de payer les frais additionnels qu'entraînerait la prolongation des procédures par suite de contre-interrogatoires concernant des affidavits futiles, ou de contestations de l'admissibilité d'une preuve non pertinente ou par oui-dire<sup>4</sup>.

Les intimés ont également cherché à faire transformer en action la demande principale parce qu'ils croyaient comprendre que les requérants pourraient soulever des questions fondées sur 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]]. On a laissé entendre que cela pourrait pousser les intimés à invoquer l'article 1 de la Charte, ce qui nécessiterait également, à leur avis, la détermination de questions de fait difficiles qui pourraient mieux être tranchées à l'aide de

<sup>4</sup> Je tiens également à attirer l'attention des parties sur les problèmes que pose le recours aux affidavits d'experts dans le cadre d'une requête, lesquels j'ai décrits dans l'arrêt *Apple Computer, Inc. c. Minitronics of Canada Ltd.*, [1988] 2 C.F. 265 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 289 et 290.

that they do not intend to raise any Charter issue and this therefore removes another possible reason for converting the application into an action.

I have therefore dismissed the application of the respondents to have the principal application proceeded with as an action.

témoignages. À l'audience qui a eu lieu devant moi, les requérants ont confirmé qu'ils n'ont pas l'intention de soulever quelque question liée à la Charte et cela élimine donc tout autre motif possible de transformer la demande en action.

J'ai donc rejeté la demande par laquelle les intimés cherchaient à faire entendre la demande principale à titre d'action.

T-2383-89

T-2383-89

**Comeau's Sea Foods Limited (Plaintiff)****Comeau's Sea Foods Limited (demanderesse)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen as represented by the Minister of Fisheries and Oceans (Defendant)****Sa Majesté la Reine, représentée par le ministre des Pêches et des Océans (défenderesse)***INDEXED AS: COMEAU'S SEA FOODS LTD. v. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: COMEAU'S SEA FOODS LTD. c. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Strayer J.—Halifax, February 18; Ottawa, May 5, 1992.

Section de première instance, juge Strayer—Halifax, 18 février; Ottawa, 5 mai 1992.

*Crown — Torts — Action for damages arising from defendant's failure to issue authorized offshore lobster fishery licences, although aware plaintiff expending money on conversion of vessel to use licences — Fisheries Act, s. 7 giving Minister absolute discretion to issue or authorize to be issued fishing licences — Authorization of issue of licences exhausted Minister's discretion — Purported withdrawal of licence ultra vires — Decision licences previously authorized not to be issued negligent act — Minister owed duty of care to plaintiff — Proximity between parties flowing from representation licences would be issued — Breach of standard of care — Harmful effect to plaintiff foreseeable — Plaintiff suffered foreseeable financial loss as result of about-face — Although loss purely economic, where "circumstantial proximity", defendant liable for loss — No defence of statutory authority where Minister exceeding powers — Duty of care not limited — Refusal to issue licences not policy decision — Defence of statutory authority never absolute — Minister not demonstrating manner lobster fishery managed herein inevitable consequence of exercise of discretion under s. 7 — Crown Liability and Proceedings Act, s. 8, giving Crown special immunity from torts liability not applicable as applies only to non-negligent conduct.*

*Crown — Contracts — After Minister announcing authorization of issuance of offshore lobster licences, plaintiff advising conversion of vessel under way — Minister subsequently announcing licences would not be issued — Plaintiff alleging contractual relationship established whereby Minister issuing licences in return for plaintiff preparing for and carrying out offshore lobster fishing — No breach of contract as not established parties intended contractual rights and duties to flow from application for and grant of licence.*

*Couronne — Délits — Action en dommages-intérêts découlant de l'omission de la défenderesse d'octroyer des permis de pêche du homard en haute mer dont elle avait permis l'octroi, alors qu'elle savait que la demanderesse avait engagé des dépenses en vue de convertir ses bateaux de façon à utiliser les permis — En vertu de l'art. 7 de la Loi sur les pêches, le ministre peut, à discrétion, octroyer des permis de pêche ou en permettre l'octroi — En permettant l'octroi des permis, le ministre a épuisé son pouvoir discrétionnaire — Le présumé retrait de la permission d'octroyer le permis constitue un excès de compétence — La décision de ne pas délivrer les permis dont l'octroi avait antérieurement été autorisé constitue une négligence — Le ministre avait une obligation de diligence envers la demanderesse — Le lien existant entre les parties découlait de la déclaration selon laquelle les permis seraient octroyés — Violation de l'obligation de diligence — Le préjudice causé à la demanderesse était prévisible — La demanderesse a subi une perte financière prévisible par suite du volte-face — Il s'agissait d'une perte purement financière, mais lorsqu'un «lien circonstanciel» existe, la défenderesse est responsable de la perte — Aucun moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur ne peut être invoqué lorsque le ministre outrepassa ses pouvoirs — Obligation de diligence non limitée — Le refus d'octroyer les permis n'est pas une décision de politique — Le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur n'est jamais absolu — Le ministre n'a pas montré que la façon de gérer la pêche du homard en l'espèce était la conséquence inévitable de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 7 — L'art. 8 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, qui confère à la Couronne une immunité spéciale contre la responsabilité délictuelle, ne s'applique pas étant donné qu'il ne vise qu'une conduite non négligente.*

*Couronne — Contrats — Après que le ministre eut annoncé qu'il avait permis l'octroi de permis de pêche du homard en haute mer, la demanderesse a informé celui-ci qu'elle était en train d'exécuter des travaux de conversion à bord de ses navires — Le ministre a par la suite annoncé que les permis ne seraient pas octroyés — La demanderesse soutient qu'il existait un lien contractuel en vertu duquel le ministre octroyait les permis, en échange de quoi la demanderesse se préparait pour la pêche du homard en haute mer et faisait cette pêche — Aucune violation de contrat étant donné qu'il n'a pas été établi*

*Fisheries — Minister advising plaintiff offshore lobster licences authorized — Plaintiff advising Department vessels under conversion to use licences — Minister giving in to objections of inshore fishermen, announcing licences not to be issued — Crown sued for negligence, breach of contract — Minister exhausted statutory discretion in authorizing issue of licenses — Minister's breach of statutory duty constituting actionable negligence — Plaintiff's economic loss foreseeable — Defence of statutory authority unavailable in case of negligence — Crown not demonstrating conduct necessary way of exercising Minister's discretion in management of lobster fishery.*

This was an action for damages caused by the failure to issue lobster fishery licences. The Minister advised the plaintiff that he had authorized the issuance to it of two offshore lobster licences and two experimental offshore lobster/red crab licences. The conditions of the licences were to be discussed at a later date. Shortly thereafter, plaintiff provided the Department with the names and numbers of the vessels which were to appear on the licences, and indicated that conversion work on the vessels was in progress. Later, however, the Regional Director was ordered not to issue any licences without specific authority from Ottawa. This was apparently in response to the objections of inshore fishermen who believed that more offshore lobster fishing would adversely affect the inshore fishery. Later still the Minister announced that the experimental licences would not be issued. The Department confirmed by letter to the plaintiff that it would not be receiving the four licences authorized to be issued. The plaintiff had spent about \$500,000 converting its vessel for lobster fishing. *Fisheries Act*, section 7 gives the Minister absolute discretion to issue or authorize to be issued fishing licences. Under section 9, he may suspend or cancel any licence under certain circumstances.

The plaintiff asserted liability in tort for negligence (breach of statutory duty), liability for "breach of a government undertaking", and liability for breach of contract, contending that a contractual relationship had been established whereby it was understood that in return for the Minister issuing the licences the plaintiff would prepare for and carry out offshore lobster fishing. It was argued that, at least with respect to fishing under the "experimental" licences, the Department would benefit from the data gathered on the lobster habitat in the area where licences had not previously been issued.

*que les parties voulaient que la demande et l'octroi de permis entraînent des droits et obligations contractuels.*

*Pêches — Le ministre a informé la demanderesse qu'il avait permis l'octroi de permis de pêche du homard en haute mer — La demanderesse a informé le Ministère qu'elle était en train d'exécuter des travaux de conversion à bord de ses navires de façon à utiliser les permis — Le ministre a cédé aux objections des pêcheurs côtiers et a annoncé que les permis ne seraient pas octroyés — L'État a fait l'objet de poursuites pour négligence et pour violation de contrat — Le ministre a épuisé son pouvoir discrétionnaire législatif en permettant l'octroi des permis — La violation de l'obligation d'origine législative incombant au ministre constitue une négligence ouvrant droit à une poursuite — La perte financière subie par la demanderesse était prévisible — Le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur ne peut pas être invoqué dans le cas d'une négligence — La défenderesse n'a pas montré que le ministre devait agir comme il l'avait fait en vue d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la gestion de la pêche du homard.*

Il s'agit d'une action en dommages-intérêts découlant de l'omission d'octroyer des permis de pêche du homard. Le ministre a informé la demanderesse qu'il avait permis l'octroi à cette dernière de deux permis de pêche du homard en haute mer ainsi que de deux permis expérimentaux de pêche du homard et du crabe rouge en haute mer. On devait discuter des conditions des permis à une date ultérieure. Peu de temps après, la demanderesse a fourni au Ministère les noms et numéros des bateaux qui devaient figurer sur les permis et a indiqué que des travaux de conversion des navires étaient en cours. Toutefois, par la suite, on a ordonné au directeur régional de ne pas délivrer de permis sans une autorisation expresse d'Ottawa. Cette décision découlait apparemment des objections formulées par les pêcheurs côtiers, qui croyaient que l'augmentation des activités de pêche du homard en haute mer aurait un effet préjudiciable sur la pêche côtière. Par la suite, le ministre a annoncé que les permis expérimentaux ne seraient pas octroyés. Le Ministère a confirmé, dans une lettre envoyée à la demanderesse, que celle-ci ne recevrait pas les quatre permis dont le ministre avait permis l'octroi. La demanderesse avait dépensé environ 500 000 \$ pour convertir son navire pour la pêche du homard. En vertu de l'article 7 de la *Loi sur les pêches*, le ministre peut, à discrétion, octroyer des permis de pêche ou en permettre l'octroi. En vertu de l'article 9, il peut suspendre ou révoquer tout permis dans certaines circonstances.

La demanderesse a invoqué la responsabilité délictuelle fondée sur la négligence (violation d'une obligation législative), la responsabilité découlant de la «violation d'un engagement pris par le gouvernement» et la responsabilité découlant de la violation d'un contrat, et a soutenu qu'il existait un lien contractuel en vertu duquel il était entendu que si le ministre octroyait les permis, la demanderesse se préparerait pour la pêche du homard en haute mer et ferait cette pêche. Il a été soutenu que, du moins en ce qui concerne la pêche visée par les permis «expérimentaux», le Ministère bénéficierait des données

The Crown's argument was that section 7 gave the Minister absolute discretion to issue licences, which was not affected by the section 9 limit on the authority to revoke a licence since no licence had been issued. Alternatively, it was contended that (1) the defendant did not owe a duty of care to the plaintiff because the decision not to issue the licences was a "policy" decision; and (2) the Minister's actions were authorized by statute so that by both general principles of law and the *Crown Liability and Proceedings Act* (section 8 of which provides that the Crown is not liable in respect of anything done in the exercise of any power or authority exercisable by the Crown), the Crown was not liable.

*Held*, the action should be allowed.

The Minister has an absolute discretion under section 7 to either issue or to authorize the issue of a licence. If he issues the licence, nothing remains to be done by anyone. If he authorizes the issue, as was done here, with certain conditions to be settled, then it only remains for those conditions to be settled between departmental officials and the licensee. There is no continuing role for the Minister in respect of an authorized licence. The refusal of the licences was not related to any failure by plaintiff to meet specific conditions. When the Minister authorized the issue of licences to the plaintiff, he had exhausted his discretion under section 7. The restrictions on suspension or cancellation of licences provided in section 9 did not apply since no licence had been issued.

While breach of a statute does not automatically give rise to tort liability, the acts constituting breach of a statutory duty by the Minister also constituted actionable negligence. The negligent act was the decision that the licences previously authorized were not to be issued. The elements of negligence were established. (1) The Minister owed a duty of care to the plaintiff. There was a proximity between the defendant and the plaintiff flowing from the Minister's representation that the licences would be issued. (2) There was a breach of the requisite standard of care. From the time the plaintiff advised the Department that it was undertaking work to convert vessels in order to use the licences, it was foreseeable that any departure from the announced line of conduct (i.e. the issue of the licences) would have a harmful effect on the plaintiff. (3) The plaintiff suffered some foreseeable financial loss as a result of the about-face. Although the plaintiff's loss was purely economic, the Supreme Court of Canada has held that where there is the necessary "circumstantial proximity", a defendant can be held liable for such loss.

Courts do not review policy decisions for which public authorities are politically responsible, but decisions taken in the "implementation" of those policy decisions are subject to a

recueillies sur l'habitat du homard dans un secteur où aucun permis n'avait encore été délivré.

La défenderesse a soutenu qu'en vertu de l'article 7, le ministre peut, à discrétion, octroyer des permis, pouvoir qui n'est pas restreint par l'article 9, qui limite le pouvoir de révoquer un permis, étant donné qu'aucun permis n'avait été octroyé. Subsidiairement, il a été soutenu (1) que la défenderesse n'avait pas d'obligation de diligence envers la demanderesse parce que la décision de ne pas octroyer de permis était une décision «de politique»; et (2) que les mesures prises par le ministre étaient autorisées par la loi, de sorte que selon les principes généraux de droit et l'article 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, qui prévoit que la responsabilité de l'État n'est pas engagée pour tout fait commis dans l'exercice d'un pouvoir dévolu à celui-ci, la défenderesse n'était pas responsable.

*Jugement*: l'action devrait être accueillie.

En vertu de l'article 7, le ministre peut, à discrétion, octroyer des permis ou en permettre l'octroi. S'il octroie un permis, personne n'a plus rien à faire. S'il en permet l'octroi, comme en l'espèce, certaines conditions devant être fixées, il reste uniquement aux représentants du Ministère et au titulaire à élaborer ces conditions. Le ministre n'a plus aucun rôle lorsque l'octroi d'un permis a été autorisé. Le refus d'octroyer les permis n'a rien à voir avec une omission par la demanderesse de satisfaire à des conditions précises. Lorsque le ministre a autorisé l'octroi des permis à la demanderesse, il a épuisé le pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 7. Les restrictions relatives à la suspension ou à la révocation des permis prévues à l'article 9 ne s'appliquent pas étant donné qu'aucun permis n'a été octroyé.

La violation d'une loi n'entraîne pas automatiquement une responsabilité délictuelle, mais les actes qui constituent une violation par le ministre d'une obligation d'origine législative constituent également une négligence ouvrant droit à une poursuite. La négligence découle de la décision de ne pas délivrer les permis dont le ministre a antérieurement permis l'octroi. Les éléments de la négligence sont établis. (1) Le ministre avait une obligation de diligence envers la demanderesse. Il existait un lien entre la défenderesse et la demanderesse, par suite de la déclaration que le ministre avait faite, à savoir que les permis seraient octroyés. (2) L'obligation requise de diligence a été violée. À compter du moment où la demanderesse a informé le Ministère qu'elle effectuait des travaux en vue de convertir ses bateaux de façon à utiliser les permis, on pouvait prévoir que toute dérogation à la ligne de conduite annoncée (c'est-à-dire l'octroi des permis) causerait préjudice à la demanderesse. (3) La demanderesse a subi une certaine perte financière prévisible par suite du volte-face. La perte de la demanderesse était purement financière, mais la Cour suprême du Canada a jugé que lorsque le «lien circonstanciel» nécessaire existe, le défendeur peut être tenu responsable de pareille perte.

Les tribunaux ne révisent pas les décisions de politique à l'égard desquelles les autorités publiques sont politiquement responsables, mais les décisions prises dans le cadre de la

duty of care. Once the necessary policy decision is taken, it should be implemented in a way which will not cause an unreasonable risk of harm to those reasonably affected by it. This rationale proceeds on the assumption that the alleged "policy" decision is authorized by statute. The refusal to issue the licences was *ultra vires* the Minister. Furthermore, the only relevant policy decision was the Minister's decision to authorize the issue of the licences, a step specifically provided for in section 7. The decision was to authorize the issue rather than the actual issue because there were some detailed conditions to be worked out, but matters were proceeding without difficulty to the actual issue. No policy issues remained to be resolved. As the Minister's purported withdrawal of the licence authorizations was beyond his powers, there could be no defence of statutory authority. Also, the defence of statutory authority has never been absolute. If an agency was given a discretionary power it could not rely on statutory authority as a defence in actions in tort for harm committed in the exercise of that power unless it could show that the interference with private rights complained of was inevitable in the exercise of the power. This doctrine was modified in favour of plaintiffs in *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*. In that case, Sopinka J.—who took the most generous view of the defence—said that the onus was on the defendant to at least show that what was done under purported statutory authority was done without negligence and therefore the harmful result was inevitable. The Crown had not demonstrated that to authorize issue of a licence but then to refuse its issue after an intended licensee undertook expenditures in reliance on the authorization was a necessary way of exercising the Minister's section 7 discretion. *Crown Liability and Proceedings Act*, section 8 is relevant to non-negligent conduct; the conduct herein was negligent.

Generally, the relations between public officials who issue licences pursuant to statutory authority and licensees are governed not by the law of contract but by the provisions of the statute and general principles of administrative law. While a contractual relationship is not impossible, there should be clear evidence that the parties intended that contractual rights and duties were to flow from the application for and grant of a licence. The circumstances here would not have given rise to such expectations. Apart from the fact that no particular benefit to the Minister was identified with respect to the grant of two of the licences, even the licences in the experimental area were not intended to give rise to mutual obligations. There was no contractual intention.

«mise en œuvre» des décisions de politique sont assujetties à une obligation de diligence. Une fois que la décision de politique nécessaire a été prise, elle devrait être mise en œuvre d'une façon qui ne causera pas un risque déraisonnable de préjudice à ceux qu'elle touchera vraisemblablement. Ce raisonnement découle de la supposition selon laquelle la présumée décision «de politique» est autorisée par la loi. Le refus de délivrer les permis outrepassait la compétence du ministre. En outre, la seule décision de politique pertinente était la décision que le ministre avait prise de permettre l'octroi des permis, mesure expressément prévue par l'article 7. Il avait été décidé de permettre l'octroi plutôt que d'octroyer les permis eux-mêmes parce qu'il restait encore à fixer certaines conditions, mais l'affaire évoluait sans difficulté en faveur de l'octroi des permis eux-mêmes. Il ne restait aucune question de principe à régler. Étant donné que le présumé retrait par le ministre de la permission d'octroyer les permis outrepassait les pouvoirs de celui-ci, le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur ne peut pas être invoqué. De plus, le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur n'a jamais été absolu. Si un organisme se voyait conférer un pouvoir discrétionnaire, il ne pourrait pas invoquer l'autorisation du législateur comme moyen de défense dans les actions fondées sur un délit découlant du tort causé par suite de l'exercice de ce pouvoir à moins qu'il ne puisse montrer que la violation alléguée des droits privés était une conséquence inévitable de l'exercice de ce pouvoir. Cette doctrine a été modifiée en faveur des demanderessees dans l'affaire *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, où le juge Sopinka, qui était le plus favorable au moyen de défense, a dit qu'il incombait au défendeur de prouver au moins que ce qui avait été fait en vertu de la présumée autorisation du législateur n'avait donné lieu à aucune négligence et que le résultat préjudiciable était donc inévitable. La défenderesse n'a pas montré que permettre l'octroi d'un permis, puis refuser de l'octroyer après qu'un titulaire éventuel a engagé des dépenses en se fondant sur cette permission, était une conséquence inévitable de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'article 7. L'article 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* se rapporte à une conduite non négligente; en l'espèce, il est question de conduite négligente.

Généralement parlant, les relations entre les fonctionnaires qui délivrent les permis en vertu d'une autorisation du législateur d'une part, et les titulaires de permis d'autre part, sont régies non par le droit des contrats, mais par les dispositions de la loi et par les principes généraux du droit administratif. Un lien contractuel n'est pas impossible, mais il devrait être clairement établi que les parties voulaient que la demande et l'octroi d'un permis entraînent des droits et obligations contractuels. Les circonstances de l'espèce n'auraient pas donné lieu à pareilles attentes. Indépendamment du fait qu'on n'a décrit aucun avantage particulier que l'octroi de deux des permis procurerait au ministre, même les permis dans le secteur expérimental n'étaient pas destinés à donner lieu à des obligations mutuelles. Il n'existait aucune intention contractuelle.



## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Atlantic Fishery Regulations, 1985*, SOR/86-21, s. 28(1)(a) (rep. by SOR/91-296, s. 1).  
*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), ss. 8, 31 (as am. *idem*, s. 31).  
*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 7, 9 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 95).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, judgment dated 30/4/92, S.C.C. confg [1990] 3 F.C. 114; (1990), 65 D.L.R. (4th) 321; 3 C.C.L.T. 229; 104 N.R. 321 (C.A.); *Swanson v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 F.C. 408; (1991), 80 D.L.R. (4th) 741; 7 C.C.L.T. (2d) 186 (C.A.); *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; (1989), 64 D.L.R. (4th) 620; 104 N.R. 241.

## CONSIDERED:

*Ann's v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 103 N.R. 1.

## REFERRED TO:

*R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; (1983), 143 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 C.C.L.T. 121; 45 N.R. 425.

## AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. Case Comments, "*Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 589.

ACTION for damages arising from Minister's refusal to issue authorized lobster fishery licences. Action allowed.

## COUNSEL:

*Hon. Stewart McInnes*, Q.C. for plaintiff.

*Michael F. Donovan* for defendant.

## SOLICITORS:

*McInnes, Cooper & Robertson*, Halifax, for plaintiff.

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 8, 31 (mod., *idem*, art. 31).  
*Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7, 9 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> supp.), ch. 31, art. 95).  
*Règlement de pêche de l'Atlantique de 1985*, DORS/86-21, art. 28(1a) (abrogé par DORS/91-296, art. 1).

## b JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, jugement en date du 30-4-92, C.S.C., conf. [1990] 3 C.F. 114; (1990), 65 D.L.R. (4th) 321; 3 C.C.L.T. 229; 104 N.R. 321 (C.A.); *Swanson c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 C.F. 408; (1991), 80 D.L.R. (4th) 741; 7 C.C.L.T. (2d) 186 (C.A.); *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181; (1989), 64 D.L.R. (4th) 620; 104 N.R. 241.

## d

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Ann's v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 103 N.R. 1.

## DÉCISION CITÉE:

*R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; (1983), 143 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 C.C.L.T. 121; 45 N.R. 425.

## DOCTRINE

Hogg, Peter W. Case Comments, "*Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*" (1990), 69 *Rev. du Bar. can.* 589.

ACTION en dommages-intérêts découlant du refus du ministre de délivrer les permis de pêche du homard dont il avait permis l'octroi. Action accueillie.

## AVOCATS:

*L'hon. Stewart McInnes*, c.r., pour la demanderesse.

*Michael F. Donovan* pour la défenderesse.

## PROCUREURS:

*McInnes, Cooper & Robertson*, Halifax, pour la demanderesse.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

STRAYER J.:

LE JUGE STRAYER:

### Relief Requested

### Redressement demandé

This is an action for damages which the plaintiff says it has suffered as a result of the failure of the defendant, represented by the Minister of Fisheries and Oceans, to issue to it four lobster fishery licences after allegedly undertaking, representing, or contracting to issue such licences. The plaintiff alleges it has incurred expenses as a result of such representation, undertaking, or agreement.

b Il s'agit d'une action découlant des dommages que la demanderesse allègue avoir subis par suite de l'omission de la défenderesse, représentée par le ministre des Pêches et des Océans, de lui délivrer c quatre permis de pêche du homard après s'être apparemment engagée à le faire, ou après avoir déclaré qu'elle délivrerait ces permis ou avoir convenu de le faire. La demanderesse allègue avoir engagé des dépenses par suite de la déclaration, de l'engagement d ou de l'entente en question.

By order of May 7, 1991 Martin J. directed that the issue of damages, including *quantum*, accounting and other relief, be referred to a judge nominated by the Associate Chief Justice after the issue of liability has been decided by the Court. I am therefore only concerned in the present proceedings with determining liability.

e Par une ordonnance du 7 mai 1991, le juge Martin a ordonné que la question des dommages-intérêts, notamment en ce qui concerne le montant, la reddition de compte et tout autre redressement, soit renvoyée à un juge désigné par le juge en chef adjoint après que la question de la responsabilité eut été tranchée par la Cour. En l'espèce, je ne m'occuperai donc f que de déterminer la responsabilité.

### Facts

### Les faits

The inshore lobster fishery off the east, south, and southwest coast of Nova Scotia is carried on within a geographical area extending approximately fifty nautical miles from those coasts and forming part of North Atlantic Fisheries Organization Convention areas 4X and 4W. There are 1,601 inshore lobster fishery licensees in this inshore area. The offshore lobster fishery is carried on in those portions of areas 4X and 5Z beyond the inshore area. The eastern boundary of area 4X and the western boundary of area 4W is a line commencing at approximately Halifax and running due southward. Area 5Z lies to the west of area 4X, including both some Canadian and some U.S. fisheries territory. There were eight offshore lobster licensees operating in areas 4X/5Z at the time in question. In the offshore portion of NAFO Convention area 4W there were and are no offshore lobster licensees.

g La pêche du homard côtier au large de la côte est, sud et sud-ouest de la Nouvelle-Écosse se fait dans un secteur géographique s'étendant à environ cinquante milles marins de ces côtes et faisant partie des zones 4X et 4W de la Convention de l'Organisation des pêches de l'Atlantique nord. Il y a 1 601 titulaires h de permis de pêche du homard côtier dans ce secteur. La pêche du homard en haute mer se fait dans les parties des zones 4X et 5Z qui s'étendent au-delà du secteur côtier. La limite est de la zone 4X et la limite ouest de la zone 4W forment une ligne commençant à peu près à Halifax et allant franc sud. La zone 5Z est i à l'ouest de la zone 4X, et comprend un territoire de pêche situé en partie au Canada et en partie aux États-Unis. Huit titulaires de permis de pêche du homard en haute mer exploitaient leur entreprise dans les zones 4X et 5Z pendant la période pertinente. Dans la partie située en haute mer de la zone 4W de

The plaintiff is an integrated fishing company operating on the southwest coast of Nova Scotia. It has some fifteen vessels and in peak season employs up to one thousand people. It has no offshore lobster licences but had been expressing to the Minister of Fisheries since at least 1984 an interest in obtaining such licences.

In 1985 by the decision of a panel of the International Court of Justice the Canada-U.S. boundary was defined in the Gulf of Maine, deciding in favour of Canada in respect of certain additional areas of value for the lobster fishery. This resulted in a renewed effort by the plaintiff to obtain two offshore lobster licences: by a letter of August 21, 1986 the President of the plaintiff, Marcel Comeau, wrote to the Honourable Thomas Siddon, asking for such licences and stating that the plaintiff was "prepared to start fishing immediately" once it had the necessary licences. Subsequently Mr. Comeau and his father, the Chairman of the Board of the plaintiff company, pursued this matter personally with the Minister. They spoke to him at a meeting in Boston in March, 1987 and the Minister assured them that he would definitely look into the possibility of them getting a licence. In September, 1987 they spoke to the Minister at a meeting in Quebec City and he told Marcel Comeau and his father that their company would definitely get one offshore lobster licence.

It appears that in fact some thirteen applications for new offshore lobster licences were received by the Minister in 1987. The evidence also seems clear that one of the factors militating in favour of some changes in licensing in areas 4X/5Z was that at that time seven of the eight licences in those areas were held by closely-related corporations. Another factor was that there was thought to be a possibility of a worthwhile offshore lobster fishery in area 4W and it was thought best to issue some licences in this area

la Convention de l'OPAN, il n'y avait pas et il n'y a pas de titulaires de permis de pêche du homard en haute mer.

La demanderesse est une entreprise de pêche intégrée qui est exploitée au large de la côte sud-ouest de la Nouvelle-Écosse. Elle possède une quinzaine de bateaux et pendant la pleine saison, elle emploie jusqu'à mille personnes. Elle ne possède pas de permis de pêche du homard en haute mer, mais depuis au moins 1984, elle a fait savoir au ministre des Pêches qu'elle voulait obtenir pareils permis.

En 1985, par une décision rendue par des juges de la Cour internationale de justice, la frontière canado-américaine a été fixée dans le golfe du Maine, la Cour ayant rendu une décision favorable au Canada à l'égard de certains secteurs additionnels importants pour la pêche du homard. La demanderesse a donc renouvelé ses efforts pour obtenir deux permis de pêche du homard en haute mer: par une lettre du 21 août 1986, le président de la société demanderesse, Marcel Comeau, a écrit à l'honorable Thomas Siddon pour lui demander ces permis et a déclaré que la demanderesse était [TRADUCTION] «prête à commencer à pêcher immédiatement», une fois les permis nécessaires obtenus. Par la suite, M. Comeau et son père, qui était président du conseil d'administration de la société demanderesse, ont personnellement fait des démarches auprès du ministre. Ils lui ont parlé au cours d'une rencontre qui a eu lieu à Boston, en mars 1987, et le ministre leur a assuré qu'il étudierait certainement la possibilité de leur délivrer un permis. En septembre 1987, ils ont parlé au ministre, lors d'une rencontre à Québec, et ce dernier a dit à Marcel Comeau et à son père que la société obtiendrait certainement un permis de pêche du homard en haute mer.

Il semble qu'en fait, environ treize demandes de nouveaux permis de pêche du homard en haute mer ont été reçues par le ministre en 1987. Il semble également être clairement prouvé qu'un des facteurs militant en faveur de certaines modifications en ce qui concerne l'octroi de permis dans les zones 4X et 5Z était qu'à ce moment-là, sept des huit permis dans ces zones étaient détenus par des sociétés étroitement liées. Un autre facteur était qu'on croyait qu'il pouvait valoir la peine de pêcher le homard en haute mer

on an experimental basis. The Minister appears therefore to have decided to maintain the same total allowable catch for areas 4X/5Z of 720 tonnes per annum, to reduce the number of licences held in those areas by the then licence holders (giving the withdrawn licences to new applicants such as the plaintiff) and giving "experimental" licences in area 4W as well to both new applicants and old licence holders in 4X/5Z (the latter to compensate them for loss of their 4X/5Z licences). The net result as far as the plaintiff is concerned is that on December 29, 1987 the Minister sent to the plaintiff a telex as follows:

I am pleased to advise you that I have authorized the issuance of two offshore lobster licences to your company valid for NAFO divisions 4X/5Z and two experimental offshore lobster/red crab licences valid for NAFO division 4W. One of each of these licences will be fished as a unit and will be placed on two of your company vessels greater than 60 feet LOA.

Your company's EA based on a 12 month fishing season (Oct. 15–Oct. 14) for lobster in division 4W will be 60T per vessel with no catch limit for red crab. Similarly your company's EA for lobster in divisions 4X/5Z will be 30T per vessel.

These EAS will be prorated for the 1987/88 season as follows for each of your vessels:

Division 4W—48T  
Divisions 4X/5Z—24T

Regional officials will be in contact with you shortly at which time specific conditions of licence will be discussed.

As will be seen the Minister confirmed that the plaintiff was to get two licences for division 4X/5Z and two experimental licences for division 4W. The "EA" referred to, according to the evidence, is the "enterprise allocation". It will be noted that such allocations were stated very precisely in respect of the plaintiff. Further, these allocations were specifically prorated for the 1987/88 season with each vessel to have only 80% of its normal annual allocation for the remainder of that season, the season running from October 15, 1987 to October 14, 1988 with approximately 20% of it having elapsed at the time of this telex.

dans la zone 4W et l'on estimait qu'il était préférable de délivrer, à titre expérimental, certains permis dans cette zone. Le ministre semble donc avoir décidé de maintenir le même niveau total de prises dans les zones 4X et 5Z, soit 720 tonnes l'an, de réduire le nombre de permis détenus par les titulaires dans ces zones (les permis retirés étant délivrés aux nouveaux demandeurs comme la demanderesse) et d'octroyer les permis «expérimentaux» dans la zone 4W tant aux nouveaux demandeurs qu'aux anciens titulaires de permis dans les zones 4X et 5Z (ceux-ci étant destinés à compenser la perte des permis dans les zones 4X et 5Z). Par conséquent, le 29 décembre 1987, le ministre a envoyé à la demanderesse le télex suivant:

[TRADUCTION] J'ai le plaisir de vous informer que j'ai permis l'octroi à votre société de deux permis de pêche du homard en haute mer, lesquels viseraient les divisions 4X et 5Z de l'OPAN ainsi que de deux permis expérimentaux de pêche du homard et du crabe rouge en haute mer, visant la division 4W de l'OPAN. Un permis de chaque type sera considéré comme une unité et sera apposé à bord de deux des bateaux de la société de plus de 60 pieds de longueur hors tout.

L'AE de votre société, pour une saison de pêche de 12 mois (du 15 octobre au 14 octobre), sera de 60 tonnes par bateau pour la pêche du homard dans la division 4W, aucune limite de capture n'étant prévue pour le crabe rouge. De même, l'AE de votre société pour le homard dans les divisions 4X et 5Z sera de 30 tonnes par bateau.

Ces AE seront partagées proportionnellement comme suit pour chacun de vos bateaux pendant la saison 1987-1988:

Division 4W—48 T  
Divisions 4X et 5Z—24 T

Les agents régionaux communiqueront avec vous dans peu de temps pour discuter des conditions précises des permis.

Comme nous pouvons le constater, le ministre a confirmé que la demanderesse allait obtenir deux permis pour les divisions 4X et 5Z et, à titre expérimental, deux permis pour la division 4W. Selon la preuve, l'«AE» mentionnée est l'«allocation aux entreprises». Il est à noter que ces allocations étaient indiquées d'une manière fort précise en ce qui concerne la demanderesse. En outre, ces allocations étaient expressément partagées proportionnellement pour la saison 1987-1988, chaque bateau ne devant avoir que 80 % de son allocation annuelle normale pour le reste de cette saison-là, soit du 15 octobre 1987 au 14 octobre 1988, puisque 20 % de la saison s'était écoulée au moment où ce télex a été envoyé.

It will also be noted that in the telex the Minister said that specific conditions of the licence would be discussed with the plaintiff by regional officials. On January 11 a telex was sent by the Department of Fisheries and Oceans to the plaintiff and others announcing a "meeting of the offshore lobster licence holders" to be held at Hunt's Point, Nova Scotia, on January 14. At this meeting were representatives of the holders of licences theretofore granted as well as those to whom the Minister had announced on December 29, 1987 that he had authorized licences to be issued. According to the minutes the Department explained the new allocations and the controls which would be imposed and "licence holders had no objections to any of these controls". On January 27, 1988 the Department sent a telex to each of the firms represented at the Hunt's Point meeting advising them that it would be necessary to file a fishing plan for each vessel for the balance of the fishing season. The Department also said that it required the name and number of each vessel which would appear on the licence. On January 29, 1988 the plaintiff provided the information required, by letter. In that letter it advised that the fishing vessels it would use would be the *Lady Comeau* and the *Lady Denise*. The letter added:

These vessels are presently geared for the scallop fishery but work to convert these for the offshore lobster fishery is due to start very shortly. These vessels should be ready to go fishing in April.

This was a clear indication that the plaintiff was proceeding with conversion work on these vessels in the belief that the lobster licences would be issued to it in due course. Mr. Neil Bellefontaine, now Regional Director General of the Department of Fisheries and Oceans for the Scotia-Fundy region, testified that thereafter and until at least March 8 if the plaintiff had asked for the actual licences to be issued the Department would have issued them subject to settling any specific conditions which should be attached to their licences or to the licences in this area generally. Those conditions had not yet been settled finally. However, on March 8, 1988 Mr. Bellefontaine was instructed from Ottawa not to issue

Il est également à noter que dans le télex, le ministre disait que les agents régionaux discuteraient des conditions précises du permis avec la demanderesse. Le 11 janvier, le ministère des Pêches et des Océans a envoyé à la demanderesse et aux autres un télex pour les informer qu'une [TRADUCTION] «réunion des titulaires de permis de pêche du homard en haute mer» aurait lieu à Hunt's Point (Nouvelle-Écosse) le 14 janvier. Les représentants des titulaires de permis déjà délivrés, ainsi que ceux que le ministre avait informés, le 29 décembre 1987, qu'il leur avait permis l'octroi de permis, assistaient à cette réunion. Selon le procès-verbal, les représentants du Ministère ont donné des explications au sujet des nouvelles allocations et des mesures de surveillance qui seraient prises et [TRADUCTION] «les titulaires de permis ne se sont opposés à aucune de ces mesures de surveillance». Le 27 janvier 1988, le Ministère a envoyé un télex à toutes les entreprises représentées à la réunion qui avait eu lieu à Hunt's Point pour les informer qu'elles devaient déposer un plan de pêche à l'égard de chaque bateau pour le reste de la saison de pêche. Le Ministère leur a également dit qu'il avait besoin du nom et du numéro de chaque bateau visé par permis. Le 29 janvier 1988, la demanderesse a fourni, par lettre, les renseignements requis. Dans cette lettre, elle disait qu'elle utiliserait le *Lady Comeau* et le *Lady Denise*. Elle ajoutait ceci:

[TRADUCTION] Ces bateaux sont actuellement équipés pour la pêche du pétoncle, mais des travaux sont sur le point d'être exécutés afin de les convertir pour la pêche du homard en haute mer. Ces bateaux devraient être prêts pour la pêche en avril.

C'était là une indication claire que la demanderesse exécutait des travaux de conversion à bord de ces bateaux parce qu'elle croyait que les permis de pêche du homard seraient délivrés en temps utile. M. Neil Bellefontaine, maintenant directeur général régional du ministère des Pêches et des Océans pour la région Scotia-Fundy, a témoigné que par la suite et jusqu'au 8 mars au moins, le Ministère aurait délivré les permis, si la demanderesse l'avait demandé, en se réservant le droit de fixer les conditions précises attachées à ces permis ou aux permis de ce secteur en général. Ces conditions n'avaient pas encore été fixées d'une manière définitive. Toutefois, le 8 mars 1988, M. Bellefontaine a reçu d'Ottawa des direc-

any such licences without specific clearance from the Assistant Deputy Minister in Ottawa.

In the period since the announcement by the Minister on December 29, 1987 that new offshore licences would be issued there had been strong objections voiced by inshore fishermen against the issue of any new offshore licences. This apparently stemmed from a belief that more lobster fishing in the offshore would affect the inshore fishery. (It will be noted that only the proposed licences in division 4W would involve new catch, as the total proposed allocation for areas 4X/5Z remained the same but with some change of licensees.) It seems amply clear that the scientific evidence available to the Minister at that time did not suggest any likely harmful effect on the inshore fishery by increased offshore fishery activity; indeed a report of the Canadian Atlantic Fishery Scientific Advisory Committee produced at about this time indicates the contrary. Certainly the Minister initially took the position with the inshore fishermen that there was no evidence of any likely harmful effect.

At a meeting of the Scotia-Fundy Lobster Advisory Committee, involving representatives of the industry, held in Halifax on March 30, 1988 the Minister listened to the concerns of the inshore fishermen. In a press release issued after that meeting he maintained that he would not "cancel" the new offshore licences but said he was prepared to impose the necessary conditions to respond to the concerns of inshore lobster fishermen. However the negative pressure continued from the inshore fishermen and the issue developed into a political dispute in Nova Scotia and in Ottawa. Finally on April 29, 1988 the Minister issued another press release announcing that

... the four experimental offshore lobster licences in Nova Scotia would not be issued in the foreseeable future. . . .

He announced instead that he was launching a new study "of all the major issues facing the lobster

tives selon lesquelles il ne devait pas délivrer pareils permis sans autorisation expresse du sous-ministre adjoint à Ottawa.

*a* Dans l'intervalle, après que le ministre eut annoncé, le 29 décembre 1987, que les nouveaux permis de pêche en haute mer seraient délivrés, les pêcheurs côtiers s'étaient vigoureusement opposés à la délivrance de tout nouveau permis de pêche en haute mer. Cette opposition découlait apparemment de la conviction qu'une augmentation des activités de pêche du homard en haute mer influerait sur la pêche côtière. (Notons que seuls les permis qui devaient être délivrés dans la division 4W entraînaient de nouvelles prises, étant donné que l'allocation totale prévue dans les zones 4X et 5Z demeurerait la même, mais avec un changement de titulaires.) Il semble être tout à fait clair que la preuve scientifique dont le ministre disposait à ce moment-là ne laissait pas entendre que l'augmentation de l'activité de pêche en haute mer aurait vraisemblablement un effet préjudiciable sur la pêche côtière; de fait, un rapport du Comité scientifique consultatif des pêches canadiennes dans l'Atlantique publié à peu près à ce moment-là indique le contraire. De toute évidence, la position que le ministre a initialement prise auprès des pêcheurs côtiers était que rien ne prouvait qu'il y aurait vraisemblablement un effet préjudiciable.

*f* À une réunion du Comité consultatif du homard de Scotia-Fundy, à laquelle assistaient des représentants de l'industrie, laquelle a eu lieu à Halifax le 30 mars 1988, le ministre a entendu les observations des pêcheurs côtiers. Dans un communiqué de presse publié après la réunion, le ministre a maintenu qu'il n'«annulerait» pas les nouveaux permis de pêche en haute mer, mais il a déclaré être prêt à imposer les conditions nécessaires pour répondre aux préoccupations des pêcheurs côtiers de homard. Toutefois, ces derniers ont continué à exercer des pressions et la chose a engendré un différend politique en Nouvelle-Écosse et à Ottawa. Enfin, le 29 avril 1988, le ministre a publié un autre communiqué de presse dans lequel il annonçait que:

[TRADUCTION] Les quatre permis expérimentaux de pêche du homard en haute mer en Nouvelle-Écosse ne seraient pas délivrés dans un avenir immédiat . . .

*j* Le ministre a annoncé qu'il entamait plutôt une nouvelle étude [TRADUCTION] «de toutes les questions

industry in Scotia-Fundy Region”, observing that there had been no major study of the lobster fishery since 1975. That study was subsequently launched and was not completed until 1990. It was then reviewed by the Minister and the Department and only recently, as I understand it, have any decisions flowed from it. In the meantime the Department confirmed by letter to the plaintiff on May 31, 1988 that it would not be receiving the four licences (neither the “experimental” licences in area 4W nor the other licences for area 4X/5Z) which the Minister had authorized to be issued to the plaintiff, and it had not received those licences as of the time of trial.

There was no evidence to explain the *volte-face* of the Minister between December 29, 1987 and April 29, 1988 other than the obvious: namely the pressure generated by the strenuous objections of the inshore fishermen (who are far more numerous than the offshore fishermen) to any new offshore lobster licences. The Minister did not testify at this trial and his Department did not produce any evidence suggesting any other reason. Ample evidence was presented of the objections of the inshore fishermen.

As the question of damages had been referred for determination after trial at a reference, should liability be found, I entertained evidence as to this subject at the trial only to the extent of being satisfied that the plaintiff did incur expenditures in contemplation of receiving the lobster fishing licences which were announced by the Minister in his telex of December 29, 1987 and aborted by the Minister's press release of April 29, 1988. Mr. Marcel Comeau, the President of the plaintiff company, testified that during the period between these two dates the plaintiff had spent about \$500,000 converting the MV *Lady Comeau* for lobster fishing. This was not presented as a detailed claim and I made clear that I was receiving this evidence only to see if there was evidence of some loss, not for the purpose of establishing *quantum*. I am satisfied that some loss was incurred sufficient to support a claim for liability should the other elements of actionable harm be established.

importantes auxquelles faisait face l'industrie de la pêche du homard dans la région Scotia-Fundy», faisant observer qu'aucune étude importante de la pêche du homard n'avait été menée depuis 1975. Cette étude a par la suite été entamée et n'a pris fin qu'en 1990. Elle a alors fait l'objet d'un examen par le ministre et le Ministère et ce n'est que récemment, si je comprends bien, que des décisions ont été prises à ce sujet. Dans l'intervalle, le Ministère a confirmé, dans une lettre envoyée à la demanderesse le 31 mai 1988, que celle-ci ne recevrait pas les quatre permis (non plus que les permis «expérimentaux» dans la zone 4W ou les autres permis dans les zones 4X et 5Z) dont le ministre avait permis l'octroi; au moment de l'instruction, la demanderesse n'avait pas reçu ces permis.

Aucune preuve n'a été présentée pour expliquer le *volte-face* du ministre entre le 29 décembre 1987 et le 29 avril 1988, à part ce qui est évident, à savoir, les pressions auxquelles il faisait face par suite de l'opposition vigoureuse des pêcheurs côtiers (qui sont beaucoup plus nombreux que les pêcheurs en haute mer) à l'octroi de tout nouveau permis de pêche du homard en haute mer. Le ministre n'a pas témoigné pendant ce procès et le Ministère n'a pas présenté de preuve indiquant l'existence de quelque autre raison. Une preuve abondante a été présentée à l'égard des objections des pêcheurs côtiers.

Étant donné que la question des dommages-intérêts avait été renvoyée, après le procès, en vue d'être tranchée si jamais il était conclu à la responsabilité, j'ai entendu la preuve présentée à ce sujet à l'instruction uniquement dans la mesure où elle montrerait, à ma satisfaction, que la demanderesse avait de fait engagé des dépenses en prévision de l'octroi des permis de pêche du homard qui avait été annoncé par le ministre dans le télex du 29 décembre 1987, et qui avait été révoqué dans le communiqué de presse du ministre en date du 29 avril 1988. M. Marcel Comeau, président de la société demanderesse, a témoigné que pendant la période qui s'était écoulée entre ces deux dates, la demanderesse avait dépensé environ 500 000 \$ pour convertir le *Lady Comeau* pour la pêche du homard. Aucune demande détaillée n'a été présentée et j'ai clairement fait savoir que je recevais cette preuve uniquement pour voir si une perte quelconque avait été subie, et non afin d'établir le mon-

The plaintiff in argument asserted four bases for liability of the defendant: liability in tort for negligence; liability for the “breach of a government undertaking”; liability for breach of contract; and some kind of liability turning on “promissory estoppel”. It appears to me that only breach of contract was pleaded in the original statement of claim, although it may perhaps be read to allege an obligation of the defendant to issue the licences flowing in part from more general obligations imposed on the Minister pursuant to legislation. At the trial the plaintiff proposed certain amendments to its statement of claim and these amendments were permitted on condition, as requested by the defendant, that the defendant be allowed to raise any defences to these amendments without amending its own pleadings. Those amendments are as follows:

12(a) In the alternative and in any event the plaintiff repeats paragraphs 1 to 11 hereof and says that the refusal of the defendant to issue the lobster fishing licence to the plaintiff was *ultra vires* Fisheries Act and a breach of the defendant's statutory duty thereunder, constituting the tort of negligence, as a direct result of which the plaintiff has suffered damages.

12(b) In the further alternative and in any event the plaintiff repeats paragraphs 1 to 11 hereof and says that the decision of the defendant to issue the lobster fishing licence to the plaintiff was an irrevocable legal act which the defendant wrongfully purported to revoke as a direct result of which the plaintiff has suffered damages.

It will be noted that these amendments allege liability for negligence and also allege that the announcement of the authorization of the licences was “an irrevocable legal act” and the Minister's purported revocation of it wrongfully caused damages to the plaintiff. The defendant took the position at trial that the plaintiff had not pleaded promissory estoppel and that if the plaintiff was then seeking an amendment to allege promissory estoppel, the defendant would object to

tant des dommages-intérêts. Je suis convaincu que la demanderesse a subi une perte suffisante pour étayer une action en dommages-intérêts si jamais les autres éléments de dommage ouvrant droit à une poursuite étaient établis.

Dans l'argumentation, la demanderesse a invoqué quatre motifs de responsabilité de la part de la défenderesse: la responsabilité délictuelle fondée sur la négligence; la responsabilité découlant de la [TRADUCTION] «violation d'un engagement pris par le gouvernement»; la responsabilité découlant de la violation d'un contrat; et un certain genre de responsabilité découlant de l'irrecevabilité fondée sur une promesse. Il me semble que seule la violation de contrat a été plaidée dans la déclaration initiale, bien qu'il soit peut-être possible d'interpréter celle-ci comme alléguant une obligation de la part de la défenderesse d'octroyer les permis par suite, notamment, des obligations plus générales qui incombent au ministre en vertu de la loi. À l'instruction, la demanderesse a proposé d'apporter certaines modifications à sa déclaration, lesquelles ont été autorisées à condition que la défenderesse puisse invoquer tout moyen de défense contre ces modifications, et ce, sans modifier ses propres plaidoiries, condition que la défenderesse avait demandée. Les modifications sont que:

[TRADUCTION] 12a) Subsidiairement et en tout état de cause, la demanderesse répète les paragraphes 1 à 11 de la déclaration et affirme que le refus de la défenderesse de lui délivrer le permis de pêche du homard constitue un excès de la compétence conférée par la Loi sur les pêches et va à l'encontre de l'obligation d'origine législative qui incombe à la défenderesse, ce qui constitue une négligence qui a directement causé préjudice à la demanderesse.

12b) Subsidiairement encore et en tout état de cause, la demanderesse répète les paragraphes 1 à 11 de la déclaration et affirme que la décision de la défenderesse de lui délivrer le permis de pêche du homard constitue un acte légal irrévocable que celle-ci a illicitement tenté de révoquer, ce qui a directement eu pour effet de lui causer préjudice.

Il est à noter que par ces modifications, la demanderesse allègue la responsabilité fondée sur la négligence et affirme que l'annonce selon laquelle le ministre avait permis l'octroi des permis constituait [TRADUCTION] «un acte légal irrévocable» et que la soi-disant révocation a eu pour effet de lui causer illicitement préjudice. À l'instruction, la défenderesse a soutenu que la demanderesse n'avait pas plaidé l'irrecevabilité fondée sur une promesse et que si la



such an amendment being made. The plaintiff took the position that if such an amendment were required it was requesting the amendment. I reserved on that question as argument had already been advanced on the substance of promissory estoppel.

## Conclusions

### *Scope of the Minister's Statutory Authority*

Before considering the specific grounds of liability alleged, it will be appropriate to consider the nature and scope of the Minister's power under sections 7 and 9 of the *Fisheries Act* [R.S.C., 1985, c. F-14 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 95)] which are relied on by the defendant as the source of the Minister's authority to do what he has done. They provide:

7. (1) Subject to subsection (2), the Minister may, in his absolute discretion, wherever the exclusive right of fishing does not already exist by law, issue or authorize to be issued leases and licences for fisheries or fishing, wherever situated or carried on.

(2) Except as otherwise provided in this Act, leases or licences for any term exceeding nine years shall be issued only under the authority of the Governor in Council.

9. The Minister may suspend or cancel any lease or licence issued under the authority of this Act, if

(a) the Minister has ascertained that the operations under the lease or licence were not conducted in conformity with its provisions; and

(b) no proceedings under this Act have been commenced with respect to the operations under the lease or licence.

The defendant argues that these sections give the Minister absolute discretion under section 7 as to whether or not to issue a fishing licence although, once the licence is issued, the Minister's authority to revoke it is limited by section 9. It is said that in the present case as the licences had never been issued there was nothing to prevent the Minister from first authorizing them and then refusing to issue them. I disagree.

The language of section 7 is quite clear in stating that there is an absolute discretion either to issue or to authorize the issue of a licence. The meaning of this

demanderesse cherchait à effectuer une modification, de façon à alléguer ce moyen, elle s'y opposerait. La demanderesse a soutenu que si cette modification était requise, elle demandait à la faire. J'ai remis à plus tard ma décision sur ce point puisque des arguments avaient déjà été présentés sur le moyen lui-même de l'irrecevabilité fondée sur une promesse.

## Conclusions

### *Étendue du pouvoir conféré au ministre par la Loi*

Avant d'examiner les motifs précis de responsabilité qui ont été allégués, il est opportun d'examiner la nature et l'étendue du pouvoir que possède le ministre en vertu des articles 7 et 9 de la *Loi sur les pêches* [L.R.C. (1985), ch. F-14 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 95)], sur lesquels la défenderesse se fonde pour affirmer que le ministre est autorisé à faire ce qu'il a fait. Ces dispositions prévoient ceci:

7. (1) En l'absence d'exclusivité du droit de pêche conférée par la loi, le ministre peut, à discrétion, octroyer des baux et permis de pêche ainsi que des licences d'exploitation de pêcheries – ou en permettre l'octroi –, indépendamment du lieu de l'exploitation ou de l'activité de pêche.

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'octroi de baux, permis et licences pour un terme supérieur à neuf ans est subordonné à l'autorisation du gouverneur général en conseil.

9. Le ministre peut suspendre ou révoquer tous baux, permis ou licences consentis en vertu de la présente loi si:

(a) d'une part, il constate un manquement à leurs dispositions;

(b) d'autre part, aucune procédure prévue à la présente loi n'a été engagée à l'égard des opérations qu'ils visent.

La défenderesse soutient qu'en vertu de l'article 7, le ministre peut, à discrétion, octroyer ou refuser un permis de pêche, bien que, une fois le permis consenti, le pouvoir que possède le ministre de le révoquer soit limité par l'article 9. Elle affirme qu'en l'espèce, puisque les permis n'ont jamais été délivrés, rien n'empêche le ministre de permettre initialement leur octroi, puis de ne pas les délivrer. Je ne souscris pas à cet avis.

Selon le libellé de l'article 7, il est passablement clair que le ministre peut, à discrétion, octroyer des permis ou en permettre l'octroi. Le sens de ce libellé

language seems plain. If the Minister issues the licence nothing remains to be done by anyone. If he authorizes the issue, as he did here, with certain conditions to be settled with the intended licensee, then it only remains for someone else (his officials) to work out those conditions with the licensee. The position of an authorized licence is perhaps more ambiguous than that of an issued licence (the latter being revocable only in accordance with section 9). But there is no continuing role for the Minister in respect of an authorized licence. His absolute discretion is either (1) to issue, or (2) to authorize the issue, of the licence. Presumably if he has, as here, authorized its issue on certain conditions to be settled between officials and the licensee, and the conditions are not settled, then the officials will not issue the licence. But that was not the situation here. As Mr. Bellefontaine of the Department testified, everything was proceeding smoothly in relation to the conditions until word came from Ottawa not to issue the licences without specific authority. When the licences were ultimately refused, the refusal had nothing to do with a failure by the plaintiff to meet any specific conditions.

That the Minister's authorization to issue a licence is considered definitive is apparent from the facts here. As noted above, when the authorization was announced on December 29, 1987, the Minister allocated catch to the plaintiff for 1987-1988 in a portion of annual catch approximately equal to the portion of the 1987-1988 fishing season remaining after that date. In meetings and correspondence with the Department in January, 1988 the plaintiff was treated as if it already were a "licence holder".

I therefore conclude that when the Minister authorized the issue of licences to the plaintiff subject to certain conditions to be discussed with officials, he had exhausted his discretion under section 7 of the *Fisheries Act*.

The plaintiff also argued that the refusal to issue the licence was contrary to paragraph 28(1)(a) of the

semble être clair. Si le ministre octroie le permis, personne n'a plus rien à faire. S'il en permet l'octroi, comme il l'a fait en l'espèce, certaines conditions devant être fixées avec le titulaire envisagé, il reste uniquement à quelqu'un d'autre (les représentants du ministre) et au titulaire à élaborer ces conditions. L'état d'un permis dont le ministre a permis l'octroi est peut-être plus ambigu que celui d'un permis qui a été octroyé (ce dernier n'étant révocable que conformément à l'article 9), mais le ministre n'a plus aucun rôle en pareil cas. Son pouvoir discrétionnaire consiste (1) à octroyer le permis, ou (2) à en permettre l'octroi. Selon toute probabilité, si, comme en l'espèce, il a permis l'octroi du permis à certaines conditions, que ses représentants et le titulaire devaient fixer, et que les conditions ne sont pas fixées, le permis ne sera pas délivré. Cependant, tel n'est pas le cas en l'espèce. Comme M. Bellefontaine, représentant du ministère, l'a déclaré, tout allait bien, en ce qui concerne les conditions, jusqu'à ce que des directives selon lesquelles les permis ne devaient pas être octroyés sans autorisation expresse soient données par Ottawa. Lorsque les permis ont en fin de compte été refusés, cela n'avait rien à voir avec l'omission par la demanderesse de satisfaire à quelque condition précise.

Il ressort des faits de l'espèce que le fait que le ministre a permis l'octroi d'un permis est considéré comme définitif. Comme je l'ai ci-dessus mentionné, lorsque l'autorisation a été annoncée le 29 décembre 1987, le ministre a alloué à la demanderesse, pour 1987-1988, une partie de la prise annuelle à peu près proportionnelle au nombre de jours qui restaient après cette date pendant la saison de pêche 1987-1988. Aux réunions et dans la correspondance avec le Ministère, en janvier 1988, la demanderesse a été traitée comme si elle était déjà «titulaire de permis».

Je conclus donc que lorsque le ministre a permis l'octroi des permis à la demanderesse sous réserve de certaines conditions qui feraient l'objet de discussions avec ses représentants, il a épuisé le pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 7 de la *Loi sur les pêches*.

La demanderesse a également soutenu que le refus de délivrer le permis allait à l'encontre de l'ali-

*Atlantic Fishery Regulations, 1985*<sup>1</sup> which was in effect at that time. That Regulation provided that where a person had been convicted of an offence under the *Fisheries Act* or any regulations the Minister could “suspend any document issued to that person or refuse to issue to that person any document . . . [Emphasis added.]” (The plaintiff argued that this specified the only circumstance in which there could be a refusal to issue, once the licence had been authorized.) That Regulation was repealed in 1991<sup>2</sup> and the “Regulatory Impact Analysis Statement” accompanying the repealing amendment indicated that subsection 28(1) was repealed because it restricted the absolute discretion given to the Minister in section 7 of the *Fisheries Act*. While that view of the law is not determinative, I am inclined to agree that such a regulation could not limit the exercise of a discretion actually granted by the statute unless the making of such a regulation was itself authorized by the statute and it is not apparent that it was.

The restrictions on suspension or cancellation of licences provided in section 9 of the *Fisheries Act* do not of course apply to this situation since no licence had actually been issued.

I shall then deal with each of the grounds of liability alleged by the plaintiff in argument.

#### *Promissory Estoppel*

I have concluded that promissory estoppel is not pleaded in the statement of claim and, the defendant having objected to such an amendment being made at trial I am not going to permit such an amendment at that late date. In coming to this conclusion I am influenced by the fact that I think such a pleading would in any event be futile. It would be an attempt to base a cause of action, a claim for damages, on a promissory estoppel and not merely the invocation of such a promise in order to estop the promisor from acting inconsistently with that promise. I believe this strains

néa 28(1)a) du *Règlement de pêche de l'Atlantique de 1985*<sup>1</sup>, en vigueur à ce moment-là. Ce règlement prévoit que lorsqu'une personne est reconnue coupable d'une infraction à la *Loi sur les pêches* ou à ses règlements, le ministre peut «suspendre tout document délivré à cette personne ou refuser de lui délivrer un document». (La demanderesse a soutenu que c'était le seul cas dans lequel un refus était expressément prévu, une fois que le ministre avait permis l'octroi du permis). Ce règlement a été abrogé en 1991<sup>2</sup>, et le «Résumé de l'étude d'impact de la réglementation» joint à la modification abrogatoire montre que le paragraphe 28(1) a été abrogé parce qu'il restreignait le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'article 7 de la *Loi sur les pêches*. Cette interprétation de la loi n'est pas déterminante, mais je suis enclin à convenir que pareil règlement ne pouvait pas limiter l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire réellement conféré par la Loi, à moins que son adoption n'ait elle-même été autorisée par la Loi; or, il ne semble pas que ce soit le cas.

Bien sûr, les restrictions relatives à la suspension ou à la révocation des permis prévues à l'article 9 de la *Loi sur les pêches* ne s'appliquent pas dans ce cas, étant donné qu'aucun permis n'a réellement été délivré.

J'examinerai donc chacun des motifs de responsabilité que la demanderesse a invoqués dans l'argumentation.

#### *Irrecevabilité fondée sur une promesse*

J'ai conclu que ce moyen n'est pas plaidé dans la déclaration et puisque, à l'instruction, la défenderesse s'est opposée à cette modification, je ne vais pas la permettre aussi tardivement. En tirant cette conclusion, je m'appuie sur le fait que, à mon avis, cette plaidoirie serait de toute façon futile. Il s'agirait ainsi de tenter de fonder une cause d'action, une demande en dommages-intérêts, sur l'irrecevabilité fondée sur une promesse et non simplement d'invoquer pareille promesse afin d'empêcher celui qui l'a faite de ne pas la respecter. Je crois que c'est là pousser trop loin la

<sup>1</sup> SOR/86-21.

<sup>2</sup> SOR/91-296.

<sup>1</sup> DORS/86-21.

<sup>2</sup> DORS/91-296.

the concept of promissory estoppel and this is not a case suitable for its application.

### *Contractual Liability*

The plaintiff contends that a contractual relationship was established whereby it was understood that in return for the Minister issuing to the plaintiff the licences whose authorization he announced on December 29, 1987 the plaintiff would prepare for, and carry out, offshore lobster fishing. It is argued that such activities by the plaintiff would constitute a benefit to the Minister at least with respect to fishing under the "experimental" licences in the offshore portion of area 4W. Licences had not previously been issued for offshore fishing in this area and it is clear the Department of Fisheries wished to acquire data on the lobster habitat in this area from the lobster fishing to be undertaken by the licensees. It is argued that the plaintiff had started to perform this contract by preparing itself for undertaking the fishery and the Minister was therefore contractually bound to issue the licence which he had promised in his announcement of December 29, 1987. He having failed to do so, the defendant is therefore liable for breach of contract.

I have considerable difficulty in fitting this situation into a contractual model. Generally speaking, the relations between public officials who issue licences pursuant to statutory authority and those to whom licences are issued are governed not by the law of contract but by the provisions of the statute and general principles of administrative law. While a contractual relationship is not impossible, there should be clear evidence that the parties intended that contractual rights and duties were to flow from the application for, and grant of, a licence. It does not seem to me that the circumstances in question here would have given rise to such expectations. Apart from the fact that no particular benefit has been identified for the Minister with respect to the grant to the plaintiff of two of the licences—those in respect of divisions 4X/5Z—it is hard to imagine even with respect to the licences in the experimental area of 4W that they were intended to give rise to mutual obligations. If the Minister had in fact issued the licences, could he have sued the plaintiff in contract for failure to fish in

notion d'irrecevabilité fondée sur une promesse et qu'il n'est pas opportun d'appliquer cette notion en l'espèce.

### *Responsabilité contractuelle*

La demanderesse soutient qu'il existe un lien contractuel en vertu duquel il était entendu qu'en échange des permis dont l'octroi avait été permis, selon l'annonce faite par le ministre le 29 décembre 1987, elle se préparerait pour la pêche du homard en haute mer et ferait cette pêche. Il est soutenu que ces activités de la demanderesse seraient avantageuses pour le ministre, du moins en ce qui concerne la pêche en haute mer, visée par les permis consentis «à titre expérimental» dans la zone 4W. Aucun permis n'avait jamais été délivré pour la pêche en haute mer dans ce secteur et il est clair que le ministère des Pêches voulait obtenir des données sur l'habitat du homard dans ce secteur grâce aux activités des titulaires de permis. Il est soutenu que la demanderesse avait commencé à exécuter ce contrat en se préparant pour la pêche et que le ministre était donc contractuellement tenu de délivrer le permis, comme il l'avait promis le 29 décembre 1987. Par suite de l'omission, la défenderesse était donc responsable parce qu'elle avait violé le contrat.

Il m'est énormément difficile de faire correspondre ce cas à un modèle contractuel. Généralement parlant, les relations entre les hauts fonctionnaires qui délivrent les permis en vertu d'un pouvoir conféré par une loi d'une part, et ceux à qui ils sont délivrés d'autre part, sont régies non par le droit des contrats, mais par les dispositions de cette loi et par les principes généraux du droit administratif. Bien que l'existence d'un lien contractuel ne soit pas impossible, il devrait être clairement établi que les parties voulaient que la demande et l'octroi de permis entraînent des droits et obligations contractuels. Je ne crois pas que les circonstances de l'espèce auraient donné lieu à pareilles attentes. Indépendamment du fait qu'on n'a décrit aucun avantage particulier que l'octroi à la demanderesse de deux des permis, soit ceux qui se rapportent aux divisions 4X et 5Z, procurerait au ministre, il est difficile d'imaginer, même en ce qui concerne les permis expérimentaux dans la zone 4W, que des obligations mutuelles devaient en découler. Si le ministre avait de fait délivré les per-

that area? Or was the "offer" the authorization of the licences on December 29, 1987, with "acceptance" to occur through the expenditure of money by the plaintiff on preparations to undertake the fishery permitted by the licences? If so this would mean that once the plaintiff spent some money on preparations the offer was accepted and the Minister was obliged to issue the licences. The problem with this analysis is that there is nothing to indicate that the Minister understood at the time he authorized the issue of licences to the plaintiff that the plaintiff would be obliged to spend money converting a vessel to use those licences. On the contrary by letters of June 11 and July 5, 1985 the plaintiff had advised the Minister or his Department that it had two vessels (*The Lady Melissa* and *Sealife III*) fully equipped for lobster fishing. Under cross-examination at trial Marcel Comeau, President of the plaintiff company, agreed that at no time before the Minister's announcement on December 29, 1987 of the authorization of the licences had the plaintiff informed the Minister or his Department that it would be converting one or more scallop boats for the lobster fishery.

I therefore believe that it would be unrealistic to conclude that the parties had some contractual intention giving rise to an obligation on the part of the Minister to issue the licences as promised.

#### *Tortious Liability for Negligence*

I have concluded above that the Minister's purported withdrawal of the licence authorizations was beyond his powers. There is therefore no defence of statutory authority available. I agree with the defendant that breach of a statute does not automatically give rise to tort liability.<sup>3</sup> For reasons which follow, however, I have concluded that the acts constituting breach of statutory duty by the Minister also constituted actionable negligence here. Indeed, I am also of the view that even if the revocation of authorization

<sup>3</sup> *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205.

mis, aurait-il pu tenter des poursuites contre la demanderesse en vertu du contrat si cette dernière ne pêchait pas dans ce secteur? Ou encore, l'«offre» était-elle la permission donnée le 29 décembre 1987, l'«acceptation» devant se manifester par les sommes que la demanderesse déboursait pour se préparer à pêcher conformément aux permis? Dans l'affirmative, cela voudrait dire qu'une fois que la demanderesse avait engagé des dépenses pour se préparer, l'offre était acceptée et le ministre était tenu de délivrer les permis. Toutefois, cela pose un problème; en effet, rien ne montre que le ministre comprenait, au moment où il a permis l'octroi de permis à la demanderesse, que cette dernière serait obligée de dépenser de l'argent pour convertir un bateau en vue d'utiliser ces permis. Au contraire, par les lettres du 11 juin et du 5 juillet 1985, la demanderesse avait informé le ministre ou le Ministère que deux de ses bateaux (le *Lady Melissa* et le *Sea Life III*) étaient entièrement équipés pour la pêche du homard. Pendant le contre-interrogatoire dont il a fait l'objet à l'instruction, le président de la société demanderesse, Marcel Comeau, a convenu que jamais, avant que le ministre eût annoncé, le 29 décembre 1987, qu'il avait permis l'octroi des permis, la demanderesse n'avait informé le ministre ou le Ministère qu'elle allait convertir au moins un bateau utilisé pour la pêche du pétoncle en vue de pêcher le homard.

Je crois donc qu'il ne serait pas réaliste de conclure que les parties avaient quelque intention contractuelle donnant lieu à une obligation de la part du ministre de délivrer les permis, comme il avait promis de le faire.

#### *Responsabilité délictuelle fondée sur la négligence*

J'ai ci-dessus conclu qu'en retirant sa permission, le ministre outrepassait ses pouvoirs. Par conséquent, il ne peut invoquer aucun moyen de défense fondé sur l'existence d'un pouvoir conféré par une loi. Je souscris à l'avis de la défenderesse, à savoir que la violation d'une loi n'entraîne pas automatiquement une responsabilité délictuelle<sup>3</sup>. Toutefois, pour les motifs que j'énoncerai ci-dessous, j'ai conclu que les actes qui constituaient une violation par le ministre d'une obligation d'origine législative constituaient

<sup>3</sup> *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205.

were permitted by the statute, it would in these circumstances still constitute the tort of negligence. However, the plaintiff has not so pleaded, its amended statement of claim alleging only that the refusal to issue

... was *ultra vires* Fisheries Act and a breach of the defendant's statutory duty thereunder, constituting the tort of negligence . . . .

It is clear that what was done on behalf of the defendant in this case was erratic public administration which was productive of serious mischief to private entrepreneurs. I am satisfied from the evidence given on behalf of the plaintiff by its President, Marcel Comeau, that the plaintiff acted reasonably and in good faith. The evidence presented on behalf of the defendant, while honest and straightforward, simply did not demonstrate any reasonable justification for first announcing a decision authorizing the issue of the lobster licences to the plaintiff and then the withdrawal of that authorization. The only apparent justification for a change in the decision to issue the licences was the strident opposition of the inshore fishermen. But the evidence indicated that even prior to the announcement authorizing the licences, such opposition was quite predictable if not perhaps its strength and volubility.

The question remains, however, as to whether this kind of decision-making amounts to actionable negligence. I have concluded that, in the circumstances, it does. The negligent act was, in my view, the decision announced on April 29, 1988 that the lobster fishing licences previously authorized on December 29, 1987 to be issued to the plaintiff were not to be issued. The elements of negligence are established. First there was a duty of care owed by the Minister to the plaintiff. There was a proximity between the defendant and the plaintiff, flowing from the Minister's representation to the plaintiff on December 29, 1987 that the licences would be issued to it. At least from that day onward it should have been obvious to the Minister that any further decisions he took in this matter would directly affect a determinate party, namely this

également une négligence ouvrant droit à une poursuite en l'espèce. De fait, j'estime également que même si la révocation était autorisée par la Loi, un délit de négligence aurait néanmoins été commis en l'occurrence. Toutefois, la demanderesse n'a pas plaidé la chose; dans la nouvelle déclaration, elle s'est contentée d'alléguer que le refus

[TRADUCTION] [constituait] un excès de la compétence conférée par la Loi sur les pêches et [allait] à l'encontre de l'obligation d'origine législative qui incomb[ait] à la défenderesse, ce qui constitu[ait] une négligence . . .

Il est clair qu'en l'espèce, les mesures prises pour le compte de la défenderesse constituaient une gestion capricieuse des affaires publiques, laquelle causait un tort sérieux aux entrepreneurs privés. La déposition du président de la demanderesse, Marcel Comeau, me convainc que cette dernière a agi raisonnablement et en toute bonne foi. La preuve présentée pour le compte de la défenderesse, quoique honnête et sincère, n'a tout simplement pas établi l'existence d'une justification raisonnable, lorsqu'il s'est agi d'annoncer initialement qu'il avait été décidé de permettre l'octroi des permis de pêche du homard à la demanderesse, puis de révoquer la permission. La seule justification apparente du changement d'attitude, en ce qui concerne l'octroi des permis, était l'opposition véhémement des pêcheurs côtiers. Cependant, selon la preuve, même avant que le ministre eût fait l'annonce, pareille opposition était passablement prévisible, sauf peut-être en ce qui concerne sa force et sa volubilité.

Toutefois, il reste à savoir si ce genre de prise de décision équivaut à une négligence ouvrant droit à une poursuite. J'ai conclu qu'en l'occurrence, elle y ouvrirait droit. À mon avis, la négligence découlait de la décision annoncée le 29 avril 1988, à savoir que les permis de pêche du homard dont l'octroi à la demanderesse avait été permis le 29 décembre 1987 n'allaient pas être délivrés. Les éléments de la négligence sont établis. Premièrement, le ministre avait une obligation de diligence envers la demanderesse. Il y avait un lien de proximité entre la défenderesse et la demanderesse, par suite de la déclaration que le ministre avait faite à cette dernière le 29 décembre 1987, à savoir que les permis lui seraient délivrés. À compter de ce jour-là du moins, le ministre aurait dû se rendre compte que toute autre décision prise par

plaintiff. Second, there was a breach of the requisite standard of care. At least as of January 29, 1988 when the plaintiff advised the Department of Fisheries and Oceans that it was undertaking work to convert vessels for the offshore lobster fishery in order to use the licences, it was perfectly foreseeable that any departure from the line of conduct (i.e. the issue of the licences) previously announced by the Minister on December 29, 1987 would have a harmful effect on the plaintiff. Third, as I have indicated the evidence satisfies me that at least some foreseeable financial loss was suffered by the plaintiff as a result of the *volte-face* of the Minister on April 29, 1988, although the precise nature and amount of that loss remains to be determined on a reference. While the plaintiff's loss appears to be purely economic, it has been held by the Supreme Court of Canada in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*<sup>4</sup> that where as here there is the necessary "circumstantial proximity" a defendant can be held liable for purely economic loss.

Notwithstanding the existence of such circumstances as would give rise to the liability of ordinary mortals, the defendant in effect contends that the Crown or the Minister is entitled to escape liability. It appears to me that the defendant's argument is based essentially on two possible defences peculiar to this kind of public authority: that there are considerations justifying a refusal to find the duty of care owed by the defendant to the plaintiff; and that what was done by the Minister in the exercise of his absolute statutory discretion was therefore authorized by statute, so that by both general principles of law and by the specific provisions of the *Crown Liability and Proceedings Act*<sup>5</sup> it cannot give rise to liability of the Crown.

First, with respect to the lack of a duty of care, the defendant relies on the jurisprudence developed in

<sup>4</sup> April 30, 1992, not yet reported, confirming [1990] 3 F.C. 114 (C.A.).

<sup>5</sup> R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21).

lui dans cette affaire toucherait directement une partie déterminée, à savoir la demanderesse. Deuxièmement, le degré requis de diligence n'a pas été respecté. Depuis au moins le 29 janvier 1988, date à laquelle la demanderesse a informé le ministre des Pêches et des Océans qu'elle effectuait des travaux en vue de convertir ses bateaux pour la pêche du homard en haute mer afin d'utiliser les permis, on pouvait certainement prévoir que toute dérogation à la ligne de conduite (c'est-à-dire l'octroi des permis) antérieurement annoncée par le ministre le 29 décembre 1987 causerait préjudice à la demanderesse. Troisièmement, comme je l'ai fait savoir, la preuve me convainc que la demanderesse a subi une certaine perte financière prévisible par suite du volte-face du ministre le 29 avril 1988, bien qu'il reste à établir la nature et le montant exacts de cette perte au moyen d'un renvoi. La perte de la demanderesse semble être purement financière, mais dans l'arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*<sup>4</sup>, la Cour suprême du Canada a jugé que lorsque, comme en l'espèce, le «lien étroit circonstanciel» nécessaire existe, la défenderesse peut être tenue responsable d'une perte purement financière.

Malgré l'existence de circonstances qui entraîneraient la responsabilité dans le cas d'un simple mortel, la défenderesse soutient de fait que Sa Majesté ou le ministre ont le droit d'échapper à la responsabilité. Il me semble que l'argument de la défenderesse est essentiellement fondé sur deux moyens de défense possibles, propres à ce genre de pouvoir public, à savoir qu'il existe des considérations justifiant le refus de conclure à une obligation de diligence de la part de la défenderesse envers la demanderesse, et que ce que le ministre a fait dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire est autorisé par la Loi, de sorte que selon les principes généraux de droit et selon les dispositions expresses de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*<sup>5</sup>, cela ne peut pas entraîner la responsabilité de Sa Majesté.

En premier lieu, en ce qui concerne la violation de l'obligation de diligence, la défenderesse s'appuie sur

<sup>4</sup> 30 avril 1992, encore inédit, confirmant [1990] 3 C.F. 114 (C.A.).

<sup>5</sup> L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21).

cases such as *Anns v. Merton London Borough Council*<sup>6</sup> approved by the Supreme Court of Canada in *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*<sup>7</sup> and applied by it in *Just v. British Columbia*.<sup>8</sup> According to these authorities even though a sufficient relationship of proximity exists between the parties so that a *prima facie* duty of care may be found, it is still necessary to consider whether there are any considerations which ought to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed. In respect of public authorities there is a good reason not to find a duty of care if the decision of the authority which caused harm was a "policy" decision. By this means courts respect the right and obligation of public bodies to make policy within the ambit of their authority and the courts do not presume to review such policy decisions for which the public authorities are politically responsible. Typical of such policy decisions are those concerning the allocation, or failure to allocate, funds for public works which might enhance the safety of the public. On the other hand, decisions taken in the "implementation" of those policy decisions are subject to a duty of care. In effect, once the necessary policy decision is taken, it should be implemented in a way which will not cause an unreasonable risk of harm to those foreseeably affected by it.

la jurisprudence établie dans des arrêts comme *Anns v. Merton London Borough Council*<sup>6</sup>, que la Cour suprême du Canada a approuvé dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*<sup>7</sup> et appliqué dans l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*<sup>8</sup>. Selon ces arrêts, même s'il existe entre les parties un lien de proximité suffisant, de sorte qu'il peut être conclu à l'existence *prima facie* d'une obligation de diligence, il reste qu'il faut néanmoins déterminer s'il y a des considérations permettant de réduire ou de limiter l'étendue de l'obligation ou de restreindre la catégorie de personnes auxquelles cette obligation est due. Dans le cas des autorités publiques, il existe une bonne raison de ne pas conclure à l'existence d'une obligation de diligence si la décision qui a causé préjudice est une décision «de politique». Les tribunaux respectent ainsi le droit et l'obligation des organismes publics d'établir une politique dans les limites de leurs attributions et ils ne cherchent pas à réviser les décisions de politique à l'égard desquelles les autorités publiques sont politiquement responsables. Les décisions concernant l'affectation, ou le défaut d'affectation, de fonds à des travaux publics qui pourraient accroître la sécurité du public sont notamment des décisions de politique. D'autre part, les décisions prises dans le cadre de la «mise en œuvre» des décisions de politique sont assujetties à une obligation de diligence. En effet, une fois que la décision de politique nécessaire a été prise, elle devrait être mise en œuvre d'une façon qui ne causera pas un risque déraisonnable de préjudice à ceux qu'elle touchera vraisemblablement.

It should first be observed that this rationale proceeds, as I understand it, on the assumption that the alleged "policy" decision is authorized by statute. In the present case I have already decided that the decision complained of, the refusal to issue, was *ultra vires* the Minister.

Il faut d'abord faire observer que ce raisonnement découle, si je comprends bien, de la supposition selon laquelle la présumée décision «de politique» est autorisée par la loi. En l'espèce, j'ai déjà décidé que la décision attaquée, soit le refus de délivrer les permis, outrepassait la compétence du ministre.

But I have also concluded that the only relevant policy decision was taken by the Minister when he announced that he had authorized the issue of the licences to the plaintiff. This was no mere informal step but was one specifically provided for in subsection 7(1) of the *Fisheries Act* which gives him a dis-

Cependant, j'ai également conclu que la seule décision de politique pertinente a été prise par le ministre lorsqu'il a annoncé qu'il avait permis l'octroi des permis à la demanderesse. Il ne s'agissait pas d'une simple mesure officieuse; c'était une mesure expressément prévue par le paragraphe 7(1) de la *Loi*

<sup>6</sup> [1978] A.C. 728 (H.L.).

<sup>7</sup> [1984] 2 S.C.R. 2.

<sup>8</sup> [1989] 2 S.C.R. 1228.

<sup>6</sup> [1978] A.C. 728 (H.L.).

<sup>7</sup> [1984] 2 R.C.S. 2.

<sup>8</sup> [1989] 2 R.C.S. 1228.



cretion to “issue or authorize to be issued . . . licences”. The evidence suggests in this case that the decision was to authorize the issue rather than the actual issue because there were still some detailed conditions to be worked out. The evidence further was to the effect that, as a result of subsequent discussions undertaken between fisheries officials and those authorized to receive the new licences, matters were proceeding without difficulty to the actual issue of the licences. No policy issues remained to be resolved. The objective facts indicate the assumption on both sides that the actual issue of the licence certificates was a matter of routine, not a matter of policy. Therefore there is no basis for denying the existence of a duty of care in the manner in which the licence authorizations were cancelled.

Second, even if one accepted the defendant's argument that after authorizing the issue of the licences the Minister retained an absolute discretion to refuse to issue them, I am not satisfied that this would be an obstacle to a plea of simple negligence. The defence of statutory authority has never been absolute. If an agency was given a discretionary power it could not rely on statutory authority as a defence in actions in tort for harm committed in the exercise of that power unless it could show that the interference with private rights complained of was inevitable in the exercise of the power.<sup>9</sup> This doctrine has been somewhat modified in favour of plaintiffs by the recent Supreme Court of Canada decision in *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*<sup>10</sup> where opinion was divided as to the effect to be given to the defence of statutory authority. The most generous view of that defence was taken by Sopinka J., but he held that the onus was on the defendant to prove that what was done under purported statutory authority was done without negligence and therefore that the harmful result was inevitable. Other members of the Court took a less generous view of the scope of the defence of statutory authority. In the present case the defendant has not demonstrated that this manner of managing lobster fishery licences was the inevitable consequence of the exercise of discretion under section 7 of the

*sur les pêches*, qui permet au ministre à discrétion d'«octroyer des . . . permis . . . ou [d']en permettre l'octroi». La preuve laisse entendre qu'en l'espèce, il avait été décidé de permettre l'octroi plutôt que d'octroyer les permis eux-mêmes, parce qu'il restait encore à fixer certaines conditions précises. En outre, la preuve montre que, par suite des discussions subséquentes qui ont eu lieu entre les agents des pêches et les personnes autorisées à recevoir les nouveaux permis, l'affaire évoluait sans difficulté en faveur de l'octroi des permis eux-mêmes. Il ne restait aucune question de politique à régler. Les faits objectifs montrent que les deux parties supposaient que la délivrance des certificats eux-mêmes était une mesure courante, et non une question de politique. Par conséquent, rien ne permet de nier l'existence d'une obligation de diligence en ce qui concerne la révocation.

En second lieu, même si l'on retenait l'argument de la défenderesse, à savoir qu'après avoir permis l'octroi des permis, le ministre pouvait encore, à discrétion, refuser de les octroyer, je ne suis pas convaincu que cela ferait obstacle à une plaidoirie de simple négligence. Le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur n'a jamais été absolu. Si un organisme se voyait conférer un pouvoir discrétionnaire, il ne pourrait pas invoquer l'autorisation du législateur comme moyen de défense dans les actions fondées sur un délit découlant du tort causé par suite de l'exercice de ce pouvoir reconnu par la loi à moins qu'il ne puisse montrer qu'en l'exerçant, on portait inévitablement atteinte à des droits privés<sup>9</sup>. Cette doctrine a dans une certaine mesure été modifiée en faveur des demanderessees par la décision que la Cour suprême du Canada a récemment rendue dans l'affaire *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*<sup>10</sup>, où les avis étaient partagés en ce qui concerne l'effet à donner au moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur reconnu par la loi. L'avis le plus favorable à ce moyen de défense a été exprimé par le juge Sopinka, mais ce dernier a jugé qu'il incombe au défendeur de prouver que ce qui a été fait en vertu de la soi-disant autorisation du législateur n'a donné lieu à aucune négligence et que le résultat préjudiciable était donc inévitable. Les autres membres de la

<sup>9</sup> See e.g. Hogg, Case Comments on *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board* (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 589.

<sup>10</sup> [1989] 2 S.C.R. 1181.

<sup>9</sup> Voir, par exemple, Hogg, Case Comments on *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board* (1990), 69 *Rev. du Bar. can.* 589.

<sup>10</sup> [1989] 2 R.C.S. 1181.

*Fisheries Act*. Authorizing the issue of a licence within the licence year in which the announcement was made, and then refusing to issue the licence after an intended licensee has to the knowledge of the Minister undertaken expenditure on the basis of the authorization of his licence, has not been shown to my satisfaction to be a necessary means of exercising the Minister's discretion under section 7.

Cour ont exprimé un avis moins favorable en ce qui concerne la portée du moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur. En l'espèce, la défenderesse n'a pas montré que cette façon de gérer les permis de pêche du homard était la conséquence inévitable de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 7 de la *Loi sur les pêches*. On n'a pas montré à ma satisfaction que l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'article 7 autorise celui-ci à permettre l'octroi d'un permis pendant l'année où l'annonce est faite, puis à refuser d'octroyer le permis après qu'un titulaire éventuel a engagé des dépenses en se fondant sur cette annonce, et ce, à la connaissance du ministre.

Third, the defendant's other claim for special immunity from torts liability is based on section 8 of the *Crown Liability and Proceedings Act* which provides as follows:

8. Nothing in sections 3 to 7 makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority that, if those sections had not been passed, would have been exercisable by virtue of the prerogative of the Crown, or any power or authority conferred on the Crown by any statute, and, in particular, but without restricting the generality of the foregoing, nothing in those sections makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority exercisable by the Crown, whether in time of peace or of war, for the purpose of the defence of Canada or of training, or maintaining the efficiency of, the Canadian Forces.

Troisièmement, l'autre revendication par la défenderesse d'une immunité spéciale contre la responsabilité délictuelle est fondée sur l'article 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* qui prévoit ceci:

8. Les articles 3 à 7 n'ont pas pour effet d'engager la responsabilité de l'État pour tout fait—acte ou omission—commis dans l'exercice d'un pouvoir qui, sans ces articles, s'exercerait au titre de la prérogative royale ou d'une disposition législative, et notamment pour les faits commis dans l'exercice d'un pouvoir dévolu à l'État, en temps de paix ou de guerre, pour la défense du Canada, l'instruction des Forces canadiennes ou le maintien de leur efficacité.

It has been held by the Federal Court of Appeal that this section is only relevant to non-negligent conduct.<sup>11</sup> What is involved in the present case is negligent conduct. If the Minister had any legitimate doubts about the issue of the licences he should not have exercised his admitted policy discretion under section 7 to authorize their issue. But once he publicly authorized that issue, it was negligent of him to withhold the licence in the knowledge that he would probably inflict an injury on a person to whom the issue of a licence had been authorized.

La Cour d'appel fédérale a jugé que cette disposition se rapporte uniquement à une conduite non négligente<sup>11</sup>. Or, en l'espèce, il est question de conduite négligente. Si le ministre avait quelque doute légitime au sujet de l'octroi des permis, il n'aurait pas dû exercer le pouvoir discrétionnaire reconnu qu'il possède en matière de politique en vertu de l'article 7 pour permettre leur octroi. Cependant, une fois qu'il avait publiquement permis leur octroi, il s'est montré négligent lorsqu'il a empêché l'octroi des permis en sachant qu'il causerait probablement préjudice à l'intéressé.

<sup>11</sup> *Swanson v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 F.C. 408, at p. 426.

<sup>11</sup> *Swanson c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 C.F. 408, à la p. 426.

*Irrevocable Legal Act*

This alleged ground of liability is based on the amended pleading that the issue of the lobster licence was

an irrevocable legal act which the defendant purported to revoke as a direct result of which the plaintiff has suffered damages.

The argument in support of this seemed to be in part based on estoppel and partly on the suggestion that after the initial authorization under section 7 the Minister was *functus officio*. I have rejected estoppel above, and I am not convinced the *functus officio* argument adds anything to my conclusion that it was *ultra vires* the Minister to revoke an authorization once given and refuse to issue where the refusal to issue had nothing to do with the conditions on which the licence was authorized to be issued. To the extent that there is a damage claim, I think it must be based on liability for negligence as already relied on.

Disposition

I therefore conclude that the defendant is liable for the plaintiff's financial losses flowing from its reliance during the period between December 29, 1987 and April 29, 1988 on the legitimate expectation of receiving the offshore lobster licences whose authorization was announced by the Minister on December 29, 1987.

No argument was presented at the trial on the nature of the damages that should be ordered. The original statement of claim makes specific mention of loss of profits, but that was in relation to the claim for breach of contract which I have dismissed. As the reference as to *quantum* is to be heard by a judge, I will leave the better definition of permissible heads of damage to argument and decision on the reference, subject to the general terms I am specifying in the judgment.

*Acte légal irrévocable*

Ce présumé motif de responsabilité est fondé sur la nouvelle plaidoirie, selon laquelle l'octroi du permis de pêche du homard était

[TRADUCTION] un acte légal irrévocable que la défenderesse a tenté de révoquer, ce qui a directement causé préjudice à la demanderesse.

L'argument à l'appui semblait être en partie fondé sur une fin de non-recevoir (irrecevabilité fondée sur une promesse) et en partie sur la proposition selon laquelle le ministre était dessaisi de l'affaire une fois qu'il avait permis l'octroi du permis en vertu de l'article 7. J'ai déjà rejeté la fin de non-recevoir, et je ne suis pas convaincu que l'argument selon lequel le ministre était dessaisi de l'affaire ajoute quoi que ce soit à la conclusion que j'ai tirée, à savoir que le ministre outrepassait sa compétence en révoquant sa décision et en refusant la délivrance alors que le refus n'avait rien à voir avec les conditions auxquelles il avait autorisé l'octroi du permis. Dans la mesure où des dommages-intérêts sont réclamés, je crois que la demande doit être fondée sur la responsabilité pour négligence sur laquelle on s'est déjà appuyé.

Dispositif

Je conclus donc que la défenderesse est responsable des pertes financières que la demanderesse a subies du fait que, du 29 décembre 1987 au 29 avril 1988, elle s'attendait légitimement à recevoir les permis de pêche du homard en haute mer comme le ministre l'avait annoncé le 29 décembre 1987.

À l'instruction, aucun argument n'a été présenté au sujet de la nature des dommages-intérêts accordés. La déclaration initiale mentionne expressément la perte de profits, mais cela se rapporte à la demande fondée sur la violation de contrat, laquelle j'ai rejetée. Étant donné que l'affaire doit être renvoyée à un juge pour qu'il détermine le montant des dommages-intérêts, je laisserai la question des chefs possibles de dommages-intérêts être débattue et tranchée dans le cadre du renvoi, sous réserve des conditions générales énoncées dans le présent jugement.

In its statement of claim the plaintiff seeks pre-judgment interest. In accordance with section 31 of the *Crown Liability and Proceedings Act*<sup>12</sup> I am directing that pre-judgment interest be payable as of February 1, 1992 (when this section came into force) in accordance with the law of Nova Scotia as between subject and subject. As the provisions of such law were not put before me, any further direction as to its application can be made by the judge who hears the reference as to damages.

Dans sa déclaration, la demanderesse réclame l'intérêt avant jugement. Conformément à l'article 31 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*<sup>12</sup>, j'ordonne que l'intérêt soit exigible à compter du 1<sup>er</sup> février 1992 (date à laquelle cette disposition est entrée en vigueur) conformément à la loi qui s'applique entre particuliers en Nouvelle-Écosse. Étant donné que les dispositions de pareille loi n'ont pas été mises à ma disposition, toute autre directive au sujet de son application pourra être donnée par le juge qui entendra le renvoi relatif aux dommages-intérêts.

<sup>12</sup> As am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31.

<sup>12</sup> Mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31.

A-550-92	A-550-92
<b>Labatt Brewing Company Limited (Appellant)</b> (Defendant)	<b>Labatt Brewing Company Limited (appelante)</b> (défenderesse)
v.	a c.
<b>Molson Breweries, a Partnership, and Miller Brewing Company (Respondents) (Plaintiffs)</b>	<b>Molson Breweries, société en nom collectif, et Miller Brewing Company (intimées)</b> b (demanderesses)
<i>INDEXED AS: MOLSON BREWERIES v. LABATT BREWING CO. (C.A.)</i>	<i>RÉPERTORIÉ: MOLSON BREWERIES c. LABATT BREWING CO. (C.A.)</i> c

Court of Appeal, Heald, Mahoney and MacGuigan J.J.A.—Ottawa, May 22 and June 3, 1992.

Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et MacGuigan, J.C.A.—Ottawa, 22 mai et 3 juin 1992.

*Practice — Discovery — Production of documents — Confidential or secret information — In trade mark case concerning passing off and infringement, Court granting ex parte interlocutory protective order allowing respondents to designate confidential industrial information (concerning production, marketing, advertising, sales, bookkeeping and auditing) as secret, to be disclosed to Court only — Appellant contending order contrary to rules of natural justice, bringing administration of justice into disrepute — Appeal from protective order allowed — General rule: parties and counsel should not be denied access to material relevant to Court's decision — However, in exceptional cases, openness curtailed to protect confidentiality of documents by disclosing documents to parties' counsel on undertaking counsel will maintain confidentiality even with respect to clients — Blanket order of secrecy as well as confidentiality, granted ex parte, far from minimum trenching on principle of openness required by law — Order unjustified — Moreover, Motions Judge in effect creating new, more rarefied category of secret, as opposed to confidential documents, for which special considerations apply — No precedent for new "secret" category and no need to establish one.*

d *Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Renseignements confidentiels ou secrets — Dans une affaire portant sur le passing off et la violation d'une marque de commerce, la Cour a accordé ex parte une ordonnance interlocutoire préventive permettant aux intimées de désigner des renseignements commerciaux confidentiels (sur la fabrication, la commercialisation, la publicité, les ventes, la tenue des livres et la vérification) comme étant secrets et ne devant être dévoilés qu'à la Cour — L'appelante soutient que l'ordonnance est contraire aux principes de justice naturelle et qu'elle est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice — L'appel à l'encontre de l'ordonnance préventive est accueilli — Règle générale, les parties et leurs avocats ne devraient pas se voir refuser la communication des documents pertinents à la décision de la Cour — Cependant, dans des cas exceptionnels, on restreint la règle de la transparence pour protéger le caractère confidentiel de certains documents en les communiquant aux avocats des parties à condition que ces derniers s'engagent à en préserver le caractère confidentiel même à l'égard de leurs clients — Une ordonnance générale de non-divulgence et de confidentialité, rendue ex parte, est loin de l'empiètement minimum sur le principe de la transparence exigé par la loi — L'ordonnance n'est pas justifiée — En outre, le juge des requêtes a créé en réalité une nouvelle et plus subtile catégorie de documents secrets, par opposition aux documents simplement confidentiels, auxquels des considérations particulières s'appliquent — Absence de jurisprudence à l'égard d'une nouvelle catégorie de documents « secrets » et aucune nécessité d'en établir une.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 337(5).*

LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 337(5).*

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.); *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *C.D. v. M.N.R.*, [1991] 2 F.C. 412; (1991), 91 DTC 5210 (C.A.); *Hunter v. Canada (Consumer and Corporate Affairs)*, [1991] 3 F.C. 186; (1991), 29 C.P.E. (3d) 321; 35 F.T.R. 75 (C.A.); *Official Solicitor v. K.*, [1963] 3 All E.R. 191 (H.L.); *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d); 45 C.R.R.1; 102 N.R. 321; *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 327; (1991), 127 N.R. 325 (C.A.); *Deprenyl Research Ltd. v. Canguard Health Technologies Inc.*, T-3003-91, Strayer J., order dated 17/2/92, F.C.T.D., not yet reported.

## DISTINGUISHED:

*Kimberly-Clark Corp. v. Proctor & Gamble Inc.* (1990), 31 C.P.R. (3d) 207 (F.C.T.D.).

APPEAL from an interlocutory order (T-724-92, Cullen J., order dated 22/4/92, F.C.T.D., not reported) made by the Motions Judge allowing the respondents to designate documents as "secret", to be disclosed to the Court only. Appeal allowed.

## COUNSEL:

*James D. Kokonis, Q.C.* and *Thomas R. Kelly* for appellant (defendant).

*John S. Macera* and *Elizabeth G. Elliott* for respondent (plaintiff) Molson Breweries, a Partnership.

*Gordon F. Henderson, Q.C.* for respondent (plaintiff) Miller Brewing Company.

## SOLICITORS:

*Smart & Biggar*, Ottawa, for appellant (defendant).

*Macera & Jarzyna*, Ottawa, for respondent (plaintiff) Molson Breweries, a Partnership.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *C.D. c. M.R.N.*, [1991] 2 C.F. 412; (1991), 91 DTC 5210 (C.A.); *Hunter c. Canada (Ministère des Consommateurs et des Sociétés)*, [1991] 3 C.F. 186; (1991), 29 C.P.E. (3d) 321; 35 F.T.R. 75 (C.A.); *Official Solicitor v. K.*, [1963] 3 All E.R. 191 (H.L.); *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d); 45 C.R.R.1; 102 N.R. 321; *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. 327; (1991), 127 N.R. 325 (C.A.); *Deprenyl Research Ltd. c. Canguard Health Technologies Inc.*, T-3003-91, juge Strayer, ordonnance en date du 17-2-92, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Kimberly-Clark Corp. c. Proctor & Gamble Inc.* (1990), 31 C.P.R. (3d) 207 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

APPEL interjeté contre une ordonnance interlocutoire (T-724-92, juge Cullen, ordonnance en date du 22-4-92, C.F. 1<sup>re</sup> inst., non publiée) par laquelle le juge des requêtes permettait aux intimées de désigner des documents comme étant «secrets» et ne devant être divulgués qu'à la Cour. Appel accueilli.

## AVOCATS:

*James D. Kokonis, c.r.*, et *Thomas R. Kelly* pour l'appelante (défenderesse).

*John S. Macera* et *Elizabeth G. Elliott* pour l'intimée (demanderesse) Molson Breweries, société en nom collectif.

*Gordon F. Henderson, c.r.*, pour l'intimée (demanderesse) Miller Brewing Company.

## i PROCUREURS:

*Smart & Biggar*, Ottawa, pour l'appelante (défenderesse).

*Macera & Jarzyna*, Ottawa, pour l'intimée (demanderesse) Molson Breweries, société en nom collectif.

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for respondent (plaintiff) Miller Brewing Company.

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour l'intimée (demanderesse) Miller Brewing Company.

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

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

MACGUIGAN J.A.: This is an appeal from a portion of an interlocutory order of April 22, 1992.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Il s'agit d'un appel à l'encontre d'une partie d'une ordonnance interlocutoire rendue le 22 avril 1992.

The action, for passing off and trademark infringement, was brought by the respondents as plaintiffs on March 30, 1992. In the action, the respondents seek injunctions and monetary relief against the appellant arising from its introduction of "Labatt Genuine Draft", a beer allegedly similar in packaging and labelling to a "Genuine Draft" beer product of the respondents.

L'action en *passing off* et en contrefaçon d'une marque de commerce a été intentée par les intimées à titre de demanderesse, le 30 mars 1992. Dans l'action, les intimées demandaient des injonctions et une réparation pécuniaire contre l'appelante à la suite de l'introduction de sa «Labatt Genuine Draft», une bière dont l'emballage et l'étiquetage seraient semblables à ceux de la bière «Genuine Draft» produite par les intimées.

By order of April 14 [T-724-92, *per* Cullen J.], all proceedings were stayed pending production by the respondents of certain documents of title that formed the basis of certain pleas in their statement of claim. By notice of motion of April 22, the respondents made application for a protective order, which was heard and decided the same day on the ground that written agreements between the two respondents contained confidential information which does not in any way relate to the subject of the present action. This confidential information was said to consist of beer recipes and protection techniques, marketing and advertising strategies and expenditures, sales performance objectives and projections, bookkeeping and auditing provisions, and product research matters.

Sur ordonnance rendue le 14 avril [T-724-92, le juge Cullen], toutes les procédures ont été suspendues jusqu'à ce que les intimées aient déposé certains titres sur lesquels sont fondés certains moyens énoncés dans leur déclaration. Sur avis de requête daté du 22 avril, les intimées ont présenté une demande d'ordonnance préventive, qui a été instruite et réglée le même jour au motif que les contrats écrits conclus entre les deux intimées contenaient des renseignements confidentiels qui n'ont rien à voir avec la question en l'espèce. On a dit que ces renseignements confidentiels consistaient en des recettes de bière, des techniques de protection, des stratégies et des dépenses de marketing et de publicité, des objectifs et des prévisions de rendement des ventes, des dispositions relatives à la tenue des livres et à la vérification et des questions liées à l'étude des produits.

The appellant appeals against paragraph 1 of the April 22, 1992, order made by the Motions Judge, which reads as follows (Appeal Book, at pages 74-75):

L'appelante interjette appel à l'encontre du paragraphe 1 de l'ordonnance du 22 avril 1992 rendue par le juge des requêtes, dont voici le libellé (dossier d'appel, aux pages 74 et 75):

1 (a) In this Order, the term "secret" information or "secret document" means any information or documents or portion of document respectively, which is designated by any party as secret.

[TRADUCTION] 1 a) Dans la présente ordonnance, le terme «renseignements secrets» ou «document secret» désigne tout renseignement ou tout document, dans son ensemble ou partiellement, qu'une partie désigne comme secret.

(b) Secret documents will be disclosed only to the Court unless otherwise ordered by the Court and portions of the documents designated as secret will be deleted by the designating party from all documents produced or ten-

b) Les documents secrets ne seront communiqués qu'à la Cour sauf directive différente de cette dernière, et les parties des documents désignées comme étant secrètes seront radiées par celui qui les a désignées telles de tous les docu-

dered in evidence. No document shall be accepted as secret until it has been so designated by an Order of the Court, said application to be made *ex parte*.

The appellant also appeals against paragraph 12, <sup>a</sup> but only to the extent that it makes reference to "secret documents" ("Secret documents and confidential documents").

On April 23 [T-724-92, *per* Cullen J.] an application was made before the same Motions Judge to vary the order of April 22, pursuant to Rule 337(5) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663]. This application was dismissed.

The Motions Judge gave no reasons for his order of April 22, but his reasons for the order of April 23, when the appellant sought reconsideration of the first order, throw some light on his approach to it (Appeal Book, at pages 85-86) [at pages 2-3 of the reasons]:

The defendant has, in my view, failed to bring himself within the provisions of Rule 337(5) in that paragraph (a) is not applicable as no reasons had been given and paragraph (b) would require that some matter should have been dealt with and had been overlooked or accidentally omitted. That was not the case. Given the fact that I was allowing certain documents to be called "secret" and to be filed in a file labelled with that word, it seemed that the determination should not be made by counsel simply declaring documents secret and putting them in the file but rather that counsel would be required to establish to the satisfaction of the Court that such a document or documents be labelled "secret". Counsel for the plaintiffs argued most strenuously at the hearing on April 22, 1992 that their clients should not be required to produce documents that were clearly irrelevant and cited, for example, that the recipe for the product made by their clients was clearly irrelevant to the issues at hand. However, I was satisfied that other reasons might be advanced why a document should be placed in the secret file and I did not wish to fetter colleagues who may be called upon to make these determinations.

For the reasons stated above I do not feel that the defendant has brought himself within the requirements of Rule 337(5)(b). In my view, deleting the phrase dealing with *ex parte* applications would be changing my Order which I arrived at after a somewhat lengthy hearing and a good deal of thought following the hearing. Also, incorporating the phrase sought here by counsel for the defendant would have changed the intention, and yes, the meaning of my Order.

ments produits ou offerts en preuve. Aucun document ne doit être reconnu secret tant qu'il n'a pas été désigné comme tel par ordonnance de la Cour, la demande devant être faite *ex parte*.

L'appelante en appelle également du paragraphe 12, mais seulement dans la mesure où il fait référence aux «documents secrets» («document secrets et documents confidentiels»).

<sup>b</sup> Le 23 avril [T-724-92, le juge Cullen], une demande a été présentée devant le même juge des requêtes pour modifier l'ordonnance du 22 avril 1992, en application de la Règle 337(5) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663]. Cette demande a été <sup>c</sup> rejetée.

Le juge des requêtes n'a pas prononcé de motifs à l'égard de son ordonnance du 22 avril, mais ses <sup>d</sup> motifs de l'ordonnance du 23 avril, portant sur la révision de la première ordonnance présentée par l'appelante, expliquent quelque peu sa méthode (dossier d'appel, aux pages 85 et 86) [aux pages 2 et 3 des motifs]:

<sup>e</sup> À mon avis, la défenderesse ne répond pas aux dispositions de la Règle 337(5) en ce sens que l'alinéa (a) ne s'applique pas puisque nuls motifs ont été donnés et que l'alinéa (b) exigerait que l'on ait négligé ou accidentellement omis de traiter d'une question dont on aurait dû traiter. Tel n'est pas le cas. Étant donné que je permettais que certains documents soient désignés comme étant «secrets» et classés dans un dossier portant cette étiquette, il semblait que la décision ne devrait pas être prise simplement par l'avocat qui déclarerait les documents secrets et les placerait dans le dossier; cet avocat devrait plutôt être tenu d'établir de façon jugée satisfaisante par la <sup>f</sup> Cour que ce ou ces documents devraient être désignés comme étant «secrets». Les avocats des demandereses ont soutenu <sup>g</sup> très énergiquement à l'audience du 22 avril 1992 que leurs clientes ne devraient pas être tenues de produire des documents qui n'étaient clairement pas pertinents et ils ont invoqué, par <sup>h</sup> exemple, que la recette du produit fabriqué par leurs clientes n'était clairement pas pertinente aux questions en litige. Toutefois, on m'a convaincu que l'on pouvait invoquer d'autres motifs pour lesquels un document devrait être placé dans un dossier secret et je ne tiens pas à entraver mes collègues qui pourraient être appelés à rendre ces décisions.

<sup>i</sup> Pour les motifs précités, je n'estime pas que la défenderesse répond aux exigences de la Règle 337(5)(b). À mon sens, la radiation de la phrase traitant des demandes *ex parte* modifierait l'ordonnance à laquelle je suis arrivé après une audition plutôt longue et mûre réflexion par la suite. De plus, l'insertion de la phrase demandée par l'avocat de la défenderesse aurait modifié l'intention, et oui, le sens de l'ordonnance.



It was argued by counsel for the defendant that counsel for the plaintiffs had not argued in favour of an *ex parte* application but it was clear to me at least that certainly counsel for Miller Brewing Company emphasized that very point, namely that his clients would not wish the irrelevant material such as the recipe to be given even to counsel for the other side.

On April 28 [T-724-92, *per* Cullen J.] the respondents obtained an *ex parte* order designating documents or portions of documents as secret. On April 29, in compliance with the orders of the Motions Judge, the appellant was provided with copies of all documents of title referred to in paragraphs 5, 6 and 16 of the statement of claim, with those portions designated as secret deleted. The stay of proceedings was thus lifted as of April 29.

The appellant contended before us that the *ex parte* procedure provided for in the order of April 22 is contrary to the rules of natural justice and would bring the administration of justice into disrepute. It also argued that the evidence was insufficient to justify the granting of the order.

## I

The leading English authority on confidentiality at common law is *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), where Viscount Haldane L.C. laid down the broad principle that the courts must administer justice in public. He qualified this general principle by narrowly defined exceptions based on “a yet more fundamental principle that the chief object of Courts of justice must be to secure that justice is done” (at page 437). The relative priorities of the two principles have been somewhat differently stated in Canada, where Dickson J. (as he then was) wrote in *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at pages 186-187:

In my view, curtailment of public accessibility can only be justified where there is present the need to protect social values of superordinate importance.

Hence Décaré J.A. for this Court in *C.D. v. M.N.R.*, [1991] 2 F.C. 412, at page 417 declared that *Scott* is

L’avocat de la défenderesse a soutenu que les avocats des demandereses n’ont pas plaidé en faveur d’une demande *ex parte*, mais il m’était évident qu’assurément l’avocat de Miller Brewing Company a souligné ce point particulier, à savoir que ses clientes ne voudraient pas que les documents non pertinents tels que la recette soient communiqués même à l’avocat de la partie adverse.

Le 28 avril [T-724-92, le juge Cullen], les intimées ont obtenu une ordonnance *ex parte* désignant certains documents ou certaines parties de documents comme étant secrets. Le 29 avril, en conformité avec les ordonnances du juge des requêtes, l’appelante a reçu des copies de tous les titres mentionnés aux paragraphes 5, 6 et 16 de la déclaration, dont les parties désignées comme secrètes avaient été radiées. La suspension des procédures a donc été levée le 29 avril.

L’appelante a allégué devant nous que la procédure *ex parte*, prévue dans l’ordonnance du 22 avril, va à l’encontre des règles de la justice naturelle et déconsidérerait l’administration de la justice. Elle a également prétendu que la preuve était insuffisante pour justifier l’octroi de l’ordonnance.

## I

La principale source anglaise en matière de confidentialité en common law est l’arrêt *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), dans laquelle le vicomte Haldane, L.C., énonce le principe général selon lequel les tribunaux doivent administrer publiquement la justice. Il a restreint ce principe général par des exceptions définies de façon stricte fondées sur [TRADUCTION] «le principe encore plus fondamental que l’objectif principal des tribunaux judiciaires doit être de garantir que justice soit faite» (à la page 437). Les priorités relatives des deux principes ont été énoncées de façon quelque peu différente au Canada, où le juge Dickson (tel était alors son titre) a déclaré dans *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la page 186:

À mon avis, restreindre l’accès du public ne peut se justifier que s’il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance.

Voilà pourquoi le juge Décaré, J.C.A., a déclaré dans l’arrêt *C.D. c. M.N.R.*, [1991] 2 C.F. 412, à la page

the law in Canada only to the extent that it has been adopted in *MacIntyre*.

Décary J.A., in reviewing confidentiality at common law for the majority of this Court in *Hunter v. Canada (Consumer and Corporate Affairs)*, [1991] 3 F.C. 186, at pages 202-203 put the relevant principles this way:

#### Confidentiality at common law

It can be safely said that three fundamental premises on which our judicial system is based, are (1) that trials take place in open court, (2) that the procedure followed is an adversarial one, and (3) that rules of natural justice apply, amongst which is the rule that each party is entitled to see everything which is relevant to the Court's decision.

It is a combination of these three principles which is at the source of the rule that hearing should not be conducted *in camera*, even less in private, that representations should not be made *ex parte* and that parties and their counsel should not be denied access to the material that is relevant to the Court's decision.

That rule, as most rules, is not an absolute one. The courts, albeit reluctantly, have softened it "in exceptional cases, where the administration of justice would be rendered impracticable by the presence of the public" [Dickson J. in *MacIntyre*, at p. 188] and, in some cases, one may add, by the presence of all the parties. One of these exceptional cases, most certainly, is proceedings where the confidentiality of a document is precisely what is at stake. To allow the public and the parties to see the document before the question of its disclosure is decided might well render the whole process utterly useless and frustrate the end result of the proceedings.

#### Practice with respect to the protection of confidentiality

In proceedings where there is a need to protect the integrity of confidential information, one of the means developed by the courts to preserve to the greatest possible extent the openness and the adversarial nature of the judicial system and to enable the parties to properly argue their case, is to provide counsel for the parties with access to the information subject to various conditions including the provision by counsel of undertakings to maintain the confidentiality of the information even with respect to their clients.

I might add that while this practice has generally been justified in terms of natural justice and advantage to counsel, it has also proved most useful to judges. Issues in which confidential documents are at risk tend to be rather complex, either technically, as in commercial matters, or legally, as in public interest matters, and it is not always fair to the Court to force it to

417, que l'arrêt *Scott* ne représentait l'état du droit au Canada que dans la mesure de son adoption dans l'arrêt *MacIntyre*.

- a Le juge Décary, J.C.A., en faisant un examen de la confidentialité en common law pour la majorité de cette Cour dans l'arrêt *Hunter c. Canada (Ministère des Consommateurs et des Sociétés)*, [1991] 3 C.F. 186, aux pages 202 et 203, a exposé les principes pertinents comme suit:

#### La confidentialité en common law

On peut affirmer sans crainte de se tromper que les trois principes suivants sont fondamentaux dans notre système judiciaire: 1) la publicité des débats, 2) la nature contradictoire des procédures et 3) l'application des règles de justice naturelle, dont le droit de chaque partie de prendre connaissance de tout élément pertinent aux fins de la décision du tribunal.

C'est la combinaison de ces trois principes qui est à l'origine de la règle voulant que l'audience ne se déroule pas à huis clos, encore moins en secret, que les arguments ne soient pas présentés en l'absence d'une partie et que les parties et leur avocat ne se voient pas refuser l'accès à des documents pertinents aux fins de la décision du tribunal.

Comme la plupart des règles, celle-ci n'est pas absolue. En dépit de leurs réticences, les tribunaux l'ont en effet adoucie «dans les affaires exceptionnelles où la présence du public [ou, pourrait-on ajouter dans certains cas, celle de toutes les parties] rendrait l'administration de la justice impossible» [le juge Dickson, dans l'arrêt *MacIntyre*, à la page 188]. L'un de ces cas exceptionnels est certainement celui où le litige porte précisément sur la confidentialité d'un document. Permettre au public et aux parties d'en prendre connaissance avant que ne soit tranchée la question de sa divulgation risquerait fort de rendre le processus totalement inutile et de compromettre le résultat recherché.

#### La pratique suivie en matière de protection de la confidentialité

Dans les instances où il importe d'assurer la protection de renseignements confidentiels, l'un des moyens auxquels les tribunaux ont recours pour préserver le plus possible la transparence ainsi que la nature contradictoire du système judiciaire, tout en permettant aux parties de présenter convenablement leurs arguments, consiste à donner aux avocats des parties accès à ces renseignements sous réserve de diverses conditions dont l'engagement d'en préserver la confidentialité même à l'égard de leurs clients.

Je pourrais ajouter que si cette pratique a de façon générale trouvé sa justification eu égard aux principes de justice naturelle et à l'intérêt des parties, elle s'est également avérée des plus utiles pour les juges. Les litiges où des documents à caractère confidentiel sont en cause sont souvent complexes, que ce soit sur le plan technique comme en matière commerciale, ou

make important decisions when having heard one side of the argument only.

It seems clear, from these enunciations of it, that the law leans against any fetter on the openness of proceedings, and that the normal way of reconciling the conflicting demands of openness and confidentiality, where required with respect to documents, is to disclose to parties' counsel any confidential information, on their undertaking that they will maintain that confidentiality even from their clients.

What is of capital importance is that disclosure should be limited as minimally as possible. This was emphasized by Lord Devlin in *Official Solicitor v. K.*, [1963] 3 All E.R. 191 (H.L.), at page 210, where he said, quoting the Trial Judge, "when full disclosure is not made, it should be limited only to the extent essential . . . and no further." Cory J. made a similar point in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at page 1347:

The importance of freedom of expression and of public access to the courts through the press reports of the evidence, arguments and the conduct of judges and judicial officers is of such paramount importance that any interference with it must be of a minimal nature.

That principle was applied by this Court in *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 327 (C.A.).

In a case somewhat analogous to that at bar, *Deprenyl Research Ltd. v. Canguard Health Technologies Inc.*, T-3003-91, F.C.T.D., decided February 17, 1992, where the defendants sought to have declared confidential certain information (to be disclosed only to the plaintiff's solicitors and two outside independent experts), Strayer J. said, at page 2, in refusing the order:

An order preventing counsel from showing relevant evidence to his client in order to get instructions, while not unknown, should only be granted in very unusual circumstances. The onus is on the defendants to establish the need for such a restriction on the ordinary disclosure of materials which may

sur le plan juridique comme dans les affaires soulevant des questions d'intérêt public. Il est parfois injuste d'obliger le tribunal à prendre d'importantes décisions en n'ayant entendu qu'une seule version.

Il ressort clairement de cet exposé du droit que celui-ci tend à s'opposer à toute entrave à la transparence des procédures et que la manière normale de concilier les exigences en matière de transparence et de confidentialité, lorsque les documents l'imposent, est de divulguer aux avocats des parties l'information confidentielle, sur engagement de ces derniers de préserver la confidentialité même à l'égard de leurs clients.

Il est d'importance capitale que la divulgation soit aussi peu restreinte que possible. Lord Devlin a insisté sur ce point dans l'arrêt *Official Solicitor v. K.*, [1963] 3 All E.R. 191 (H.L.), à la page 210, dans lequel il a déclaré, en citant le juge de première instance, que [TRADUCTION] «lorsqu'il n'y a pas divulgation complète, elle ne devrait être limitée que dans la mesure essentielle . . . et pas plus». Le juge Cory a fait une remarque semblable dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la page 1347:

La liberté d'expression et l'accès du public aux tribunaux par l'intermédiaire des comptes rendus de la presse sur la preuve, les arguments et la conduite des juges et des officiers de justice sont d'une telle importance prépondérante que toute atteinte doit être minimale.

Ce même principe a été appliqué par cette Cour dans l'affaire *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. 327 (C.A.).

Dans une cause quelque peu analogue à celle en l'espèce, *Deprenyl Research Ltd. c. Canguard Health Technologies Inc.*, T-3003-91, C.F. 1<sup>re</sup> inst., dont la décision a été rendue le 17 février 1992, et dans laquelle les défenderesses demandaient que certaines informations soient déclarées confidentielles (à n'être divulguées qu'aux avocats de la demanderesse et à deux experts externes indépendants), le juge Strayer a déclaré, à la page 2, en rejetant l'ordonnance:

Une ordonnance empêchant un avocat de montrer des éléments de preuve pertinents à son client en vue d'obtenir des instructions, quoique possible, ne devrait être accordée que dans des circonstances exceptionnelles. Les défenderesses ont la charge de prouver qu'il est nécessaire de frapper de restriction sembla-

be relevant to the issues in the case, and the evidence so far is not compelling.

Strayer J. found that at the very least such an order was premature, since the defendants had not yet (as is also true in the case at bar) filed a statement of defence.

The Motions Judge in the case at bar not only granted an order of secrecy as well as of confidentiality, but did so *ex parte*, and not only for the documents required to be produced by the order of April 14, but apparently for all subsequent documents in the proceedings. This is far from the minimum trenching on the principle of openness required by law.

The only precedent that is of any comfort to the respondents is *Kimberly-Clark Corp. v. Proctor & Gamble Inc.* (1990), 31 C.P.R. (3d) 207 (F.C.T.D.), where, in a patent action, the Court allowed the plaintiffs to produce licence agreements referred to in the statement of claim with certain paragraphs deleted. Joyal J., after examining unexpurgated copies of the licence agreements, held that substantially all the deletions were warranted on the basis that they dealt with matters irrelevant to the issues in the action. However, even apart from the fact that the patent claim was a more defined type of action than is that brought by the respondents here, the matter there did not arise on an *ex parte* motion.

It is in my view no answer to the appellant's case for the respondents to point out that it is always possible for the appellant to contest the *ex parte* order subsequent to its being made. The appellant has already been placed at a needless disadvantage by the fact that it has been made *ex parte*,<sup>1</sup> forcing him to bring a global motion without information as to the documents protected or as to the Motions Judge's reasons for granting such an order. Moreover, the

<sup>1</sup> While it is true that the motion in *Kimberly-Clark* had to be brought after the fact, because the plaintiffs simply produced the licence agreements in expurgated form, both parties were on a level playing field on the motion in that no protective order had been made.

ble la divulgation normale de renseignements qui peuvent se rapporter aux questions en litige, et la preuve jusqu'à maintenant n'est pas péremptoire.

Le juge Strayer a jugé qu'une telle ordonnance était tout au moins prématurée, étant donné que les défenderesses n'avaient pas encore (ce qui s'applique également en l'espèce) déposé leur défense.

L'ordonnance rendue par le juge des requêtes en l'espèce était non seulement une ordonnance de non-divulgation et de confidentialité, mais elle était *ex parte*, et elle visait non seulement les documents tenus d'être produits par l'ordonnance du 14 avril, mais, semble-t-il, également tous les documents en cause ultérieurement dans les procédures. On est loin de l'empiètement minimum sur le principe de la transparence exigé par la loi.

La seule décision qui peut rassurer quelque peu les intimées est l'arrêt *Kimberly-Clark Corp. c. Proctor & Gamble Inc.* (1990), 31 C.P.R. (3d) 207 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle la Cour saisie d'une action en matière de brevet a permis aux demandresses de produire des contrats de licence mentionnés dans la déclaration dont certains paragraphes avaient été radiés. Après avoir examiné des copies intégrales de ces contrats de licence, le juge Joyal a déclaré que, pour la plupart, les suppressions étaient justifiées car les parties radiées ne traitaient pas de sujets pertinents aux questions en litige. Toutefois, outre le fait que la revendication de brevet constituait un type d'action mieux défini que l'action intentée par les intimées en l'espèce, la question dans cette affaire ne découlait pas d'une requête *ex parte*.

Selon moi, les intimées ne répondent pas aux arguments de l'appelante en faisant remarquer qu'il est possible pour celle-ci de contester l'ordonnance *ex parte* une fois qu'elle a été rendue. L'appelante a déjà été placée inutilement dans une position désavantageuse du fait que l'ordonnance soit *ex parte*<sup>1</sup>, ce qui l'oblige à présenter une requête globale sans renseignements sur les documents protégés ni sur les motifs pour lesquels le juge des requêtes a rendu une telle

<sup>1</sup> Bien qu'il soit vrai que la requête dans *Kimberly-Clark* a dû être présentée après le fait, parce que les demandresses ont simplement produit les versions expurgées des contrats de licence, les deux parties étaient sur un pied d'égalité en ce qui concerne la requête du fait qu'aucune ordonnance préventive n'avait été rendue.

Motions Judge has in effect created a new, more rarified category of secret, as opposed to merely confidential documents, for which special considerations apply. We were shown no precedents for such a category, and I can find no necessity in the present facts for establishing one.

## II

Merely to strike out paragraph 1 and to amend paragraph 12 of the order of April 22, as the appellant seeks, possibly would leave the order somewhat unbalanced, especially in the light of the concerns expressed by the respondent Miller Brewing Company with respect to its secret formula. Nevertheless, since there is no cross-appeal before us, there is no way to rectify that situation on the present appeal. The order, being interlocutory, is entirely amenable to revision by the Trial Division. It might be wise, before pleadings have closed and the issues been defined, not to try to deal with situations that can arise only during pre-trial discovery.

The appeal must be allowed with costs. Paragraph 1 of the order dated April 22, 1992, should be struck out as should be the reference to "secret documents" in paragraph 12.

HEALD J.A.: I agree.

MAHONEY J.A.: I agree.

ordonnance. En outre, le juge des requêtes a, en réalité, créé une nouvelle et plus subtile catégorie de documents secrets, par opposition aux documents simplement confidentiels, auxquels des considérations particulières s'appliquent. On ne nous a montré aucune jurisprudence à l'égard de cette catégorie, et rien dans les faits présents ne démontre la nécessité d'en établir une.

*b*

## II

Le simple fait de radier le paragraphe 1 et de modifier le paragraphe 12 de l'ordonnance du 22 avril, comme le demandent les appelantes, laisserait peut-être l'ordonnance quelque peu en déséquilibre, surtout à la lumière des préoccupations exprimées par l'intimée, Miller Brewing Company, à l'égard de sa formule secrète. Néanmoins, étant donné que nous ne sommes pas saisis d'un appel incident, il n'y a aucun moyen de corriger cette situation dans le cadre du présent appel. Comme elle est interlocutoire, l'ordonnance est parfaitement susceptible de révision par la Section de première instance. Il serait peut-être sage, avant la clôture de la procédure écrite et avant que les questions aient été précisées, de ne pas tenter de traiter des situations qui ne peuvent se produire que pendant la communication préalable.

L'appel doit être accueilli avec dépens. Le paragraphe 1 de l'ordonnance du 22 avril 1992 devrait être radié, ainsi que le renvoi aux «documents secrets» au paragraphe 12.

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

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

T-1399-88

**Sydney Steel Corporation, a body corporate**  
(*Plaintiff*)

and

**MTO Maritime Transport Overseas Ltd., a body corporate and Rohde & Liesenfeld Projects Inc., a body corporate** (*Defendants*)

and

**Mercurio Maritimo S.A., a body corporate and Golden Union Shipping Company S.A., a body corporate** (*Third Parties*)

*INDEXED AS: SYDNEY STEEL CORP. v. MTO MARITIME TRANSPORT OVERSEAS LTD. (T.D.)*

Trial Division, MacKay J.—Halifax, May 12; Ottawa, June 3, 1992.

*Practice — Parties — Third party proceedings — Application by defendant R & L for order converting action into claim by latter against third parties — Plaintiff claiming damages for breach of charterparty agreement and other damages — Applicant granted leave to issue third party notice against third parties and to serve them ex juris — Claim for indemnity of alleged damages and expenses settled by agreement between applicant and plaintiff — Applicant arguing order sought within Court's jurisdiction under R. 1716 — Order also said to be procedural only — Third parties' arguments more convincing — Court declining to vary procedural rights of third parties in dealing with claim against them — Rights not to be done away with over objections of third parties — Application dismissed.*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Application for order converting action into claim by defendant applicant against third parties — Whether order within Court's jurisdiction under R. 1716 — Third parties attacking order for want of jurisdiction — Order sought could deprive third parties of procedural rights including preliminary right to contest Court's jurisdiction in relation to claim against them — Third parties' arguments more persuasive — Claim against third parties raising serious questions about continuing jurisdiction of Court, either of substantive or procedural nature.*

T-1399-88

**Sydney Steel Corporation, personne morale**  
(*demanderesse*)

a et

**MTO Maritime Transport Overseas Ltd., personne morale et Rohde & Liesenfeld Projects Inc., personne morale** (*défenderesses*)

b

et

**Mercurio Maritimo S.A., personne morale et Golden Union Shipping Company S.A., personne morale** (*tierces parties*)

c

*RÉPERTORIÉ: SYDNEY STEEL CORP. c. MTO MARITIME TRANSPORT OVERSEAS LTD. (1<sup>re</sup> INST.)*

d

Section de première instance, juge MacKay—Halifax, 12 mai; Ottawa, 3 juin 1992.

e

*Pratique — Parties — Procédure de mise en cause — Demande présentée par la défenderesse R & L en vue d'obtenir une ordonnance qui transformerait une action en une poursuite par cette dernière contre des tierces parties — La demanderesse réclame des dommages-intérêts pour violation de la charte-partie et d'autres dommages-intérêts — La requérante s'est vu accorder l'autorisation de délivrer des avis à tierce partie contre les tierces parties et de les signifier ex juris — La demande d'indemnisation portant sur les avaries et les frais allégués a fait l'objet d'un règlement entre la requérante et la demanderesse — La requérante prétend que l'ordonnance sollicitée relève de la compétence de la Cour en vertu de la Règle 1716 — Il est également allégué que cette ordonnance ne revêt qu'un caractère procédural — Les arguments des tierces parties sont plus convaincants — La Cour refuse de modifier les droits sur le plan de la procédure des tierces parties en statuant sur la poursuite intentée contre elles — Ces droits ne doivent pas être écartés lorsqu'il y a des objections des tierces parties — Demande rejetée.*

g

h

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Demande visant à obtenir une ordonnance qui transformerait une action en une poursuite par la requérante défenderesse contre des tierces parties — Cette ordonnance relèverait de la compétence de la Cour en vertu de la Règle 1716 — Les tierces parties contestent cette ordonnance en invoquant le défaut de compétence — L'ordonnance sollicitée pourrait priver les tierces parties des droits sur le plan de la procédure dont le droit de contester la compétence de la Cour relativement à la poursuite intentée contre elles — Les arguments des tierces parties sont plus convaincants — La poursuite intentée contre les tierces parties soulève de sérieuses questions concernant la compétence continue de la Cour, ou bien quant au fond, ou bien quant à la procédure.*

i

j

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 1716, 1718, 1730.  
*Negligence Act*, R.S.O. 1990, c. N. 1.

APPLICATION by defendant R & L for an order converting an action to one in which that defendant's third party claim would be the continuing *raison d'être* of the action. Application dismissed.

## COUNSEL:

*John D. Murphy, Q.C.*, for plaintiff.  
*A. William Moreira* for defendant Rohde & Liesenfeld Projects Inc.  
*David G. Colford* for defendant MTO Maritime Transport Overseas Ltd.  
*Vincent M. Prager* for third parties.

## SOLICITORS:

*Stewart McKelvey Stirling Scales*, Halifax, for plaintiff.  
*Daley, Black & Moreira*, Halifax, for defendant Rohde & Liesenfeld Projects Inc.  
*Brisset Bishop and Davidson*, Montréal, for defendant MTO Maritime Transport Overseas Ltd.  
*Stikeman, Elliott*, Montréal, for third parties.

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

MACKAY J.: In this application the corporate defendant Rohde & Liesenfeld Inc. ("R&L"), seeks an order that would, in effect, convert this action, initiated by the plaintiff Sydney Steel Corporation ("Sydney Steel") to one in which that defendant's claim filed against the third parties would be the continuing *raison d'être* of the action. With consent of the plaintiff and of the other corporate defendant, MTO Maritime Transport Overseas Ltd. ("MTO"), the order sought would direct that Sydney Steel and MTO cease to be parties in this action, that R&L file and serve an amended statement of claim in respect of its claim against the third parties, and that the proceeding brought by R&L against third parties proceed and

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7.  
*Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1990, ch. N-1.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 1716, 1718, 1730.

DEMANDE présentée par la défenderesse R & L en vue d'obtenir une ordonnance qui transformerait la présente action de sorte que la poursuite qu'elle a intentée contre les tierces parties serait la raison d'être continue de l'action. Demande rejetée.

## AVOCATS:

*John D. Murphy, c.r.*, pour la demanderesse.  
*A. William Moreira* pour la défenderesse Rohde & Liesenfeld Projects Inc.  
*David G. Colford* pour la défenderesse MTO Maritime Transport Overseas Ltd.  
*Vincent M. Prager* pour les tierces parties.

## PROCUREURS:

*Stewart McKelvey Stirling Scales*, Halifax, pour la demanderesse.  
*Daley, Black & Moreira*, Halifax, pour la défenderesse Rohde & Liesenfeld Projects Inc.  
*Brisset Bishop et Davidson*, Montréal, pour la défenderesse MTO Maritime Transport Overseas Ltd.  
*Stikeman, Elliott*, Montréal, pour les tierces parties.

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

LE JUGE MACKAY: Dans la présente demande, la société défenderesse Rohde & Liesenfeld Inc. («R&L») sollicite une ordonnance qui transformerait, en fait, la présente action, intentée par la demanderesse Sydney Steel Corporation («Sydney Steel») de telle sorte que la demande déposée par cette défenderesse contre les tierces parties serait la raison d'être continue de l'action. Avec le consentement de la demanderesse et de l'autre société défenderesse, MTO Maritime Transport Overseas Ltd. («MTO»), il serait ordonné que Sydney Steel et MTO soient mises hors de cause dans la présente action, que R&L dépose et signifie une déclaration rectifiée relative à sa demande contre les tierces parties, et que l'action

be tried as if it were in all respects an action between plaintiff and defendants.

The various claims involved arise from agreements relating to the charter of a vessel. The plaintiff, having arranged by agreement with MTO to charter vessels to carry steel rails from Sydney, N.S. to Mexico, relied upon expressed terms of its charterparty with MTO and alleged undertakings by MTO and R&L that one vessel in question was properly equipped to discharge cargo at Mexican ports by its own cranes and equipment without the necessity to rely on shore-based cranes. It is alleged that upon arrival at Tampico, Mexico, the vessel was unable to discharge cargo using its own equipment and the plaintiff is said to have incurred unanticipated costs in arranging for shore-based cranes to unload the vessel. By its statement of claim, the plaintiff claimed damages for breach of the charterparty agreement and other damages as well.

MTO was a sub-charterer of the vessel and R&L was head charterer. The vessel was owned by one of the third parties, a Greek corporation, and operated by the second third party, a Panamanian corporation.

The action was begun by statement of claim filed July 16, 1988, by Sydney Steel against MTO and R&L as defendants. MTO served and filed on R&L a notice to co-defendant, pursuant to Rule 1730 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], dated February 10, 1989, and a third party statement of claim dated March 6, 1989, claiming indemnity in respect of any liability of MTO to Sydney Steel. By order of April 25, 1989, R&L was granted leave to issue a third party notice against the two third parties and leave to serve them out of the jurisdiction. That notice was served and an appearance was entered on behalf of the third parties in October of 1989. An order for third party directions was granted in respect of the third party claim of R&L against the third parties on May 31, 1990, and a third party statement of claim on behalf of R&L against those third parties was filed July 13, 1990, claiming indemnity, for any liability,

intentée par R&L contre les tierces parties soit instruite comme si elle était, à tous égards, une action entre la demanderesse et les défenderesses.

Les diverses demandes en cause proviennent d'ententes relatives à l'affrètement d'un navire. La demanderesse, ayant conclu une entente avec MTO pour affréter des navires transportant des barres d'acier de Sydney (N.-É.) au Mexique, s'est appuyée sur les conditions expresses de sa charte-partie avec MTO et les présumés engagements pris par MTO et R&L selon lesquels le navire en question était équipé de façon appropriée pour décharger la cargaison à des ports mexicains et ce, par ses propres grues et équipement sans qu'il soit nécessaire de recourir à des grues côtières. Il est allégué que, à l'arrivée à Tampico (Mexique), le navire n'a pas pu décharger la cargaison en utilisant son propre équipement, et que la demanderesse a dû engager des frais non prévus en prenant des dispositions pour que les grues côtières déchargent le navire. Par sa déclaration, la demanderesse réclame des dommages-intérêts pour violation de la charte-partie et d'autres dommages-intérêts également.

MTO était un sous-affrèteur du navire et R&L était l'affrèteur principal. Le navire appartenait à une des tierces parties, une compagnie grecque, et était exploité par la seconde tierce partie, une compagnie panaméenne.

L'action a été intentée au moyen d'une déclaration déposée le 16 juillet 1988 par Sydney Steel contre MTO et R&L en tant que défenderesses. MTO a déposé et signifié à R&L un avis à codéfendeur, en vertu de la Règle 1730 [*Règles de la cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], daté du 10 février 1989, et une déclaration de mise en cause datée du 6 mars 1989, pour réclamer une indemnité à l'égard de toute responsabilité de MTO envers Sydney Steel. Par ordonnance du 25 avril 1989, R&L a obtenu l'autorisation de délivrer un avis à tierce partie contre les deux tierces parties et de signifier ces avis hors ressort. Cet avis a été signifié et une comparution a été enregistrée au nom des tierces parties en octobre 1989. Le 31 mai 1990, une ordonnance d'instructions à tierce partie a été accordée relativement à la mise en cause des tierces parties par R&L et, le 13 juillet 1990, l'avocat de R&L a déposé contre ces tierces parties une déclai-



under its charterparty agreement with the third parties.

Preliminary procedural steps by the various parties included the filing of a list of documents on behalf of the plaintiff and on behalf of R&L. Witnesses on behalf of R&L and on behalf of Sydney Steel were examined on discovery by counsel for the third parties in April, 1991, and all but one of the undertakings then given were subsequently fulfilled. In February, 1991, counsel representing MTO was permitted by order to withdraw as solicitor of record for that party and replacement counsel has not subsequently been named. Commencing in February 1991, discussions between R&L and Sydney Steel commenced with a view to settlement of the claim by the plaintiff against R&L. Ultimately these led to settlement with a general release executed by Sydney Steel on November 15, 1991. From April 1991 discussions and correspondence between counsel for R&L and for the third parties continued from time to time with R&L seeking consent to an order in the nature of that now presented to the Court, which is opposed by the third parties.

For R&L it is urged that the order sought is within jurisdiction of the Court pursuant to Rule 1716 and that it should be granted. That Rule provides in part:

*Rule 1716.* (1) No action shall be defeated by reason of the misjoinder or nonjoinder of any party; and the Court may in any action determine the issues or questions in dispute so far as they affect the rights and interests of the persons who are parties to the action.

(2) At any stage of an action the Court may, on such terms as it thinks just and either of its own motion or on application,

(a) order any person who has been improperly or unnecessarily made a party or who has for any reason ceased to be a proper or necessary party, to cease to be a party, . . .

Subsections (3) and (4) of Rule 1716 provide that when an order is made under the rule, the statement of claim or declaration must be amended accordingly and the order shall contain directions as to conse-

ration de mise en cause, réclamant une indemnité pour toute responsabilité en vertu de la charte-partie conclue par R&L avec celles-ci.

Parmi les mesures procédurales préliminaires prises par les diverses parties, on peut citer le dépôt d'une liste de documents par l'avocat de la demanderesse et celui de R&L. Les témoins pour le compte de R&L et de Sydney Steel ont été interrogés préalablement en avril 1991 par l'avocat des tierces parties, et tous les engagements, sauf un, donnés ont par la suite été remplis. En février 1991, l'avocat occupant pour MTO a obtenu, par ordonnance, l'autorisation de se retirer en tant que procureur inscrit au dossier de cette partie et aucun autre avocat n'a par la suite été nommé pour le remplacer. À partir de février 1991, Sydney Steel et R&L ont entamé des discussions en vue d'un règlement de la réclamation de la première contre la seconde. En fin de compte, ces discussions ont abouti à un règlement prenant la forme d'une décharge générale signée par Sydney Steel le 15 novembre 1991. De temps à autre, à partir d'avril 1991, l'avocat de R&L et celui des tierces parties ont continué d'entamer des discussions et de s'échanger des lettres, R&L cherchant à obtenir un acquiescement à une ordonnance de la nature de celle qui est maintenant présentée à la Cour, à laquelle s'opposent les tierces parties.

L'avocat de R&L fait valoir que l'ordonnance demandée relève de la compétence de la Cour en vertu de la Règle 1716, et qu'elle devrait être accordée. Cette règle prévoit notamment:

*Règle 1716.* (1) La validité d'une action n'est pas affectée à cause d'une fausse constitution de partie ou de l'omission de mettre une partie en cause, et la Cour peut dans toute action disposer des points ou des questions en litige dans la mesure où ils touchent aux droits et intérêts des personnes qui sont parties à l'action.

(2) La Cour peut, à tout stade d'une action, aux conditions qu'elle estime justes, et soit de sa propre initiative, soit sur demande,

a) ordonner qu'une personne constituée partie à tort ou sans nécessité ou qui, pour quelque raison, a cessé d'être une partie compétente ou nécessaire, soit mise hors de cause . . .

Les paragraphes (3) et (4) de la Règle 1716 prévoient que lorsqu'une ordonnance est rendue en vertu de la règle, la déclaration doit obligatoirement être rectifiée en conséquence, que l'ordonnance doit contenir des

quential pleadings or other proceedings and the Court may, upon application, issue supplementary directions.

Counsel for R&L submits that the order sought is within the Court's jurisdiction under Rule 1716, that the rule is intended to facilitate proceedings in a manner convenient for those who are necessary parties and to remove from the action those who are not necessary parties. Rule 1716, it is urged, should be broadly interpreted to encourage settlement of claims and failure to grant the order here sought would be contrary to that objective. Subsection (2) of the Rule permitting the Court to remove any party at any stage for any reason is expressed without restriction and should be construed to permit removal from the action even of the plaintiff by which it was originally commenced where, as here, the third party claim is grounded upon a separate cause of action, not dependant upon the existence of an action between the plaintiff, Sydney Steel, and the defendants, MTO and R&L.

As to discretion of the Court, R&L submits the order sought should be granted because:

- 1) it serves the convenience of the Court and of the parties, to permit resolution of the claim against third parties with the least expense and the least delay;
- 2) it permits resolution of that claim expeditiously, avoiding complications attendant on commencing another action to pursue that claim and avoiding the possible duplication of steps already taken, including provision for service and claims against third parties *ex juris*; indeed, it is urged that with an amended statement of claim that R&L is prepared to file without delay, and upon filing pleadings by way of defence and reply, the claim against the third parties is virtually ready to proceed to trial;
- 3) it would create little risk of prejudice to the third parties who have yet to plead a defence and thus have no admissions on the record which would limit their defence, and who would not be deprived of any defence to the claim that would have been

instructions quant aux plaidoiries ou autres procédures qui en résulteront et que la Cour peut, sur demande, donner des instructions supplémentaires.

L'avocat de R&L soutient que l'ordonnance demandée relève de la compétence de la Cour en vertu de la Règle 1716, que cette règle vise à faciliter les procédures d'une manière commode pour ceux qui sont des parties nécessaires et à mettre hors de cause ceux qui ne le sont pas. Il est allégué que la Règle 1716 devrait faire l'objet d'une interprétation large pour favoriser le règlement des demandes, et que ce serait faire échec à cet objectif que de ne pas accorder l'ordonnance demandée en l'espèce. Le paragraphe (2) de la Règle qui permet à la Cour de mettre, à tout stade, hors de cause une partie pour quelque raison que ce soit est énoncé sans restriction aucune, et devrait être interprété de manière à permettre la mise hors de cause même du demandeur qui a initialement intenté l'action lorsque, comme en l'espèce, la mise en cause repose sur une cause d'action distincte et ne dépend pas de l'existence d'une action entre la demanderesse Sydney Steel et les défenderesses MTO et R&L.

Quant au pouvoir discrétionnaire de la Cour, R&L soutient que l'ordonnance demandée devrait être accordée parce que:

- 1) elle convient à la Cour et aux parties, permettant de trancher la demande contre les tierces parties avec le moins de frais et le moins de retard;
- 2) elle permet de trancher cette demande de façon expéditive, d'éviter des complications qui accompagnent l'engagement d'une autre action pour continuer cette demande et d'éviter la répétition des mesures déjà prises, notamment des mesures relatives à la signification et à la mise en cause *ex juris*; en fait, on fait valoir qu'avec une déclaration rectifiée que R&L est disposée à déposer sans délai, et dès le dépôt des plaidoiries par voie de défense et de réponse, la mise en cause est pratiquement en état d'être instruite.
- 3) elle donnerait lieu à peu de risque de préjudice pour les tierces parties qui n'ont pas encore articulé de défense, qui ne disposent donc au dossier d'aucun aveu qui limiterait leur défense et qui ne seraient pas privées d'une défense contre l'action

available to them in the action as originally framed. On the other hand, it is submitted failure to grant the order sought would be prejudicial to the applicant here in that its investment in time and costs incurred in seeking to resolve the claims involved in the action as originally framed would be lost and there would be delay in resolution of its claim against third parties.

For R&L it is also urged that the substance of its claim against third parties, for indemnity in respect of damages suffered and expenses incurred by reason of alleged breach of the terms of the charterparty involved, is not significantly changed, even if the basis for the claim is no longer a judgment but monies paid in settlement to avoid judgment. In this light it is urged that the order sought is procedural only, to facilitate resolution of R&L's claim against third parties, and it would not adversely affect the third parties' position in a substantive way, in comparison with their position in the original action.

For the third parties, counsel submits that Rule 1716 does not include circumstances where the plaintiff may be removed from an action it commenced and the action continued in relation to a third party claim. The plaintiff is a necessary party to an action; if the plaintiff becomes unnecessary the action disappears, or at least the basis for the action does. A comparison is drawn between the terms of Rules 1716 and 1718; the latter expressly providing for the possibility of proceeding with a counterclaim by a defendant in a situation where the principal action has been discontinued. No similar possibility is provided for expressly in Rule 1716. Reference was also made to the Ontario *Negligence Act* [R.S.O. 1990, c. N. 1] permitting actions to continue against other tortfeasors even where the plaintiff's original involvement is discontinued. It is urged that unless there be express provision for exceptions, the general principle that there must be a plaintiff for an action should be seen to underlie Rule 1716 so that the order here sought would be beyond the Court's jurisdiction under that Rule.

dont elles auraient disposé dans l'action initialement conçue. D'autre part, il est allégué que l'omission d'accorder l'ordonnance demandée porterait préjudice à la requérante à l'instance parce que le temps qu'elle a consacré et les frais qu'elle a engagés pour chercher à trancher les demandes en cause dans l'action initialement conçue seraient perdus, et que le règlement de sa demande contre les tierces parties serait retardé.

L'avocat de R&L fait également valoir que l'essentiel de la demande de celle-ci contre les tierces parties, c'est-à-dire une indemnité à l'égard des avaries subies et des frais engagés en raison de la violation alléguée des conditions de la charte-partie en cause ne change pas de façon significative, même si le fond de la demande vise, non plus à l'obtention d'un jugement, mais à l'obtention de sommes d'argent versées aux fins d'un règlement pour éviter un jugement. Compte tenu de ce fait, il fait valoir que l'ordonnance demandée revêt seulement un caractère procédural, permettant de faciliter le règlement de la demande de R&L contre les tierces parties, et qu'elle ne nuirait pas à la position des tierces parties quant au fond, par comparaison avec leur position dans l'action initiale.

L'avocat des tierces parties soutient que la Règle 1716 ne comprend pas de circonstances où le demandeur peut être écarté d'une action qu'il a intentée et où l'action peut se poursuivre relativement à une mise en cause. Le demandeur est une partie nécessaire à l'action; si le demandeur devient inutile, l'action disparaît, ou, à tout le moins, le fondement de l'action disparaît. Une comparaison est faite entre le texte de la Règle 1716 et celui de la Règle 1718; celle-ci prévoit expressément la possibilité qu'une demande reconventionnelle d'un défendeur suive son cours dans le cas où l'action principale a été abandonnée. La Règle 1716 ne prévoit pas expressément une possibilité semblable. Il a également été fait mention de la *Loi sur le partage de la responsabilité* de l'Ontario [L.R.O. 1990, ch. N-1] qui permet la poursuite des actions intentées contre les auteurs d'un délit lors même que la participation initiale du demandeur cesserait. Il est allégué que, à moins que des exceptions soient expressément prévues, le principe général selon lequel il doit y avoir un demandeur dans une action devrait être interprété comme sous-

Moreover, it is urged that to grant the order here sought would create the risk of significant prejudice to the third parties, or at the very least great doubt concerning any assessment of relative prejudice to the parties by grant or refusal of the application, so that in the light of opposition by the third parties, the order sought should be denied. Counsel for the third parties points to procedural concerns if the order were to be granted, concerns relating to the basis of their involvement in the action on a third party notice, the factual basis for which has now changed significantly, and their appearance, entered in response, and with conditions related, to that notice. It is urged the order sought would deprive third parties of procedural rights of importance, including the preliminary right to contest the jurisdiction of this Court, in relation to the claim against them. Those rights are said to be important, since any ties to Canada for the original claim have virtually disappeared and the charterparty between R&L and third parties, which was concluded in New York, provides for arbitration in the United States.

Underlying the concerns of the third parties are the following factors. The basis for the third party notice, and its service *ex juris*, issued by the Court was set out in the affidavit of Mr. Ruediger, an officer of R&L sworn at Houston, Texas on March 23, 1989, which included the following references to facts no longer capable of being established at least in the manner then foreseen:

paragraph 10:

... if in the judgment of this Honourable Court the Vessel did not conform with any of the terms of any of the Charter Parties relating to her employment, or if representations as to her fitness were made by any person for whose acts or omissions R&L is responsible, whether to the Plaintiff or to MTO, then R&L claims against Mercurio Maritimo SA and Golden Union Shipping Company SA for indemnity in respect to any liability which R&L may have to either or both of the Plaintiff or MTO, . . .

tendant la Règle 1716, ce qui fait que l'ordonnance demandée en l'espèce ne relèverait pas de la compétence de la Cour en application de cette règle.

De plus, il est allégué qu'accorder l'ordonnance demandée en l'espèce créerait le risque d'un préjudice important pour les tierces parties, ou, à tout le moins, une grande incertitude quant à l'évaluation d'un préjudice relatif pour les parties par l'octroi ou le rejet de la demande, ce qui fait que, compte tenu de l'opposition faite par les tierces parties, la demande d'ordonnance devrait être rejetée. L'avocat des tierces parties souligne des préoccupations sur le plan de la procédure si l'ordonnance devait être accordée, préoccupations relatives au fondement de leur participation à l'action à l'occasion d'un avis à tierce partie, dont le fondement factuel a maintenant changé de façon significative, et leur comparution enregistrée en réponse à cet avis et avec des conditions qui s'y rapportent. Il est allégué que l'ordonnance demandée priverait les tierces parties d'importants droits sur le plan de la procédure, dont le droit préliminaire de contester la compétence de cette Cour, relativement à l'action intentée contre elles. On prétend que ces droits sont d'importance, puisque tout lien avec le Canada dans l'action initiale a pratiquement disparu, et la charte-partie entre R&L et les tierces parties, qui a été conclue à New York, prévoit l'arbitrage aux États-Unis.

Les préoccupations des tierces parties reposent sur les facteurs suivants. Le fondement de l'avis à tierce partie et de sa signification *ex juris*, délivré par la Cour, se trouve exposé dans l'affidavit de M. Ruediger, cadre de R&L, lequel affidavit a été établi à Houston (Texas) le 23 mars 1989 et comprenait les mentions de faits suivantes qui ne peuvent plus être établis, du moins de la manière alors prévue:

paragraphe 10:

[TRADUCTION] . . . si, selon le jugement de cette Cour, le navire ne respectait pas les conditions d'une des chartes-parties concernant son usage, ou si des observations quant à son état étaient faites par une personne dont les actes ou omissions engagent la responsabilité de R&L, que ce soit envers la demanderesse ou envers MTO, R&L appelle alors Mercurio Maritimo SA et Golden Union Shipping Company en garantie de toute responsabilité qu'elle peut avoir envers la demanderesse ou MTO, ou envers les deux . . .

paragraph 13:

. . . in addition to any claims by the Plaintiff and MTO against R&L, R&L has claims against MTO for unpaid charter hire and for demurrage arising out of the Trip Charter Party attached hereto as Exhibit "A", and I have instructed R&L's solicitors to seek to recover such monies by way of counterclaim herein against MTO.

paragraph 14:

. . . because this litigation in this Honourable Court involves matters and determinations of fact and of law which will necessarily be in issue in R&L's pursuit of its claim for indemnity against Mercurio Maritimo SA and Golden Union Shipping Company SA and because such claim cannot, to the best of my knowledge, be pursued in the United States of America (the place of business of R&L) any less inconveniently to Mercurio Maritimo SA or Golden Union Shipping Company SA that would be the case in Canada, it is my respectful view that the Federal Court of Canada is a forum appropriate from the point of view of R&L for the pursuit of such claim.

This affidavit led to the issue of the third party notice which included the words

AND TAKE NOTICE that the Defendant, R & L claims to be indemnified by you, Mercurio Maritimo S.A. and/or Golden Union Shipping Company S.A. against any liability which R & L may have to either or both of the Plaintiff and MTO, on grounds that . . .

It is urged that this notice, and the affidavit leading to its issue, clearly tie any claim by R&L against the third parties to the claim of the plaintiff against MTO and R&L and the claim by MTO against R&L. Moreover, the notice is said to tie any liability of the third parties to the liability of R&L as that liability may be established by judicial determination, a determination that may no longer be made, because of the settlement negotiated by R&L.

Moreover, it is urged the factors underlying jurisdiction of this Court in relation to the original claim by Sydney Steel and the claim of MTO are no longer relevant, in view of the settlement of their respective interests, in the claim by R&L against third parties. Both Sydney Steel and MTO are Canadian corporations and the claim arose in relation to a charterparty concluded in Canada. Now, what is left as a proposed action in this Court is a claim for indemnity of alleged damage and expenses, settled by agreement between R&L and Sydney Steel, said to have been incurred as a result of incidents in Mexico, recovery of which is allegedly based on a charterparty concluded in the United States, specifically including a

paragraphe 13:

[TRADUCTION] . . . en plus des demandes de la demanderesse et de MTO contre R&L, celle-ci réclame à MTO les frais d'affrètement impayés et les droits de surestaries découlant de la charte-partie au voyage y jointe comme pièce «A», et j'ai donné aux avocats de R&L l'instruction de recouvrer ces montants par voie de demande reconventionnelle à l'encontre de MTO.

paragraphe 14:

. . . étant donné que le présent litige devant cette Cour met en cause des questions et décisions de fait et de droit qui seront nécessairement en question dans la demande d'indemnité de R&L contre Mercurio Maritimo SA et Golden Union Shipping Company SA, et que cette demande ne saurait, autant que je sache, se faire aux États-Unis d'Amérique (le siège social de R&L) avec moins d'inconvénients pour Mercurio Maritimo SA ou Golden Union Shipping Company SA qu'au Canada, j'estime respectueusement que la Cour fédérale du Canada est une instance compétente, du point de vue de R&L, pour la poursuite d'une telle action.

Cet affidavit a conduit à la délivrance d'un avis à tierce partie qui comprenait le passage suivant:

[TRADUCTION] SACHEZ que la défenderesse R&L vous appelle en garantie, Mercurio Maritimo S.A. ou Golden Union Shipping Company S.A., ou les deux, de toute responsabilité qu'elle peut avoir envers la demanderesse ou MTO ou envers les deux, pour le motif que . . .

On fait valoir que cet avis et l'affidavit qui a conduit à sa délivrance lient clairement toute demande de R&L contre les tierces parties à celle de la demanderesse contre MTO et R&L et à celle de MTO contre celle-ci. De plus, on prétend que l'avis lie toute responsabilité de la part des tierces parties à celle de R&L, cette responsabilité ne pouvant plus être établie par une décision judiciaire, en raison du règlement négocié par R&L.

De plus, il est allégué que les facteurs qui sous-tendent la compétence de cette Cour relativement à la demande initiale de Sydney Steel et à la demande de MTO ne sont plus pertinents, étant donné le règlement de leurs intérêts respectifs, eu égard à la demande de R&L contre les tierces parties. Tant Sydney Steel que MTO sont des sociétés canadiennes, et l'action a pris naissance relativement à une charte-partie conclue au Canada. Or, ce qui reste d'une action projetée devant cette Cour est une réclamation de dommages-intérêts et de dépenses allégués ayant fait l'objet d'une entente entre R&L et Sydney Steel, qui seraient dus par suite d'incidents survenus au Mexique et dont le recouvrement repose, prétend-on,

clause for arbitration of disputes in the United States, between parties who are not resident in Canada and have no continuing connection with Canada. If an action were initiated in relation to such a claim, unconnected to the claim here originally filed by Sydney Steel, it is suggested the Court would decline jurisdiction, and at the very least the third parties as intended defendants would be free to submit a preliminary motion contesting the Court's jurisdiction in advance of trial. To grant the motion now sought would deprive third parties of that opportunity.

Finally, the order now sought would, it is urged, change the basis on which the third parties entered an appearance in the action originally framed. In that appearance they specifically reserved the right to raise the provision for arbitration of claims by R&L under its charterparty with the third parties. Their status in the original action is defined by directions for third party proceedings issued by the Court with consent of the third parties which specifically provide that the third party issue shall be tried at the trial of the action between plaintiff and defendants (paragraph 4), that the third parties were at liberty to file a defence to the plaintiff's statement of claim (paragraph 5) and to appear at trial and participate as permitted by the Trial Judge (paragraph 6) and that the third parties would be bound in relation to the third party issue by the final judgment of the Court in the action between plaintiff and defendants (paragraph 7). Now there is to be no trial of the plaintiff's claim, and thus no opportunity for third parties to question it. The proposed order would mean that the third parties would be in a worse position than if they had not elected to file an appearance, a position which denies them certain procedural safeguards established in relation to their participation in the action originally framed. Counsel for the third parties referred to consistent advice to counsel for R&L, that the third parties did not concur in any settlement of the claims of the plaintiff and MTO by R&L.

sur une charte-partie conclue aux États-Unis, qui comprend expressément une clause d'arbitrage des différends aux États-Unis, entre des parties qui ne résident pas au Canada et qui n'ont aucun lien continu avec le Canada. Si une action était intentée relativement à une telle demande, qui n'a aucun lien avec la demande déposée initialement par Sydney Steel en l'espèce, on laisse entendre que la Cour se déclarerait incompétente, et que, à tout le moins, les tierces parties en tant que défenderesses visées seraient libres d'introduire une requête préliminaire pour contester la compétence de la Cour avant le procès. Accueillir la requête maintenant introduite priverait les tierces parties de cette possibilité.

En dernier lieu, l'ordonnance maintenant demandée modifierait, prétend-on, le motif pour lequel les tierces parties ont enregistré une comparution dans l'action initialement conçue. Dans cette comparution, elles se sont expressément réservé le droit de soulever la clause d'arbitrage des demandes de R&L en vertu de la charte-partie que celle-ci a conclue avec elles. Leur statut dans l'action initiale se trouve déterminé par les instructions quant à la mise en cause délivrées par la Cour avec le consentement des tierces parties et qui prévoient expressément que la question de la mise en cause sera jugée à l'instruction de l'action entre la demanderesse et les défenderesses (paragraphe 4), qu'il était loisible aux tierces parties de déposer une défense à la déclaration de la demanderesse (paragraphe 5), de comparaître à l'instruction et de participer avec la permission du juge de première instance (paragraphe 6) et que le jugement définitif de la Cour dans l'action entre la demanderesse et les défenderesses lierait les tierces parties relativement à la question de mise en cause (paragraphe 7). Si l'instruction de l'action de la demanderesse n'a pas lieu, les tierces parties n'auront nullement la possibilité de la contester. L'ordonnance projetée signifierait que les tierces parties seraient dans une position pire que si elles n'avaient pas choisi de déposer un acte de comparution, position qui les prive de certaines garanties procédurales établies relativement à leur participation à l'action initialement conçue. L'avocat des tierces parties fait mention de l'avis constant donné à celui de R&L, selon lequel les tierces parties n'ont pas souscrit au règlement par R&L des demandes de la demanderesse et de MTO.

I find the arguments of the respondents, the third parties, the more persuasive. It may be that in a particular case, settlement of a plaintiff's claim against a defendant would not automatically result in effective discontinuance of an interrelated claim by the defendant against a third party. Nevertheless, where, as here, the third party is *ex juris* and is joined by notice and its own appearance only in a manner that is expressly dependant upon establishment of the original claim in a trial in this Court, the Court will decline to order arrangements that would vary the procedural rights of the third parties in dealing with the claim against them. Those procedural rights, ordinarily included expressly in directions concerning third party proceedings are intended to secure to third parties the opportunity to contest the original claim upon which another seeks to claim indemnity or to recover against them. Those rights should not be done away with over the objections of third parties, even though that may provide an efficient and expeditious process for dealing with the claim against third parties. Particularly, is this so where that claim, no longer interrelated with a claim originally framed by a plaintiff, in itself and standing alone raises serious questions, here touched upon but not fully argued, about continuing jurisdiction of the Court, either of a substantive nature under Canadian maritime law within the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], or of a procedural nature that the Court is not a *forum conveniens*, particularly in light of an express agreement for arbitration elsewhere.

Thus, I am not prepared to grant the order sought by the applicant.

I raised with counsel at the hearing whether the motion should be treated in part rather than as a whole. The third parties would not object to that portion of the motion dismissing the plaintiff and MTO as necessary parties, and if this were done, an order dismissing the action in its entirety. Of course, there was no notice of the suggested dismissal of the action. Counsel for R&L on the other hand urged that if the motion in its entirety was not approved it should be dismissed. Since it is a motion by R&L, the

Je trouve les arguments des intimées, les tierces parties, plus convaincants. Il se peut que, dans un cas particulier, le règlement de la demande d'un demandeur contre un défendeur n'entraîne pas automatiquement l'abandon d'une poursuite par le défendeur contre une tierce partie, qui y est intimement liée. Néanmoins, lorsque, comme en l'espèce, la tierce partie est *ex juris*, et est jointe à l'action par avis et par sa propre comparution seulement d'une manière qui dépend expressément de l'établissement de l'action initiale dans un procès devant cette Cour, la Cour refusera d'ordonner des mesures qui modifieraient les droits des tierces parties sur le plan de la procédure en statuant sur la poursuite intentée contre elles. Ces droits qui, ordinairement, figurent expressément dans les instructions quant à la mise en cause, visent à assurer aux tierces parties la possibilité de contester l'action initiale dans le cadre de laquelle une autre partie tente de se faire indemniser en les poursuivant. Ces droits ne devraient pas être écartés lorsqu'il y a objections des tierces parties, même si cela peut permettre de statuer de façon efficace et expéditive sur la poursuite intentée contre celles-ci. Il en est particulièrement ainsi lorsque cette poursuite, qui n'est plus intimement liée à une action initialement conçue par un demandeur et qui, en soi, soulève de sérieuses questions, abordées en l'espèce mais qui n'ont pas fait l'objet d'un débat entier, sur la compétence continue de la Cour, ou bien quant au fond en vertu du droit maritime canadien, sous le régime de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], ou bien quant à la procédure qui fait que la Cour n'est pas un *forum conveniens*, compte tenu particulièrement d'une entente d'arbitrage expresse ailleurs.

Je ne suis donc pas disposé à accorder l'ordonnance demandée par la requérante.

À l'audience, j'ai soulevé avec les avocats la question de savoir s'il y a lieu de statuer sur une partie de la requête ou sur son ensemble. Les tierces parties ne s'opposeraient pas à cette partie de la requête écartant la demanderesse et MTO en tant que parties nécessaires, et si cela se faisait, à une ordonnance rejetant l'action dans sa totalité. Bien entendu, il n'y a pas eu avis du rejet proposé de l'action. D'autre part, l'avocat de R&L a fait valoir que si la totalité de la requête n'était pas approuvée, celle-ci devrait être rejetée.

latter course I follow, absent any agreement and because that is the normal course.

For the third parties, it was urged that costs should follow the outcome on this motion but in my view, costs may more appropriately be dealt with in the cause, whatever may be the final outcome of these proceedings.

An order goes dismissing the application by R&L, with costs in the cause.

Puisqu'il s'agit d'une requête introduite par R&L, je prends ce dernier parti en l'absence d'une entente et parce que c'est le parti normal à prendre.

*a* L'avocat des tierces parties a fait valoir que les dépens devraient suivre l'issue de la présente requête, mais j'estime qu'il convient davantage que les dépens suivent l'issue de la cause, quelle que soit l'issue définitive des présentes procédures.

*b* Il sera rendu une ordonnance portant rejet de la demande de R&L, et les dépens suivront l'issue de la cause.



	A-674-91		A-674-91
<b>Ruhrkohle Handel Inter GMBH</b>		<b>Ruhrkohle Handel Inter GMBH</b>	
and		et	
<b>National Steel Corp.</b>		<sup>a</sup> <b>National Steel Corp.</b>	
and		et	
<b>All those persons having an interest in the cargo laden on board the vessel <i>Federal Calumet</i> (Appellants) (Plaintiffs)</b>		<sup>b</sup> <b>Toutes les personnes ayant un droit sur la cargaison du navire <i>Federal Calumet</i> (appelantes) (demanderesses)</b>	
v.		c.	
<b>Fednav Ltd.</b>		<sup>c</sup> <b>Fednav Ltd.</b>	
and		et	
<b>Federal Pacific (Liberia) Ltd.</b>		<sup>d</sup> <b>Federal Pacific (Liberia) Ltd.</b>	
and		et	
<b>The owners and all others interested in the vessel <i>Federal Calumet</i> and her bunkers</b>		<sup>e</sup> <b>Les propriétaires du navire <i>Federal Calumet</i> et de ses soutes et toutes les autres personnes ayant un droit sur ceux-ci</b>	
and		et	
<b>The vessel <i>Federal Calumet</i> and her bunkers (Respondents) (Defendants)</b>		<sup>f</sup> <b>Le navire <i>Federal Calumet</i> et ses soutes (intimés) (défendeurs)</b>	
<b>INDEXED AS: RUHRKOHLE HANDEL INTER GMBH v. FEDERAL CALUMET (THE) (C.A.)</b>		<b>RÉPERTORIÉ: RUHRKOHLE HANDEL INTER GMBH c. FEDERAL CALUMET (LE) (C.A.)</b>	
		<sup>g</sup>	
<b>Court of Appeal, Marceau, Desjardins and Décary, J.J.A.—Montréal, May 15; Ottawa, May 29, 1992.</b>		<b>Cour d'appel, juges Marceau, Desjardins et Décary, J.C.A.—Montréal, 15 mai; Ottawa, 29 mai 1992.</b>	
<i>Practice — Stay of proceedings — Appeal from Trial Division decision affirming Senior Prothonotary's dismissal of application for stay of proceedings — Interrelationship between Federal Court Act, s. 50(1) and Commercial Arbitration Code, arts. 8, 9 — Trial Judge correctly not dealing with staying of counterclaim as stay thereof not asked for by appellants — Stay of proceedings of exceptional nature, must be asked for explicitly — No formal request for arbitration in statement of claim contrary to Code, s. 8(1) — Appellants' request for stay of own proceedings out of time — Trial Judge's discretion under Federal Court Act, s. 50 properly exercised — Case law considered — "Strong reasons" for refusing stay of proceedings — Failure to make request within time prescribed by Code, s. 8(1) significant factor against granting of stay.</i>		<sup>h</sup>	
		<sup>i</sup>	
		<sup>j</sup>	

*Pratique — Suspension d'instance — Appel contre le jugement de la Section de première instance confirmant le rejet, par le protonotaire en chef, de la demande de suspension d'instance — Interdépendance de l'art. 50(1) de la Loi sur la Cour fédérale et des art. 8 et 9 du Code d'arbitrage commercial — Le juge de première instance a eu raison de ne pas aborder la suspension de la demande reconventionnelle puisque les appelantes ne l'ont pas demandée — La suspension d'instance étant exceptionnelle, il faut la demander explicitement — La déclaration ne contient aucune demande formelle d'arbitrage, contrairement à l'art. 8(1) du Code — Les appelantes n'ont pas demandé la suspension de leur propre action en temps opportun — Le juge de première instance a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 50 de la Loi sur la Cour fédérale — La jurisprudence a été considérée — Il existe des «motifs impérieux» de refuser la suspen-*

*Maritime law — Practice — Appeal from Trial Division decision affirming dismissal by Senior Prothonotary of application for stay of proceedings — Arbitration clause in charterparty — Cargo not discharged at agreed port of delivery — Action in rem and in personam — No reference in statement of claim to arbitration clause nor to appellants' intention to refer matter to arbitration — Statement of defence and counterclaim filed by respondents — Appellants failing to make request for arbitration and in timely fashion — Essential requirements of Commercial Arbitration Code, s. 8(1) not met — Trial Judge's discretion properly exercised — No steps taken by appellants to refer to arbitration — "Strong reasons" for not granting stay of proceedings — Appeal dismissed.*

*sion d'instance — Le défaut de présenter la demande dans le délai prescrit à l'art. 8(1) du Code constitue un facteur important jouant contre la suspension.*

*Droit maritime — Pratique — Appel contre le jugement de la Section de première instance confirmant le rejet, par le protonotaire en chef, de la demande de suspension d'instance — La charte-partie comprend une clause compromissoire — Le déchargement de la cargaison n'a pas été effectué au port convenu pour la livraison — Action in rem et in personam — La déclaration ne mentionne ni la clause compromissoire ni l'intention des appelantes de soumettre la question à l'arbitrage — Les intimés ont déposé une défense et une demande reconventionnelle — Les appelantes ont fait défaut de présenter une demande d'arbitrage en temps opportun — Les conditions essentielles de l'art. 8(1) du Code d'arbitrage commercial n'ont pas été remplies — Le juge de première instance a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire — Les appelantes n'ont entrepris aucune démarche en vue de renvoyer le différend à l'arbitrage — Il y a des «motifs impérieux» de ne pas accorder la suspension d'instance — Appel rejeté.*

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Commercial Arbitration Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, ss. 2, 4, 5.*

*Commercial Arbitration Code, being Schedule to Commercial Arbitration Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, arts. 2(f), 8, 9.*

*Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50(1).*

*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1003 (as am. by SOR/79-57, s. 18), 1025, 1717, 1718.*

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*Seapearl (The Ship M/V) v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile*, [1983] 2 F.C. 161; (1982), 139 D.L.R. (3d) 669; 43 N.R. 517 (C.A.); *Jala Godavari (The) v. Canada*, A-112-91, Hugessen J.A., judgment dated 18/10/91, F.C.A., not yet reported; *Munsingwear, Inc. v. Prouvost S.A.*, [1992] 2 F.C. 541 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*BC Navigation S.A. (Bankrupt) v. Canpotex Shipping Services Ltd.* (1987), 16 F.T.R. 79 (F.C.T.D.); *Iberfreight S.A. et al. v. Ocean Star Container Line A.G. et al.* (1989), 104 N.R. 164 (F.C.A.); *Vallorbe Shipping Co. S.A. v. The Trowave*, [1975] F.C. 595 (T.D.).

#### AUTHORS CITED

*Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session — 3-21 June 1985.* UN GAOR, 40th Sess., Supp. No. 17, UN Doc. A/40/17 (1985).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code d'arbitrage commercial, qui constitue l'annexe à la Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 2f), 8, 9.*

*Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 2, 4, 5.*

*Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50(1).*

*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1003 (mod. par DORS/79-57, art. 18), 1025, 1717, 1718.*

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Navire M/V Seapearl c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation de Santiago (Chili)*, [1983] 2 C.F. 161; (1982), 139 D.L.R. (3d) 669; 43 N.R. 517 (C.A.); *Jala Godavari (Le) c. Canada*, A-112-91, le juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 18-10-91, C.A.F., encore inédit; *Munsingwear, Inc. c. Prouvost S.A.*, [1992] 2 C.F. 541 (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*BC Navigation S.A. (Bankrupt) c. Canpotex Shipping Services Ltd.* (1987), 16 F.T.R. 79 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Iberfreight S.A. et autres c. Ocean Star Container Line A.G. et autre* (1989), 104 N.R. 164 (C.A.F.); *Vallorbe Shipping Co. S.A. c. Le Trowave*, [1975] C.F. 595 (1<sup>re</sup> inst.).

#### DOCTRINE

*Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de la dix-huitième session—3-21 juin 1985.* Doc. off. AG NU, 40<sup>e</sup> sess., Supp. No. 17, Doc. NU A/40/17 (1985).

*Report of the Secretary General to the eighteenth session of the United Nations Commission on International Trade Law*, Vienna, 3-21 June 1985. UN Doc. A/CN.9/264 (1985).

*Russell on the Law of Arbitration*, 19th ed. by Anthony Walton, London: Stevens & Sons, 1979.

APPEAL from a decision of the Trial Division, (1991), 36 C.P.R. (3d) 521, affirming an order of the Senior Prothonotary dismissing an application for a stay of proceedings. Appeal dismissed.

COUNSEL:

*George J. Pollack* for appellants (plaintiffs).

*Trevor H. Bishop* for respondents (defendants).

SOLICITORS:

*Martineau, Walker*, Montréal, for appellants (plaintiffs).

*Brisset, Bishop*, Montréal, for respondents (defendants).

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

DÉCARY J.A.: This appeal raises the question of the interrelationship between subsection 50(1)<sup>1</sup> of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] (the Act) and articles 8 and 9<sup>2</sup> of the *Commercial Arbitration Code* (the Code) enacted by the *Commercial Arbitra-*

<sup>1</sup> S. 50(1) of the *Federal Court Act* reads as follows:

50. (1) The Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter,

(a) on the ground that the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction; or

(b) where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

<sup>2</sup> Articles 8 and 9 of the *Commercial Arbitration Code* read as follows:

Article 8

*Arbitration Agreement and Substantive Claim before Court*

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(Continued on next page)

*Rapport du Secrétaire général à la dix-huitième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Vienne, 3-21 juin 1985, Doc. NU A/CN.9/264 (1985).

*Russell on the Law of Arbitration*, 19th ed. by Anthony Walton, London: Stevens & Sons, 1979.

APPEL contre le jugement de la Section de première instance, (1991), 36 C.P.R. (3d) 521, qui a confirmé l'ordonnance rendue par le protonotaire en chef rejetant une demande de suspension d'instance. Appel rejeté.

AVOCATS:

*George J. Pollack* pour les appelantes (demandereses).

*Trevor H. Bishop* pour les intimés (défendeurs).

PROCUREURS:

*Martineau, Walker*, Montréal, pour les appelantes (demandereses).

*Brisset, Bishop*, Montréal, pour les intimés (défendeurs).

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

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Le présent appel soulève la question de l'interdépendance du paragraphe 50(1)<sup>1</sup> de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] (la Loi) et des articles 8 et 9<sup>2</sup> du *Code d'arbitrage commercial* (le Code) adopté en application

<sup>1</sup> Le paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* est ainsi libellé:

50. (1) La Cour a le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire:

(a) au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal;

(b) lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige.

<sup>2</sup> Les articles 8 et 9 du *Code d'arbitrage commercial* sont ainsi libellés:

Article 8

*Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal*

(1) Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que la convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

(Suite à la page suivante)

tion Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17 with respect to an application for stay of proceedings made in maritime matters.

The facts are not in dispute. The respondent Federal Pacific (Liberia) Ltd. (Fedpac), a Liberian company having a place of business in Belgium, is the registered owner of the vessel *Federal Calumet* (the vessel), a Liberian ship registered in Monrovia. The respondent Fednav Ltd. (Fednav), a Canadian company having a place of business in Montréal, Quebec, is the time-charterer and operator of the vessel in virtue of a long-term charterparty. The appellants Ruhrkohle Handel Inter GmbH, a German company, and National Steel Corp., an American company, are the owners, shippers and consignees under a bill of lading of a shipment of blast furnace coke (the cargo) loaded on board the vessel at Emden, Germany for carriage aboard said vessel to Detroit, U.S.A.

The charterparty dated at Greenwich, Connecticut on January 18, 1989 contains an arbitration clause (the arbitration clause), which reads as follows:

5. If any dispute or difference should arise under this Charter, same to be referred to three parties in the City of New York, one to be appointed by each of the parties hereto, the third by the two so chosen, and their decision, or that of any two of them, shall be final and binding, and this agreement may, for enforcing the same, be made a rule of court. Said three parties to be commercial men. Should the two so chosen not be able to agree who the third arbitrator shall be, then the Society of Maritime Arbitration, Inc., N.Y., is to appoint such arbitrator;

The bill of lading states, on its face, that it is "subject to all terms, conditions and exceptions of Charter Party dated January 18, 1989 at Greenwich, including Arbitration Clause".

(Continued from previous page)

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.

#### Article 9

##### Arbitration Agreement and Interim Measures by Court

It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.

de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, dans le contexte d'une demande de suspension d'instance présentée en matière maritime.

a

Les faits ne sont pas contestés. L'intimée Federal Pacific (Liberia) Ltd. (Fedpac), société libérienne ayant un établissement en Belgique, est la propriétaire enregistrée du navire libérien *Federal Calumet* (le navire), enregistré à Monrovia. L'intimée Fednav Ltd. (Fednav), société canadienne ayant un établissement à Montréal (Québec), est l'affrètement à temps et l'exploitant du navire en vertu d'une charte-partie à long terme. Les appelantes Ruhrkohle Handel Inter GmbH, société allemande, et National Steel Corp., société américaine, sont les propriétaires, expéditeurs et consignataires, en vertu d'un connaissement, d'une cargaison de coke métallurgique (la cargaison) chargée à bord du navire à Emden (Allemagne) en vue d'être transportée à Détroit (É.-U.).

d

La charte-partie signée à Greenwich (Connecticut) le 18 janvier 1989 comprend une clause compromissoire (la clause compromissoire) ainsi libellée:

e

[TRADUCTION] 5. Les litiges ou différends découlant de la présente Charte sont soumis à trois arbitres à New York; chaque partie aux présentes nomme un arbitre, le troisième étant nommé par les deux premiers. Leur décision, ou celle de deux d'entre eux, est finale et obligatoire, et la présente entente peut, aux fins de son exécution, revêtir le caractère d'une ordonnance de la cour. Les trois arbitres doivent être des hommes d'affaires. Si les deux arbitres choisis ne s'entendent pas sur le troisième, la Society of Maritime Arbitration, Inc. (N.Y.), effectue la nomination;

g

Le recto du connaissement mentionne qu'il est applicable [TRADUCTION] «sous réserve des modalités et réserves de la charte-partie signée le 18 janvier 1989 à Greenwich, dont la clause compromissoire».

(Suite de la page précédente)

(2) Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée au paragraphe 1 du présent article, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que le tribunal ait statué.

#### Article 9

##### Convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal

La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage.

Early in the voyage, the vessel lost steering capacity and was towed to Brest for repair. She remained at Brest for a period of three and a half months. As a result of the delay and the intervening closure of the St-Lawrence Seaway for the winter season, she could not proceed to Detroit and proceeded, instead, to New Orleans, where she arrived on January 31, 1990. The cargo was barged to Illinois where the appellant National Steel Corp. was to take delivery of same.

On January 11, 1991, the appellants, through their New York attorneys, wrote to the respondents, requesting "an extension of time . . . in which to commence suit and/or arbitration under the applicable transit documents from February 1, 1991 to May 1, 1991".

On January 15, 1991, Fednav responded on behalf of the respondents, by granting "an extension of time up to and including 1st May, 1991 to commence arbitration in New York as stipulated in charter-party . . .". As can be seen, no extension was granted to commence suit.

On January 30, 1991, the appellants filed an action both *in rem* and *in personam* against the respondents in the Federal Court of Canada, claiming a sum of \$551,000 which represents the damages allegedly suffered by the appellants as a result of the vessel having discharged the cargo at New Orleans instead of at the agreed port of delivery, Detroit. No reference is made in the statement of claim to the arbitration clause nor to the appellants' intention to refer the matter to arbitration.

That same day, the appellants filed an affidavit to lead warrant for the arrest of the vessel and a warrant for the arrest was issued by the Montréal Registry of the Court.

On February 27, 1991, the vessel was arrested at the port of Bécancour, Province of Quebec.

On March 1, 1991, the vessel was released from arrest.

On March 5, 1991, the respondents filed a statement of defence and a counterclaim, pursuant to

Peu après le départ, le navire, qui n'était plus maître de son gouvernail, a été remorqué à Brest pour y être réparé. Il y est demeuré trois mois et demi. Ce retard et la fermeture de la voie maritime du St-Lawrence pour l'hiver l'ont empêché de se rendre à Détroit; il s'est plutôt dirigé vers la Nouvelle-Orléans où il est arrivé le 31 janvier 1990. La cargaison a été transportée par péniche jusqu'en Illinois où l'appellante, National Steel Corp., devait en prendre livraison.

Le 11 janvier 1991, les appelantes, par l'entremise de leurs procureurs newyorkais, ont demandé aux intimés, par écrit, [TRADUCTION] «une prorogation de délai, du 1<sup>er</sup> février 1991 au 1<sup>er</sup> mai 1991, . . . pour entamer une poursuite et/ou un arbitrage en vertu des documents de transit pertinents».

Le 15 janvier 1991, Fednav a répliqué au nom des intimés en accordant [TRADUCTION] «une prorogation de délai, jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 1991 inclusivement, pour entamer l'arbitrage à New York comme le stipule la charte-partie . . . ». Les intimés n'ont donc accordé aucune prorogation pour engager une poursuite.

Le 30 janvier 1991, les appelantes ont déposé une action *in rem* et une action *in personam* contre les intimés devant la Cour fédérale du Canada, réclamant une somme de 551 000 \$ pour le préjudice qu'elles auraient subi à la suite du déchargement de la cargaison du navire à la Nouvelle-Orléans plutôt qu'à Détroit, port convenu de livraison. La déclaration ne mentionne ni la clause compromissoire ni l'intention des appelantes de soumettre la question à l'arbitrage.

Le même jour, les appelantes ont déposé un affidavit en vue d'obtenir un mandat de saisie contre le navire. Ce mandat fut décerné par le greffe de la Cour à Montréal.

Le 27 février 1991, le navire a été saisi au port de Bécancour (Québec).

Le 1<sup>er</sup> mars 1991, il y a eu mainlevée de la saisie.

Le 5 mars 1991, les intimés ont déposé une défense et une demande reconventionnelle, confor-

which they seek payment of a sum of \$132,191.50 against the appellants in respect of general average contributions.

On March 6, 1991, the appellants applied for an order, pursuant to section 50 of the Act and to article 8 of the Code, "that this action be stayed". No reference is made to the counterclaim in the application nor in the affidavit filed in support.

By an order dated April 30, 1991, the Senior Prothonotary dismissed the application for a stay of proceedings. That order was affirmed by Pinard J. on July 3, 1991 [(1991), 36 C.P.R. (3d) 521].

I shall first dispose of the appellants' contention that the prothonotary and the Trial Judge erred in not dealing with the staying of the counterclaim. This contention is without foundation. The stay of the counterclaim proceedings was simply not asked for by the appellants, who were satisfied with asking for a stay of the "action". A counterclaim is essentially an independent action that is grafted procedurally onto the existing action (see Rule 1717 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] and article 2(f) of the Code), so much that a stay of the action does not entail a stay of the counterclaim (see Rule 1718). A stay of proceedings is of such an exceptional nature that it must be asked for explicitly. Furthermore, an oral request to amend the application at the hearing of the appeal, as was suggested by counsel for the appellants, comes too late.

#### The Commercial Arbitration Code

The appellants' main contention is that under article 8 of the Code, they are entitled to a stay of the proceedings as a matter of right, the Court having no discretion to refuse to refer the parties to arbitration.

In order to succeed, the appellants must demonstrate that they did make a request for arbitration and that such request was made in a timely fashion, i.e. not later than when submitting their first statement on the substance of the dispute (see *BC Navigation S.A. (Bankrupt) v. Canpotex Shipping Services Ltd* (1987),

mément à laquelle ils demandent 132 191,50 \$ aux appelantes pour contribution d'avarie commune.

a Le 6 mars 1991, les appelantes ont demandé une ordonnance, conformément à l'article 50 de la Loi et de l'article 8 du Code, afin [TRADUCTION] «que la présente action soit suspendue». La demande et l'affidavit déposé à son appui sont muets quant à la demande b reconventionnelle.

c Dans une ordonnance rendue le 30 avril 1991, le protonotaire en chef a rejeté la demande de suspension d'instance. Le 3 juillet 1991, le juge Pinard a confirmé cette ordonnance [(1991), 36 C.P.R. (3d) 521].

d Je me prononcerai d'abord sur la prétention des appelantes selon laquelle le protonotaire et le juge de première instance ont commis une erreur en n'abordant pas la suspension de la demande reconventionnelle. Cette prétention est sans fondement. Les appelantes, qui se sont contentées de demander la suspension de l'«action», n'ont tout simplement pas demandé la suspension de la demande reconventionnelle. Celle-ci est essentiellement une action distincte, greffée, du point de vue procédural, à l'action existante (voir la Règle 1717 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] et l'alinéa 2f du Code), à tel point que la suspension de l'action n'entraîne pas celle de la demande reconventionnelle (voir la Règle 1718). La suspension d'instance est tellement exceptionnelle qu'il faut la demander explicitement. En outre, une demande orale présentée lors de l'audition de l'appel en vue de modifier la demande, comme l'a donné à entendre l'avocat des appelantes, est tardive.

#### Le Code d'arbitrage commercial

h Les appelantes soutiennent principalement qu'en vertu de l'article 8 du Code, elles ont droit à la suspension d'instance de plein droit, la Cour n'ayant pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de renvoyer les parties à l'arbitrage.

i Pour obtenir gain de cause, les appelantes doivent démontrer qu'elles ont effectivement demandé l'arbitrage et que cette demande a été soumise en temps opportun, soit au plus tard lorsqu'elles ont soumis leurs premières conclusions quant au fond du différend (voir *BC Navigation S.A. (Bankrupt) c. Canpo-*

16 F.T.R. 79 (F.C.T.D.)) The appellants have failed on both counts.

In their view, the request for arbitration mentioned in article 8(1) need not necessarily be made to the Court and it is sufficient for a party to have made such request out of court to the other party before bringing the action. This contention has no merit. On a plain reading of article 8(1), the request therein contemplated is a request to the Court before which the action is brought asking that Court to refer the parties to arbitration. It may well be that a party has already requested arbitration at the time the action is brought, but unless that party formally requests the Court to refer the matter to arbitration, article 8(1) does not come into play (see *Iberfreight S.A. et al. v. Ocean Star Container Line A.G. et al.* (1989), 104 N.R. 164 (F.C.A.)). In the instant case, there is no request for arbitration in the statement of claim.

Even if I had held that the request contemplated in article 8(1) could be made out of Court, I would have had difficulty in the case at bar in finding such a request in the letter sent by appellants' counsel on January 11, 1991. That request was for extension of time, not for arbitration, and that request for extension of time was sought for the purpose of commencing "suit and/or arbitration", the appellants obviously not having made up their mind at that time.

The appellants contend that in any event, their application for stay of the action made on March 6, 1991 was a timely application to the Court within the meaning of article 8(1). Their statement of claim filed on January 30, 1991 was not, they argue, their "first statement on the substance of the dispute", because they were then seeking only the arrest of the ship as an interim measure of protection under article 9 of the Code.

Again, I have difficulty in accepting that proposition, even more so where the action filed on January 30, 1991, was both an action *in rem* and *in personam*. It is true that in proceedings before the Federal Court of Canada, the arrest of a ship, which in another forum might be achieved as an interim measure, cannot be authorized unless an action *in rem* against the ship is properly instituted, which presupposes the filing of a statement of claim (Rule 1003 [as am. by

*tex Shipping Services Ltd.* (1987), 16 F.T.R. 79 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Les appelantes ont échoué sur les deux tableaux.

Selon elles, il n'est pas nécessaire de présenter à la Cour la demande d'arbitrage mentionnée à l'article 8(1); il suffit qu'une partie l'ait présentée à l'autre partie sans saisir le tribunal, avant d'intenter l'action. Cette prétention est sans fondement. Il ressort clairement de l'article 8(1) que la demande en cause est une demande adressée au tribunal saisi de l'action visant le renvoi des parties à l'arbitrage. Il est fort possible qu'une partie ait déjà demandé l'arbitrage au moment où l'action est intentée, mais à moins que cette partie ne demande formellement au tribunal de renvoyer la question à l'arbitrage, l'article 8(1) ne s'applique pas (voir *Iberfreight S.A. et autres c. Ocean Star Container Line A.G. et autre* (1989), 104 N.R. 164 (C.A.F.)). En l'espèce, la déclaration n'inclut aucune demande d'arbitrage.

Même si j'avais conclu que la demande visée à l'article 8(1) pouvait être extrajudiciaire, j'aurais difficilement pu, en l'espèce, voir une telle demande dans la lettre envoyée par l'avocat des appelantes le 11 janvier 1991. Il s'agissait d'une demande de prorogation de délai et non d'une demande d'arbitrage, et cette demande était faite en vue d'engager une «poursuite et/ou un arbitrage», les appelantes n'ayant de toute évidence pas pris leur parti à ce moment là.

Les appelantes soutiennent qu'en tout état de cause, au sens de l'article 8(1), leur demande en suspension d'action du 6 mars 1991 a été présentée à la Cour en temps opportun. Leur déclaration déposée le 30 janvier 1991 ne représentait pas, soutiennent-elles, leurs «premières conclusions quant au fond du différend» puisqu'elles ne demandaient alors que la saisie du navire à titre de mesure provisoire ou conservatoire en vertu de l'article 9 du Code.

Encore une fois, j'éprouve quelque difficulté à accepter cette proposition, d'autant plus que l'action déposée le 30 janvier 1991 était à la fois *in rem* et *in personam*. Il est vrai que dans le cas de procédures soumises à la Cour fédérale du Canada, la saisie d'un navire qui, devant un tribunal différent, pourrait être obtenue à titre de mesure provisoire ou conservatoire, ne peut être autorisée à moins qu'une action *in rem* contre le navire soit régulièrement intentée, ce qui

SOR/79-57, s. 18]) and therefore a statement on the substance of the dispute, but that in my view has no impact on the interpretation of the Code.

The Code is an international document, based on the model law adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985 (see section 2 of the *Commercial Arbitration Act*), which has the force of law in Canada (see section 5) and which may be interpreted in the light of the *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session*, held from June 3 to 21, 1985, and the Analytical Commentary contained in the *Report of the Secretary General to the eighteenth session of the United Nations Commission on International Trade Law* (see section 4).

The Code, as a matter of law and convenience for the international community, has established in article 8(1) a time frame which is beyond and above the procedural subtleties of the courts of the participating states. For the Code to be effective, parties must know that in whatever court they make a request for reference to arbitration, such request shall be made, in order to deprive that court of any discretion, before or at the very precise moment they submit in that court their first statement on the substance of the dispute. That very precise moment may vary from one jurisdiction to another but it constitutes the very objective standard that must be met in any given jurisdiction. I am comforted in this interpretation with the following passage found at page 24 of the Analytical Commentary previously referred to:

A time element has been added that the request be made at the latest with or in the first statement on the substance of the dispute. It is submitted that this point of time should be taken literally and applied uniformly in all legal systems, including those which normally regard such a request as a procedural plea to be raised at an earlier stage than any pleadings on substance.

In the instant case, the appellants, which were the plaintiffs, took the very unusual step of seeking a stay of the proceedings they had themselves instituted only after the defendants had filed their statement of defence. By no stretch of the imagination can such

présume le dépôt d'une déclaration (Règle 1003 [mod. par DORS/79-57, art. 18]) et par conséquent une conclusion quant au fond du différend, mais cela, à mon avis, n'a aucun effet sur l'interprétation du Code.

Le Code est un document international fondé sur la loi type adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985 (voir l'article 2 de la *Loi sur l'arbitrage commercial*), qui a force de loi au Canada (voir l'article 5) et qui peut être interprété en fonction du *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, tenue du 3 au 21 juin 1985, et du commentaire analytique figurant dans le *Rapport du Secrétaire général à la dix-huitième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (voir l'article 4).

Le Code, à titre de principe de droit et de commodité pour la communauté internationale, a établi, à l'article 8(1), un échéancier qui se situe au-delà et au-dessus des subtilités procédurales des tribunaux des états participants. Pour que le Code soit efficace, les parties doivent savoir que, pour retirer au tribunal, quel qu'il soit, toute discrétion, la demande de renvoi à l'arbitrage doit être faite au plus tard au moment même où elles soumettent à ce tribunal leurs premières conclusions sur le fond du différend. Ce moment précis peut varier d'une juridiction à une autre, mais il constitue la norme objective précise qu'il faut respecter dans toute juridiction. Le passage suivant de la page 24 du commentaire analytique déjà mentionné appuie mon interprétation:

L'élément temps a été introduit dans le texte puisque la demande doit être présentée au plus tard soit en même temps que les premières conclusions quant au fond du différend, soit même dans les premières conclusions. Nous proposons que ce délai soit entendu au sens strict et appliqué dans tous les systèmes juridiques, y compris dans ceux où l'on considère normalement une telle demande comme une exception devant être soulevée préalablement à tout débat quant au fond.

En l'espèce, les appelantes, soit les demanderesse, ont pris la mesure exceptionnelle qui consiste à demander la suspension de l'instance qu'elles avaient elles-mêmes engagée seulement après que les défendeurs aient eu déposé leur défense. Il est absolument



request be considered as having been made in a timely fashion. I also note that the application, which should have been made under Rules 1025 ff. of the *Federal Court Rules*, is asking that the action be stayed and not, as required by article 8(1) of the Code, that the parties be referred to arbitration. This, in my view, is more than a mere procedural slip and it may well be that the Court in any event would not have been in a position to make the order contemplated by that article.

I therefore fully agree with the view expressed below by Pinard J. in the following words [at pages 523-524]:

Indeed, the plaintiffs, who have chosen to institute proceedings in the Federal Court of Canada in respect of a matter which they had agreed to refer to arbitration in New York City, made no mention of arbitration in their statement of claim and waited until after the defendants had filed their statement of defence and counterclaim before moving for a stay of proceedings. By thus delaying their application for a stay of proceedings, the plaintiffs have failed to meet an essential requirement of art. 8(1) of the *Commercial Arbitration Code*; accordingly, at such a late date, this court no longer had the imperative duty to refer the matter to arbitration at their request. [Footnote omitted.]

#### Section 50 of the *Federal Court Act*

Notwithstanding the comment found at page 24 of the Analytical Commentary to the effect that:

As regards the effect of a party's failure to invoke the arbitration agreement by way of such a timely request, it seems clear that article 8(1) prevents that party from invoking the agreement during the subsequent phases of the court proceedings.

one may see in the decision of the Working Group

... not to incorporate a provision on such general effect because it would be impossible to devise a simple rule which would satisfactorily deal with all the aspects of this complex issue. [*idem.*]

an invitation not to adopt such a large construction of article 8(1) and not to set aside the discretion "to stay proceedings in any cause or matter" given to the Court by section 50 of the Act. I need not however decide this issue because, as we shall see, I am of the view that the Trial Judge did in any event properly exercise his discretion.

impossible de considérer qu'une telle demande a été présentée en temps opportun. Je remarque également que la demande, qui aurait dû être présentée en vertu des Règles 1025 et suivantes des *Règles de la Cour fédérale*, conclut à la suspension de l'action et non, tel que requis à l'article 8(1) du Code, au renvoi des parties à l'arbitrage. Cela, à mon avis, constitue plus qu'une simple faute procédurale, et il est fort possible que la Cour, en tout état de cause, n'aurait pu rendre l'ordonnance prévue à ce paragraphe.

Je suis donc entièrement d'accord avec le juge Pinard lorsqu'il exprime l'opinion suivante [aux pages 523 et 524]:

En effet, les demanderesse, qui ont opté pour les procédures devant la Cour fédérale du Canada à l'égard d'une question pour laquelle elles avaient convenu de recourir à l'arbitrage à New York, n'ont nullement fait mention de la convention d'arbitrage dans leur déclaration et elles ont attendu que les défendeurs déposent leur défense et leur demande reconventionnelle pour demander une suspension d'instance. En différant ainsi leur demande de suspension d'instance, les demanderesse ont omis de se conformer à une exigence fondamentale du paragraphe 8(1) du *Code d'arbitrage commercial*; en conséquence, à une date aussi tardive, la Cour n'a plus l'obligation impérative de renvoyer l'affaire à l'arbitrage à leur demande. [Renvoi omis.]

#### L'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*

Nonobstant l'observation figurant à la page 24 du commentaire analytique selon laquelle

En ce qui concerne le cas où une partie n'invoquerait pas la convention d'arbitrage par une demande effectuée dans le délai prévu, il semble clair qu'en application de l'article 8.1, ladite partie ne pourrait plus invoquer la convention d'arbitrage à un stade ultérieur de la procédure judiciaire.

on peut voir dans la décision du Groupe de travail

... de ne pas introduire dans le texte une disposition ayant un effet aussi général car il aurait été impossible d'élaborer une règle simple qui traitât de manière satisfaisante de tous les aspects de cette question complexe. [*Idem.*]

une invitation à ne pas adopter une interprétation aussi large de l'article 8(1) et à ne pas écarter le pouvoir discrétionnaire de «suspendre les procédures dans toute affaire» soumise à la Cour en application de l'article 50 de la Loi. Je n'ai toutefois pas à trancher cette question puisque, comme nous le verrons, je suis d'avis que le juge de première instance a, en tout état de cause, exercé correctement son pouvoir discrétionnaire.

The appellants submit that the Trial Judge refused to exercise his own discretion pursuant to section 50 of the Act in holding that the appellants had not established that the Senior Prothonotary's discretion "was based on an incorrect principle, a mistaken application of the law or a complete misapprehension of the facts" [at page 523]. Taken out of context, these words, which reflect an approach that was at the time generally adopted by the Trial Division, would not resist the later pronouncements of this Court in *Jala Godavari (The) v. Canada*, (A-112-91, Hugessen J.A., October 18, 1991, not yet reported) and *Munsingwear, Inc. v. Prouvost S.A.*, [1992] 2 F.C. 541 (C.A.), where it was held that a judge who hears an appeal from a prothonotary on a matter involving the exercise of discretion is called upon to exercise his own discretion and is not bound by the prothonotary's opinion. But I am satisfied that in the instant case the Trial Judge, after using these improper words, nevertheless went on to form his own opinion and the appellants have not persuaded me that this is a case where the Court of Appeal should interfere with the discretion exercised by the Trial Judge.

There is no doubt in my mind that Pinard J. reached the right conclusion when one looks at all the facts of this case. The appellants request from the Federal Court of Canada the stay of proceedings they themselves have instituted in that Court (see *Vallorbe Shipping Co. S.A. v. The Tropwave*, [1975] F.C. 595 (T.D.)). They have taken no steps whatsoever, from the date of the alleged loss, i.e. January 31, 1990 to the letter seeking an extension of time sent on January 11, 1991, to refer to arbitration. At no time from February, 1990, up to and including January 10, 1991 did they ever inform the respondents that they were considering the possibility of presenting a claim. They waited until the last possible moment, and even then they were unable to make up their minds as to whether they would go to courts or to arbitration. They chose to institute both their proceedings *in rem* and *in personam* in Canada. They did not mention in those proceedings the arbitration clause nor did they reserve their right to arbitration in the statement of claim. They waited until the respondents filed their

Les appelantes soutiennent que le juge de première instance a refusé d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire conformément à l'article 50 de la Loi en concluant qu'elles n'avaient pas démontré que le protonotaire en chef avait exercé son pouvoir discrétionnaire «en se fondant sur un principe erroné, en appliquant la loi de manière erronée ou en se méprenant totalement sur les faits» [à la page 523]. Hors contexte, ces mots, qui traduisent un principe généralement adopté alors par la Section de première instance, ne sauraient résister aux déclarations subséquentes de cette Cour dans les arrêts *Jala Godavari (Le) c. Canada* (A-112-91, le juge Hugessen, J.C.A., 18 octobre 1991, encore inédit) et *Munsingwear, Inc. c. Prouvost S.A.*, [1992] 2 C.F. 541 (C.A.), dans lesquels on a conclu que le juge saisi d'un appel d'une décision du protonotaire sur une question mettant en cause l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire et n'est pas lié par l'opinion du protonotaire. Mais je considère qu'en l'espèce, le juge de première instance, après s'être exprimé dans ces termes inexacts, n'en a pas moins formé sa propre opinion, et les appelantes ne m'ont pas convaincu qu'il s'agit ici d'un cas où la Cour d'appel devrait intervenir à l'égard du pouvoir discrétionnaire exercé par le juge de première instance.

À mon avis, le juge Pinard a très certainement tiré la bonne conclusion compte tenu des faits de l'espèce. Les appelantes demandent à la Cour fédérale du Canada de suspendre l'instance qu'elles ont elles-mêmes introduite devant cette Cour (voir *Vallorbe Shipping Co. S.A. c. Le Tropwave*, [1975] C.F. 595 (1<sup>re</sup> inst.)). À compter de la date de la prétendue perte, soit le 31 janvier 1990, jusqu'à l'envoi de la lettre demandant une prorogation de délai le 11 janvier 1991, elles n'ont entrepris aucune démarche en vue de renvoyer le différend à l'arbitrage. En aucun temps, de février 1990 au 10 janvier 1991 inclusivement ont-elles avisé les intimés de la possibilité qu'elles présentent une réclamation. Elles ont attendu jusqu'à la dernière minute, et même alors, elles hésitaient entre le tribunal et l'arbitrage. Elles ont choisi d'introduire leurs actions *in rem* et *in personam* au Canada. Elles n'ont pas fait mention de la clause compromissoire dans leurs procédures et elles n'ont pas réservé leur droit à l'arbitrage dans la déclaration. Elles ont attendu que les intimés déposent leur

statement of defence before asking the Court to stay the proceedings. They did not ask to stay the proceedings with respect to the counterclaim, with the result that through their own volition the same matter would have given rise to court proceedings in Canada and to arbitration in the United States (see *Russell on the Law of Arbitration*, 19th ed. (London: Stevens & Sons, 1979), at page 202). In their application to stay their own action, they failed to indicate that they were now ready and willing to do all things necessary to the proper conduct of the arbitration. There is no “natural” location for the settling of the dispute: respondent Fednav, the actual disponent owner of the ship and the contracting defendant in the action has its head office in Montréal and operates from Montréal; one of the appellants is an American company, another is a German company. No evidence was led by the appellants with respect to the respective advantages and disadvantages of court proceedings in Canada and arbitration proceedings in New York. There is no allegation in the application that all the appellants and respondents were parties to or bound by the terms and conditions of the bill of lading and charterparty.

In refusing to intervene and to grant the stay requested, I have not ignored the decision of this Court in *Seapearl (The Ship M/V) v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile*, [1983] 2 F.C. 161, where Pratte J.A. has stated, at page 176, that “As a rule, it is certainly in the interest of justice that contractual undertakings be honoured”. In my view, the factors I have enumerated above constitute “strong reasons”, to use the words of Pratte J.A., at page 177, that invite the Court to depart from the *prima facie* rule and that support the conclusion that it would not be reasonable or just, in the circumstances, to stay the proceedings. I wish to add in passing that *The Seapearl* was decided before the coming into force of the *Commercial Arbitration Act* and that the *prima facie* rule expressed by Pratte J.A. might well have been reversed (assuming, again, that the Court has discretion under section 50 of the Act) where the party seeking the stay has failed to make its request to the Court within the time prescribed by article 8(1) of the Code. In other words, that failure might well constitute, absent strong reasons to the contrary, a significant factor weighing against the granting of a stay.

défense pour demander une suspension d’instance à la Cour. Puisqu’elles n’ont pas demandé une suspension d’instance à l’égard de la demande reconventionnelle, la même question, de par leur propre volonté, aurait entraîné des procédures judiciaires au Canada et un arbitrage aux États-Unis (voir *Russell on the Law of Arbitration*, 19<sup>e</sup> ed. (Londres: Stevens & Sons, 1979), à la page 202). Dans leur demande de suspension de leur propre action, elles ne se sont pas dites prêtes et disposées à faire tout ce qui était nécessaire à la bonne marche de l’arbitrage. Il n’existe aucun endroit «naturel» pour le règlement du litige: l’intimée Fednav, qui dispose véritablement du navire et qui est la défenderesse contractante dans l’action, a son bureau principal à Montréal et c’est de Montréal qu’elle dirige ses opérations; les appelantes comptent une société américaine et une société allemande. Les appelantes n’ont produit aucun élément de preuve sur les avantages et les désavantages respectifs de la procédure judiciaire au Canada et de la procédure arbitrale à New York. La demande ne mentionne pas que les appelantes et les intimés sont tous parties aux modalités du connaissement et de la charte-partie ou qu’ils sont tous liés par ces dernières.

En refusant d’intervenir et d’accorder la suspension demandée, je n’ai pas omis de tenir compte de la décision de cette Cour dans l’arrêt *Navire M/V Seapearl c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation de Santiago (Chili)*, [1983] 2 C.F. 161, où le juge Pratte, J.C.A. a dit, à la page 176, qu’«[e]n règle générale, il est certainement dans l’intérêt de la justice que les engagements conventionnels soient honorés». À mon avis, les facteurs que j’ai énumérés ci-dessus constituent des «motifs impérieux», pour emprunter les termes du juge Pratte, J.C.A., à la page 177, qui invitent la Cour à écarter cette règle et qui permettent de conclure qu’il ne serait ni raisonnable ni juste, en l’espèce, de suspendre l’instance. J’aimerais ajouter en passant que les motifs de l’arrêt *Le Seapearl* ont été prononcés avant l’entrée en vigueur de la *Loi sur l’arbitrage commercial* et que la règle générale exprimée par le juge Pratte de la Cour d’appel pourrait bien avoir été renversée (en présumant, encore une fois, que la Cour a un pouvoir discrétionnaire en vertu de l’article 50 de la Loi) dans le cas où la partie qui demande la suspension n’a pas présenté sa demande à la Cour dans le délai prescrit à l’article 8(1) du Code. En d’autres termes, le défaut de pré-

senter la demande en temps utile pourrait très bien constituer, en l'absence de motifs sérieux dans le sens contraire, un facteur important jouant contre la suspension.

I would therefore dismiss the appeal with costs.

MARCEAU J.A.: I agree.

DESJARDINS J.A.: I concur.

<sup>a</sup> Je rejetterais donc l'appel avec dépens.

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

<sup>b</sup> LA JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

A-1051-88

A-1051-88

**Westar Mining Ltd. (Appellant)****Westar Mining Ltd. (appelante)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen (Respondent)****a Sa Majesté la Reine (intimée)***INDEXED AS: WESTAR MINING LTD. v. CANADA (C.A.)**RÉPERTORIÉ: WESTAR MINING LTD. c. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Mahoney, Stone and Linden J.J.A.—  
Toronto, November 26, 1991 and Ottawa, March 30,  
1992; Ottawa, May 11, 1992.

**b** Cour d'appel, juges Mahoney, Stone et Linden,  
J.C.A.—Toronto, 26 novembre 1991 et Ottawa, 30  
mars 1992; Ottawa, 11 mai 1992.

*Income tax — Exemptions — Appeal from trial judgment holding business interruption insurance proceeds not tax exempt under Income Tax Application Rules, 1971 (ITAR), s. 28 as "income derived from the operation of a mine" — When fire temporarily shut down coal processing plant in 1971, appellant paid \$1,328,000 for lost profits — 1975 amendment to ITAR, s. 28(1.1) retroactively defining "income derived from the operation of a mine" as including income from processing to prime metal stage — Trial Judge holding monies must be received as result of extraction, processing or sales to come within exemption — Case law establishing "operation of a mine" economic concept — Operation of mine as economic activity, not physical acts involved in extracting and processing, generating income — Insurance contracts entered into in course of mining business — Insurance proceeds indemnity for lost income resulting from interruption of processing operation, by definition, included in "income derived from the operation of a mine" — Taxation clause in insurance policy irrelevant as parties to contract cannot stipulate taxation impact.*

*Impôt sur le revenu — Exemptions — Appel interjeté contre un jugement de première instance concluant que le produit d'assurance contre les pertes d'exploitation n'est pas exonéré d'impôt en vertu de l'art. 28 des Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu à titre de «revenu tiré de l'exploitation d'une mine» — Lorsqu'un incendie a causé la fermeture temporaire d'une usine de transformation de charbon en 1971, l'appelante a reçu 1 328 000 \$ pour perte de profits — Les modifications apportées en 1975 à l'art. 28(1.1) des R.A.I.R. définissent rétroactivement l'expression «revenu tiré de l'exploitation d'une mine» comme comprenant le revenu attribuable au traitement jusqu'au stade du métal primaire — Le juge de première instance a conclu que l'argent devait provenir de l'extraction, de la transformation ou de la vente pour bénéficier de l'exemption — Selon la jurisprudence, l'expression «exploitation d'une mine» est un concept économique — Le revenu provient de l'exploitation d'une mine en tant qu'activité économique et non des actes matériels qui consistent à extraire et à transformer — Les contrats d'assurance ont été conclus dans le cadre d'une entreprise minière — Le produit d'assurance reçu à titre d'indemnité pour la perte de revenu résultant de l'interruption d'un procédé de transformation, par définition, est inclus dans l'expression «revenu tiré de l'exploitation d'une mine» — La clause d'exemption fiscale énoncée dans une police d'assurance n'est pas pertinente puisque les parties à un contrat ne peuvent en stipuler les conséquences fiscales.*

This was an appeal from the trial judgment holding that business interruption insurance proceeds were not exempt from income tax under subsection 28(1) of the *Income Tax Application Rules, 1971*, (ITAR) as "income derived from the operation of a mine". The appellant operated a coal mine and related processing facilities. The processing plant was temporarily shut down as a result of fire in 1971. The appellant received \$1,328,000 for lost profits. At that time the appellant's income from the operation of the mine was exempt from taxation pursuant to subsection 28(1) which defined "income derived from the operation of a mine" merely as income derived from the operation of the mine before any deduction was made under section 65 or 66. A 1975 amendment to ITAR added subsection 28(1.1) which retroactively defined "income derived from the operation of a mine" as including the income of a corporation from the processing to the prime metal stage of ore from a mineral resource. The *Income Tax Act* did not define the

**h** Il s'agit d'un appel formé contre le jugement de première instance par lequel on a conclu que le produit d'assurance contre les pertes d'exploitation n'était pas exonéré de l'impôt sur le revenu en vertu du paragraphe 28(1) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu*, (R.A.I.R.), à titre de «revenu tiré de l'exploitation d'une mine». L'appelante exploitait une mine de charbon et des installations de transformation connexes. En 1971, l'usine de transformation a été fermée temporairement en raison d'un incendie. L'appelante a reçu 1 328 000 \$ pour la perte de profits. À ce moment-là, le revenu de l'appelante tiré de l'exploitation de la mine était exonéré d'impôt en vertu du paragraphe 28(1) selon lequel le «revenu tiré de l'exploitation d'une mine» désigne simplement un revenu tiré de l'exploitation de la mine avant toute déduction faite en vertu de l'article 65 ou 66. En 1975, les R.A.I.R. ont été modifiées par insertion du paragraphe 28(1.1) selon lequel, rétroactivement, l'expression «revenu tiré de l'exploita-

phrase, although it was also used in subsection 83(5), which exempted from income income derived from the operation of a mine during the first 36 months of production. The Trial Judge held that if monies received are to be considered income derived from the operation of a mine, they must be received as a result of extraction, processing or sales. He found *Cominco Ltd v The Queen*, [1984] CTC 548 (F.C.T.D.), which dealt with the proceeds of business interruption insurance in the context of the earned depletion allowance under section 65 of the *Income Tax Act* and Regulation 1201, persuasive. He also held that to allow the proceeds to be defined as arising from the operation of a mine would give taxpayer a double benefit—the right to charge off premiums paid for this insurance and then an exemption when proceeds are paid. Finally, he held that the clause in the insurance policies indicating that proceeds therefrom would not be tax exempt, while not determinative, indicated the intention of the parties. The appellant argued that the insurance proceeds were income since they replaced income lost in the course of operating a business and the income lost would have been exempt from income tax because it would have been income derived from the operation of a mine.

*Held* (Linden J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

*Per* Mahoney J.A. (Stone J.A. concurring): The insurance proceeds were derived from the operation of a mine within the meaning of ITAR, subsection 28(1). The authorities, most of which dealt with the interpretation and application of subsection 83(5) prior to the addition of the 1975 definition, have established that “operation of a mine” is an economic concept. It is the operation of a mine as an economic activity, not the physical acts involved in extracting and processing, that generates income. The business interruption insurance contracts were entered into in the course of taxpayer’s mining business, not some other business, and solely to ensure the income from that business. The insurance proceeds were received as indemnity for the loss of income that resulted from the interruption of a processing operation, which, by definition, is included in “income derived from the operation of a mine”.

*Cominco* was not helpful. It turned on the definition of the terms, which expressly incorporated the definition of “taxable production profits from mineral resources in Canada” set out in subsection 124.1. The Court of Appeal has held that sections 124.1 and 124.2 set up a separate scheme of inclusions and exclusions from income for purposes of the special incentive program. Each incentive to economic activity incorporated by Parliament into the *Income Tax Act* is a code unto itself. The intention expressed in one is not an aid to understanding the intention of another.

tion d’une mine» comprend le revenu d’une corporation attribuable au traitement de minerai extrait jusqu’au stade du métal primaire. La *Loi de l’impôt sur le revenu* ne contenait aucune définition de l’expression, bien que celle-ci soit également utilisée au paragraphe 83(5) qui exonérait de l’impôt le revenu provenant de l’exploitation d’une mine au cours des trente-six premiers mois de production. Le juge de première instance a conclu que si la somme reçue doit être considérée comme un revenu provenant de l’exploitation d’une mine, elle doit être reçue à la suite de l’extraction, du traitement ou des ventes. Il a estimé convaincant l’arrêt *Cominco Ltd c La Reine*, [1984] CTC 548 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où il était question du produit d’assurance contre les pertes d’exploitation dans le contexte de la déduction pour épuisement gagnée prévue à l’article 65 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et au Règlement 1201. Il a également conclu que si le produit était considéré comme un montant découlant de l’exploitation d’une mine, on accorderait au contribuable un double avantage: le droit de déduire les primes versées pour cette assurance et ensuite le droit de déduire l’indemnité reçue. Enfin, il a conclu que la clause énoncée dans les polices d’assurance, stipulant que l’indemnité en provenant ne sera pas exempte d’impôt, bien que non déterminante, indiquait l’intention des parties. L’appelante a prétendu que le produit d’assurance était un revenu puisqu’il tenait lieu de revenu perdu dans le cadre de l’exploitation de l’entreprise et que le revenu perdu, étant un revenu tiré de l’exploitation d’une mine, aurait été exonéré d’impôt sur le revenu.

*Arrêt* (le juge Linden, J.C.A., étant dissident): l’appel devrait être accueilli.

Le juge Mahoney J.C.A. (aux motifs duquel le juge Stone, J.C.A., a souscrit): Le produit d’assurance était tiré de l’exploitation d’une mine au sens du paragraphe 28(1) des R.A.I.R. Il ressort de la jurisprudence, dont la plus grande partie traitait de l’interprétation et de l’application du paragraphe 83(5) avant l’ajout en 1975 de la définition, que l’expression «exploitation d’une mine» est un concept économique. Le revenu provient de l’exploitation d’une mine en tant qu’activité économique et non des actes matériels qui consistent à extraire et à transformer le minerai. Les contrats d’assurance contre la perte d’exploitation ont été conclus dans le cadre de l’entreprise minière de la contribuable, et non pas de quelque autre entreprise, et seulement pour garantir un revenu de cette entreprise. Le produit d’assurance a été reçu à titre d’indemnité pour la perte de revenu résultant de l’interruption d’un procédé de transformation qui, par définition, est inclus dans l’expression «revenu tiré de l’exploitation d’une mine».

L’arrêt *Cominco* n’était d’aucune utilité. Il y était question de la définition des termes qui incluait expressément la définition de «bénéfices de production imposables tirés de ressources minérales au Canada» formulée au paragraphe 124.1. La Cour d’appel a conclu que les articles 124.1 et 124.2 établissent leur propre système d’inclusions dans le revenu et d’exclusions du revenu en ce qui concerne les programmes spéciaux d’encouragement. Chaque encouragement apporté à l’activité économique par le Parlement dans la *Loi de l’impôt sur le revenu* est un code en lui-même. L’intention exprimée dans l’un n’est pas utile à la compréhension de l’autre.

There was no evidence that the appellant had claimed or the Minister had allowed a deduction of the insurance premiums in calculating appellant's taxable income.

The provision in the insurance policy regarding taxation was irrelevant. The parties to a contract cannot stipulate the tax results of their bargain.

*Per* Linden J.A. (dissenting): The exemption in ITAR, subsection 28(1) cannot be construed so broadly as to cover insurance proceeds received because of the non-operation of a processing plant at a mine, however much that income may be connected or related to the business of mining. Parliament has not exempted all income earned by mining companies, nor has it exempted all income earned in the business of mining. Only income derived from the operation of a mine is exempt. Each form of income earned by a mining business must be examined to determine whether it falls within the exemption or not.

The purpose of ITAR, subsection 28(1) was to encourage the mining industry in Canada, but it was not intended to encourage the mining business in general. Its goal was to provide an incentive to the operation of mines, i.e. particular activities of the mining business which would benefit our society most. Digging, processing and selling of certain mining resources, normally considered part of the operations of a mine, are especially useful in fostering employment, trade and other economic activity and of particular value to our economic well-being and deserving of special treatment. While the processing plant was closed, that aspect of the work of the mine which is most beneficial was neither being engaged in nor being promoted, and to permit a tax incentive would not advance the specific purpose of the legislation. Nothing in the section suggests that Parliament intended to reward inactivity. Had Parliament intended to exempt all income from every aspect of the business of mining, it could have done so. As it did not, it must be assumed that "operation of a mine" was meant to have a more restricted meaning.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, s. 83(5) (as am. by S.C. 1955, c. 54, s. 21).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 18(1)(c), 65, 124.1(1) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 80).  
*Income Tax Application Rules, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 63, Part III, s. 28 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 133).  
*Income Tax Regulations*, SOR/54-682, s. 1201 (as am. by SOR/75-342, s. 1).  
*Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97, s. 5(1)(a).

Aucune preuve ne démontre que l'appelante a demandé ou que le ministre a accordé une déduction des primes d'assurance dans le calcul du revenu imposable de l'appelante.

La disposition énoncée dans la police d'assurance concernant l'imposition n'est pas pertinente. Les parties à un contrat ne peuvent stipuler les conséquences fiscales de leur entente.

Le juge Linden, J.C.A. (dissent): L'exemption prévue au paragraphe 28(1) des R.A.I.R. ne peut être interprétée d'une façon si générale qu'elle vise le produit d'assurance reçu à la suite de la non-exploitation d'une usine de transformation d'une mine, quelle que soit la mesure dans laquelle ce revenu est relié ou connexe à l'entreprise minière. Le Parlement n'a pas exonéré tous les revenus gagnés par les compagnies minières, ni exempté tous les revenus découlant de l'entreprise minière. Seul le revenu tiré de l'exploitation d'une mine est exonéré. Chaque forme de revenu gagné par une entreprise minière doit être étudiée pour déterminer si elle est visée par l'exemption ou non.

Le paragraphe 28(1) des R.A.I.R. vise à encourager l'industrie minière canadienne, mais son objectif n'est pas d'encourager l'entreprise minière en général. Son but est d'apporter un stimulant à l'exploitation de mines, c'est-à-dire aux activités particulières de l'entreprise minière dont notre société tire le plus de profit. L'extraction, la transformation et la vente de certaines ressources minières, qu'on voit généralement comme des activités faisant partie de l'exploitation d'une mine, favorisent particulièrement les emplois, le commerce et d'autres activités économiques, et sont particulièrement importantes pour notre bien-être économique et dignes d'un traitement spécial. Pendant la fermeture de l'usine de transformation, cet aspect du travail de la mine qui a une valeur particulière n'était ni effectué ni mis de l'avant; permettre un stimulant fiscal ne ferait pas progresser l'objectif spécifique de la Loi. Rien dans l'article ne donne à entendre que le Parlement avait l'intention de récompenser l'inactivité. S'il avait eu l'intention d'exonérer tous les revenus tirés de toutes les activités de l'entreprise minière, il aurait pu le faire. Puisqu'il ne l'a pas fait, nous devons présumer qu'il entendait donner à l'expression «exploitation d'une mine» un sens plus restreint.

#### LOI ET RÈGLEMENTS

- Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97, art. 5(1)(a).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 18(1)c), 65, 124.1(1) (édicé par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 80).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 83(5) (mod. par S.C. 1955, ch. 54, art. 21).  
*Règlement de l'impôt sur le revenu*, DORS/54-682, art. 1201 (mod. par DORS/75-342, art. 1).  
*Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, partie III, art. 28 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 133).

## CASES JUDICIAALLY CONSIDERED

## DISTINGUISHED:

*Cominco Ltd v The Queen*, [1984] CTC 548; (1984), 84 DTC 6535 (F.C.T.D.).

## CONSIDERED:

*Gulf Canada Ltd. et al. v. The Queen* (1990), 90 DTC 6622; 38 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Canada v. Gulf Canada Ltd.* (1992), 92 DTC 6123 (F.C.A.); *Gilhooly, Grace v. Minister of National Revenue*, [1945] Ex. C.R. 141; [1945] 4 D.L.R. 235; [1945] C.T.C. 203; *Commissioners of Taxation v. Kirk*, [1900] A.C. 588 (P.C.); *Minister of National Revenue v. Hollinger North Shore Exploration Company, Limited*, [1963] S.C.R. 131; (1963), 36 D.L.R. (2d) 636; [1963] C.T.C. 51; 63 DTC 1031; *Gunnar Mining Limited v. Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 226; (1968), 67 D.L.R. (2d) 153; [1968] C.T.C. 22; 68 DTC 5035; *Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1972] F.C. 835; [1972] CTC 374; (1972), 72 DTC 6337 (C.A.); *Minister of National Revenue v. Bethlehem Copper Corp.*, [1973] F.C. 565; [1973] CTC 345; (1973), 73 DTC 5281 (C.A.); *M.N.R. v. Bethlehem Copper Corp. Ltd.*, [1975] 2 S.C.R. 790; [1974] CTC 707; (1974), 74 DTC 6520.

## REFERRED TO:

*C.P.R. v. Provincial Treasurer of Manitoba*, [1953] 4 D.L.R. 233; (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 1 (Man. Q.B.).

APPEAL from trial judgment, [1988] 2 C.T.C. 349; (1988), 88 DTC 6505; 23 F.T.R. 71 holding business interruption insurance proceeds were not exempt from tax under Income Tax Application Rules, 1971 subsection 28(1) as "income derived from the operation of a mine". Appeal allowed.

## COUNSEL:

*William I. Innes and Clifford L. Rand* for appellant.  
*Wilfrid Lefebvre, Q.C. and John Shipley* for respondent.

## SOLICITORS:

*Stikeman, Elliott*, Toronto, for appellant.  
*Ogilvy, Renault*, Montréal, for respondent.

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

MAHONEY J.A.: This appeal, from a reported decision of the Trial Division,<sup>1</sup> is concerned with whether

<sup>1</sup> [1988] 2 C.T.C. 349.

## JURISPRUDENCE

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Cominco Ltd c La Reine*, [1984] CTC 548; (1984), 84 DTC 6535 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Gulf Canada Ltd. et autre c. La Reine* (1990), 90 DTC 6622; 38 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada c. Gulf Canada Ltd.* (1992), 92 DTC 6123 (C.A.F.); *Gilhooly, Grace v. Minister of National Revenue*, [1945] R.C.É. 141; [1945] 4 D.L.R. 235; [1945] C.T.C. 203; *Commissioners of Taxation v. Kirk*, [1900] A.C. 588 (P.C.); *Minister of National Revenue v. Hollinger North Shore Exploration Company, Limited*, [1963] R.C.S. 131; (1963), 36 D.L.R. (2d) 636; [1963] C.T.C. 51; 63 DTC 1031; *Gunnar Mining Limited v. Minister of National Revenue*, [1968] R.C.S. 226; (1968), 67 D.L.R. (2d) 153; [1968] C.T.C. 22; 68 DTC 5035; *Falconbridge Nickel Mines Ltd. c. Le Ministre du Revenu national*, [1972] C.F. 835; [1972] CTC 374; (1972), 72 DTC 6337 (C.A.); *Le ministre du Revenu national c. Bethlehem Copper Corp.*, [1973] C.F. 565; [1973] CTC 345; (1973), 73 DTC 5281 (C.A.); *M.R.N. c. Bethlehem Copper Corp. Ltd.*, [1975] 2 R.C.S. 790; [1974] CTC 707; (1974), 74 DTC 6520.

## DÉCISION CITÉE:

*C.P.R. v. Provincial Treasurer of Manitoba*, [1953] 4 D.L.R. 233; (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 1 (B.R. Man.).

APPEL d'un jugement de première instance, [1988] 2 C.T.C. 349; (1988), 88 DTC 6505; 23 F.T.R. 71, qui a conclu que le produit d'assurance contre les pertes d'exploitation n'était pas exonéré de l'impôt en vertu des Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu à titre de «revenu tiré de l'exploitation d'une mine». Appel accueilli.

## AVOCATS:

*William I. Innes et Clifford L. Rand* pour l'appelante.  
*Wilfrid Lefebvre, c.r. et John Shipley* pour l'intimée.

## PROCUREURS:

*Stikeman, Elliott*, Toronto, pour l'appelante.  
*Ogilvy, Renault*, Montréal, pour l'intimée.

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Dans le présent appel interjeté contre une décision publiée<sup>1</sup> de la Section de

<sup>1</sup> [1988] 2 C.T.C. 349.



\$1,328,000, being business interruption insurance proceeds, is exempt from income tax as "income derived from the operation of a mine". The learned Trial Judge held the proceeds not exempt. An alternative submission, that the proceeds were not income within the meaning of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63], rejected at trial, was not pursued on appeal and, indeed, the contrary was a basic premise of the appellant's argument.

Many of the material facts are set forth in a statement of agreed facts fully recited in the decision below. Documentary evidence included the insurance policies and the *viva voce* evidence was mainly directed at the negotiation of the settlement of the insurance claim. Portions of the examination for discovery of an officer representing the respondent was read into the record. It was established on discovery that the insurance proceeds were considered by the respondent to be income from business, not income from property, i.e., the policies of insurance *per se*.

The plaintiff [appellant] carried on the business of operating a coal mine, called the Balmer Mine, and related processing facilities at Elkview, B.C., which came into production May 1, 1971. On December 4, 1971, a fire occurred at the processing plant. It did not operate at all from December 4 to 20 and was in partial production from December 21 to 29, after which it was in full production. During the shut-down, coal continued to be mined and was stockpiled at the Balmer Mine. In the result, in its 1972 taxation year, the appellant was paid \$1,455,865 by its insurers. Of that amount, it is agreed, "\$1,328,000 related to its loss of profits in respect of coal from the Balmer Mine." At the time of the fire and at the time the insurance proceeds were received, the appellant's income from the operation of the Balmer Mine was exempt from taxation pursuant to subsection 28(1) of the *Income Tax Application Rules, 1971* [ITAR] [S.C. 1970-71-72, c. 63, Part III].

première instance, nous devons décider si le produit d'assurance contre les pertes d'exploitation de 1 328 000 \$ est exonéré de l'impôt sur le revenu à titre de «revenu tiré de l'exploitation d'une mine». Le juge de première instance a tranché par la négative. En appel, on n'a pas repris l'argument subsidiaire, rejeté en première instance, selon lequel le produit n'est pas un revenu au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63] et, en fait, l'appelante a essentiellement fondé sa plaidoirie sur la proposition contraire.

Une grande partie des faits substantiels sont énoncés dans l'exposé conjoint des faits repris en entier dans la décision du tribunal inférieur. La preuve documentaire s'est composée de polices d'assurance, et le témoignage a principalement porté sur la négociation tenue en vue de régler la demande d'indemnité. On a déposé au dossier des extraits de l'interrogatoire préalable d'un agent représentant l'intimée. Cet interrogatoire préalable a permis de démontrer qu'aux yeux de l'intimée, le produit d'assurance est un revenu tiré d'une entreprise et non du bien que constituent les polices d'assurance en elles-mêmes.

La demanderesse [appelante] exploitait à Elkview (C.-B.) une mine de charbon, appelée la mine de Balmer, et des installations de transformation connexes, qui sont entrées en production le 1<sup>er</sup> mai 1971. Le 4 décembre 1971, l'usine de transformation a été incendiée. Du 4 au 20 décembre, la production a été interrompue pour recommencer de façon partielle le 21 décembre jusqu'au 29, date à laquelle elle a repris son plein régime. Pendant la fermeture, le charbon était exploité et accumulé à la mine de Balmer. Dans son année d'imposition 1972, l'appelante a donc reçu de ses assureurs la somme de 1 455 865 \$. De cette somme, les parties ont convenu que «1 328 000 \$ étai[en]t relié[s] à la perte de profits qu'elle [l'appelante] a subie à l'égard du charbon provenant de la mine de Balmer». Au moment de l'incendie et du paiement du produit d'assurance, le revenu de l'appelante tiré de l'exploitation de la mine de Balmer était exonéré d'impôt en vertu du paragraphe 28(1) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* [R.A.I.R.] [S.C. 1970-71-72, ch. 63, Partie III].

28. (1) Subject to prescribed conditions, there shall not be included in computing the income of a corporation, income derived from the operation of a mine that came into production before 1974 to the extent that such income is gained or produced during the period commencing with the day on which the mine came into production and ending with the earlier of December 31, 1973 and the day 36 months after the day the mine came into production, except that this subsection does not apply in respect of a mine that came into production after November 7, 1969 unless the corporation so elects in respect thereof in prescribed manner and within prescribed time.

(2) In this section,

(a) "income derived from the operation of a mine" means the income derived from the operation of the mine before any deduction is made under section 65 or 66 of the amended Act;

The appellant had made the necessary election in a timely fashion. It was not argued that the definition of ITAR paragraph 28(2)(a) is relevant to the present case. In 1975, ITAR section 28 was amended by the addition of subsection (1.1).<sup>2</sup>

28. . . .

(1.1) The expression "income derived from the operation of a mine" is, for the purposes of this section and section 83 of the former Act as it read in its application to the 1971 and preceding taxation years, hereby declared to include and always to have included the income of a corporation from the processing, to the prime metal stage or its equivalent, of ore from a mineral resource owned by the corporation.

Subsection 83(5) [R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1955, c. 54, s. 21)] of the "former Act" had provided:

83. . . .

(5) Subject to prescribed conditions, there shall not be included in computing the income of a corporation income derived from the operation of a mine during the period of 36 months commencing with the day on which the mine came into production.

The former Act had no definition of "income derived from the operation of a mine" other than that retroactively provided by ITAR subsection 28(1.1). In my opinion, subject to the effect, if any, to be given to that definition, the effect of ITAR subsection 28(1) and subsection 83(5) of the former Act is, for all purposes relevant to this appeal, identical.

28. (1) Sous réserve des conditions prescrites, le revenu tiré de l'exploitation d'une mine qui a commencé à produire avant 1974, ne doit pas être inclus dans le calcul du revenu d'une corporation, dans la mesure où un tel revenu est gagné ou produit pendant la période commençant le jour où la mine a commencé à produire en se terminant à celle des deux dates suivantes qui tombent en premier, le 31 décembre 1973 ou la date postérieure de 36 mois à la date à laquelle la mine a commencé à produire, sauf que le présent paragraphe ne s'applique pas dans le cas d'une mine qui a commencé à produire après le 7 novembre 1969, à moins que la corporation n'opte pour cette formule de la manière et dans les délais prescrits.

(2) Dans le présent article,

(a) «revenu tiré de l'exploitation d'une mine» signifie un revenu tiré de l'exploitation d'une mine avant toute déduction faite en vertu de l'article 65 ou 66 de la loi modifiée;

L'appelante a opté comme elle y était tenue en temps opportun. Les parties n'ont pas plaidé la pertinence en l'espèce de la définition prévue à l'alinéa 28(2)a) des R.A.I.R. En 1975, l'article 28 des R.A.I.R. a été modifié par insertion du paragraphe (1.1).<sup>2</sup>

28. . . .

(1.1) L'expression «revenu tiré de l'exploitation d'une mine» est réputée comprendre et avoir toujours compris, aux fins du présent article et de l'article 83 de l'ancienne loi, tel qu'il se lisait pour l'année d'imposition 1971 et pour les années d'imposition antérieures, le revenu d'une corporation attribuable au traitement de minerai extrait d'une mine appartenant à la corporation jusqu'au stade du métal primaire ou son équivalent.

Le paragraphe 83(5) [S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1955, ch. 54, art. 21)] de l'«ancienne Loi» était ainsi libellé:

83. . . .

(5) Sous réserve des conditions prescrites, il ne faut pas inclure, dans le calcul du revenu d'une corporation, le revenu provenant de l'exploitation d'une mine au cours de la période de 36 mois commençant le jour où la mine est entrée en production.

L'ancienne Loi ne contenait aucune autre définition de «revenu tiré de l'exploitation d'une mine» que celle donnée rétroactivement au paragraphe 28(1.1) des R.A.I.R. J'estime que, sous réserve de l'effet éventuel de cette définition, l'effet des paragraphes 28(1) des R.A.I.R. et 83(5) de l'ancienne Loi est, pour les fins de l'espèce, identique.

<sup>2</sup> S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 133. (Royal Assent March 13, 1975.)

<sup>2</sup> S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 133 (sanction royale, le 13 mars 1975.)

There is a considerable body of jurisprudence dealing with the interpretation and application of subsection 83(5). None of it takes account of the retroactive amendment. Before reviewing the authorities, I think it desirable to consider particular objections taken to the conclusions of the Trial Judge.

While he did review authorities dealing specifically with subsection 83(5), the learned Trial Judge seems to have found the judgment of Reed J., in *Cominco Ltd v The Queen*<sup>3</sup> particularly persuasive. It dealt with the proceeds of business interruption insurance in the context of the so-called earned depletion allowance under section 65 of the *Income Tax Act* and Regulation [*Income Tax Regulations*, SOR/54-682 (as am. by SOR/75-342, s. 1)] 1201. She found that:

There is no doubt that had the plaintiff actually earned the income for which the insurance proceeds are replacements, they would have been considered production profits and the allowances pursuant to section 65(1) would have been deducted.

As I understand that decision it turned on the definition, by Regulation 1201, of the terms “production profits” and “resource profits”. Reed J., held that, as in the present case, “the breadth of the wording of section 3” of the Act brought the insurance proceeds into taxable income because they were income from a business, but went on [at page 552]:

The insurance proceeds, however, cannot be brought within the much more specific wording of Regulation 1201(2)—production profits (pre-May 6, 1974) and Regulation 1201—resource profits, (post-May 6, 1974). The proceeds simply did not arise out of the “production of . . . metal or industrial minerals” or from “the processing in Canada or ores from a mineral resource”.

The statutory definition of “income derived from the operation of a mine” is as set out in ITAR subsection 28(1.1) and paragraph 28(2)(a). It does not track the statutory definitions in issue in *Cominco*.

I do not think *Cominco* is helpful in deciding the issues here. Post-May 6, 1974, the definition of “resource profits” in play there expressly incorporated, among other things, the definition of “taxable

L’interprétation et l’application du paragraphe 83(5) sont l’objet d’une jurisprudence abondante qui fait abstraction de la modification rétroactive. Avant de passer à l’étude de cette jurisprudence, je crois opportun d’examiner les objections opposées aux conclusions du juge de première instance.

Bien qu’il ait effectivement étudié la jurisprudence portant précisément sur le paragraphe 83(5), le juge de première instance semble surtout avoir été convaincu par les motifs de la juge Reed dans l’arrêt *Cominco Ltd c La Reine*<sup>3</sup>. Il y était question du produit d’assurance contre les pertes d’exploitation dans le contexte de la soi-disant déduction pour épuisement gagnée prévue à l’article 65 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et au Règlement [*Règlement de l’impôt sur le revenu*, DORS/54-682 (mod. par DORS/75-342, art. 1)] 1201. La juge Reed a conclu ainsi:

Il ne fait aucun doute que si le contribuable avait effectivement gagné le revenu dont l’indemnité d’assurance tient lieu, celle-ci aurait été considérée comme un bénéfice de production et aurait été déduite conformément au paragraphe 65(1).

Si j’ai bien compris, la décision portait sur la définition, prévue au Règlement 1201, des expressions «bénéfices de production» et «bénéfices relatifs à des ressources». La juge Reed a conclu que, comme en l’espèce, «le libellé de l’article 3» de la Loi faisait du produit d’assurance, parce qu’il est un revenu d’entreprise, un revenu imposable, puis elle a ajouté ceci [à la page 552]:

L’indemnité d’assurance ne saurait toutefois tomber sous le coup du libellé beaucoup plus précis du paragraphe 1201(2)—les bénéfices de production (avant le 6 mai 1974) et de l’article 1201 du Règlement—les bénéfices relatifs à des ressources (après le 6 mai 1974). L’indemnité ne provient tout simplement pas de la «production de . . . métal ou [de] minéraux industriels» ni du «traitement au Canada de minerais d’une ressource minérale».

La définition statutaire de «revenu tiré de l’exploitation d’une mine» est formulée au paragraphe 28(1.1) et à l’alinéa 28(2)(a) des R.A.I.R. Elle ne suit pas les définitions statutaires en litige dans l’arrêt *Cominco*.

À mon avis, cet arrêt n’est d’aucune utilité pour trancher les questions en litige en l’espèce. Au lendemain du 6 mai 1974, la définition de «bénéfices relatifs à des ressources», en jeu dans cette affaire,

<sup>3</sup> [1984] CTC 548 (F.C.T.D.).

<sup>3</sup> [1984] CTC 548 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

production profits from mineral resources in Canada” set out in subsection 124.1(1) [as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 80] of the Act. This Court expressly approved the following opinion of McNair J., in *Gulf Canada Ltd. et al. v. The Queen*.<sup>4</sup>

In my opinion, sections 124.1 and 124.2 set up their own separate scheme of inclusions and exclusions from income for purposes of the special incentive programs.

Each incentive to economic activity incorporated by Parliament into the *Income Tax Act* seems to me very much a code unto itself; I do not think the intention expressed in one is very helpful to an understanding of the intention of another. That is particularly so when one is trying to understand what Parliament meant by a certain kind of “income” in the context of a provision and the definition of the term in that provision bears little or no resemblance to the pertinent definition in the provision from which assistance is sought.

The second objection is to the following finding.

To permit these proceeds to be defined as accruing or arising from the operation of a mine is clearly going beyond that which Parliament intended. To do so would really give the plaintiff a double benefit—the right to charge off premiums paid for this insurance and then an exemption when proceeds are paid—clearly not the intended result.<sup>5</sup>

Counsel were in agreement that there was no evidence that the appellant had claimed or the Minister allowed a deduction of the insurance premiums in calculating its taxable income.<sup>6</sup>

Finally, referring to a provision of the insurance policies, he said:

The tax exemption clause in the policies of insurance clearly articulated that proceeds from the insurance policies would not be exempt, and provision would have to be made for taxes accruing as a result of any payments. This is not determinative,

<sup>4</sup> (1990), 90 DTC 6622 (F.C.T.D.), at p. 6632; (1992), 92 DTC 6123 (F.C.A.), at p. 6127.

<sup>5</sup> At p. 357.

<sup>6</sup> S. 18(1)(c) of the Act prohibits the deduction from taxable income of an outlay for the purpose of producing exempt income.

incluait expressément, entre autres, la définition de «bénéfices de production imposables tirés de ressources minérales au Canada» formulée au paragraphe 124.1(1) [édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 80] de la Loi. Cette Cour a expressément fait sienne l’opinion suivante du juge McNair énoncée dans l’arrêt *Gulf Canada Ltd. et autre c. La Reine*.<sup>4</sup>

À mon avis, les articles 124.1 et 124.2 établissent leur propre système distinct d’inclusions dans le revenu et d’exclusions du revenu en ce qui concerne les programmes spéciaux d’encouragement.

Les encouragements apportés à l’activité économique par le Parlement dans la *Loi de l’impôt sur le revenu* me semblent être pour ainsi dire des codes en eux-mêmes; à mon avis, l’intention exprimée dans l’un n’est pas très utile à la compréhension de l’autre. C’est particulièrement vrai lorsqu’on tente de comprendre le sens donné par le Parlement à une certaine catégorie de «revenu» dans le contexte d’une disposition; la définition de l’expression dans cette disposition ressemble peu ou aucunement à la définition pertinente prévue dans la disposition à laquelle on a recours.

La seconde objection s’en prend à la conclusion suivante:

Dire que cette indemnité d’assurance doit être considérée comme un montant découlant ou provenant de l’exploitation d’une mine, c’est aller clairement au-delà de l’intention du Parlement. Cette interprétation aurait pour effet d’accorder à la demanderesse un double avantage: le droit de déduire les primes versées pour cette assurance et le droit de déduire l’indemnité reçue, ce qui n’est évidemment pas le résultat voulu.<sup>5</sup>

Aucune preuve ne démontre, les avocats en conviennent, que l’appelante a demandé ou que le ministre a accordé une déduction des primes d’assurance dans le calcul du revenu imposable de l’appelante.<sup>6</sup>

Enfin, renvoyant à une clause des polices d’assurance, il a dit ceci:

La clause d’exemption fiscale énoncée dans les polices d’assurance stipule clairement que l’indemnité provenant des polices d’assurance ne sera pas exempte et qu’une provision devra être faite pour tenir compte des impôts exigibles à la suite de paie-

<sup>4</sup> (1990), 90 DTC 6622 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 6632; (1992), 92 DTC 6123 (C.A.F.), à la p. 6127.

<sup>5</sup> À la p. 357.

<sup>6</sup> L’art. 18(1)(c) de la Loi interdit la déduction du revenu imposable d’une dépense faite en vue de tirer un revenu exonéré.

but it is an indication by the parties to the contract that proceeds would not be income earned from the operation of a mine, and these parties had the advice of counsel and chartered accountants before signing the documents. They may have acted from a mistaken impression of the law, and that's why it is not determinative.<sup>7</sup>

With respect, the provision is not only not determinative; it is irrelevant. The parties to a contract cannot stipulate the tax results of their bargain. That said, the decision was plainly not based on that evidence.

Before considering the *ratio* of the judgment below, it will be useful to review the authorities. The first question is the breadth of meaning to be given the term "derived from". I do not propose to quote from *C.P.R. v. Provincial Treasurer of Manitoba*,<sup>8</sup> in spite of the appellant's stress of it. That case was concerned with the expression "income attributable" and, since it relied on the authority of *Gilhooly, Grace v. Minister of National Revenue*,<sup>9</sup> which was concerned with a depletion allowance under the *Income War Tax Act*,<sup>10</sup> in respect of income "derived from" mining, I see no point in not moving at once to it. The taxpayer had a life interest in the income of her father's estate and claimed a deduction for depletion on stock dividends received by the executors from a mining company. For purposes relevant to this appeal, Cameron J., held:

The word "derive" is defined in Murray's New English Dictionary, Volume 3, p. 230, as "to flow, spring, issue, emanate, come, arise, originate, having its derivation from", and in the Shorter Oxford English Dictionary, Volume 1, as "to draw, fetch, obtain; to come from something as its source".

Can there be any question that mining dividends are derived from mining? I think not . . .

In *Commissioners of Taxation v. Kirk*<sup>11</sup> Lord Davey said "Their Lordships attach no special meaning to the word 'derived', which they treat as synonymous with arising or accruing".

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> [1953] 4 D.L.R. 233 (Man. Q.B.).

<sup>9</sup> [1945] Ex.C.R. 141.

<sup>10</sup> R.S.C. 1927, c. 97, s. 5(1)(a).

<sup>11</sup> [1900] A.C. 588 (P.C.), at p. 592.

ments versés. Cette clause n'est pas déterminante en soi, mais elle indique que, pour les parties au contrat, l'indemnité ne constituerait pas un revenu tiré de l'exploitation d'une mine, et ces parties ont été conseillées par des avocats et des comptables agréés avant de signer les documents. Elles ont peut-être agi en se fondant sur une interprétation erronée de la loi; c'est d'ailleurs la raison pour laquelle cette interprétation n'est pas concluante<sup>7</sup>.

Avec égards, non seulement la disposition n'est-elle pas concluante, mais elle n'est pas pertinente. Les parties à un contrat ne peuvent stipuler les conséquences fiscales de celui-ci. Ceci étant dit, la décision n'était manifestement pas fondée sur cette preuve.

Avant d'examiner la *ratio* du jugement de première instance, il sera utile d'étudier la jurisprudence. La première question vise l'étendue du sens de l'expression «tiré de». Je n'entends pas citer l'arrêt *C.P.R. v. Provincial Treasurer of Manitoba*<sup>8</sup>, en dépit de l'importance que lui accorde l'appelante. Cette affaire portait sur l'expression «revenu attribuable», et puisqu'elle reposait sur l'autorité de l'arrêt *Gilhooly, Grace v. Minister of National Revenue*<sup>9</sup>, qui traitait de la déduction pour épuisement prévue à la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*<sup>10</sup>, relativement au revenu «tiré d'» une exploitation minière, je ne vois aucune raison de ne pas en discuter maintenant. La contribuable, qui recevait une rente viagère du revenu de la succession de son père, a demandé une déduction pour épuisement des dividendes en actions d'une compagnie minière touchés par les exécuteurs. Pour des fins pertinentes au présent appel, voici ce que le juge Cameron a conclu:

[TRADUCTION] Le Murray's New English Dictionary, volume 3, p. 230, définit ainsi le terme «*derive*» («tiré»): «découler, jaillir, provenir, émaner, venir, naître, tirer son origine, être tiré de»; le Shorter Oxford English Dictionary, volume 1, le définit ainsi: «entraîner, faire venir, obtenir; provenir d'une source».

Peut-on douter que les dividendes d'une exploitation minière sont tirés de l'exploitation d'une mine? Je ne crois pas . . .

Dans l'arrêt *Commissioners of Taxation v. Kirk*<sup>11</sup>, lord Davey a dit «Leurs Seigneuries ne prêtent aucun sens particulier au terme «tiré» («*derived*»), qu'ils considèrent synonyme de «découler ou provenir de».

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> [1953] 4 D.L.R. 233 (B.R. Man.).

<sup>9</sup> [1945] R.C.É. 141.

<sup>10</sup> S.R.C. 1927, ch. 97, art. 5(1)a).

<sup>11</sup> [1900] A.C. 588 (P.C.), à la p. 592.

*Kirk* was concerned with a New South Wales statute taxing “incomes derived from land of the Crown”. That quotation was cited with approval by the Supreme Court of Canada in *Minister of National Revenue v. Hollinger North Shore Exploration Company, Limited*,<sup>12</sup> which held that rent received by a mine owner from another operator of the mine was “income derived from the operation of a mine” within the contemplation of subsection 83(5).

In *Gunnar Mining Limited v. Minister of National Revenue*,<sup>13</sup> the taxpayer had invested income derived from the operation of its mine during the 36-month period in short term securities and sought to have that investment income exempted under subsection 83(5). Spence J., for the Court, said:

What is exempt under the latter section [s. 83(5)] is “income derived from the operation of a mine”. The income from the short term investments was not income derived from the operation of the mine but was income derived from the investment of the profits of the mine. This income from the short term investments cannot be regarded as incidental income in the operation of the mine any more than any other income gained from use of the profits of the mine could be so considered.

Counsel of the appellant stressed the circumstance that in the tax exempt period the corporation also showed as incidental income rental which it received from the letting of certain houses at the mine property and argued that the income from the short term securities was just another form of income incidental to the mining operation. I do not think that the argument can be accepted. Those houses were built by the company so that its workers at the mine might reside therein. Certainly their construction and letting, and the receipt of rental therefrom, was incidental to the operation of the mine. To put it perhaps colloquially, during the tax exempt period the appellant was operating two businesses—firstly, a mining business, and secondly, an investment business, and the fact that its purpose in operating the second business was so that it might accumulate funds in a readily realizable form with which it could pay off the 5 per cent sinking fund debentures if they became due makes it nonetheless the operation of a second business.

In *Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Minister of National Revenue*,<sup>14</sup> the issue was whether the exemption of subsection 83(5) extended to income

L'arrêt *Kirk* portait sur une loi de la Nouvelle-Galles du Sud imposant les [TRADUCTION] «revenus tirés des terres de la Couronne». Ce passage a été cité avec approbation par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Minister of National Revenue v. Hollinger North Shore Exploration Company, Limited*<sup>12</sup> où celle-ci a conclu que le loyer reçu par le propriétaire minier d'une personne exploitant une mine était un «revenu tiré de l'exploitation d'une mine» au sens du paragraphe 83(5).

Dans l'arrêt *Gunnar Mining Limited v. Minister of National Revenue*<sup>13</sup>, la contribuable a investi, dans des titres à court terme, un revenu tiré de l'exploitation de sa mine au cours de la période de 36 mois, et elle a demandé que ce revenu d'investissement soit exonéré en vertu du paragraphe 83(5). Au nom de la Cour, le juge Spence a conclu:

[TRADUCTION] L'exemption prévue à ce paragraphe [83(5)] vise le «revenu tiré de l'exploitation d'une mine». Le revenu tiré d'investissements à court terme n'était pas un revenu tiré de l'exploitation de la mine, mais plutôt un revenu tiré de l'investissement des bénéfices de la mine. Ce revenu tiré des investissements à court terme, pas plus que tout autre revenu tiré de l'utilisation des bénéfices réalisés par la mine, ne peut être qualifié de revenu accessoire dans l'exploitation de la mine.

L'avocat de l'appelante a souligné qu'au cours de la période visée par l'exemption d'impôt, la corporation a également considéré à titre de revenu accessoire les revenus de location tirés de certaines maisons sur les terrains de la mine, et elle a soutenu que le revenu tiré des titres à court terme n'était qu'une autre forme de revenu accessoire à l'exploitation minière. Cette prétention ne peut être accueillie. Ces maisons ont été construites par la compagnie afin que les employés de la mine puissent y résider. De toute évidence, leur construction et leur location, et le revenu de location en découlant, étaient accessoires à l'exploitation de la mine. Au risque d'être familier, pendant le temps où elle bénéficiait d'une exonération d'impôt l'appelante exploitait deux entreprises—premièrement, une entreprise minière et, deuxièmement, une entreprise de placement et, bien qu'elle ait exploité celle-ci afin de réunir des fonds sous une forme facilement réalisable avec lesquels elle pourrait payer les débetures à fonds d'amortissement portant intérêt au taux de 5 p. 100, si elles venaient à échéance, il ne s'agit pas moins de l'exploitation d'une seconde entreprise.

Dans l'arrêt *Falconbridge Nickel Mines Ltd. c. Ministre du Revenu national*<sup>14</sup>, la question était de savoir si l'exemption du paragraphe 83(5) s'appli-

<sup>12</sup> [1963] S.C.R. 131, at pp. 134 ff.

<sup>13</sup> [1968] S.C.R. 226, at pp. 232 ff.

<sup>14</sup> [1972] F.C. 835 (C.A.).

<sup>12</sup> [1963] R.C.S. 131, aux p. 134 et s.

<sup>13</sup> [1968] R.C.S. 226, aux p. 232 et s.

<sup>14</sup> [1972] C.F. 835 (C.A.).

from the sale, after the 36 months, of ore extracted during the 36 months. The taxpayer argued that the words "operation of a mine" meant no more than the physical removal of ore from the ground. This Court upheld the Minister's assessment which had exempted from tax income from all sales of ore within the 36 months, including ore produced before the mine had come into "production",<sup>15</sup> and had taxed income from sales of ore extracted during the period but sold after its expiration. The members of the panel were unanimous in the result but each gave reasons for judgment. Sheppard D.J., held that the words "during the period of 36 months" modified "income derived" and not "operation of a mine". He did not find it necessary to discuss the meaning of the term "operation of a mine".

Sweet D.J., at pages 841-842 held:

The operation of the mine within the meaning of the relevant legislation can only mean the conducting of a viable, practical undertaking for that purpose. For this it is necessarily, and I would think obviously, required that there be an organization, a business enterprise, so structured and set up that the multiplicity of requirements to that end will be available. The extracting of the ore, the conversion of it into metal and the sale are parts, and important parts, but only parts, of those requirements. For realistic achievement of the result to be accomplished, and accomplished in a practical and effective sense, they must be supported and accompanied by other activities. It is the totality of that organization, of that enterprise and the totality of the conduct of the business that is "the operation of a mine" within the meaning of the legislation.

Jackett C.J., who expressed general agreement with the reasons of both of his colleagues, said, at pages 836-837:

If, in section 83(5), "operation of mine" means the mere physical extraction of the ore, in my view, the appellant should succeed, provided, always, that it can ever be said that income is derived from a mere physical operation of that kind considered apart from a business of which it is a part.

The other view, and, in my view, the correct view, is that when section 83(5) talks of income derived from operation of a mine, it is referring to income derived from a business of operating the mine, for, in relation to profit producing activity (as

<sup>15</sup> "production" was, and is, defined as "production in reasonable commercial quantities."

quait au revenu tiré des ventes, après les 36 mois, du minerai extrait pendant cette période. Selon la contribuable, l'expression «exploitation d'une mine» ne signifiait rien de plus que l'extraction matérielle du minerai de la terre. Cette Cour a confirmé la cotisation établie par le ministre qui avait exonéré de l'impôt le revenu tiré des ventes du minerai dans la période de 36 mois, notamment le minerai produit avant que la mine entre en production<sup>15</sup>, et qui avait imposé le revenu tiré des ventes du minerai extrait au cours de la période, mais vendu après son expiration. Unanimes quant au résultat, les juges ont tout de même prononcé des motifs de jugement distincts. Le juge suppléant Sheppard a conclu que l'expression «au cours de la période de 36 mois» apportait une modification à l'expression «revenu tiré» et non au terme «exploitation d'une mine». Il n'a pas cru nécessaire d'analyser le sens de l'expression «exploitation d'une mine».

Le juge suppléant Sweet a conclu ainsi, aux pages 841 et 842:

L'exploitation d'une mine, au sens de la Loi applicable, ne peut correspondre qu'à la conduite d'une entreprise réalisable et viable destinée à cette fin. Pour ce faire, il faut nécessairement, et je dirais même évidemment, qu'il y ait une organisation, une entreprise commerciale, structurée et établie de façon à faire face à la multiplicité des conditions requises à cette fin. L'extraction du minerai, la transformation en métal ainsi que la vente sont des éléments, des éléments importants, mais uniquement des éléments, de ces conditions. Afin d'atteindre vraiment le résultat visé, d'une façon pratique et efficace, ils doivent être accompagnés et appuyés par d'autres opérations. C'est l'ensemble de cette organisation, de cette entreprise, ainsi que de sa conduite qui constitue «l'exploitation d'une mine» au sens de la loi.

Le juge en chef Jackett, généralement d'accord avec les motifs de ses deux collègues, a dit, aux pages 836 et 837:

Si, dans l'article 83(5), «l'exploitation d'une mine» correspond au simple fait d'extraire du minerai, à mon avis, l'appellante doit avoir gain de cause, sous réserve, toutefois, qu'on puisse dire que le revenu provient d'une exploitation purement matérielle de ce genre, considérée séparément de l'entreprise dont elle fait partie.

Selon l'autre point de vue, qui, à mon avis, est le bon, lorsque l'article 83(5) parle du revenu provenant de l'exploitation d'une mine, il se réfère au revenu provenant d'une entreprise d'exploitation minière, car, en ce qui concerne l'activité pro-

<sup>15</sup> «production», encore aujourd'hui, est défini comme «production en des quantités commerciales raisonnables».

opposed to property or employment) a business is the sort of income source contemplated by the *Income Tax Act*. See, for example, section 3 of the Act. . . .

A mere physical act considered apart from the other steps necessary to bring income into existence is not a source of income as contemplated by the Act. It follows that the mere physical act of extracting ore from the mine, considered apart from the business of which it forms a part, is a barren act that is not, in itself, capable of being an income source. That physical act cannot, therefore, be what is contemplated by section 83(5) when it speaks of "operation of a mine" as something from which income is derived.

*Minister of National Revenue v. Bethlehem Copper Corp.*,<sup>16</sup> it has been suggested, led Parliament to enact ITAR subsection 28(1.1). The taxpayer had brought an open pit mine into production along with a mill to process the ore to concentrate and became entitled to the 36-month period of exempt income beginning December 1, 1962. In February, 1965, a rock slide terminated operations at the open pit. Shortly thereafter, a second open pit was brought into production nearby. Its ore was processed at the existing mill. The taxpayer claimed, and was denied by the Minister, a second 36-month period of exempt income. Jackett C.J., delivered judgment for the Court.

The position that the appellant takes, as I understood counsel, is the "mine" in section 83(5) means an enterprise used to extract ore "and produce copper concentrate". This is, in effect, an integration of two business operations, namely, (a) extraction of ore, and (b) milling of concentrates. In my view, the authorities do not support such a wide ambit for the exemption in section 83(5). . . [Quotations from authorities, *North Bay Mica Co. v. M.N.R.*, [1958] S.C.R. 597, and *M.N.R. v. MacLean Mining Co.*, [1970] S.C.R. 877, omitted.] In my view, "operation of a mine" in section 83(5) refers only to the extraction of ore from an ore body and does not include processing of the ore after it has been produced. (In either case, of course, what is contemplated is not the mere physical act of extraction of ore or of extraction of ore and processing of the ore. What is contemplated is a profit-making process consisting of such physical acts and the disposition of the products for a consideration by sale or otherwise.)

My conclusion is, therefore, that the appellant's submission that the extraction of ore from the Jersey ore body is only part of the operation of a mine consisting of the whole of the extraction and processing activities carried on by the respondent must be rejected.

<sup>16</sup> [1973] F.C. 565 (C.A.), at p. 568; [1975] 2 S.C.R. 790, at pp. 795-797.

ductrice de bénéfices (par opposition aux biens ou à l'emploi), l'entreprise constitue le genre de source de revenu envisagé par la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Voir, par exemple, l'article 3 de la Loi . . .

a Un acte purement matériel, considéré séparément des autres éléments nécessaires à la naissance d'un revenu, n'est pas une source de revenu telle que l'envisage la Loi. Il s'ensuit que l'acte purement matériel d'extraction du minerai de la mine, considéré séparément de l'entreprise dont il fait partie, est un acte stérile qui ne peut, par lui-même, constituer une source de revenu. Cet acte matériel ne peut donc correspondre à ce qu'envisage l'article 83(5) qui parle de «l'exploitation d'une mine» comme étant quelque chose qui produit un revenu.

c On a laissé entendre que l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Bethlehem Copper Corp.*<sup>16</sup> avait amené le Parlement à adopter le paragraphe 28(1.1) des R.A.I.R. La contribuable avait mis en production un puits de mine à ciel ouvert et un moulin afin de traiter le minerai en concentré, et, à compter du 1<sup>er</sup> décembre 1962, elle a eu droit à l'exemption d'impôt pour une période de 36 mois. En février 1965, un éboulement a mis fin à l'exploitation du puits. Peu après, un deuxième puits à ciel ouvert est entré en production non loin. Son minerai était transformé au moulin déjà existant. La contribuable a demandé en vain au ministre une deuxième exemption d'impôt pour une période de 36 mois. Le juge en chef Jackett a rendu le jugement au nom de la Cour.

f Si j'ai bien compris la position de l'appelant, il soutient qu'une «mine» au sens de l'article 83(5) signifie une exploitation utilisée pour extraire du minerai «et produire des concentrés de cuivre». Cette interprétation revient en fait à intégrer deux opérations industrielles, à savoir a) l'extraction du minerai et b) la production de concentrés. J'estime que la jurisprudence ne permet pas de donner une portée aussi large à l'exemption prévue à l'article 83(5). . . (Les citations des arrêts *North Bay Mica v. M.N.R.*, [1958] R.C.S. 597 et *M.N.R. c. MacLean Mining*, [1970] R.C.S. 877 ont été omises.) J'estime que «l'exploitation d'une mine», au sens de l'article 83(5), vise uniquement l'extraction du minerai d'un gisement et ne comprend pas le traitement du minerai après sa production. (Dans l'un et l'autre cas bien sûr, il ne s'agit pas de la simple activité physique d'extraire le minerai ou de celle d'extraire le minerai et de le traiter. Ce qui est envisagé est une activité à but lucratif composée de ces actes physiques et de l'aliénation des produits moyennant contrepartie au moyen d'une vente ou autrement.)

i Je déclare par conséquent mal fondé l'argument de l'appelant suivant lequel l'extraction du minerai du gisement Jersey ne constitue qu'une partie de l'exploitation d'une mine, exploitation qui engloberait l'ensemble des opérations d'extraction et de traitement effectuées par l'intimée.

<sup>16</sup> [1973] C.F. 565 (C.A.), à la p. 568; [1975] 2 R.C.S. 790, aux p. 795 à 797.



In the result, the assessment was referred back for reassessment on the basis that [at page 569]:

... by virtue of section 83(5), there is not to be included, in computing the respondent's income, that part of the respondent's income that was derived from the extraction of ore from the Jersey ore body [new pit] during the period of 36 months commencing with the day on which it came into production.

Martland J., delivering judgment for the Supreme Court of Canada, recited extensively from the reasons of Jackett C.J., and, as to that issue, expressly agreed with his views. The other issue, irrelevant here, was whether the open pit was simply an ore body and not a mine. It was a mine.

The appellant's argument is predicated on two propositions which, in my view, are unexceptionable:

(a) the insurance proceeds were clearly income since they replaced income lost in the course of operating a business; and

(b) the income lost would have been exempt from income tax because it would have been income derived from the operation of a mine.

Furthermore, the authorities establish that "derived from" is a term of wide import.

The *ratio* of the judgment below is found in the following.<sup>17</sup>

Here, in my view, we have a situation where the plaintiff is suggesting something should be incorporated into the legislation which is not there. The plaintiff suggests we can equate "mining business" with the "operation of a mine", the actual words used in the section permitting an exemption. In my view, and I accept the definition of the defendant that operation of a mine has three and three only components, if moneys received are to fall within the exemption, operation of a mine, they must be received as a result of:

- (a) extraction
- (b) processing
- (c) sales

This is made all the clearer by an examination of the French text.

The learned Trial Judge did not enlarge on that final observation.

<sup>17</sup> At pp. 356-357.

En conséquence, la cotisation a été renvoyée pour nouvelle cotisation qui tiennent compte du fait que [à la page 569]:

... en vertu de l'article 83(5), il ne faut pas inclure, dans le calcul du revenu de l'intimée, cette partie de son revenu qui provient de l'extraction du minerai du gisement Jersey [le nouveau puits] au cours de la période de 36 mois commençant le jour où la mine est entrée en production.

Se prononçant au nom de la Cour suprême du Canada, le juge Martland a longuement cité les motifs du juge en chef Jackett et, sur cette question, il a expressément adopté son opinion. L'autre question, non pertinente en l'espèce, était de savoir si le puits ouvert était simplement une accumulation de minerai et non une mine. Il s'agissait d'une mine.

La prétention de l'appelante repose sur deux positions qui, à mon avis, sont inattaquables:

a) le produit d'assurance était manifestement un revenu puisqu'il tenait lieu du revenu perdu dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise;

b) le revenu perdu, étant un revenu tiré de l'exploitation d'une mine, aurait été exonéré d'impôt sur le revenu.

En outre, la jurisprudence donne à l'expression «tiré de» un sens large.

Le motif déterminant du jugement rendu en première instance se trouve dans les termes suivants<sup>17</sup>:

À mon avis, la demanderesse voudrait inclure dans la Loi des mots qui ne s'y trouvent pas. Elle soutient que les mots «entreprise minière» ont le même sens que l'expression «exploitation d'une mine», soit l'expression même utilisée dans l'article qui permet l'exemption. À mon avis, la défenderesse a raison de dire que l'exploitation d'une mine ne comporte que trois éléments; en conséquence, si des sommes d'argent reçues sont exemptes parce qu'elles appartiennent à la catégorie «exploitation d'une mine», elles doivent être reçues à la suite

- a) de l'extraction
- b) du traitement
- c) de ventes.

Un examen du texte français fait ressortir encore plus nettement cette interprétation.

Le juge de première instance ne s'est pas attardé à cette dernière observation.

<sup>17</sup> Aux p. 356 et 357.

The appellant says that the Trial Judge misunderstood its argument. It did not seek to equate the "operation of a mine" with "mining business" but with the "business of operating a mine" and that the "operation of a mine" is an economic concept. The respondent did not meet that argument head on. Rather, it says that the Trial Judge correctly understood the appellant's argument and that to equate "mining business" with "the operation of a mine" would be to exempt from tax more income than Parliament has expressed its intention to exempt.

With respect, the authorities would appear clearly to establish that the term "operation of a mine" is an economic concept. In *Bethlehem Copper*, subsection 83(5) was found to contemplate "a profit-making process" *vis-à-vis* the extraction of ore from an ore body. In *Falconbridge Nickel*, the majority clearly approached "operation of a mine" as an economic concept. Sweet D.J. said [at page 842]:

It is . . . the totality of the conduct of the business that is "the operation of a mine". . . .

while Jackett C.J. said [at pages 836-837]:

. . . when section 83(5) talks of income derived from operation of a mine, it is referring to income derived from a business of operating the mine. . . .

A mere physical act considered apart from the other steps necessary to bring income into existence is not a source of income as contemplated by the Act.

The same approach was taken in *Gunnar Mining*. There the terms used by Spence J., to distinguish the exempt from the non-exempt income were "mining business" and "investment business". In context, he clearly meant the business of operating the mine in issue, when, as he said, "[t]o put it perhaps colloquially . . . a mining business". It is the operation of a mine as an economic activity, not the physical acts involved in extracting and processing, that generates income.

L'appelante soutient que le juge de première instance a mal compris sa prétention. En effet, elle ne cherchait pas, dit-elle, à assimiler l'«exploitation d'une mine» à une «entreprise minière», mais plutôt à une «entreprise d'exploitation minière», ajoutant que l'«exploitation d'une mine» est un concept économique. L'intimée n'a pas répondu à cette prétention directement. Au contraire, elle soutient que le juge de première instance a bien compris la prétention de l'appelante et qu'assimiler «entreprise minière» à «exploitation d'une mine» rendrait l'exemption d'impôt applicable à des revenus que le Parlement n'avait pas l'intention d'exonérer.

Avec égards, il ressort clairement de la jurisprudence que l'expression «exploitation d'une mine» est un concept économique. Dans l'arrêt *Bethlehem Copper*, on a conclu que le paragraphe 83(5) visait «un procédé profitable» à l'égard de l'extraction de minerai à partir d'une accumulation de minerai. Manifestement, pour la majorité, dans l'arrêt *Falconbridge Nickel*, l'«exploitation d'une mine» était un concept économique. Le juge suppléant Sweet a dit ceci [à la page 842]:

C'est l'ensemble de . . . [l]a conduite [de l'entreprise] qui constitue «l'exploitation d'une mine». . . .

Le juge en chef Jackett a ajouté ceci [aux pages 836 et 837]:

. . . lorsque l'article 83(5) parle du revenu provenant de l'exploitation d'une mine, il se réfère au revenu provenant d'une entreprise d'exploitation minière, . . .

Un acte purement matériel, considéré séparément des autres éléments nécessaires à la naissance d'un revenu, n'est pas une source de revenu telle que l'envisage la Loi.

Dans l'arrêt *Gunnar Mining*, les juges ont adopté la même position. Pour établir une distinction entre le revenu exonéré et celui qui ne l'est pas, le juge Spence a utilisé les expressions «entreprise minière» et «entreprise d'investissement». Dans ce contexte, il parlait manifestement de l'entreprise d'exploitation minière en question, lorsqu'il a dit «au risque d'être familier . . . une entreprise minière». Le revenu provient de l'exploitation d'une mine en tant qu'activité économique et non des actes matériels qui consistent à extraire et à transformer le minerai.

The artificiality of the respondent's position is made manifest by several passages in the examination for discovery of the Crown's representative, of which the following is a fair example.<sup>18</sup> Mr. Bowman and Mr. Lefebvre were, respectively, counsel for the taxpayer and the Crown.

MR. BOWMAN: The Minister says this is income from a business.

Q Is that right?

A Yes.

Q What is the business that the Minister says this is income from?

A It's to fill holes.

Q The Minister thinks the taxpayer is in the business of filling holes? The Plaintiff is in the business of making holes.

MR. LEFEBVRE: We're arguing. I think we're arguing. We explained the position. In the course of its business, the Plaintiffs insure against the event, against the occurrence of certain risks. Now those risks occur, there's a loss of revenue that arises. The non-operation of the mine, of course, produces a loss of revenue which is filled under the insurance policy. In the absence of the insurance policy, there would have been no income. That filled the hole.

The issue, therefore, is whether this is income derived from the operation of a mine, or whether it's income derived from the non-operation of a mine covered by the insurance policy.

The business interruption insurance contracts were entered into in the course of the appellant's mining business, not some other business, and for no purpose other than to ensure the income from that business. Among the insured activities carried on as part of that mining business was the operation of the Balmer Mine. The insurance proceeds were received as indemnity for the loss of income that resulted from the interruption of a processing operation, the income from which, by definition, is included in the term "income derived from the operation of a mine". Extraction, in fact, continued. There is now no dispute that the proceeds were taxable because they were income from a business. They were derived from a business. If it was not the business of operating the Balmer Mine, what business was it? No alternative rationally suggests itself.

In my opinion, to the agreed extent of \$1,328,000, the proceeds of the business interruption insurance

<sup>18</sup> at pp. 104, l. 29 ff.

Plusieurs parties de l'interrogatoire préalable de l'agent de la Couronne, dont le passage suivant est un bon exemple, font ressortir le caractère artificiel de la position de l'intimée<sup>18</sup>. M. Bowman et M. Lefebvre étaient les avocats de la contribuable et de la Couronne respectivement.

[TRADUCTION] M. BOWMAN: Le ministre dit qu'il s'agit d'un revenu d'entreprise.

Q. Est-ce vrai?

R. Oui.

Q. De quelle entreprise le revenu est-il tiré, selon le ministre?

R. Celle qui bouche des trous.

Q. Le ministre croit que la contribuable exploite une entreprise qui bouche des trous? La demanderesse s'emploie à creuser des trous.

M. LEFEBVRE: Nous contestons. Je crois que nous contestons. Nous avons expliqué notre position. Dans le cadre de son entreprise, la demanderesse s'assure contre un événement, contre certains risques. Lorsque ces risques se concrétisent, il en résulte une perte de revenus. La cessation de l'exploitation de la mine, bien sûr, produit une perte de revenus compensée par la police d'assurance. En l'absence de police d'assurance, il n'y aurait eu aucun revenu. Elle a bouché le trou.

La question est donc de savoir si le revenu est tiré de l'exploitation d'une mine ou de la non-exploitation d'une mine, celle-ci étant couverte par la police d'assurance.

Les contrats d'assurance contre la perte d'exploitation ont été conclus dans le cadre de l'entreprise minière de l'appelante, et non pas de quelque autre entreprise, et pour aucune autre fin que de garantir un revenu de cette entreprise. L'exploitation de la mine de Balmer est au nombre des activités assurées qui font partie de cette entreprise minière. Le produit d'assurance a été reçu à titre d'indemnité pour la perte de revenu résultant de l'interruption d'un procédé de transformation, dont le revenu, par définition, est inclus dans l'expression «revenu tiré de l'exploitation d'une mine». En fait, l'extraction s'est poursuivie. Les parties ne contestent pas que le produit était imposable parce qu'il s'agissait d'un revenu d'entreprise. Il était tiré d'une entreprise. Si ce n'était pas de l'entreprise d'exploitation de la mine de Balmer, de quelle entreprise était-il tiré? Aucune autre possibilité ne se présente logiquement.

À mon avis, à concurrence du 1 328 000 \$ convenu, le produit d'assurance contre les pertes d'ex-

<sup>18</sup> à la p. 104, l. 29 et s.

were derived from the business of operating the Balmer Mine and were derived from the operation of that mine within the meaning of ITAR subsection 28(1). I would allow the appeal with costs here and in the Trial Division and refer the appellant's 1975 and 1976 assessments back to the Minister of National Revenue for reassessment on the basis set forth in paragraph 9 of the statement of agreed facts.

Stone J.A.: I agree.

\* \* \*

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

LINDEN J.A. (dissenting): I regret that I am unable to agree with my brother, Mahoney J.A.

Subsection 28(1) of the *Income Tax Application Rules, 1971* exempts from taxation "income derived from the operation of a mine" [underlining added]. With all due respect to the reasoning of my colleague, I cannot agree that the exemption can be construed so broadly as to cover insurance proceeds received because of the non-operation of a processing plant at a mine, however much that income may be connected or related to the business of mining. Parliament has not exempted all income earned by mining companies, nor has it exempted all income earned in the business of mining. It is only income derived from the operation of a mine that is exempt.

The difference between the definition of the business of mining and the more narrow definition of the operation of a mine, which that business necessarily includes, was explained by Mr. Justice Spence in *Gunnar Mining Limited v. Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 226, at page 232:

What is exempt under the latter section [s. 83(5)] is "income derived from the operation of a mine". The income from the short term investments was not income derived from the operation of the mine but was income derived from the investment of the profits of the mine. This income from the short term investments cannot be regarded as incidental income in the operation of the mine any more than any other income gained from use of the profits of the mine could be so considered.

exploitation était tiré de l'entreprise d'exploitation de la mine de Balmer et il provenait de l'exploitation de cette mine au sens du paragraphe 28(1) des R.A.I.R. J'accueillerais l'appel avec dépens en l'espèce et devant la Section de première instance et je renverrais les cotisations de 1975 et 1976 de l'appelante au ministre du Revenu national pour nouvelle cotisation qui tienne compte de ce qui est énoncé au paragraphe 9 de l'exposé conjoint des faits.

Le juge Stone, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

\* \* \*

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A. (dissident): Avec regret, je ne peux être d'accord avec mon collègue le juge Mahoney, J.C.A.

Le paragraphe 28(1) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* exonère de l'impôt le «revenu tiré de l'exploitation d'une mine [c'est moi qui souligne]». Avec égard pour le raisonnement de mon collègue, je ne peux convenir que l'exemption peut être interprétée d'une façon si générale qu'elle vise le produit d'assurance reçu à la suite de la non-exploitation d'une usine de transformation d'une mine, quelle que soit la mesure dans laquelle ce revenu est relié ou connexe à l'entreprise minière. Le Parlement n'a pas exonéré tous les revenus gagnés par les compagnies minières, ni exempté tous les revenus découlant de l'entreprise minière. Seul le revenu tiré de l'exploitation d'une mine est exonéré.

La différence entre la définition d'entreprise minière et la définition plus précise d'exploitation d'une mine, que l'entreprise englobe nécessairement, a été expliquée par le juge Spence dans l'arrêt *Gunnar Mining Limited v. Minister of National Revenue*, [1968] R.C.S. 226, à la page 232:

L'exemption prévue à ce paragraphe [83(5)] vise le «revenu tiré de l'exploitation d'une mine». Le revenu tiré d'investissements à court terme n'était pas un revenu tiré de l'exploitation de la mine, mais plutôt un revenu tiré de l'investissement des bénéfices de la mine. Ce revenu tiré des investissements à court terme, pas plus que tout autre revenu tiré de l'utilisation des bénéfices réalisés par la mine, ne peut être qualifié de revenu accessoire dans l'exploitation de la mine.

According to Mr. Justice Spence, therefore, not all of the income earned by a mining business is exempt under the section. Only income earned in the course of operating a mine is exempt, and not other secondary or subsidiary income derived from other activities, investments or agreements of a mining company. Mr. Justice Spence found that, whereas the income derived from the renting of houses to miners was exempted, as it was income derived from the operation of a mine, the income derived from short-term investments was not. Obviously, each form of income earned by a mining business must be examined on a case-by-case basis to determine whether it falls within the exemption or not.

In a similar type of case, *Cominco Ltd v The Queen*, [1984] CTC 548 (F.C.T.D.), Madam Justice Reed considered whether insurance proceeds received to compensate for lost income could be considered as production profits from a mining processing operation, and thus be deductible under the *Income Tax Act*. As in the instant case, it was clear that, had the taxpayer actually earned the income for which the insurance proceeds were replacements, it would have been deducted. However, it was held that the insurance proceeds had come into existence as a result of non-production by the taxpayer, and therefore it did not fit within literal requirements of the Regulations nor did it accord with the purposes for which the allowances were provided. Hence, the taxpayer was not allowed the benefit of the deduction with regard to the insurance proceeds, despite the fact that, had the income from the activity been actually earned, it would have been deductible under the section in question.

Insurance proceeds are often treated, for tax purposes, in the same manner as the lost revenue or property which they replace. However, we must remember that the cases are normally considering whether to bring insurance proceeds into income. The issue before this Court is not whether the insurance proceeds are income, but whether they are to be exempted. In order to determine whether the exemption has application in this instance, we must be satisfied that the taxpayer's activities come within the wording of the section.

Selon le juge Spence, les revenus gagnés par l'entreprise minière ne sont donc pas tous exonérés en vertu de cet article. Seul le revenu gagné dans le cadre de l'exploitation d'une mine est exonéré, et aucun autre revenu indirect ou subsidiaire tiré d'autres activités, investissements ou accords d'une compagnie minière. Le juge Spence a conclu que le revenu tiré de la location de maisons à des mineurs était exonéré, puisqu'il s'agissait d'un revenu tiré de l'exploitation d'une mine, mais que le revenu tiré d'investissements à court terme n'était pas exonéré. De toute évidence, chaque forme de revenu gagné par une entreprise minière doit être étudiée individuellement pour déterminer si elle est visée par l'exemption ou non.

Dans une affaire semblable, l'arrêt *Cominco Ltd c La Reine*, [1984] CTC 548 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), madame la juge Reed devait décider si le produit d'assurance reçu en remplacement d'un revenu perdu pouvait être qualifié de bénéfice de production tiré d'un procédé de transformation minière, et ainsi être deductible en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Comme en l'espèce, il est évident que, si la contribuable avait réellement gagné le revenu en remplacement duquel le produit d'assurance était versé, il aurait été déduit. Toutefois, la juge a conclu que le produit d'assurance découlait de la non-production par la contribuable et que, pour cette raison, il ne répondait pas aux exigences expresses des règlements ni ne concordait avec les fins à l'égard desquelles les déductions étaient destinées. Ainsi, la contribuable n'a pu se prévaloir de l'avantage de la déduction à l'égard du produit d'assurance en dépit du fait que, si le revenu tiré de l'activité avait été effectivement gagné, il aurait été deductible en vertu de l'article en question.

Le produit d'assurance est souvent traité, sur le plan fiscal, de la même manière que le revenu ou le bien perdu qu'il remplace. Nous devons toutefois nous rappeler que les affaires étudient en général la possibilité de qualifier le produit d'assurance de revenu. En l'espèce, il ne s'agit pas de savoir si le produit d'assurance est un revenu, mais s'il est exonéré. Pour appliquer l'exemption en l'espèce, nous devons être convaincus que les activités de la contribuable sont visées par le libellé de l'article.

The purpose of subsection 28(1) of the *Income Tax Application Rules, 1971*, is clearly to encourage the mining industry in Canada, but its aim is not the encouragement of the mining business in general. Its goal is the more limited one of providing an incentive to the operation of mines, that is, particular activities of the mining business which are thought to benefit our society most. In other words, the digging, processing and selling of certain mining resources, which activities are normally thought to be part of the operations of a mine, are considered to be especially useful in fostering employment, trade and other economic activity and, hence, of particular value to our economic well-being and deserving of special treatment. During the period in which the processing plant was closed, that aspect of the work of the mine which is felt to be especially worthwhile was neither being engaged in nor being promoted, and to permit a tax incentive here would not advance the specific purpose of the legislation. There is nothing in the section which suggests that Parliament intended to reward inactivity. Had Parliament meant to exempt all income from every aspect of the business of mining, it could easily have done so. As it did not, we must assume that the phrase "operation of a mine" was meant to be given a more restricted meaning. To grant the benefit of this section to income from insurance proceeds payable because of the non-operation of an aspect of a mine, as proposed by Mahoney J.A., is, in my respectful view, not in harmony with the legislative language nor with the intention of Parliament.

For these reasons, I would have dismissed the appeal.

Le paragraphe 28(1) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* vise clairement à encourager l'industrie minière canadienne, mais son objectif n'est pas d'encourager l'entreprise minière en général. Son but, plus limité, est d'apporter un stimulant à l'exploitation de mines, c'est-à-dire aux activités particulières de l'entreprise minière dont on croit que notre société tire le plus profit. En d'autres termes, on voit généralement dans l'extraction, la transformation et la vente de certaines ressources minières, des activités faisant partie de l'exploitation d'une mine qui favorisent particulièrement les emplois, le commerce et d'autres activités économiques et qui, par conséquent, sont particulièrement importantes pour notre bien-être économique et dignes d'un traitement spécial. Pendant la fermeture de l'usine de transformation, cet aspect du travail de la mine, que l'on croit avoir une valeur particulière, n'était ni effectué ni mis de l'avant; permettre un stimulant fiscal en l'espèce ne ferait pas progresser l'objectif spécifique de la Loi. Rien dans l'article ne donne à entendre que le Parlement avait l'intention de récompenser l'inactivité. S'il avait eu l'intention d'exonérer tous les revenus tirés de toutes les activités de l'entreprise minière, il aurait pu facilement le faire. Puisqu'il ne l'a pas fait, nous devons présumer qu'il entendait donner à l'expression «exploitation d'une mine» un sens plus restreint. Accorder l'avantage de l'article au revenu tiré du produit d'assurance payable en raison de la non-exploitation d'une activité d'une mine, comme l'a proposé le juge Mahoney, J.C.A., n'est pas, à mon humble avis, en harmonie avec le libellé législatif ni avec l'intention du Parlement.

Pour ces motifs, j'aurais rejeté l'appel.

T-553-92  
James Doyle (Sr) & Sons Limited (*Applicant*)

v.

Minister of Fisheries and Oceans (*Respondent*)

*INDEXED AS: JAMES DOYLE (SR) & SONS LTD. v. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (T.D.)*

Trial Division, Reed J.—Halifax, April 14; Vancouver, May 13, 1992.

*Construction of statutes — Public Works Act, s. 35(1) — Application for declaration SI/82-117, order in council purporting to transfer management and control over harbour and marine facilities at Port-aux-Basques ultra vires authority of Governor in Council under Public Works Act, s. 35(1) to transfer management of any public work or any power, duty or function with respect to any work between ministers — S. 35 applies only to “public works” i.e. physical things or structures subject to construction — SI/82-117 describing transfer as including “150 feet outside the longest projection of each structure on all sides” — Transferred wharves, together with immediately adjacent area required to control use of wharves — Not transferring property at large (harbour), but public works — Within authority under s. 35(1) — SI/82-117 not void for uncertainty — Precision required depending upon statutory instrument’s audience — No confusion among federal ministers or administrators as to facilities covered.*

*Public works — Public Works Act, s. 35(1) giving Governor in Council authority to transfer between ministers management of any public work or any power, duty or function with respect to any work between ministers — “Public work” referring to physical things or structures subject to construction — Order in council purporting to transfer management over harbour and marine facilities not ultra vires s. 35(1) authority — Transfer of “150 feet outside the longest projection of each structure on all sides” meaning wharves and adjacent area required to control use of wharves, not property at large.*

This was an application for a declaration that an order in council, SI/82-117, which purported to transfer management and control over the harbour and marine facilities at Port-aux-Basques from the Minister of Transport to the Minister of Fisheries and Oceans, is *ultra vires* the authority provided by *Public Works Act*, subsection 35(1) and is void for uncertainty. Subsection 35(1) provides that the Governor in Council may transfer the management, charge and direction of any public work, or any power, duty, or function with respect to any work between ministers. In 1949 public harbours, wharves, breakwaters, and aids to navigation belonging to Newfoundland

T-553-92  
James Doyle (Sr) & Sons Limited (*requérante*)

c.

Ministre des Pêches et Océans (*intimé*)

*RÉPERTORIÉ: JAMES DOYLE (SR) & SONS LTD. c. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET OcéANS) (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Reed—Halifax, 14 avril; Vancouver, 13 mai 1992.

*Interprétation des lois — Art. 35(1) de la Loi sur les travaux publics — Demande en vue de déclarer le décret TR/82-117, qui visait à transférer la gestion et le contrôle du port et des installations portuaires de Port-aux-Basques, exorbitant du pouvoir conféré au gouverneur en conseil à l’art. 35(1) de la Loi sur les travaux publics de transférer à un autre ministre l’administration de tous ouvrages publics ou les fonctions ou attributions relatives à des ouvrages — L’art. 35 régit exclusivement les «travaux publics», soit les objets et les structures qui font l’objet d’une construction — Le TR/82-117 inclut dans le transfert «150 pieds de l’extérieur de l’extrémité la plus avancée de chaque structure, et ce, de tous les côtés» — Les quais transférés et le terrain adjacent sont nécessaires au contrôle de l’utilisation des quais — Seuls les travaux publics, et non les biens en général, sont transférés — Le transfert relève du pouvoir conféré à l’art. 35(1) — Le TR/82-117 n’est pas nul pour obscurité — La précision nécessaire dépend des personnes auxquelles le texte réglementaire est destiné — Il n’y a eu aucune confusion dans l’esprit des ministres ou des fonctionnaires à l’égard des installations concernées.*

*Travaux publics — L’art. 35(1) de la Loi sur les travaux publics confère au gouverneur en conseil le pouvoir de transférer à un autre ministre l’administration de tout ouvrage public ou les fonctions ou attributions relatives à des ouvrages — «Travaux publics» désigne les objets ou les structures qui font l’objet d’une construction — Le décret visant à transférer la gestion et le contrôle d’un port et des installations portuaires n’est pas exorbitant du pouvoir prévu à l’art. 35(1) — Le transfert de «150 pieds de l’extérieur de l’extrémité la plus avancée de chaque structure, et ce, de tous les côtés» vise les quais et le terrain adjacent nécessaire à l’exercice du contrôle de l’utilisation des quais, et non les biens en général.*

Il s’agit d’une demande en vue de déclarer le décret TR/82-117, qui visait à transférer la gestion et le contrôle du port et des installations maritimes de Port-aux-Basques du ministre des Transports au ministre des Pêches et Océans, exorbitant du pouvoir prévu au paragraphe 35(1) de la *Loi sur les travaux publics* et nul du fait de son obscurité. Le paragraphe 35(1) prévoit que le gouverneur en conseil peut transférer l’administration, la conduite et la direction de tous ouvrages publics ou les fonctions ou attributions relatives à des ouvrages. En 1949, les ports, les quais, les brise-lames et les balises publics appartenant à Terre-Neuve ont été transférés au gouvernement fédé-

were transferred to the federal government. In 1957 the harbour of Port-aux-Basques was declared to be a public harbour. At that time, the *Government Harbours and Piers Act* provided that harbours, wharves and piers which were the property of Canada were under the control and management of the Minister of Transport. In 1978 the *Fishing and Recreational Harbours Act* was enacted. Section 4 thereof gave the control and administration of harbours to the Minister of Fisheries and Oceans. Section 3 provided that nothing in the Act affected the powers of the Minister of Transport under any other Act, and section 28 repealed section 4 of the *Government Harbours and Piers Act* so that the use, maintenance and ordinary repairs of all harbours, wharves, piers and breakwaters were the responsibility of the Minister of Transport, except those as were pursuant to any other Act under the control and management of any other minister. In 1982 Schedule 1 to the Fishing and Recreational Harbours Regulations was amended by SOR/82-911 to add "All property including facilities" at Channel (Port-aux-Basques) to the list of harbours subject to the Regulations. If such designation was valid, the harbour would thereafter fall under the authority of the Minister responsible for the *Fishing and Recreational Harbours Act*, the Minister of Fisheries and Oceans. Prior to the issuance of SOR/82-911, SI/82-117 was enacted. The Schedule thereto provided that for designated harbours and marine facilities (including Channel), the limits of the property were that area measured 150 feet outside the longest projection of each structure on all sides. 1983 amendments to the *Government Harbours and Piers Act* renamed it the *Public Harbours and Port Facilities Act*, and gave the Minister of Transport the control and management of harbours declared to be public harbours, and port facilities and harbours belonging to Canada other than those under the control and management of any other minister. Every public harbour on the day before the Act came into force was deemed to have been declared a public harbour.

The applicant argued that SI/82-117 was invalid because subsection 35(1) did not authorize the Governor in Council to transfer control over a harbour from one minister to another. Secondly, it was void for uncertainty: the location of "Channel" at Port-aux-Basques was not well known and "All property including facilities" was so broad and general a description as to be impossible to interpret. Additionally, it was argued that SOR/82-911 could not transfer control over the harbour at Port-aux-Basques from the Minister of Transport to the Minister of Fisheries and Oceans because section 3 of the *Fishing and Recreational Harbours Act* specifically states that nothing in that Act applies to or affects any of the powers or duties of the Minister of Transport. Lastly, it was argued that as a public harbour Port-aux-Basques comes under the authority of the Minister of Transport by operation of section 32 of S.C. 1980-81-82-83.

*Held*, the application should be dismissed.

SI/82-117 was not *ultra vires* the authority provided in *Public Works Act*, subsection 35(1). Subsection 35(1) did not authorize the transfer of the control over harbours between

ral. En 1957, le port de Port-aux-Basques a été déclaré port public. À ce moment-là, la *Loi sur les ports et jetées de l'État* prévoyait que les ports, quais et jetées appartenant au Canada relevaient du contrôle et de la gestion du ministre des Transports. En 1978, la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance* a été adoptée. L'article 4 prévoyait que les ports relevaient de l'autorité du ministre des Pêches et Océans. L'article 3 prévoyait que rien dans la Loi ne concernait les pouvoirs qu'attribuent au ministre des Transports les lois du Parlement, et l'article 28 abrogeait l'article 4 de la *Loi sur les ports et jetées de l'État*, faisant en sorte que, sauf les ports, quais, jetées et brise-lames placés, conformément à une autre loi du Parlement, sous le contrôle et la direction d'un autre ministre, tous les ports, quais, jetées et brise-lames relevaient du contrôle et de la gestion du ministre des Transports quant à leur usage, à leur entretien et à leurs réparations. En 1982, l'annexe I du *Règlement sur les ports de pêche et de plaisance* a été modifié par le DORS/82-911 afin d'ajouter «toutes les propriétés incluant les installations» de Channel (Port-aux-Basques) à la liste des ports assujettis au Règlement. Si une telle désignation était valide, le port relèverait alors de l'autorité du ministre responsable de la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance*, soit le ministre des Pêches et Océans. Avant l'adoption du DORS/82-911, le TR/82-117 a été adopté. Son annexe prévoyait que, pour les ports ou installations maritimes marqués d'un astérisque (dont Channel), la limite de la propriété devait être mesurée à 150 pieds de l'extérieur de l'extrémité la plus avancée de chaque structure, et ce, de tous les côtés. Grâce aux modifications apportées en 1983, la *Loi sur les ports et jetées de l'État* est devenue la *Loi sur les ports et installations de ports publics* et le ministre des Transports s'est vu conférer le contrôle et l'administration des ports déclarés ports publics et des installations portuaires et des ports appartenant au Canada à l'exception de ceux qui étaient sous le contrôle et l'administration d'un autre ministre. Tout port qui, le jour précédent celui de l'entrée en vigueur de la Loi, était un port public, était réputé avoir été déclaré port public.

La requérante a prétendu que le TR/82-117 était nul en raison du paragraphe 35(1) qui n'autorise pas le gouverneur en conseil à transférer le contrôle d'un port d'un ministre à un autre. De plus, il était nul du fait de son obscurité: l'endroit où est situé «Channel» à Port-aux-Basques est peu connu, et l'expression «toutes propriétés incluant les installations» est large et générale à un point tel qu'elle ne peut être interprétée. En outre, la requérante a soutenu que le DORS/82-911 ne pourrait transférer le contrôle du port de Port-aux-Basques du ministre des Transports au ministre des Pêches et Océans parce que l'article 3 de la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance* précise que rien dans cette Loi ne s'applique ni ne touche aux pouvoirs et aux fonctions du ministre des Transports. Enfin, la requérante a soutenu qu'à titre de port public, Port-aux-Basques relevait du ministre des Transports en vertu de l'article 32 des S.C. 1980-81-82-83.

*Jugement*: la demande devrait être rejetée.

Le TR/82-117 n'est pas exorbitant du pouvoir prévu au paragraphe 35(1) de la *Loi sur les travaux publics*. Le paragraphe 35(1) n'autorise pas le transfert du contrôle des ports



ministers. Part I of the Act applied to public works and property under the control of the Department of Public Works. Part II, within which subsection 35(1) falls, applies only to "public works" which means physical things or structures that are the subject of construction. Harbours, as opposed to harbour and marine facilities, are not public works. (The respondent argued that subsection 35(1) was not limited to public works because section 2, which limits the application of Part I to public works and property under the control of the Department of Public Works expressly states that the application of Part II is not so limited. That lack of limitation means that Part II will apply to public works that are under the control of any departments and not merely those under the control of the Department of Public Works. Section 2 does not expand the scope of subsection 35(1) so that it applies not only to public works, but also to all property, including all harbours, owned by the federal government.) Public works such as wharves could be transferred from one minister to another pursuant to subsection 35(1). The description of the transfer in SI/82-117 as including "150 feet outside the longest projection of each structure on all sides" would have been pointless unless it was intended that structures (public works), not property at large were being transferred. If a statutory instrument can reasonably be interpreted in such a way that brings it within the scope of the provision pursuant to which it was issued, then it should be so interpreted. Subsection 35(1) states that not only may public works be transferred from the control of one minister to another, but also "any power, duty or function with respect to any work". What was transferred were wharves, together with such immediately adjacent area as is necessary to exercise control over those public works. Without control over the surrounding area the responsible minister would not be able to control the use of the wharves.

SI/82-117 was not void for uncertainty. The same level of precision may not be necessary where a statutory instrument is addressed to ministers and administrators of the relevant legislation as would be required if it were addressed primarily to the public at large. There was no evidence of confusion among the respective ministers or officials as to which facilities were to be administered by whom or what facilities were covered.

*Fishing and Recreational Harbours Act*, section 3 refers only to the powers and duties of the Minister of Transport, not to the geographic scope, i.e. the specific ports, to which those powers and duties pertain. Paragraph 9(a), which gives the Governor in Council power to make regulations describing the fishing or recreational harbours that are under the control and administration of the Minister for the purposes of the Act, was enacted to allow the Governor in Council to designate those ports which were to fall under the authority of the Minister responsible for the *Fishing and Recreational Harbours Act*, regardless of whether or not the harbours had previously been under the control of the Minister of Transport. The amendment to section 4 of the *Government Harbours and Piers Act* provides that the Minister of Transport's authority over harbours exists only to the extent that such harbours are not pursuant to any other Act under the control and management of any other minister. A designation by the Governor in Council pursuant

entre ministres. La Partie I de cette Loi s'applique aux travaux publics et aux biens qui relèvent du ministère des Travaux publics. La Partie II, de laquelle le paragraphe 35(1) relève, régit exclusivement les «travaux publics», ce qui désigne les objets et les structures qui font l'objet d'une construction. Les ports, par opposition aux ports et installations maritimes, ne sont pas des travaux publics. (L'intimé a soutenu que le paragraphe 35(1) ne se limitait pas aux travaux publics puisque l'article 2, qui limite l'application de la Partie I aux travaux publics et aux biens qui relèvent du ministère des Travaux publics, énonce expressément que la Partie II n'est pas limitée dans son application. Cette latitude signifie que la Partie II vise les travaux publics relevant de tous les ministères et non seulement du ministère des Travaux publics. L'article 2 n'élargit pas la portée du paragraphe 35(1) de façon à ce que celui-ci s'applique, outre aux travaux publics, à tous les biens, dont tous les ports appartenant au gouvernement fédéral.) Les travaux publics, tels les quais, peuvent être transférés d'un ministre à un autre en vertu du paragraphe 35(1). Il n'y aurait eu aucune raison d'inclure, dans le transfert prévu dans le TR/82-117, «150 pieds de l'extrémité la plus avancée de chaque structure, et ce, de tous les côtés» si on ne souhaitait pas que les structures (les travaux publics), et non les biens en général, soient transférés. Lorsqu'il est raisonnable d'interpréter un texte réglementaire de façon à ce qu'il relève de la disposition conformément à laquelle il a été pris, il convient alors de l'interpréter ainsi. Le paragraphe 35(1) énonce qu'outre le contrôle des travaux publics, celui «[d]es attributions relatives à des ouvrages» peut être transféré d'un ministre à un autre. Le transfert touchait des quais et le terrain adjacent nécessaire à l'exercice du contrôle de ces travaux publics. Sans le contrôle des lieux environnants, le ministre responsable serait incapable de contrôler l'usage des quais.

Le TR/82-117 n'est pas nul pour obscurité. Le texte réglementaire ne requiert pas le même degré de précision lorsqu'il est destiné aux ministres et aux fonctionnaires qui administrent les lois et règlements pertinents que s'il s'adressait principalement au grand public. Rien ne prouve qu'il y ait jamais eu confusion, dans l'esprit des ministres ou des fonctionnaires respectifs, à l'égard des installations qu'ils devaient administrer ou de celles qui étaient concernées.

L'article 3 de la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance* vise les seuls pouvoirs et fonctions du ministre des Transports, et non pas l'espace géographique, soit les ports particuliers auxquels se rapportent ces pouvoirs et fonctions. L'alinéa 9a), qui confère au gouverneur en conseil le pouvoir d'établir des règlements pour décrire les ports de pêche ou de plaisance relevant de l'autorité du ministre aux fins de la Loi, a été adopté afin de permettre au gouverneur en conseil de désigner les ports qui relèveraient du ministre responsable de la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance*, peu importe que les ports aient antérieurement été du ressort du ministre des Transports. La modification apportée à l'article 4 de la *Loi sur les ports et jetées de l'État* prévoit que le contrôle des ports dévolu au ministre des Transports n'existe que dans la mesure où ces ports ne sont pas placés, conformément à une autre loi du Parlement, sous le contrôle et la direction d'un autre ministre. Si le gouverneur en conseil procédait à une désignation confor-

to paragraph 9(a) would place the harbour at Port-aux-Basques under the control of another minister pursuant to that Act.

The authority given to the Minister of Transport as a result of a harbour having been declared to be a public harbour only extends to the appointment and control of harbour masters as well as to the establishing of fees for the use of the harbour and the implementation of provisions respecting the use of the harbour. These provisions are not inconsistent with control of the wharves by another minister.

mément à l'alinéa 9a), le port de Port-aux-Basques relèverait, conformément à cette Loi, de l'autorité d'un autre ministre.

Le pouvoir conféré au ministre des Transports à la suite d'une déclaration faisant d'un port un port public ne s'étend qu'à la nomination et à la direction des capitaines de ports, à l'établissement de droits concernant l'utilisation du port et à la mise en place de dispositions relatives à cette utilisation. Ces dispositions ne sont pas incompatibles avec le contrôle des quais conférés à un autre ministre.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the National Harbours Board Act, the Government Harbours and Piers Act, the Harbour Commissions Act, the Canada Shipping Act and the Fishing and Recreational Harbours Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 121, ss. 18, 32.

*Canada Shipping Act*, R.S.C. 1952, c. 29, s. 600.

*Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9 [now R.S.C., 1985, c. S-9.]

*Fishing and Recreational Harbours Act*, S.C. 1977-78, c. 30, ss. 2, 3, 4, 8, 9 (as am. by S.C. 1984, c. 40, s. 30), 27, 28.

*Fishing and Recreational Harbours Regulations*, SOR/78-767, Schedule I (as am. by SOR/82-911).

*Newfoundland Act*, 12-13 Geo. VI, c. 22 (U.K.) (as am. by *Canada Act* 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act*, 1982, Item 21) [R.S.C., 1985, Appendix No. 32], s. 33.

Proclamation declaring Port aux Basques, Newfoundland, to be a public harbour, SOR/58-21.

*Public Harbours and Port Facilities Act*, R.S.C. 1952, c. 135, ss. 1 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 121, s. 18), 2 (as am. *idem*), 3 (as am. *idem*), 3.1 (as am. *idem*), 4 (as am. *idem*), 5 (as am. *idem*).

*Public Harbours and Port Facilities Act*, R.S.C., 1985, c. P-29, s. 8(4).

*Public Works Act*, R.S.C. 1970, c. P-38, ss. 2, 35(1).

*Public Works Act*, R.S.C., 1985, c. P-38, s. 36(1).

Transfer from the Minister of Transport to the Minister of Fisheries and Oceans, the Management, Charge and Direction of Certain Harbours and Marine Facilities Under the Act, SI/82-117.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### REFERRED TO:

*The King v. Dubois*, [1935] S.C.R. 378; [1935] 3 D.L.R. 209; *Wolfe v. The King* (1921), 63 S.C.R. 141; 63 D.L.R. 647; *The King v. Lefrançois* (1908), 40 S.C.R. 431; 5 E.L.R. 268; *In re Hassard and Corporation of the City of Toronto* (1908), 16 O.L.R. 500 (Div. Ct.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

La Loi modifiant la Loi sur le Conseil des ports nationaux, la Loi sur les ports et jetées de l'État, la Loi sur les Commissions de port, la Loi sur la marine marchande du Canada et la Loi sur les ports de pêche et de plaisance, S.C. 1980-81-82-83, ch. 121, art. 18, 32.

*Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1952, ch. 29, art. 600.

*Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, ch. S-9 [maintenant L.R.C. (1985), ch. S-9].

*Loi sur les ports de pêche et de plaisance*, S.C. 1977-78, ch. 30, art. 2, 3, 4, 8, 9 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 47, art. 53, annexe II, item 10; 1984, ch. 40, art. 30), 27, 28.

*Loi sur les ports et jetées de l'État*, S.R.C. 1952, ch. 135, art. 1 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 121, art. 18), 2 (mod., *idem*), 3 (mod., *idem*), 3.1 (mod., *idem*), 4 (mod., *idem*), 5 (mod., *idem*).

*Loi sur les ports et installations portuaires publics*, L.R.C. (1985), ch. P-29, art. 8(4).

*Loi sur les travaux publics*, S.R.C. 1970, ch. P-38, art. 2, 35(1).

*Loi sur les travaux publics*, L.R.C. (1985), ch. P-38, art. 36(1).

*Loi sur Terre-Neuve*, 12-13 Geo. VI, ch. 22 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 21 [L.R.C. (1985), appendice n° 32], art. 33.

Proclamation déclarant Port-aux-Basques (Terre-Neuve), port public, DORS/58-21.

*Règlement sur les ports de pêche et de plaisance*, DORS/78-767, annexe I (mod. par DORS/82-911).

Transfert de l'administration, la conduite et la direction de certains ports et installations maritimes du ministre des Transports en vertu de la Loi sur les ports et jetées de l'État au ministre des Pêches et Océans, TR/82-117.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS CITÉES:

*The King v. Dubois*, [1935] R.C.S. 378; [1935] 3 D.L.R. 209; *Wolfe v. The King* (1921), 63 R.C.S. 141; 63 D.L.R. 647; *The King v. Lefrançois* (1908), 40 R.C.S. 431; 5 E.L.R. 268; *In re Hassard and Corporation of the City of Toronto* (1908), 16 O.L.R. 500 (C. div.).

## CONSIDERED:

*McKay et al. v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798; (1965), 53 D.L.R. (2d) 532; *Heppner v. Province of Alberta* (1977), 6 A.R. 154; 80 D.L.R. (3d) 112; 4 Alta. L.R. 139 (S.C. App. Div.).

APPLICATION for a declaration that order in council SI/82-117 is *ultra vires*. Application dismissed.

## COUNSEL:

*Joseph S. Hutchings* for applicant.  
*John J. Ashley* for respondent.

## SOLICITORS:

*Poole, Althouse, Clarke, Thompson & Thomas*,  
Corner Brook, Newfoundland, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

REED J.: The applicant seeks a declaration that SI/82-117, an order in council which purportedly transferred management and control over the harbour and marine facilities at Port-aux-Basques from the Minister of Transport to the Minister of Fisheries and Oceans, is void and of no effect. It is argued that that order in council is *ultra vires* the authority provided by subsection 35(1) of the *Public Works Act*, R.S.C. 1970, c. P-38 (now subsection 36(1) of R.S.C., 1985, c. P-38). In addition, it is argued that SI/82-117 is void for uncertainty. These issues were set down for hearing by order of Mr. Justice Rouleau dated February 18, 1992.

The applicant's interest in seeking such declaration arises out of a refusal by the Minister of Fisheries and Oceans to provide the applicant with a licence to off-load fish at the wharf facilities in Port-aux-Basques. The applicant had been granted such permission in previous years.

Legislative History

It is necessary to consider SI/82-117 in the context of the legislative history surrounding it. In 1949 with the union of Newfoundland and Canada, certain pub-

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*McKay et al. v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; (1965), 53 D.L.R. (2d) 532; *Heppner v. Province of Alberta* (1977), 6 A.R. 154; 80 D.L.R. (3d) 112; 4 Alta. L.R. 139 (C.S., div. app.)

DEMANDE visant à ce que le décret TR/82-117 soit déclaré *ultra vires*. Demande rejetée.

## AVOCATS:

*Joseph S. Hutchings* pour la requérante.  
*John J. Ashley* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Poole, Althouse, Clarke, Thompson & Thomas*,  
Corner Brook (Terre-Neuve), pour la requérante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE REED: La requérante demande que le décret TR/82-117, qui visait à transférer la gestion et le contrôle du port et des installations maritimes de Port-aux-Basques du ministre des Transports au ministre des Pêches et Océans, soit déclaré nul et sans effet. La requérante soutient que le décret est exorbitant du pouvoir prévu au paragraphe 35(1) de la *Loi sur les travaux publics*, S.R.C. 1970, ch. P-38 (maintenant le paragraphe 36(1) des L.R.C. (1985), ch. P-38). En outre, selon la requérante, le TR/82-117 est nul du fait de son obscurité. Ces questions ont été inscrites pour audition dans une ordonnance rendue le 18 février 1992 par le juge Rouleau.

L'intérêt de la requérante à demander un tel jugement déclaratoire est né du refus du ministre des Pêches et Océans de lui délivrer un permis lui permettant de décharger du poisson au port de Port-aux-Basques. La requérante avait reçu cette autorisation pour les années passées.

Historique législatif

Le TR/82-117 doit être examiné dans le contexte de l'historique législatif l'entourant. En 1949, l'union de Terre-Neuve au Canada a entraîné le transfert de

lic works and property were transferred to the federal government:<sup>1</sup>

33. The following public works and property of Newfoundland shall become the property of Canada when the service concerned is taken over by Canada, subject to any trusts existing in respect thereof, and to any interest other than that of Newfoundland in the same, namely,

(a) the Newfoundland Railway, including rights of way, wharves, drydocks, and other real property, rolling stock, equipment, ships, and other personal property;

(b) the Newfoundland Airport at Gander, including buildings and equipment, together with any other property used for the operation of the Airport;

(c) the Newfoundland Hotel and equipment;

(d) public harbours, wharves, break-waters, and aids to navigation;

On December 13, 1957, pursuant to section 600 of the *Canada Shipping Act*,<sup>2</sup> the harbour of Port-aux-Basques was declared by SOR/58-21 to be a public harbour:

... WHEREAS it is expedient and Our Privy Council for Canada has advised that the harbour of Port aux Basques, in the Province of Newfoundland, be declared a public harbour, the limits of which shall be defined as follows:

All tidal waters of Port aux Basques west of Longitude 59° 07'W. and north of Latitude 47° 34'N.

NOW KNOW YE that We, by and with the advice of Our Privy Council for Canada, do by this Our Proclamation declare the said harbour of Port aux Basques to be a public harbour, the limits of which shall be as hereinbefore defined.

At that time, the *Government Harbours and Piers Act*,<sup>3</sup> provided, subject to some exceptions,<sup>4</sup> that harbours, wharves and piers which were the property of Canada were under the control and management of the Minister of Transport:

2. In this Act, "Minister" means the Minister of Transport.

3. Nothing in this Act applies to any harbour under the administration, management and control of the National

<sup>1</sup> *British North America Act, 1949*, now entitled *Newfoundland Act*, 12-13 Geo. VI, c. 22 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 21) [R.S.C., 1985, Appendix No. 32].

<sup>2</sup> R.S.C. 1952, c. 29.

<sup>3</sup> R.S.C. 1952, c. 135.

<sup>4</sup> The exceptions are not relevant for present purposes.

certain ouvrages et biens publics au gouvernement fédéral<sup>1</sup>:

33. Les ouvrages et biens publics de Terre-Neuve énumérés ci-après deviendront la propriété du Canada lorsque ce dernier absorbera le service dont il s'agit, sous réserve de toutes fiducies à leur égard et de tout intérêt autre que celui que Terre-Neuve pourrait avoir dans lesdits ouvrages et biens publics, savoir:

(a) Le chemin de fer de Terre-Neuve, y compris les droits de passage, quais, cales sèches et autres biens immeubles, le matériel roulant, l'outillage, les navires et autres biens meubles;

(b) L'aéroport de Terre-Neuve, à Gander, y compris les bâtiments et l'outillage, ainsi que tous les autres biens servant à l'exploitation de l'aéroport;

(c) Le *Newfoundland Hotel* et son matériel;

(d) Les ports, quais, brise-lames et balises de l'État;

Le 13 décembre 1957, en application de l'article 600 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*<sup>2</sup>, le port de Port-aux-Basques a été déclaré port public par le DORS/58-21:

Vu le fait que Notre Conseil privé pour le Canada a reconnu l'opportunité et recommandé de déclarer port public le port de Port-aux-Basques, dans la province de Terre-Neuve, dont les limites sont définies ainsi qu'il suit:

Toutes les eaux de marées de Port-aux-Basques à l'ouest du 59° 07' de longitude ouest et au nord du 47° 34' de latitude nord:

SACHEZ DONC MAINTENANT que de et par l'avis de Notre Conseil privé pour le Canada, Nous déclarons par Notre présente proclamation que ledit port de Port-aux-Basques est un port public, dont les limites sont définies ci-dessus.

À ce moment-là, la *Loi sur les ports et jetées de l'État*<sup>3</sup> prévoyait, sous réserve de certaines exceptions<sup>4</sup>, que les ports, quais et jetées appartenant au Canada relevaient du contrôle et de la gestion du ministre des Transports:

2. Dans la présente loi, l'expression «Ministre» signifie le ministre des Transports.

3. La présente loi ne s'applique à aucun port placé sous l'administration, la gestion et le contrôle du Conseil des ports

<sup>1</sup> *Acte de l'Amérique du Nord Britannique, 1949*, maintenant intitulé *Loi sur Terre-Neuve*, 12-13 Geo. VI, ch. 22 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 21) [L.R.C. (1985), appendix n° 32].

<sup>2</sup> S.R.C. 1952, ch. 29.

<sup>3</sup> S.R.C. 1952, ch. 135.

<sup>4</sup> Ces exceptions ne sont pas pertinentes en l'espèce.

Harbours Board or of any commissioners appointed under any Act of the Parliament of Canada.

4. Except such wharfs, piers and breakwaters as are on or connected with canals, the use, maintenance and ordinary repairs of all harbours, wharfs, piers and breakwaters constructed or completed at the expense of Canada, or in any way the property of Canada, and the making and enforcing of regulations concerning such use, maintenance and ordinary repairs, and the collection of tolls and dues for such use, shall be under the control and management of the Minister.

5. Such construction and repairs and the works connected therewith, other than maintenance and ordinary repairs, shall be under the control and direction of the Minister of Public Works.

This situation essentially remained unchanged until the *Fishing and Recreational Harbours Act* was enacted in 1978.<sup>5</sup> The relevant provisions of that Act state:

3. Nothing in this Act applies to or affects

(a) any harbour, works or property under the jurisdiction of the National Harbours Board or of any harbour Commission established under any Act of Parliament;

(b) any harbour, wharf, pier or breakwater under the control and management of any member of the Queen's Privy Council for Canada other than the Minister; or

(c) any of the powers or duties of the Minister of Transport or the Minister of Public Works under any other Act of Parliament or regulations made pursuant thereto.

4. The use, management and maintenance of every scheduled harbour, the enforcement of regulations relating thereto and the collection of charges for the use of every scheduled harbour are under the control and administration of the Minister [assumed for present purposes to be the Minister of Fisheries and Oceans].<sup>6</sup>

8. The Minister [of Fisheries and Oceans] may, subject to the regulations,

(a) lease any scheduled harbour or any part thereof to any persons;

(b) grant a licence to any person for the use of any scheduled harbour or any part thereof; and

(c) enter into an agreement with the government of any province or any agency thereof for the occupancy and use of any scheduled harbour or any part thereof.

<sup>5</sup> S.C. 1977-78, c. 30.

<sup>6</sup> S. 2 provides:

2. . . .

«Minister» means such member of the Queen's Privy Council for Canada as is designated by the Governor in Council to act as the Minister for the purposes of this Act.

nationaux ou de commissaires nommés en vertu de quelque loi du Parlement du Canada.

4. Sauf les quais, jetées et brise-lames situés sur des canaux ou s'y rattachant, tous les ports, quais, jetées et brise-lames construits ou terminés aux frais du Canada ou qui appartiennent de quelque manière au Canada relèvent du contrôle et de la gestion du Ministre quant à leur usage, à leur entretien et à leurs réparations ordinaires, ainsi qu'en ce qui concerne l'établissement et la mise en vigueur de règlements relatifs à cet usage, à cet entretien et à ces réparations ordinaires, et la perception des droits et péages pour cet usage.

5. Cette construction et ces réparations, ainsi que les travaux qui s'y rattachent, autres que les travaux d'entretien et de réparations ordinaires, relèvent du contrôle et de la direction du ministre des Travaux publics.

La situation est essentiellement demeurée la même jusqu'à l'adoption de la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance* en 1978<sup>5</sup>. Les dispositions pertinentes de cette Loi énoncent ce qui suit:

3. La présente loi ne concerne

a) ni les ports, ouvrages ou biens relevant du Conseil des ports nationaux ou de commissions de ports constituées en vertu d'une loi du Parlement;

b) ni les ports, quais, appontements, jetées ou brise-lames placés sous l'autorité d'un membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada autre que le Ministre;

c) ni les pouvoirs ou fonctions qu'attribuent au ministre des Transports ou à celui des Travaux publics les lois du Parlement ou leurs règlements d'application.

4. L'utilisation, la gestion et l'entretien des ports inscrits sont sous l'autorité du Ministre, qui veille à l'application des règlements et à la perception des droits relatifs à cette utilisation. [Pour les fins de l'espèce, on présume qu'il s'agit du ministre des Pêches et Océans<sup>6</sup>.]

8. Sous réserves des règlements, le Ministre peut, pour tout ou partie d'un port inscrit,

a) consentir un bail;

b) délivrer un permis d'exploitation;

c) conclure, avec un gouvernement ou un organisme provincial, un accord d'occupation et d'exploitation.

<sup>5</sup> S.C. 1977-78, ch. 30.

<sup>6</sup> L'art. 2 porte que:

2. . . .

«Ministre» désigne le membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada chargé, par le gouverneur en conseil, de l'application de la présente loi.

### 9. The Governor in Council may make regulations

(a) prescribing schedules naming and delimiting or describing the fishing or recreational harbours that are under the control and administration of the Minister for the purposes of this Act;

(b) for the maintenance of order and the safety of persons and property at any scheduled harbour;

(c) not inconsistent with any other Act of Parliament or regulations made thereunder, for the control of mooring, berthing, loading and discharging of vessels at any scheduled harbour;

(d) not inconsistent with any other Act of Parliament or regulations made thereunder, for the control of pollution at any scheduled harbour;

(e) prescribing standards for the accommodation and services provided or to be provided at any scheduled harbour;

(f) prescribing charges for the use of any scheduled harbour;

(g) prescribing the duties or functions of persons appointed or designated under this or any other Act of Parliament to supervise or manage any fishing or recreational harbour to which this Act applies;

27. (1) Every person appointed or designated to perform the duties or functions of a wharfinger pursuant to section 6 of the *Government Harbours and Piers Act* and who is employed in that capacity upon the coming into force of this Act at any fishing or recreational harbour to which this Act applies continues to act in that capacity in respect of that harbour until the termination of his appointment or designation by the Minister, subject to such alteration or variation of his duties or functions as the Minister may direct or as may be prescribed by regulations made under this Act.

(2) For the purposes of this Act, the Minister may appoint and fix the remuneration of such officers or employees as he thinks proper for the operation, administration and management of any scheduled harbours, and the officers or employees so appointed shall perform such duties or functions as the Minister may direct or as may be prescribed by regulations made under this Act.

28. Section 4 of the *Government Harbours and Piers Act* is repealed and the following substituted therefor:

«4. Except such wharfs, piers and breakwaters as are on or connected with canals, and such harbours, wharfs, piers and breakwaters as are, pursuant to any other Act of Parliament, under the control and management of any other member of the Queen's Privy Council for Canada, the use, maintenance and ordinary repairs of all harbours, wharfs, piers and breakwaters constructed or completed at the expense of Canada, or in any way the property of Canada, and the making and enforcing of regulations concerning such use, maintenance and ordinary repairs, and the collection of tolls and dues for such use, are under the control and management of the Minister [the Minister of Transport].» [Underlining added.]

### 9. Le gouverneur en conseil peut établir des règlements

a) prescrivant les annexes pour nommer, délimiter ou décrire les ports de pêche ou de plaisance relevant de l'autorité du Ministre aux fins de la présente loi;

b) concernant le maintien de l'ordre et la sécurité des personnes et des biens dans les ports inscrits;

c) concernant le contrôle, dans la mesure compatible avec les autres lois du Parlement ou leurs règlements d'application, de l'amarrage, de l'accostage, du déchargement ou du chargement des navires dans les ports inscrits;

d) concernant le contrôle, dans la mesure compatible avec les autres lois du Parlement ou leurs règlements d'application, de la pollution dans les ports inscrits;

e) concernant la fixation de normes relatives aux moyens d'accueil en place ou prévus dans les ports inscrits;

f) prescrivant les droits d'utilisation pour les ports inscrits;

g) prescrivant les fonctions des personnes nommées ou désignées en vertu d'une loi du Parlement, notamment la présente, pour surveiller ou administrer les ports de pêche ou de plaisance visés par la présente loi;

27. (1) Les personnes occupant, conformément à l'article 6 de la *Loi sur les ports et jetées de l'État*, le poste de gardien de quai, à l'entrée en vigueur de la présente loi, dans un port de pêche ou de plaisance visé par la présente loi, conservent leurs fonctions jusqu'à ce que le Ministre y mette fin, sous réserve des modifications apportées à leurs attributions sur directive du Ministre ou par règlement établi en vertu de la présente loi.

(2) Le Ministre peut nommer, aux fins de la présente loi, les fonctionnaires et employés qu'il juge nécessaires pour la direction, l'administration ou la gérance des ports inscrits et fixer leur rémunération; ces personnes accomplissent les tâches que leur confère le Ministre ou qui peuvent être prescrites par les règlements d'application de la présente loi.

28. L'article 4 de la *Loi sur les ports et jetées de l'État* est abrogé et remplacé par ce qui suit:

«4. Sauf les quais, jetées et brise-lames situés sur des canaux ou s'y rattachant, ou les ports, quais, jetées et brise-lames placés, conformément à une autre loi du Parlement, sous le contrôle et la direction d'un autre membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada, tous les ports, quais, jetées et brise-lames construits ou terminés aux frais du Canada ou qui appartiennent au Canada relèvent du contrôle et de la gestion du Ministre [le ministre des Transports] quant à leur usage, à leur entretien et à leurs réparations ordinaires, ainsi qu'en ce qui concerne l'établissement et le mise en vigueur de règlements relatifs à cet usage, à cet entretien et à ces réparations ordinaires, et la perception des droits et péages pour cet usage.» [C'est moi qui souligne.]

SOR/82-911 Issued Pursuant to *Fishing and Recreational Harbours Act*

On October 8, 1982, SOR/82-911 [*Fishing and Recreational Harbours Regulations*, SOR/78-767, Schedule I] was issued pursuant to section 9 of the *Fishing and Recreational Harbours Act*.<sup>7</sup> This named Channel (Port-aux-Basques) in the federal electoral constituency of Burin-St. George's as one of the harbours listed in Schedule I of the Regulations. If such designation is valid the harbour would thereafter fall under the authority of the Minister responsible for that *Fishing and Recreational Harbours Act*. As has been noted, it is assumed that this would be the Minister of Fisheries and Oceans.

SI/82-117 Issued Pursuant to *Public Works Act*

Prior to the issuance of SOR/82-911, on May 20, 1982, SI/82-117 purported to transfer control and management over the harbour and marine facilities of Port-aux-Basques from the Minister of Transport to the Minister of Fisheries and Oceans. This was effected pursuant to subsection 35(1) of the *Public Works Act*, R.S.C. 1970, c. P-38, Part II. That provision provided:

35. (1) The Governor in Council may at any time transfer the management, charge and direction of any public work, or any power, duty, or function with respect to any work or class of works, whether public or private, that is assigned to or vested by statute in any minister or department, to any other minister or department; and from the date appointed for that purpose by the Governor in Council, such power, duty, or function shall be transferred to, and vested in such other minister or department; and the provisions of this Act, so far as they are applicable, apply to any work or property the maintenance, repair, control or management of which is transferred under this section. [Underlining added.]

Order in Council SI/82-117 reads as follows:

**Transfer from the Minister of Transport to the Minister of Fisheries and Oceans, the Management, Charge and Direction of Certain Harbours and Marine Facilities Under the Act**

P.C. 1982-1545 20 May, 1982

His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Transport and the Minister of

<sup>7</sup> S.C. 1977-78, c. 30; editorial amendments were made to section 9 by S.C. 1980-81-82-83, c. 47, s. 53 (Schedule II, Item 10 (F.)) and S.C. 1984, c. 40, s. 30.

Le DORS/82-911 adopté conformément à la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance*

Le 8 octobre 1982, le DORS/82-911 [*Règlement sur les ports de pêche et de plaisance*, DORS/78-767, annexe I] était adopté en vertu de l'article 9 de la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance*<sup>7</sup>. Il faisait de Channel (Port-aux-Basques), dans la circonscription électorale fédérale de Burin-St. George's, l'un des ports énumérés à l'annexe I du Règlement. Si une telle désignation est valide, le port relèverait alors de l'autorité du ministre responsable de cette *Loi sur les ports de pêche et de plaisance*. Comme on l'a remarqué précédemment, on présume qu'il s'agirait du ministre des Pêches et Océans.

Le TR/82-117 adopté conformément à la *Loi sur les travaux publics*

Avant l'adoption du DORS/82-911, le 20 mai 1982, le TR/82-117 visait à transférer le contrôle et la gestion des quais et des installations maritimes de Port-aux-Basques du ministre des Transports au ministre des Pêches et Océans. Ce transfert a été effectué conformément au paragraphe 35(1) de la *Loi sur les travaux publics*, S.R.C. 1970, ch. P-38, Partie II, ainsi libellé:

35. (1) Le gouverneur en conseil peut, à l'occasion, transférer l'administration, la conduite et la direction de tous travaux ou ouvrages publics, ou les fonctions ou attributions relatives à tous ouvrages ou à toute classe d'ouvrages, soit publics, soit privés, qui sont assignés ou dévolus par une loi à un ministre ou à un ministère, à tout autre ministre ou ministère; et dès la date fixée à cette fin par le gouverneur en conseil, ces fonctions ou attributions sont transférées et dévolues à cet autre ministre ou à cet autre ministère; et les dispositions de la présente loi s'appliquent, en tant qu'elles sont applicables, à tous les ouvrages ou biens dont l'entretien, la réparation, le contrôle ou l'administration ont été transférés par application du présent article. (C'est moi qui souligne.)

Le décret TR/82-117 est ainsi libellé:

**Transfert de l'administration, la conduite et la direction de certains ports et installations maritimes du ministre des Transports en vertu de la Loi sur les ports et jetées de l'État au ministre des Pêches et Océans**

C.P. 1982-1545 20 mai 1982

Sur avis conforme du ministre des Transports et du ministre des Pêches et Océans, et en vertu du paragraphe 35(1) de la Loi

<sup>7</sup> S.C. 1977-78, ch. 30; des modifications quant à la forme ont été apportées à l'article 9 par S.C. 1980-81-82-83, ch. 47, art. 53 (annexe II, item 10) et S.C. 1984, ch. 40, art. 30.

Fisheries and Oceans, pursuant to subsection 35(1) of the Public Works Act, is pleased hereby to transfer from the Minister of Transport to the Minister of Fisheries and Oceans the management, charge and direction of those harbours and marine facilities vested in the Minister of Transport under the Government Harbours and Piers Act, listed in the schedule hereto.

sur les travaux publics, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil de transférer l'administration, la conduite et la direction des ports et installations maritimes qui sont dévolus au ministre des Transports en vertu de la Loi sur les ports et jetées de l'État au ministre des Pêches et Océans, conformément à l'annexe ci-après.

SCHEDULE

ANNEXE

NOTES:

REMARQUES:

1. The federal constituencies listed in this schedule are those in effect on March 26, 1979.

1. Les circonscriptions fédérales énumérées dans la présente annexe sont celles qui étaient en vigueur le 26 mars 1979.

2. For all harbours and marine facilities identified by an asterisk, the limits of the property are that area measured 150 feet outside the longest projection of each structure on all sides.

2. La limite de la propriété de tous les ports et installations portuaires marqués d'un astérisque doit être mesurée à 150 pieds de l'extérieur de l'extrémité la plus avancée de chaque structure, et ce, de tous les côtés.

3. Where there is a reference to a plan number in a description of property, the property that is subject to transfer is shown on the plan of that number in the records of the Department of Transport.

3. Lorsqu'il est fait mention d'un numéro de plan dans la description d'une propriété, la propriété sujette à un transfert est indiquée sur le plan portant ce numéro dans les dossiers du ministère des Transports.

NEWFOUNDLAND/TERRE-NEUVE

NEWFOUNDLAND/TERRE-NEUVE

Name-Location	Harbours or Marine Facilities	Federal Constituency
*Channel (Port-aux-Basques)	All property including facilities	Burin-St. George's

[Underlining added.]

Nom-Endroit	Ports ou installations maritimes	Circonscription électorale fédérale
*Channel (Port-aux-Basques)	Toutes propriétés incluant les installations	Burin-St. George's

[C'est moi qui souligne.]

Public Harbours and Port Facilities Act of 1983

La Loi sur les ports et installations de port publics de 1983

In 1983, amendments to a number of statutes dealing with harbours and port facilities were enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 121, s. 18. The *Government Harbours and Piers Act* was renamed the *Public Harbours and Port Facilities Act* and the relevant provisions thereafter read:

En 1983, les S.C. 1980-81-82-83, ch. 121, art. 18, prévoyaient l'adoption de modifications à certaines lois régissant les ports et installations portuaires. La *Loi sur les ports et jetées de l'État* est devenue la *Loi sur les ports et installations de port publics* dont les dispositions pertinentes sont ainsi libellées:

- 2. In this Act, "goods" includes all personal property and movables other than vessels;
- "Minister" means such member of the Queen's Privy Council for Canada as is designated by the Governor in Council as the Minister for the purposes of this Act [Minister of Transport by virtue of SI/83-55];
- "port facility" means any wharf, pier, break-water or other work or installation located in, on or adjacent to navigable waters and includes any land to which it is attached;

- 2. Dans la présente loi «installations de port public» désigne toute installation portuaire sous l'administration du Ministre de l'article 4;
- «installations portuaires» comprend tout quai, jetée, brise-lames ou autres ouvrages ou équipements situés soit dans des eaux navigables, soit sur de telles eaux, soit au bord de celles-ci, ainsi que les terrains adjacents;
- «marchandises» comprend tous biens mobiliers, à l'exclusion des navires;



“public harbour” means any harbour under the control and management of the Minister by virtue of section 4;

“public port facility” means any port facility under the control and management of the Minister by virtue of section 4;

3. (1) The Governor in Council may, by order,

(a) declare any area covered by water within the jurisdiction of Parliament, the limits of which area are defined by the order, to be a public harbour;

(b) alter the limits of any public harbour; and

(c) declare any port facility to be a public port facility.

(2) Every order made pursuant to this section shall be published in the *Canada Gazette*.

3.1 (1) The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, by order, terminate the application of this Act to any public harbour or public port facility if the Governor in Council is of the opinion that the termination will enable the improvement of the administration of the port or facility.

(2) Every order made pursuant to this section shall be published in the *Canada Gazette*.

4. The Minister [of Transport] has the control and management of

(a) any harbour declared to be a public harbour under section 3;

(b) any port facility declared to be a public port facility under that section; and

(c) all port facilities constructed, completed or acquired at the expense of Canada and all harbours in any way the property of Canada other than those that

(i) are under the control and management of any member of the Queen's Privy Council for Canada other than the Minister [of Transport],

(ii) the Governor in Council has authorized a harbour Commission to administer and develop on behalf of Her Majesty in right of Canada,

(iii) are under the administration, management and control of the Canada Ports Corporation or a local port corporation as defined in section 2 of the *Canada Ports Corporation Act*, or . . . . [Underlining added.]

Section 32 of S.C. 1980-81-82-83, c. 121<sup>8</sup> provided:

<sup>8</sup> This section is now s. 8(4) of R.S.C., 1985, c. P-29 [*Public Harbours and Port Facilities Act*] and reads:

«Ministre» désigne le membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada chargé par le gouverneur en conseil de l'application de la présente loi;

a «port public» désigne tout port sous l'administration du Ministre en vertu de l'article 4.

3. (1) Le gouverneur en conseil peut, par décret,

a) déclarer port public toute étendue recouverte d'eau et relevant du Parlement; le décret doit en définir les limites;

b) modifier les limites de tout port public; et

c) déclarer installations de port public toutes installations portuaires.

c (2) Tout décret pris en vertu du présent article doit être publié dans la *Gazette du Canada*.

d 3.1 (1) Sur recommandation du Ministre, le gouverneur en conseil peut, par décret, soustraire à l'application de la présente loi tous ports ou installations de port publics, s'il estime que cette mesure permet une meilleure administration de ces ports ou installations.

(2) Tout décret pris en vertu du présent article doit être publié dans la *Gazette du Canada*.

e 4. Le Ministre a le contrôle et l'administration

a) de tous les ports publics déclarés tels en vertu de l'article 3;

b) de toutes les installations de port public déclarées telles en vertu de l'article 3; et

c) de toutes les installations portuaires construites, terminées ou acquises aux frais du Canada et de tous les ports qui, de quelque manière, appartiennent au Canada, à l'exception de ceux

g (i) qui sont sous le contrôle et l'administration d'un autre membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada que le Ministre [des Transports],

(ii) dont le gouverneur en conseil a autorisé l'administration et le développement par une Commission de port pour le compte de Sa Majesté du chef du Canada,

h (iii) qui sont sous l'administration, la gestion et la régie de la Société canadienne des ports ou d'une société de port locale au sens de la définition de l'article 2 de la *Loi sur la Société canadienne des ports*, ou . . . . [C'est moi qui souligne.]

i L'article 32 des S.C. 1980-81-82-83, ch. 121<sup>8</sup> était ainsi libellé:

<sup>8</sup> Cet article est maintenant l'art. 8(4) des L.R.C. (1985), ch. P-29 [*Loi sur les ports et installations portuaires publics*] et il porte que:

32. Every harbour that, on the day immediately preceding the day on which this Act comes into force, was a public harbour to which Part XII of the *Canada Shipping Act* applied shall [sic] be deemed to have been declared a public harbour under the *Public Harbours and Port Facilities Act*. [Underlining added.]

There was no evidence before me that the 1957 declaration of Port-aux-Basques as a public harbour has even been rescinded.

#### Applicant's Position

Counsel for the applicant argues that SI/82-117 is invalid because subsection 35(1) of the *Public Works Act* does not authorize the Governor in Council to transfer control over a harbour from one minister to another. Secondly, he argues that SI/82-117 is void for uncertainty: the location of "Channel" at Port-aux-Basques is not well known if at all and "All Property including facilities" is so broad and general a description as to be impossible to interpret.

It is argued that in so far as SOR/82-911 is concerned it could not effectively transfer control over the harbour at Port-aux-Basques from the Minister of Transport to the Minister of Fisheries and Oceans because section 3 of the *Fishing and Recreational Harbours Act* specifically states that nothing in that Act applies to or affects any of the powers or duties of the Minister of Transport. And lastly, it is argued that Port-aux-Basques has always been and remains a public harbour under the *Canada Shipping Act* [R.S.C., 1985, c. S-9] and therefore by virtue of section 32 of S.C. 1980-81-82-83, c. 121 (now subsection 8(4) of R.S.C., 1985, c. P-29) the harbour of Port-aux-Basques remains under the control of the Minister of Transport.

#### Considerations

In my view, counsel for the applicant's argument that subsection 35(1) of the *Public Works Act* did not

(Continued from previous page)

8. . . .

(4) Every harbour that on February 23, 1983 was a public harbour to which Part XII of the *Canada Shipping Act*, chapter S-9 of the Revised Statutes of Canada, 1970, applied shall be deemed to have been declared a public harbour under paragraph (1)(a).

32. Tout port qui, le jour précédant celui de l'entrée en vigueur de la présente loi, était un port public auquel s'appliquait la Partie XII de la *Loi sur la marine marchande du Canada* est réputé avoir été déclaré port public en vertu de la *Loi sur les ports et installations de ports publics*. [C'est moi qui souligne.]

Les parties ne m'ont soumis aucune preuve démontrant que la déclaration de 1957 faisant de Port-aux-Basques un port public a même été annulée.

#### Position de la requérante

L'avocat de la requérante soutient que le TR/82-117 est nul en raison du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les travaux publics* qui n'autorise pas le gouverneur en conseil à transférer le contrôle d'un port d'un ministre à un autre. De plus, il soutient que le TR/82-117 est nul du fait de son obscurité: l'endroit où est situé «Channel» à Port-aux-Basques est peu connu ou pas du tout, et l'expression «toutes propriétés incluant les installations» est large et générale à un point tel qu'elle ne peut être interprétée.

Pour ce qui est du DORS/82-911, soutient la requérante, il ne pourrait effectivement transférer le contrôle du port de Port-aux-Basques du ministre des Transports au ministre des Pêches et Océans parce que l'article 3 de la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance* précise que rien dans cette Loi ne s'applique ni ne touche aux pouvoirs et aux fonctions du ministre des Transports. Enfin, la requérante soutient que Port-aux-Basques, encore aujourd'hui, demeure un port public en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et, par conséquent, en vertu de l'article 32 des S.C. 1980-81-82-83, ch. 121 [maintenant le paragraphe 8(4) des L.R.C. (1985), ch. P-29], il relève toujours du ministre des Transports.

#### Considérations

À mon avis, la prétention de l'avocat de la requérante selon laquelle le paragraphe 35(1) de la *Loi sur*

(Suite de la page précédente)

8. . . .

(4) Les ports qui, le 23 février 1983, étaient régis par la partie XII de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, chapitre S-9 des Statuts révisés du Canada de 1970, sont réputés avoir fait l'objet de la déclaration visée à l'alinéa (1)a).

authorize the transfer of the control over harbours as between ministers is correct. A distinction exists between the scope of Part I of that Act and the scope of Part II within which subsection 35(1) falls. Part I applies to public works and property under the control of the Department of Public Works. Part II applies only to "public works", which as counsel for the applicant submitted is a term appropriately descriptive of physical things or structures that are the subject of construction.<sup>9</sup> Harbours as opposed to harbour and marine facilities would not as such be public works.

Counsel for the respondent argues that subsection 35(1) which as has been noted is found in Part II is not limited to public works as such because section 2 of the Act states:

2. This Act is divided into two Parts; Part I applies exclusively to the Department of Public Works and the public works and property under the control of that Department but Part II is not by this section limited in its application. [Underlining added.]

I read the lack of limitation on Part II referred to in section 2 as meaning that Part II of the Act will apply to public works that are under the control of any departments and not merely those under the control of the Department of Public Works. I do not read section 2 as expanding the scope of subsection 35(1) so that it applies not only to public works but also to all property, including all harbours, owned by the federal government.

There is no doubt, however, that public works such as wharves could be transferred from one minister to another pursuant to subsection 35(1). Does SI/82-117 purport to do more than that? I am not convinced that it does. While the title of the statutory instrument refers to "Harbours and Marine Facilities" [underlining added] and the executory clause uses a similar wording, Note 2 at the commencement of the Schedule suggests that in those locations marked with an asterisk it is structures (i.e. public works), not property at large, which are being transferred. Otherwise there would be no point in describing the transfer as including an "area measured 150 feet outside the

<sup>9</sup> See, for example, *The King v. Dubois*, [1935] S.C.R. 378; *Wolfe v. The King* (1921), 63 S.C.R. 141; *The King v. Lefrançois* (1908), 40 S.C.R. 431 as illustrative albeit with respect to a different statutory provision.

*les travaux publics* n'autorise pas le transfert du contrôle des ports entre ministres est juste. La portée de la Partie I de cette Loi diffère de celle de la Partie II, de laquelle le paragraphe 35(1) relève. La Partie I s'applique aux travaux publics et aux biens qui relèvent du ministère des Travaux publics. La Partie II régit exclusivement les «travaux publics», terme qui, selon l'avocat de la requérante, décrit correctement les objets et structures qui font l'objet d'une construction<sup>9</sup>. Les ports, par opposition aux ports et installations maritimes, ne seraient pas, à ce titre, des travaux publics.

L'avocat de l'intimé soutient que le paragraphe 35(1) qui, comme on l'a remarqué, figure à la Partie II, ne se limite pas aux travaux publics en tant que tel puisque l'article 2 de la Loi porte que:

2. La présente loi est divisée en deux Parties; la Partie I s'applique exclusivement au ministère des Travaux publics et biens qui relèvent de ce ministère mais la Partie II n'est pas, par le présent article, limitée dans son application. [C'est moi qui souligne.]

Je crois que la latitude accordée à la Partie II, mentionnée à l'article 2, implique que cette partie de la Loi vise les travaux publics relevant de tous les ministères et non seulement du ministère des Travaux publics. Selon mon interprétation, l'article 2 n'élargit pas la portée du paragraphe 35(1) de façon à ce que celui-ci s'applique, outre aux travaux publics, à tous les biens, dont tous les ports appartenant au gouvernement fédéral.

Il ne fait cependant aucun doute que les travaux publics, tels les quais, peuvent être transférés d'un ministre à un autre en vertu du paragraphe 35(1). Le TR/82-117 se propose-t-il de faire plus que cela? Je n'en suis pas convaincue. Le titre du texte réglementaire renvoie à des «ports et des installations maritimes», et la disposition exécutoire utilise un terme semblable, mais la remarque 2 du début de l'annexe donne à entendre qu'en ce qui concerne les endroits marqués d'un astérisque, seules les structures (c'est-à-dire les travaux publics), et non les biens en général, sont transférées. Dans le cas contraire, il n'y aurait aucune raison d'inclure, aux fins du transfert,

<sup>9</sup> Voir, par exemple, *The King v. Dubois*, [1935] R.C.S. 378; *Wolfe v. The King* (1921), 63 R.C.S. 141; *The King v. Lefrançois* (1908), 40 R.C.S. 431, qui sont une illustration même s'ils mettent en cause une disposition législative différente.

longest projection of each structure on all sides". If a statutory instrument can reasonably be interpreted in a way that brings it within the scope of the provision pursuant to which it was issued, then it is appropriate to interpret it in that fashion.<sup>10</sup> This is particularly true in this case where the audience to which the instrument is addressed is composed primarily of federal officials who have the duty of administering the various statutes and regulations applicable to the facilities in question.

In so far as the transfer not only of the public work (i.e. in this case the wharves) but also of "150 feet outside the longest projection of each structure on all sides" is concerned, this in my view, falls within the authority granted by subsection 35(1). That provision states that not only may public works be transferred from the control of one minister to another but also "any power, duty, or function with respect to any work". What was transferred in the present case were wharves<sup>11</sup> together with such immediately adjacent area as is necessary to exercise control over those public works. Without control over the surrounding area the responsible minister would not be able to control the use of the wharves. Therefore, although I am of the view that subsection 35(1) of the *Public Works Act* only authorized the transfer of control over public works as between ministers, I am not convinced that SI/82-117 does more than that. Accordingly, SI/82-117 is not void on the ground that it exceeds the scope of subsection 35(1).

«150 pieds de l'extérieur de l'extrémité la plus avancée de chaque structure, et ce, de tous les côtés». Lorsqu'il est raisonnable d'interpréter un texte réglementaire de façon à ce qu'il relève de la disposition conformément à laquelle il a été pris, il convient alors de l'interpréter ainsi<sup>10</sup>. C'est particulièrement vrai en l'espèce où le texte est principalement destiné à des fonctionnaires fédéraux dont les fonctions consistent à administrer les lois et règlements applicables aux installations en question.

À mon avis, le transfert non seulement de travaux publics (c'est-à-dire en l'espèce des quais) mais aussi de «150 pieds de l'extérieur de l'extrémité la plus avancée de chaque structure, et ce, de tous les côtés», relève du pouvoir conféré au paragraphe 35(1). Cette disposition énonce qu'outre le contrôle des travaux publics, celui «[d]es attributions relatives à des ouvrages» peut être transféré d'un ministre à un autre. En l'espèce, le transfert touchait des quais<sup>11</sup> et le terrain adjacent nécessaire à l'exercice du contrôle de ces travaux publics. Sans le contrôle des lieux environnants, le ministre responsable serait incapable de contrôler l'usage des quais. En conséquence, bien que je sois d'avis que le paragraphe 35(1) de la *Loi sur les travaux publics* n'autorise que le transfert du contrôle des travaux publics entre ministres, je ne suis pas convaincue que le TR/82-117 ait une plus grande portée. Par conséquent, le TR/82-117 n'est pas nul pour le motif qu'il excède la portée du paragraphe 35(1).

<sup>10</sup> In *McKay et al. v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, at pp. 803-804, it was stated:

... if an enactment, whether of Parliament or of a legislature or of a subordinate body to which legislative power is delegated, is capable of receiving a meaning according to which its operation is restricted to matters within the power of the enacting body it shall be interpreted accordingly.

In *Heppner v. Province of Alberta* (1977), 6 A.R. 154 (S.C. App. Div.), at p. 164, Lieberman J.A. stated:

A court when considering the validity of subordinate legislation must proceed on the assumption that such legislation is within the authority conferred by the Act and will not declare it invalid unless there is clear evidence to support such a finding. See also *In re Hassard and Corporation of the City of Toronto* (1908), 16 O.L.R. 500 (Div. Ct.), at p. 513.

<sup>11</sup> The affidavit of Clarence Butt dated March 25, 1992 describes the piers which were transferred as opposed to those which were built for the Department of Fisheries and Oceans in late 1983 and early 1984.

<sup>10</sup> Dans l'arrêt *McKay et al. v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, aux p. 803 et 804, on a dit:

[TRADUCTION] ... si l'on peut interpréter un texte adopté par le Parlement, une Législature ou un organisme investi d'un pouvoir de réglementation de sorte que son application se limite à des questions relevant du pouvoir de l'organisme qui l'a adopté, ce texte devrait être interprété en conséquence.

Dans l'arrêt *Heppner v. Province of Alberta* (1977), 6 A.R. 154 (C.S. D.A.), à la p. 164, le juge d'appel Lieberman a dit:

[TRADUCTION] Lorsqu'il examine la validité d'un texte législatif accessoire, le tribunal doit présumer que ce texte relève du pouvoir conféré par la Loi et ne le déclarer invalide que si une preuve certaine appuie une telle conclusion.

Voir aussi l'arrêt *In re Hassard and Corporation of the City of Toronto* (1908), 16 O.L.R. 500 (C. div.), à la p. 513.

<sup>11</sup> L'affidavit de Clarence Butt, du 25 mars 1992, décrit les jetées qui ont été transférées par opposition à celles construites pour le ministère des Pêches et Océans à la fin de 1983 et au début de 1984.

These considerations raise the applicant's argument that SI/82-117 is void for uncertainty: no one knows where Channel (Port-aux-Basques) is; no one knows whether there are two geographical entities or one although the applicant did learn recently that Channel is a part of Port-aux-Basques which was settled around the harbour area; it is not clear on the face of the statutory instrument exactly what is encompassed by the term "All property including facilities". While there is no doubt that the description in question in the context of the instrument as a whole leaves much to be desired, I am not prepared to find the particular provision void for uncertainty. I accept counsel for the respondent's argument that the same level of precision may not be necessary in this case as would be required if the statutory instrument were addressed primarily to the public at large. The order in council is addressed primarily to ministers and the officials who administer the relevant Acts and regulations. There is no evidence that there has ever been any confusion among the respective ministers or officials as to which facilities were to be administered by whom or what facilities were covered. In the circumstances I am not prepared to categorize the provision as void for uncertainty.

An additional argument raised by the applicant is that SOR/82-911 is not effective to transfer authority over the Port-aux-Basques harbour from the Minister of Transport to the Minister of Fisheries and Oceans because section 3 of the *Fishing and Recreational Harbours Act* expressly states that nothing in the Act applies to or affects any of the powers or duties of the Minister of Transport. It is not strictly necessary for me to decide this issue since it was not part of Mr. Justice Rouleau's order of February 18, 1992. Nevertheless, having heard arguments with respect to SOR/82-911, I shall set out some tentative views.

Section 3 of the *Fishing and Recreational Harbours Act*, in my view, can be read as referring only to the powers and duties of the Minister of Transport, not to the geographic scope (i.e., the specific ports) with respect to which those powers and duties pertain. It seems to me that paragraph 9(a) was enacted to allow the Governor in Council to designate (by listing in Schedule I to the Regulations) those ports which thereafter were to fall under the

Ces considérations soulèvent la prétention de la requérante selon laquelle le TR/82-117 est nul du fait de son obscurité puisque personne ne connaît l'emplacement de Channel (Port-aux-Basques); personne ne peut confirmer l'existence de deux entités géographiques ou d'une seule bien que la requérante ait toutefois récemment appris que Channel est une partie de Port-aux-Basques qui a été établie près du port; et la lecture du texte réglementaire ne permet pas de saisir ce que vise l'expression «Toutes propriétés incluant les installations». Bien que de toute évidence la description en question, dans le contexte de l'ensemble du texte, laisse beaucoup à désirer, je ne peux conclure à sa nullité pour obscurité. J'admets la prétention de l'avocat de l'intimé selon laquelle, en l'espèce, le texte réglementaire ne requiert pas le même degré de précision que s'il s'adressait principalement au grand public. Le décret est essentiellement destiné aux ministres et aux fonctionnaires qui administrent les lois et règlements pertinents. Rien ne prouve qu'il y ait jamais eu confusion, dans l'esprit des ministres ou des fonctionnaires respectifs, à l'égard des installations qu'ils devaient administrer ou de celles qui étaient concernées. En l'occurrence, je ne peux déclarer la disposition nulle pour obscurité.

La requérante soutient également que le DORS/82-911 ne transfère pas effectivement le contrôle du port de Port-aux-Basques du ministre des Transports au ministre des Pêches et Océans en raison de l'article 3 de la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance* qui énonce expressément que rien dans la Loi ne concerne les pouvoirs ni les fonctions du ministre des Transports. Je ne suis pas strictement tenue de trancher la question puisqu'elle ne faisait pas partie de l'ordonnance rendue par le juge Rouleau le 18 février 1992. Néanmoins, puisque j'ai entendu des arguments relatifs au DORS/82-911, j'exprime mon opinion à titre de suggestion.

À mon avis, l'article 3 de la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance* ne peut s'interpréter que comme visant les seuls pouvoirs et fonctions du ministre des Transports, et non pas l'espace géographique (soit les ports particuliers) auquel se rapportent ces pouvoirs et fonctions. Il me semble qu'on a adopté l'alinéa 9a) afin de permettre au gouverneur en conseil de désigner (dans une énumération à l'annexe I du Règlement) les ports qui relèveraient désor-

authority of the minister responsible for the *Fishing and Recreational Harbours Act* regardless of whether or not the harbours had previously been under the control of the Minister of Transport. I read the amendment to section 4 of the *Government Harbours and Piers Act* (section 28 of the *Fishing and Recreational Harbours Act*) as being designed to dovetail with that objective. Thus, it provides that the Minister of Transport's authority over harbours exists only to the extent that such "harbours, wharfs, piers and breakwaters" are not "pursuant to any other Act of Parliament, under the control and management of any other member of the Queen's Privy Council for Canada". A designation by the Governor in Council pursuant to paragraph 9(a) of the *Fishing and Recreational Harbours Act* would place the harbour at Port-aux-Basques under the control of another minister pursuant to that Act. I note also that the regulation-making authority in paragraph 9(a) of the *Fishing and Recreational Harbours Act* is not limited by the admonition that regulations made thereunder are not to be "inconsistent with any other Act of Parliament". Paragraphs 9(c) and 9(d) are so limited. These are tentative observations only because I do not feel sufficient evidence was in front of me on how SOR/82-911 and other statutory instruments passed pursuant to paragraph 9(a) operate in their entirety in the context of the scheme which was put in place in 1978 by the *Fishing and Recreational Harbours Act*.

This leaves for consideration counsel's argument that as a public harbour Port-aux-Basques comes under the authority of the Minister of Transport by operation of section 32 of S.C. 1980-81-82-83, c. 121 (now section 8 of R.S.C., 1985, c. P-29). Again this is an issue that was not expressly addressed in Mr. Justice Rouleau's order of February 18, 1992.

As I understand counsel's argument it is that Port-aux-Basques has always been and remains a public harbour: first under the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1952, c. 29, Part X; then, continued as such under the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9, Part XII; and continued again as such under the *Public Harbours and Port Facilities Act* which was first enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 121, s. 18 together with the transitional provision, section 32 (now

mais du ministre responsable de la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance*, peu importe que les ports aient antérieurement été du ressort du ministre des Transports. Je crois que la modification apportée à l'article 4 de la *Loi sur les ports et jetées de l'État* (l'article 28 de la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance*) est conçue pour répondre à cet objectif. Ainsi, elle prévoit que le contrôle des ports dévolu au ministre des Transports n'existe que dans la mesure où ces «ports, quais, jetées et brise-lames» ne sont pas «placés, conformément à une autre loi du Parlement, sous le contrôle et la direction d'un autre membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada». Si le gouverneur en conseil procédait à une désignation conformément à l'alinéa 9a) de la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance*, le port de Port-aux-Basques relèverait, conformément à cette Loi, de l'autorité d'un autre ministre. Je remarque également que le pouvoir de réglementation prévu à l'alinéa 9a) de la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance* n'est pas tenu de s'exprimer «dans le mesure compatible avec les autres lois du Parlement», alors que les alinéas 9c) et 9d) sont assujettis à cette restriction. J'émet ces commentaires uniquement à titre de suggestions vu l'insuffisance de la preuve qui m'a été soumise sur la façon dont le DORS/82-911 et d'autres textes réglementaires adoptés conformément à l'alinéa 9a) s'appliquent dans leur intégralité dans le cadre du régime mis en place en 1978 par la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance*.

Il reste à examiner la prétention de la requérante selon laquelle, à titre de port public, Port-aux-Basques relève du ministre des Transports en application de l'article 32 des S.C. 1980-81-82-83, ch. 121 [maintenant l'article 8 des L.R.C.(1985), ch. P-29]. Encore une fois, cette question n'a pas été expressément traitée dans l'ordonnance rendue par le juge Rouleau le 18 février 1992.

Si je comprends bien la prétention de l'avocat de la requérante, Port-aux-Basques a toujours été et reste encore aujourd'hui un port public: premièrement en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1952, ch. 29, Partie X; ensuite, au même titre, en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, ch. S-9, Partie XII; et ensuite en vertu de la *Loi sur les ports et installations de ports publics*, initialement adoptée par les S.C. 1980-

R.S.C., 1985, c. P-29). Even if this argument is sound, it would appear that the authority given to the Minister of Transport as a result of a harbour having been declared to be a public harbour only extends to the appointment and control of harbour masters as well as to the establishing of fees for the use of the harbour and the implementation of provisions respecting the use of the harbour (e.g. removal of abandoned wrecks). I do not read these provisions as inconsistent with control of the wharves by another minister.

It may very well be that the harbour facilities and marine facilities (such as the wharves here in question) are under the control of the Minister of Fisheries and Oceans while the harbour itself is under the control of the Minister of Transport. In that case, the applicant could not in any event successfully challenge the refusal of the Minister of Fisheries and Oceans to issue him a licence on the ground that the refusal came from the wrong minister. This would be so even though the harbour master, fees for use of the harbour itself and other regulations respecting the use of the harbour might be under the control of the Minister of Transport.

#### Conclusion

For the reasons given I am not convinced that SI/82-117 in so far as it relates to Channel (Port-aux-Basques) is *ultra vires* the authority provided for in subsection 35(1) of the *Public Works Act*.

81-82-83, ch. 121, art. 18, avec l'article 32, disposition transitoire (maintenant L.R.C. (1985), ch. P-29). Même si cette prétention était juste, il semblerait que le pouvoir conféré au ministre des Transports à la suite d'une déclaration faisant d'un port un port public ne s'étend qu'à la nomination et à la direction des capitaines de ports, à l'établissement de droits concernant l'utilisation du port et à la mise en place de dispositions relatives à cette utilisation (par exemple, l'enlèvement d'épaves abandonnées). Je ne crois pas ces dispositions incompatibles avec le contrôle des quais conféré à un autre ministre.

Il se peut très bien que les installations portuaires et maritimes (tels les quais en question en l'espèce) relèvent de l'autorité du ministre des Pêches et Océans alors que le port lui-même relève du ministre des Transports. Dans ce cas, la requérante ne pourrait en aucun cas contester avec succès le refus du ministre des Pêches et Océans de lui délivrer un permis pour le motif que ce refus n'émanait pas du bon ministre. Il en serait ainsi même si le capitaine du port, les droits reliés à l'utilisation du port et des règlements relatifs à celle-ci relevaient du ministre des Transports.

#### Conclusion

Pour ces motifs, je ne suis pas convaincue que le TR/82-117, dans la mesure où Channel (Port-aux-Basques) est concerné, est exorbitant du pouvoir prévu au paragraphe 35(1) de la *Loi sur les travaux publics*.

A-193-90

A-193-90

**Canadian Pacific Limited** (*Appellant*)**Canadien Pacifique Limitée** (*appelante*)

v.

c.

**National Transportation Agency and CSP Foods Ltd.** (*Respondents*)**Office national des transports et CSP Foods Ltd.** (*intimés*)*INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC LTD. v. CANADA (NATIONAL TRANSPORTATION AGENCY) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CANADIEN PACIFIQUE LTÉE c. CANADA (OFFICE NATIONAL DES TRANSPORTS) (C.A.)*

Court of Appeal, Isaac C.J., Stone and Linden J.J.A. — Winnipeg, May 11 and 15, 1992.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Stone et Linden, J.C.A. — Winnipeg, 11 et 15 mai 1992.

*Transportation — Appeal from National Transportation Agency's decision ordering Canadian Pacific to provide CSP Foods Ltd. with rail freight rates on canola oil and meal between points within Canada although ultimate destination U.S.A. — Appellant requested to issue tariff under National Transportation Act, 1987, s. 115 but refusing to do so — Question of law or jurisdiction — Agency not exceeding jurisdiction in ordering appellant to issue individual rates for local traffic to Winnipeg — New legislation fostering more competition within railway industry and transportation system generally — Rates no longer established collectively and publicly in all cases — Act, s. 115(1) not applying only where both origin and destination of traffic are on railway company's line — Shippers having choice of method of fixing rates — Market forces now primary influence on rates — Order not denying Canadian Pacific right to negotiate joint rates with connecting carriers.*

*Railways — Appeal on question of law or jurisdiction under National Transportation Act, 1987, s. 115(1) — Canadian Pacific refusing to issue rail freight rates on canola oil and meal as requested by respondent, CSP Foods Ltd. — S. 115(1) construed in context of legislative policy — Agency not exceeding jurisdiction in ordering appellant to issue individual rates for local traffic to Winnipeg — Canadian Pacific seeking to preserve historic railway industry business methods — New legislation fostering more competition to render railway system more efficient by providing transportation at lowest possible cost — Method of fixing rates for railways moving goods now determined by competition — Language and policy of new Act seeking to foster freedom of contract for both shippers and railways.*

*Transports — Appel contre une décision de l'Office national des transports ordonnant à Canadien Pacifique de fournir à CSP Foods Ltd. les tarifs-marchandises ferroviaires d'huile et de farine de colza canola d'un endroit à un autre au Canada, bien que la destination finale soit située aux É.-U. — L'appelante a refusé d'établir, tel que demandé, un tarif conformément à l'art. 115 de la Loi de 1987 sur les transports nationaux — Question de droit ou de compétence — L'Office n'a pas excédé sa compétence en ordonnant à l'appelante d'établir des prix individuels pour le trafic local en direction de Winnipeg — La nouvelle loi favorise une plus grande concurrence dans l'industrie ferroviaire et dans le système de transport en général — L'établissement des tarifs ne se fait plus collectivement et publiquement dans tous les cas — L'art. 115(1) de la Loi ne s'applique pas uniquement au tarif dont l'origine et la destination se situent toutes deux sur la ligne d'une compagnie ferroviaire — Il appartient aux expéditeurs de choisir la méthode d'établissement des tarifs — Les tarifs sont principalement tributaires des forces du marché — L'arrêté ne nie pas le droit de Canadien Pacifique de négocier des prix communs avec des transporteurs de liaison.*

*Chemins de fer — Appel portant sur une question de droit ou de compétence en vertu de l'art. 115(1) de la Loi de 1987 sur les transports nationaux — Canadien Pacifique a refusé d'établir des tarifs-marchandises ferroviaires d'huile et de farine de colza canola que l'intimée CSP Foods Ltd. lui a demandés — L'art. 115(1) est interprété dans le cadre de la politique législative — L'Office n'a pas excédé sa compétence en ordonnant à l'appelante d'établir des prix individuels pour le tarif local en direction de Winnipeg — Canadien Pacifique cherche à préserver les anciennes méthodes commerciales qui régnaient dans l'industrie ferroviaire — La nouvelle loi favorise une plus grande concurrence de façon à rendre le système ferroviaire plus efficace en offrant un transport à un coût minime — La concurrence détermine maintenant la méthode d'établissement des tarifs du transport ferroviaire de marchandises — Le libellé et la politique de la nouvelle Loi cherchent à promouvoir la liberté contractuelle des expéditeurs et des chemins de fer.*



## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 28, ss. 3(1), 65(1), 115(1), 121 to 143, 144, 145.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## FOLLOWED:

*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.

## APPLIED:

*Canadian Pacific Ltd. v. National Transportation Agency* (1989), 105 N.R. 35 (F.C.A.).

## AUTHORS CITED

*Report of the Royal Commission on Transportation*, Ottawa: King's Printer, 1951. (Chairman: W.F.A. Turgeon).

APPEAL from a decision of the National Transportation Agency ordering appellant to provide CSP Foods Ltd. with rail freight rates on canola oil and meal. Appeal dismissed.

## COUNSEL:

*A. Ludkiewicz* for appellant.  
*Alix Jenkins* for respondent, National Transportation Agency.  
*Marshall E. Rothstein, Q.C.*, and *Marc M. Monnin* for respondent, CSP Foods Ltd.

## SOLICITORS:

*Canadian Pacific Legal Services*, Winnipeg, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent, National Transportation Agency.  
*Aikins, MacAulay*, Winnipeg, for respondent, CSP Foods Ltd.

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

LINDEN J.A.: This is an appeal by Canadian Pacific Limited from a decision of the National Transportation Agency dated November 24, 1989, which ordered it to provide CSP Foods Ltd. with rail freight rates on canola oil and meal being moved in rolling stock supplied by CSP Foods from Altona and Harrowby, Manitoba and Nipawin, Saskatchewan to

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 3(1), 65(1), 115(1), 121 à 143, 144, 145.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION SUIVIE:

*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.

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Canadien Pacifique Liée c. Office national des transports* (1989), 105 N.R. 35 (C.A.F.).

## DOCTRINE

*Rapport de la Commission royale sur le transport*, Ottawa: Imprimeur du Roi, 1951. (Président: W.F.A. Turgeon).

APPEL d'une décision de l'Office national des transports ordonnant à l'appelante de fournir à CSP Foods Ltd. les tarifs-marchandises ferroviaires d'huile et de farine de colza canola. Appel rejeté.

## AVOCATS:

*A. Ludkiewicz* pour l'appelante.  
*Alix Jenkins* pour l'intimé, l'Office national des transports.  
*Marshall E. Rothstein, c.r.*, et *Marc M. Monnin* pour l'intimée, CSP Foods Ltd.

## PROCUREURS:

*Contentieux de Canadien Pacifique*, Winnipeg, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé, l'Office national des transports.  
*Aikins, MacAulay*, Winnipeg, pour l'intimée, CSP Foods Ltd.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Canadien Pacifique Limitée interjette appel contre une décision de l'Office national des transports rendue le 24 novembre 1989, lui ordonnant de fournir à CSP Foods Ltd. les tarifs-marchandises ferroviaires d'huile et de farine de colza canola transportés sur du matériel roulant fourni par CSP Foods depuis Altona et Harrowby

Winnipeg, the ultimate destination being in the United States. This appeal, which was launched with the leave of this Court pursuant to subsection 65(1) of the *National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28 is limited to a question of law or of jurisdiction.

The National Transportation Agency was represented on this appeal by counsel, Alix Jenkins, as is its right pursuant to subsection 65(4) of the Act. Counsel was limited by the Court in her presentation, however, to matters of jurisdiction as is required by the decision of the Supreme Court of Canada in *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684. In that case Mr. Justice Estey explained there was a limitation on the role of tribunals, whose decisions are "at issue before the Court, even where the right to appear is given by statute, to an explanatory role with reference to the record before the Board and the making of representations relating to jurisdiction." (See page 709.) This Court has always accepted this guideline laid down in *Northwestern Utilities* and it has followed it in this case, restricting the role of counsel for the Agency in this appeal accordingly. In any event, counsel for the appellant in oral argument has characterized the basis of this appeal, as one involving the jurisdiction of the Agency pursuant to section 115 of the *National Transportation Act, 1987*.

The impugned decision of the Agency was made pursuant to subsection 115(1) of the Act which reads:

**115.** (1) A railway company shall, on the request of a shipper, and may, in any other case, issue a tariff in respect of the transportation of traffic on any railway operated by the company.

The respondent CSP Foods had requested Canadian Pacific Limited to issue a tariff pursuant to this section but it refused to do so. Consequently, CSP Foods applied to the Agency, by letter dated October 5, 1989 for an order requiring Canadian Pacific Limited to do so. This letter reads, in part:

Pursuant to subsections 115(1) and 35(4) of the *National Transportation Act, 1987*, we hereby request that CP Limited (CP Rail) be ordered to provide CSP with rates on canola oil and meal from Altona, Harrowby and Nipawin to Winnipeg. It

(Manitoba) et Nipawin (Saskatchewan) jusqu'à Winnipeg, en direction finale des États-Unis. Le présent appel, interjeté avec l'autorisation de cette Cour conformément au paragraphe 65(1) de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, se limite à une question de droit ou de compétence.

L'Office national des transports était représenté, en l'espèce, par M<sup>e</sup> Alix Jenkins, comme l'autorise le paragraphe 65(4) de la Loi. Toutefois, la Cour a limité la présentation de l'avocate à des questions de compétence, comme l'a requis la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684. Dans cette affaire, le juge Estey a expliqué que le rôle du tribunal dont la décision «est contestée [est limité] à la présentation d'explications sur le dossier dont il était saisi et d'observations sur la question de sa compétence, même lorsque la loi lui confère le droit de comparaître». (Voir page 709.) Cette Cour ayant toujours accepté la ligne directrice énoncée dans l'arrêt *Northwestern Utilities*, elle l'a suivie en l'espèce, limitant en conséquence le rôle de l'avocate de l'Office dans cet appel. En tout état de cause, dans sa plaidoirie, l'avocat de l'appelant a fait valoir que le fondement du présent appel mettait en cause la compétence de l'Office conformément à l'article 115 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*.

La décision contestée de l'Office a été rendue conformément au paragraphe 115(1) de la Loi, ainsi libellé:

**115.** (1) Les compagnies de chemin de fer doivent, sur demande d'un expéditeur, et peuvent, dans tout autre cas, établir un tarif relatif au trafic sur les chemins de fer qu'elles exploitent.

L'intimée CSP Foods avait demandé à Canadien Pacifique Limitée, qui a refusé, d'établir un tarif conformément à cet article. En conséquence, dans une lettre du 5 octobre 1989, CSP Foods a déposé une demande auprès de l'Office en vue d'obtenir un arrêté obligeant Canadien Pacifique Limitée à agir dans ce sens. La lettre se lit ainsi en partie:

[TRADUCTION] En vertu des paragraphes 115(1) et 35(4) de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, nous demandons aux présentes qu'il soit ordonné à CP Limitée (CP Rail) de fournir à CSP les tarifs du transport d'huile et de farine de colza

is CSP's intention to utilize the requested rates in conjunction with rates and movements over other railway companies' lines for furtherance to destinations in the United States.

On November 24, 1989, the Agency issued its decision 596-R-1989, the subject of this appeal, which states, in part:

The Agency . . . finds that section 115 of the NTA, 1987, requires the railway company to issue the tariff requested by the shipper in respect of the transportation of the traffic on any railway operated by that railway company. There is no statutory requirement that a shipper must request joint rates or statutory limitations precluding a shipper from requesting separate rates.

The appellant's counsel, Mr. Ludkiewicz, contends that this decision was beyond the jurisdiction of the Agency. He argues that section 115 applies only where both the origin and destination of the traffic are on the line of the railway company, that is, it governs only "local traffic". He suggests that section 115 was not meant to alter the pre-existing system of rates so drastically, being primarily aimed at reducing the paperwork burden borne by railways. They would no longer be required to issue myriads of rates for local trips, unless requested to do so by a shipper. Canadian Pacific argues that, since CSP Foods' traffic requires two or more railway companies to ship into the United States, it is "joint through traffic", so that it is required only to quote joint through rates, which it did. Canadian Pacific insists that it is not obligated to issue a single-line tariff in respect of through traffic which is to move over a continuous route, portions of which are operated by two or more railway companies. Relying on the context of the Act, and placing emphasis on the headings used, Canadian Pacific urges that only sections 129 to 133 cover the publication of joint tariffs for joint through traffic, on which the railway companies involved must agree, and that section 115 has no application to such rates. To force the railway to issue rates for individual segments of a continuous journey, it suggests, would constitute an interference with the railways' right to freedom of contact, something that Parliament did not intend.

canola depuis Altona, Harrowby et Nipawin jusqu'à Winnipeg. CSP entend se prévaloir des prix demandés de concert avec les tarifs et les transports des lignes de différentes compagnies de chemin de fer pour expédition aux États-Unis.

<sup>a</sup> Le 24 novembre 1989, l'Office a rendu la décision 596-R-1989, contestée en l'espèce, dont voici une partie du texte:

<sup>b</sup> L'Office conclut que l'article 115 de la LTN 1987 exige que les compagnies de chemin de fer établissent, sur demande d'un expéditeur, un tarif relatif au trafic sur les chemins de fer qu'elles exploitent. Aucune disposition législative n'oblige un expéditeur à demander des prix communs ou l'empêche de demander des prix distincts.

<sup>c</sup>

L'avocat de l'appelante, M<sup>e</sup> Ludkiewicz, soutient que la décision était exorbitante de la compétence de l'Office. Il prétend que l'article 115 s'applique uniquement dans les cas où l'origine et la destination du trafic se situent tous deux sur la ligne de la compagnie de chemin de fer, c'est-à-dire qu'il régit exclusivement le «trafic local». Il avance également que l'article 115 ne visait pas à remanier la tarification préexistante aussi radicalement, mais plutôt, principalement, à réduire le volume des écritures supporté par les chemins de fer. Ceux-ci n'auraient plus à publier un nombre incalculable de tarifs pour les parcours locaux à moins qu'un expéditeur le demande. Canadien Pacifique prétend que, le trafic de CSP Foods l'obligeant à faire des expéditions aux États-Unis par au moins deux compagnies de chemin de fer, il s'agit d'un «trafic d'entier parcours», et qu'ainsi, elle n'a à fournir qu'un tarif d'entier parcours, comme elle l'a fait. Canadien Pacifique maintient qu'elle n'a pas l'obligation d'établir un tarif de ligne unique à l'égard du transport d'entier parcours qui s'effectue sur un parcours continu dont les parties sont exploitées par au moins deux compagnies de chemin de fer. S'appuyant sur le contexte de la Loi et mettant l'accent sur les rubriques de celle-ci, Canadien Pacifique allègue que seuls les articles 129 à 133 visent, pour le transport commun d'entier parcours, la publication de tarifs communs sur lesquels les compagnies de chemin de fer doivent s'entendre et que l'article 115 ne s'applique pas à ces tarifs. Selon l'appelante, forcer le chemin de fer à établir des tarifs pour chaque partie d'un parcours continu limiterait son droit à la liberté contractuelle, contrairement à l'intention du Parlement.

Canadian Pacific further argues that an alternative method of achieving "long haul" rates from carriers other than the original carrier is the "competitive line rate", which is expressly provided for in sections 134 to 143. This process requires the agreement of all the railways on the route and, hence, is more time consuming and controversial. (In fact, CSP Foods eventually applied for and received competitive line rates for canola oil, but not for meal.)

Counsel for the appellant conceded that CSP Foods was entitled to move its traffic under a series of independent rates as local traffic to a junction point in Winnipeg and then reship it to the next junction point as local traffic as well, but, he suggests that access to the interchange where traffic is inter-switched is denied to the shipper, if it does not ship under the joint through rate. The interchange cannot be a destination to which a shipper may direct goods, he argues, though it may order that goods be delivered to a private siding or team track in Winnipeg or elsewhere, from where they may be transferred to another carrier.

I am not persuaded by the above arguments that the Agency exceeded its jurisdiction in ordering Canadian Pacific to issue individual rates for local traffic to Winnipeg as part of a continuous journey involving other railways leading eventually to the United States. The contention of Canadian Pacific seeks to preserve the historic methods of doing business in the railway industry which prevailed prior to the enactment of the *National Transportation Act, 1987*. This new legislation is aimed at changing the old ways by fostering more competition within the railway industry and within the transportation system generally. We prefer the analysis of section 115 offered by Mr. Rothstein, who represented CSP Foods. Basing himself squarely on the language of section 115 and on the policy of the legislation expressed in the Act, Mr. Rothstein submitted that Canadian Pacific is obligated to issue a tariff containing a rate for its portion of the movement of through traffic, if it is requested to do so by the shipper.

Canadien Pacifique soutient également que la méthode du «prix de ligne concurrentiel», prévue aux articles 134 à 143, permet elle aussi d'obtenir des tarifs «de long parcours» auprès des transporteurs autres que le transporteur original. Cette méthode, nécessitant l'accord de tous les chemins de fer situés sur le parcours, demande plus de temps et est controversée. (En fait, CSP Foods a ensuite demandé et reçu les prix de ligne concurrentiels pour l'huile de colza canola, mais non pas pour la farine.)

L'avocat de l'appelante a admis que CSP Foods pouvait effectuer ses transports selon une série de prix individuels à titre de trafic local jusqu'à un carrefour situé à Winnipeg, pour alors procéder à une réexpédition jusqu'au carrefour suivant, à titre de trafic local également, mais, avance-t-il, l'expéditeur ne peut avoir accès au lieu de correspondance où le trafic est raccordé s'il n'expédie pas selon le tarif d'entier parcours. Le lieu de correspondance ne peut être une destination à laquelle l'expéditeur peut envoyer des marchandises, soutient-il, bien qu'il puisse exiger que celles-ci soient livrées sur une voie d'évitement ou de débord privée à Winnipeg ou ailleurs, d'où elles peuvent être remises à un transporteur différent.

Les moyens ci-dessus ne me convainquent pas que l'Office a excédé sa compétence en ordonnant à Canadien Pacifique d'établir des prix individuels pour le trafic local en direction de Winnipeg comme partie d'un parcours continu nécessitant le concours d'autres chemins de fer pour atteindre finalement les États-Unis. Par sa prétention, Canadien Pacifique cherche à préserver les anciennes méthodes commerciales qui régnaient dans l'industrie ferroviaire antérieurement à l'adoption de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*. Cette nouvelle loi vise à changer ces méthodes en favorisant une plus grande concurrence dans l'industrie ferroviaire et dans le système de transport en général. Nous préférons l'analyse de l'article 115 soumise par le représentant de CSP Foods, M<sup>e</sup> Rothstein. En s'appuyant carrément sur le libellé de l'article 115 et sur la politique exprimée dans la Loi, M<sup>e</sup> Rothstein a soutenu que Canadien Pacifique devait, sur demande de l'expéditeur, établir un tarif incluant le prix pour la partie du transport du trafic d'entier parcours qu'elle accomplit.

The *National Transportation Act, 1987*, declares in section 3:

3. (1) It is hereby declared that a safe, economic, efficient and adequate network of viable and effective transportation services making the best use of all available modes of transportation at the lowest total cost is essential to serve the transportation needs of shippers and travellers and to maintain the economic well-being and growth of Canada and its regions and that those objectives are most likely to be achieved when all carriers are able to compete, both within and among the various modes of transportation, under conditions ensuring that, having due regard to national policy and to legal and constitutional requirements,

b) competition and market forces are, whenever possible, the prime agents in providing viable and effective transportation services,

c) economic regulation of carriers and modes of transportation occurs only in respect of those services and regions where regulation is necessary to serve the transportation needs of shippers and travellers and such regulation will not unfairly limit the ability of any carrier or mode of transportation to compete freely with any other carrier or mode of transportation,

and this Act is enacted in accordance with and for the attainment of those objectives to the extent that they fall within the purview of subject-matters under the legislative authority of Parliament relating to transportation.

It should be noted that there are novel features in this policy which, *inter alia*, promote intramodal railway competition, underscore that competition and market forces are the prime agents of an effective transportation system and protect shippers without limiting the opportunity of carriers to compete. Before the enactment of this Act in 1987, regulation of railway rates was more rigid, more public and rates were collectively set. With the passage of the new Act, rates are no longer established collectively and publicly in all cases; they may be negotiated individually and confidentially. Rebates and specific rates are allowed, whereas they were not before. The system has been rendered more limber.

In the context of this specific legislative policy, according to which the statute is to be construed, the language of subsection 115(1) cannot be restricted to offering rates only for local traffic, as argued by

La *Loi de 1987 sur les transports nationaux* énonce ceci à l'article 3:

3. (1) Il est déclaré que, d'une part, la mise en place d'un réseau sûr, rentable et bien adapté de services de transport viables et efficaces, utilisant au mieux et aux moindres frais globaux tous les modes de transport existants, est essentielle à la satisfaction des besoins des expéditeurs et des voyageurs en matière de transports comme à la prospérité et à la croissance économique du Canada et de ses régions, d'autre part, ces objectifs ont le plus de chances de se réaliser en situation de concurrence, dans et parmi les divers modes de transport, entre tous les transporteurs, à condition que, compte dûment tenu de la politique nationale et du contexte juridique et constitutionnel:

b) la concurrence et les forces du marché soient, chaque fois que possible, les principaux facteurs en jeu dans la prestation de services de transport viables et efficaces;

c) la réglementation économique des transporteurs et des modes de transport se limite aux services et aux régions à propos desquels elle s'impose dans l'intérêt des expéditeurs et des voyageurs, sans pour autant restreindre abusivement la libre concurrence entre transporteurs ou modes de transport;

Il est en outre déclaré que la présente loi vise à la réalisation de ceux de ces objectifs qui portent sur les questions relevant de la compétence législative du Parlement en matière de transports.

Il convient de remarquer que cette politique révèle de nouvelles particularités qui, notamment, encouragent la concurrence dans le transport ferroviaire, soulignent que la concurrence et les forces du marché sont les principaux facteurs d'un système de transport efficace, et protègent les expéditeurs sans restreindre la concurrence entre transporteurs. Avant l'adoption de cette Loi en 1987, la réglementation des tarifs ferroviaires était plus rigide, plus publique, et les prix étaient établis collectivement. Depuis l'adoption de la nouvelle Loi, l'établissement des tarifs ne se fait plus collectivement et publiquement dans tous les cas; les négociations peuvent être individuelles et confidentielles. Des rabais et des prix spéciaux, interdits auparavant, sont désormais accordés, et on a donné au système plus de flexibilité.

Compte tenu de cette politique législative particulière en vertu de laquelle la loi doit être interprétée, le libellé du paragraphe 115(1) ne peut être limité aux seuls prix du trafic local, comme l'a soutenu Cana-

Canadian Pacific. The tariff it requires is one “in respect of the transportation of traffic on any railway operated by the company.” Nothing in the section, which appears under the heading “Tariffs”, suggests that the rates to be given are only for traffic that originates and terminates on the line of an individual railway. No words dictate that subsection 115(1) cannot apply where a shipper’s cars are destined to a place beyond the end of the originating carrier’s railway line. Nor does it specify that the obligation only covers local traffic and not through traffic. If Parliament had intended to restrict the scope of subsection 115(1), as argued by Canadian Pacific, it could easily have done so.

Parliament did not enact that, whenever more than one railway was involved in moving goods, sections 129 to 133 had to be utilized and not subsection 115(1). The language of subsection 129(1) makes it clear that its purport is quite different:

**129.** (1) Where traffic is to move over any continuous route in Canada, portions of which are operated by two or more railway companies, those companies shall, at the request of the shipper intending to move the traffic,

- (a) agree on a joint tariff for the continuous route and on the apportionment of the rate set out in the joint tariff; or
- (b) enter into a confidential contract or agreement for an agreed charge for the continuous route.

The wording of this section, therefore, which appears in the statute under the heading “Joint Rates”, demonstrates that it is triggered by the “request of the shipper intending to move the traffic”. This joint rate approach for a continuous route, consequently, is not something that can be imposed on shippers by the railways; rather it is established upon the request of shippers who wish to use it. The effect of the appellant’s argument would be to require a shipper to request a joint tariff under subsection 129(1) when its language does not do so. Hence, sections 129 to 133 create obligations that are in addition to, not substitutes for, the obligations in subsection 115(1).

In a similar vein, the competitive line rate method may also be utilized to arrive at a rate where there is a “captive shipper” who must utilize the lines of more than one railroad. Under the heading “Competi-

dien Pacifique. L’article requiert un tarif «relatif au trafic sur les chemins de fer qu[e les compagnies] exploitent». Rien dans l’article, qui est à la rubrique «Tarifs», ne donne à entendre que les prix devant être fournis ne s’appliquent qu’au trafic dont l’origine et la destination se situent sur la ligne d’un seul chemin de fer. Rien n’indique que le paragraphe 115(1) ne peut s’appliquer lorsque les wagons d’un expéditeur sont envoyés au-delà de la fin de la ligne de chemin de fer du transporteur original. En outre, le paragraphe ne limite pas l’obligation au trafic local à l’exclusion du trafic d’entier parcours. Si le Parlement avait eu l’intention de restreindre la portée du paragraphe 115(1), comme l’a soutenu Canadian Pacific, il aurait pu facilement le faire.

Le Parlement n’a pas édicté que le transport de marchandises effectué par au moins deux chemins de fer est régi par les articles 129 à 133 et non par le paragraphe 115(1). Le libellé du paragraphe 129(1) fait clairement ressortir que son objet est différent:

**129.** (1) Lorsque le transport s’effectue, pour arriver à destination, sur un parcours continu au Canada dont des parties sont exploitées par deux ou plusieurs compagnies de chemin de fer, celles-ci doivent, sur demande de l’expéditeur qui vient faire transporter des marchandises:

- a) soit s’entendre sur un prix commun pour ce parcours continu et la répartition du prix indiqué dans le tarif commun;
- b) soit conclure un contrat confidentiel ou un accord visant un prix convenu pour ce parcours continu.

Le libellé de cet article, inséré à la rubrique «Prix communs» de la Loi, démontre donc que son application est déclenchée par la «demande de l’expéditeur qui vient faire transporter des marchandises». Cette politique d’un prix commun à l’égard d’un parcours continu ne peut donc être imposée aux expéditeurs par les chemins de fer; elle est plutôt mise en œuvre par la demande d’expéditeurs qui souhaitent s’en prévaloir. Selon la prétention de l’appelante, l’expéditeur devrait demander un prix commun en vertu du paragraphe 129(1) alors que le libellé ne l’y oblige pas. En conséquence, les articles 129 à 133 créent des obligations qui s’ajoutent, et ne se substituent pas, aux obligations du paragraphe 115(1).

Dans le même ordre d’idées, il est également possible à l’«expéditeur captif» qui doit utiliser les lignes de plus d’un chemin de fer, de recourir à la méthode du prix de ligne concurrentiel pour obtenir un prix. À

tive Line Rates”, sections 134 to 143 set out the scheme to be followed. The key subsection is 134(2) which reads:

134. . . .

(2) Subject to this section and section 135, where a shipper has access to the lines of only one railway company at the point of origin or of destination of the movement of the traffic of the shipper and a continuous route between those points is operated by two or more companies, the local carrier serving the shipper at the point of origin or destination, as the case may be, shall, on the request of the shipper, establish a competitive line rate applicable to the movement of the traffic to or from the point of origin or destination, whichever is served exclusively by the local carrier, to or from the nearest interchange with a connecting carrier.

It will be noted that this system is also triggered by “the request of the shipper”. It furnishes another way of setting rates in different circumstances.

The choice of the method of fixing rates, therefore, belongs to the shippers. They may choose the technique outlined in subsection 115(1), the mechanism set out in sections 129 to 133, (Joint Rates), or the method described in sections 134 to 143 (Competitive Line Rates), whichever appears to them to be in their best economic interest. (There is also available, of course, in appropriate circumstances, the new confidential contract basis, as explained in section 120 and the agreed charges system mentioned in sections 121 to 128.) Hence, under the new scheme, market forces are the primary influence in the establishment of rates whereas under the old system rates were tightly regulated and sometimes even established by the railways themselves. The aim of all this is to foster competition so as to render the railway system more efficient by providing transportation at the lowest possible cost, consistent with the other policy goals of the act.

No longer does CSP Foods have to rely on Canadian Pacific to negotiate with other carriers in order to provide it with a joint through rate; it may negotiate with those other railways on its own behalf, if it is advantageous for it to do so. Section 115 provides CSP Foods with a competitive method of moving traffic, which prevents Canadian Pacific from imposing upon it joint through rates which it has negotiated with other carriers. Canadian Pacific may still com-

la rubrique «Prix de ligne concurrentiels», les articles 134 à 143 énoncent la démarche à suivre. Le paragraphe 134(2), primordial, est ainsi libellé:

134. . . .

(2) Sous réserve du présent article et de l'article 135, lorsqu'un expéditeur a accès aux lignes d'une seule compagnie de chemin de fer au point d'origine ou de destination du transport effectué pour lui et qu'un parcours continu est exploité entre ces points par deux ou plusieurs compagnies, le transporteur local desservant l'expéditeur au point d'origine ou de destination, selon le cas, doit, sur demande de l'expéditeur, établir un prix de ligne concurrentiel pour le transport effectué à partir du point d'origine ou de destination, selon celui qui est desservi exclusivement par le transporteur local, jusqu'au lieu de correspondance le plus proche avec un transporteur de liaison.

Il sera noté que ce mécanisme est aussi déclenché par «la demande de l'expéditeur». Il apporte une autre façon d'établir des prix dans des circonstances différentes.

Par conséquent, il appartient aux expéditeurs de choisir la méthode d'établissement des tarifs. Entre la technique énoncée au paragraphe 115(1), le mécanisme prévu aux articles 129 à 133 (Prix communs) et la méthode formulée aux articles 134 à 143 (Prix de ligne concurrentiels), ils optent en fonction de leur intérêt économique. (Sont également disponibles, évidemment, dans les circonstances appropriées, la nouvelle méthode du contrat confidentiel, expliquée à l'article 120, et le système des prix convenus mentionné aux articles 121 à 128.) Ainsi, dans ce nouveau régime, l'établissement des tarifs est principalement tributaire des forces du marché alors que sous l'ancien régime, les prix étaient étroitement réglementés et quelquefois même établis par les chemins de fer eux-mêmes. Ces modifications visent à promouvoir la concurrence de façon à rendre le système ferroviaire plus efficace en offrant un transport à un coût minimum, conforme aux autres objectifs politiques de la Loi.

CSP Foods n'a plus à laisser Canadien Pacifique négocier avec d'autres transporteurs pour lui offrir un tarif commun d'entier parcours; elle peut négocier avec ces autres chemins de fer en son propre nom, si elle y trouve son profit. L'article 115 offre à CSP Foods une méthode concurrentielle de transport qui empêche Canadien Pacifique de lui imposer des tarifs communs d'entier parcours qu'elle a négociés avec d'autres transporteurs. Canadien Pacifique peut tou-

pete and quote joint through rates, but it cannot prevent shippers from seeking to achieve better deals for themselves on their own. As was explained by Mr. Justice MacGuigan J.A. in *Canadian Pacific Ltd. v. National Transportation Agency* (1989), 105 N.R. 35 (F.C.A.), at page 43:

As I read the Act, Parliament has already made a choice between the perceived danger of railway monopoly and that of unbridled competition, in favour of the latter.

In other words, competition must now determine the method of fixing the rates for railways moving goods, not the techniques used in bygone days. Whereas, in the past, joint rates may have been efficient, leading to less expensive transportation, this is not necessarily the situation today.

Support for this view may be derived from the treatment of international rail traffic. Clearly, Canadian legislation cannot require American railways to agree on a joint through rate. Thus, Canadian railways can offer joint rates only where American railways agree to them (see section 131; *Report of the Royal Commission on Transportation* (1951), at page 102.) This would lead to inconsistent treatment of domestic and international traffic if they could compel Canadian railways but not American ones to agree.

Further evidence that this interpretation is the correct one may be found in sections 144 and 145, which outline the obligations of railways to provide service. Subsection 144(1) requires railways to furnish accommodation for receiving and carrying traffic at points of origin on its lines and at junctions of its railways with other railway companies. Subsection 145(1) mandates that railways receive, carry, and deliver traffic on and from its railways and transfer traffic between its railways and other railways. Under subsection 145(3), railway companies whose lines form part of continuous lines with other railway companies must deliver and receive traffic without delay so as not to obstruct the public from using those lines as continuous lines of communication. Consequently, contrary to what was argued by the appellant to the

jours se mettre sur les rangs et proposer des tarifs communs d'entier parcours, mais elle ne peut empêcher les expéditeurs de chercher à obtenir de meilleurs prix eux-mêmes. Comme l'a expliqué le juge MacGuigan, J.C.A. dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Office national des transports* (1989), 105 N.R. 35 (C.A.F.), à la page 43:

Selon mon interprétation de la Loi, le Parlement, entre le danger qu'il associait à l'existence d'un monopole en matière de chemins de fer et les risques qui lui semblaient découler d'une concurrence débridée, a déjà opté pour cette dernière solution.

En d'autres termes, la concurrence, et non les techniques utilisées autrefois, doit maintenant déterminer la méthode d'établissement des tarifs du transport ferroviaire de marchandises. Alors que, dans le passé, les prix communs étaient peut-être efficaces, garantissant un transport moins coûteux, il n'en est pas nécessairement ainsi aujourd'hui.

Le traitement accordé au trafic ferroviaire international soutient cette opinion. De toute évidence, la loi canadienne ne peut forcer les chemins de fer américains à convenir d'un tarif commun d'entier parcours. Par conséquent, les chemins de fer canadiens peuvent offrir des prix communs seulement là où les chemins de fer américains y consentent (voir l'article 131; le *Rapport de la Commission royale sur le transport* (1951), à la page 102.) Si la loi pouvait obliger les chemins de fer canadiens à convenir d'un tarif commun, et non les chemins de fer américains, le traitement réservé au trafic intérieur et au trafic international en deviendrait incohérent.

Les articles 144 et 145, qui soulignent l'obligation des chemins de fer d'offrir un service, appuient cette interprétation. Le paragraphe 144(1) exige que les chemins de fer fournissent les installations pour la réception et le transport des marchandises au point de départ de leurs lignes et au point de raccordement avec d'autres compagnies de chemin de fer. Le paragraphe 145(1) oblige les chemins de fer à recevoir, à transporter et à livrer des marchandises sur leurs chemins de fer et en provenance de ceux-ci et à transférer les marchandises entre leurs chemins de fer et d'autres chemins de fer. En vertu du paragraphe 145(3), les compagnies de chemin de fer dont les lignes, en se reliant à une autre voie ferrée, font partie d'un parcours ininterrompu, doivent livrer et recevoir les marchandises sans retard pour faire en sorte que le



effect that shippers had no right to insist on service at interchanges unless they were moving their goods at a joint through rate, the very opposite is the case.

To contend, as Canadian Pacific does, that the order of the Agency denies it the right to negotiate joint rates with connecting carriers is without foundation. There is no interference with its freedom to contract with whomever it wishes. Rather, to deny CSP Foods access to other carriers *via* subsection 115(1) would be to restrict its right to negotiate contracts on its own behalf. The language and policy of the *National Transportation Act, 1987* seeks to foster freedom of contract for both shippers and railways, not just for railways.

The appellant is confusing the purpose of the new *National Transportation Act, 1987* with that of the previous legislative regime. The new Act is not concerned only with the rights of railways, but rather with creating a new balance between the rights of shippers and those of the railways. Its goal is an efficient, competitive, reasonably priced transportation system, not the preservation of the railway industry's historic way of doing business.

There being no error of jurisdiction or law demonstrated, this appeal will, therefore, be dismissed with costs.

ISAAC C.J.: I agree.

STONE J.A.: I agree.

public désirant se servir de ces voies ininterrompues de communication n'y trouve pas d'obstacles à la circulation. Par conséquent, contrairement à ce que soutenait l'appelante, selon laquelle les expéditeurs n'avaient aucun droit d'exiger un service aux lieux de correspondance à moins qu'ils transportent leurs marchandises à un tarif commun d'entier parcours, c'est l'opposé qui est vrai.

La prétention de Canadien Pacifique, selon laquelle l'arrêté de l'Office nie son droit de négocier des prix communs avec des transporteurs de liaison, est sans fondement. Sa liberté contractuelle ne subit aucune ingérence. Plutôt, refuser à CSP Foods l'accès à d'autres transporteurs par l'application du paragraphe 115(1) limiterait son droit de négocier des contrats en son propre nom. Le libellé et la politique de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux* cherchent à promouvoir la liberté contractuelle des expéditeurs et des chemins de fer, et non pas seulement celle de ces derniers.

L'appelante confond l'objectif de la nouvelle *Loi de 1987 sur les transports nationaux* avec celui du régime législatif précédent. La nouvelle Loi ne s'attarde pas seulement aux droits des chemins de fer, mais aussi à la création d'un nouvel équilibre entre les droits des expéditeurs et ceux des chemins de fer. Elle recherche un système de transport efficace, concurrentiel, dont les prix sont raisonnables, et non le maintien des méthodes commerciales historiques de l'industrie ferroviaire.

Aucune erreur de compétence ou de droit n'ayant été établie, le présent appel sera donc rejeté avec dépens.

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

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

T-209-92

T-209-92

**Canadian Human Rights Commission (Applicant)****Commission canadienne des droits de la personne (requérante)**

v.

a c.

**Canadian Liberty Net and Derek J. Peterson (Respondents)****Canadian Liberty Net et Derek J. Peterson (intimés)****INDEXED AS: CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. CANADIAN LIBERTY NET (T.D.)****RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) c. CANADIAN LIBERTY NET (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Muldoon J.—Vancouver, February 5 and 6; Toronto, March 3, 1992.

Section de première instance, juge Muldoon—Vancouver, les 5 et 6 février; Toronto, le 3 mars 1992.

*Human rights — Respondents' computer operated voice mail system containing messages as to superiority of white race, questioning numbers killed in Holocaust, recommending bringing in "boisterous young Germans to set matters straight" rather than more Third World immigrants — CHRC having requested appointment of Human Rights Tribunal to enquire into complaints — CHRC moving for injunction restraining respondents from telephonic communication of hate messages pending Tribunal's final order — Matter of first impression in Canada — Whether Court having jurisdiction and, if so, whether injunction should be granted.*

*Droits de la personne — Le système de messagerie électronique parlé des intimés diffuse des messages portant sur la supériorité de la race blanche, mettant en doute le nombre des victimes de l'Holocauste et recommandant de faire venir de «jeunes allemands turbulents capables de mettre les choses au clair» au lieu d'un plus grand nombre d'immigrants du Tiers-monde — La Commission canadienne des droits de la personne a demandé la constitution d'un Tribunal des droits de la personne chargé d'examiner les plaintes — La CCDP sollicite la délivrance d'une injonction interdisant aux intimés de communiquer par voie téléphonique des messages haineux jusqu'à ce que le Tribunal rende une ordonnance définitive — Affaire inédite au Canada — La Cour est-elle compétente pour accorder l'injonction et dans l'affirmative, celle-ci devrait-elle être délivrée?*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — CHRC seeking injunction to restrain communication of hate messages by voice mail system pending final order of Canadian Human Rights Tribunal — Reference to criteria for jurisdiction established by S.C.C. in ITO case — Federal Court Act, ss. 25, 44 statutory grants of jurisdiction — Canadian Human Rights Act existing body of federal law on which case based — Parliament having given Federal Court role of enforcing Tribunal orders — Nothing forbidding CHRC from initiating originating motion under its constituent statute — Tribunal having power to make cease and desist order only at conclusion of inquiry — Court having power to make interlocutory order.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — La CCDP sollicite la délivrance d'une injonction interdisant la communication de messages haineux par système de messagerie électronique jusqu'à ce que soit rendue l'ordonnance définitive du Tribunal des droits de la personne — Renvoi aux critères de compétence établis dans l'arrêt ITO de la C.S.C. — Les art. 25 et 44 de la Loi sur la Cour fédérale sont attributifs de compétence — La Loi canadienne sur les droits de la personne est l'ensemble de règles de droit fédérales sur lequel est fondé le recours — Le Parlement a désigné la Cour fédérale aux fins de l'exécution des ordonnances du Tribunal — Aucune disposition n'interdit à la CCDP de présenter une requête introductive d'instance en vertu de sa loi constitutive — Le Tribunal n'a le pouvoir d'ordonner la cessation d'actes discriminatoires qu'à l'issue de son enquête — La Cour est habilitée à rendre une injonction interlocutoire.*

*Injunctions — CHRC moving for injunction to restrain communication of hate messages pending final order by Canadian Human Rights Tribunal — Tribunal having power to make cease and desist order only at conclusion of inquiry — Under Act, s. 44 Court may grant injunction in any case where just or convenient — Case law on free-standing injunctions reviewed — R. 469 not preventing assumption of jurisdiction where legitimate jurisdiction in aid — Common law, legislation (or both) giving superior court jurisdiction to prevent flouting of law at interlocutory stage — Reference to work on injunctions*

*Injonctions — La CCDP sollicite la délivrance d'une injonction pour interdire la communication de messages haineux jusqu'à ce que le Tribunal des droits de la personne rende une ordonnance définitive — Le Tribunal n'est habilité à ordonner la cessation d'actes discriminatoires qu'à l'issue de son enquête — En application de la Loi, le tribunal visé par l'art. 44 peut accorder une injonction dans tous les cas où il lui paraît juste et opportun de le faire — Revue de la jurisprudence sur les recours autonomes en injonction — La Règle 469 ne constitue pas un obstacle lorsqu'il existe une compétence*

as to recourse to that remedy where continuous flouting of statute for which statutory penalties inadequate deterrence — CHRC entitled to seek injunction as guardian of federal human rights legislation and not as relator under Attorney General's supervision — Position of A.G. different in federal than in unitary state — Applicant having shown not only serious question to be tried but made out prima facie case — Respondents' Charter right to freedom of speech limited when in collision with others' Charter rights.

This was an application for an interlocutory injunction to restrain the respondents, pending a final order by a Human Rights Tribunal in proceedings now before it, from communicating, by telephone, messages likely to expose persons to hatred or contempt by reason of ethnicity or religion, contrary to subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* (the Act).

The respondents operate a voice mail system the advertised purpose of which is "to promote cultural and racial awareness among White people". The caller first hears a recorded voice advise that persons who might be offended should hang up, then a menu of messages. One message, "Kosher Tax" relates that some foods are subject to increased costs to make them acceptable to orthodox Jews, another that Hollywood is dominated by Jews, a third that the number of persons said to have been killed in the Holocaust has been much exaggerated. Another recording, in commenting on the violence around an Edmonton high school attributed to the "Brown Nation" gang, concludes: "Perhaps what we need in Canada now is not more Third World immigrants, but a couple of thousand boisterous young Germans to set matters straight."

Complaints were filed with the Commission and, after investigation, the Commission requested the President of the Human Rights Tribunal Panel, under paragraph 44(3)(a) of the *Canadian Human Rights Act*, to appoint a Human Rights Tribunal to inquire into the complaints.

*Held*, the application should be allowed.

The criteria for Federal Court jurisdiction set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.* are met. Sections 25 and 44 of the *Federal Court Act* provide a statutory grant of jurisdiction. The *Canadian Human Rights Act* is an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case. The condition in section 25 of

légitime sur laquelle s'appuyer — La common law ou la loi (ou les deux) accorde à la cour supérieure le pouvoir d'empêcher que la loi soit bafouée à l'étape interlocutoire — Renvoi à la doctrine sur les injonctions quant au recours à ce redressement en cas de violation continue de la loi dont l'exécution est assurée par des amendes impuissantes à dissuader les contrevenants — La CCDP est habilitée à solliciter la délivrance d'une injonction en qualité de gardien de la législation fédérale en matière de droits de la personne et non à titre de quasi-demandeur sous la surveillance générale du procureur général — La situation du procureur général n'est pas la même dans un État fédéral et dans un État unitaire — La requérante a non seulement démontré l'existence d'une question sérieuse à trancher par les tribunaux mais elle a établi une présomption — La liberté de parole des intimes, garantie par la Charte, est limitée lorsqu'elle se heurte aux droits garantis par la Charte d'autrui.

La requérante demande la délivrance d'une injonction interlocutoire enjoignant aux intimes de s'abstenir, jusqu'à ce qu'une ordonnance définitive soit rendue dans le cadre des procédures pendantes devant un Tribunal des droits de la personne, de communiquer, par voie téléphonique, des messages susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable du fait de l'origine ethnique ou de la religion, en violation du paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi).

Les intimes exploitent un système de messagerie électronique parlé dont l'objectif, selon la publicité, est de «promouvoir la conscience culturelle et raciale chez la population blanche». L'interlocuteur entend d'abord un message enregistré conseillant aux personnes qui seraient choquées par le contenu des messages de raccrocher, puis, un menu de messages est offert. L'un d'eux, «taxe kascher», affirme que les exigences des juifs orthodoxes font augmenter le prix de certains produits alimentaires, un autre soutient que Hollywood est dominé par les juifs, un troisième, enfin, prétend que le nombre des victimes de l'Holocauste a été beaucoup exagéré. Un autre enregistrement, qui commente la violence survenue dans une école secondaire d'Edmonton et attribuée à la bande «Brown Nation», conclut: «Peut-être avons-nous besoin en ce moment au Canada, non pas d'un plus grand nombre d'immigrants du Tiers-monde, mais d'une couple de milliers de jeunes Allemands turbulents capables de mettre les choses au clair.»

Des plaintes ont été portées auprès de la Commission et, après enquête, celle-ci a demandé au président du Comité du Tribunal des droits de la personne de constituer, en application de l'alinéa 44(3)(a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, un Tribunal des droits de la personne pour examiner les plaintes.

*Jugement*: la demande devrait être accueillie.

Tous les critères permettant de conclure à la compétence de la Cour fédérale et énoncés dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre* sont respectés. En application des articles 25 et 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*, il y a attribution de compétence par une loi. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* constitue un

the *Federal Court Act* that no other court have jurisdiction to grant the remedy is satisfied, as section 57 of the *Canadian Human Rights Act* confers on the Federal Court alone the power to give the force of a judgment to an order of a Human Rights Tribunal or Review Tribunal. Nor can the Tribunals themselves give the remedy sought, as the Act empowers them to order cessation of a discriminatory practice only at the conclusion of an inquiry.

Under section 44 of the *Federal Court Act*, the Court may grant an injunction in all cases in which it appears to be just or convenient, and not only where there is an action before the Court. Here, there can be no action to which the application would be ancillary, as the jurisdiction to adjudicate on the substantive complaints resides in the Tribunal, not the Court. The Court may, in particular, grant an injunction at the instance of the appropriate public official to restrain a threatened violation of the law where there is no other available remedy to prevent, in time, serious harm to the public. Although that official has usually been the Attorney General, the Commission does not need the support of the chief law officer, as it is independently the guardian of the federal human rights legislation: the Commission is required by its constituent statute to endeavour to discourage and reduce discriminatory practices.

Charter rights, such as the respondents' freedom of expression, are inherently limited at the point where they collide with other Charter rights. Those rights are guaranteed by the State, subject only to reasonable limits prescribed by law as provided by section 1. The Act fulfils the requirement that the limitation be prescribed by law, and its subsection 13(1) has been held, in *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, to be a reasonable limit on freedom of expression. The balance of convenience favours the protection of persons from disparagement for their ancestry over the temporary loss of freedom of expression.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b), 7, 12, 15, 24, 26, 27, 28, 29, 32.
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3(1), 13, 27, 40(4) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 62), 44(3)(a) (as am. *idem*, s. 64), 53(2), 54(1), 56(2), 57, 58, 67.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 92(14), 101.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 25, 44.

ensemble de règles de droit essentiel à la solution du litige. La condition précisée à l'article 25 de la *Loi sur la Cour fédérale* et voulant qu'aucun autre tribunal n'ait été habilité à accorder la réparation demandée est remplie car l'article 57 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* confère à la seule Cour fédérale le pouvoir d'assurer l'exécution des ordonnances du Tribunal des droits de la personne ou du Tribunal d'appel. Ceux-ci ne peuvent pas non plus accorder le redressement demandé puisque la Loi ne les habilite à ordonner la cessation d'actes discriminatoires qu'à l'issue d'une enquête.

- b* En application de l'article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour peut accorder une injonction dans tous les cas où il lui paraît juste ou opportun de le faire et non pas seulement lorsqu'une action a été intentée devant elle. En l'espèce, il ne peut y avoir aucune action à laquelle la demande serait accessoire puisque ce n'est pas à la Cour, mais au Tribunal, qu'est conférée la compétence de trancher les plaintes au fond. La Cour peut, notamment, accorder une injonction à la demande de l'officier public compétent contre une menace de violation de la loi dans des circonstances où il n'existerait aucun autre recours pour régler l'affaire avant qu'il ne soit causé au public un sérieux préjudice. Bien que cet officier soit habituellement le procureur général, la Commission n'a pas besoin d'être appuyée par le principal conseiller juridique, car elle est, en toute indépendance, le gardien de la législation fédérale relative aux droits de la personne: la Commission est tenue aux termes de la loi qui l'a créée de tenter d'empêcher la perpétration des actes discriminatoires.

Les droits garantis par la Charte, comme la liberté d'expression des intimés, font l'objet d'une restriction inhérente lorsque les champs respectifs de chaque liberté se heurtent. Ces droits sont garantis par l'État, sous réserve seulement des limites raisonnables prescrites par la loi conformément à l'article premier. La Loi satisfait à l'exigence que la limitation soit prescrite par la loi et dans l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, il a été décidé que son paragraphe 13(1) constituait une limite raisonnable de la liberté d'expression. La balance des inconvénients favorise la protection des personnes contre le dénigrement en raison de leur ascendance plutôt que la perte temporaire de la liberté d'expression.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b), 7, 12, 15, 24, 26, 27, 28, 29, 32.
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1), 13, 27, 40(4) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 62), 44(3a) (mod. *idem*, art. 64), 53(2), 54(1), 56(2), 57, 58, 67.
- 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. 92(14), 101.

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 6 (as enacted by SOR/90-846, s. 2), 337(2)(b), 469.

*Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925* (U.K.) 1925, 15 & 16 Geo. 5, c. 49, s. 45(1).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2, 25, 44.

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 6 (éditée par DORS/90-846, art. 2), 337(2)(b), 469.

*Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925* (R.-U.) 1925, 15 & 16 Geo. 5, ch. 49, art. 45(1).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

### APPLIED:

*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241.

### CONSIDERED:

*Siskina (Owners of cargo lately laden on board) v. Distos Compania Naviera S.A.*, [1979] A.C. 210 (H.L.); *Chief Constable of Kent v. V.*, [1983] Q.B. 34 (C.A.); *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)* (1989), 65 D.L.R. (4th) 567; [1990] 2 W.W.R. 601; 42 B.C.L.R. (2d) 77; 38 C.P.C. (2d) 232 (S.C.); affd (1990), 75 D.L.R. (4th) 1; [1991] 1 W.W.R. 243; 50 B.C.L.R. (2d) 218; 44 C.P.C. (2d) 1 (C.A.); *R. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians*, [1980] 1 F.C. 716 (T.D.); revd [1980] 1 F.C. 820; (1979), 107 D.L.R. (3d) 186; 79 CLLC 14,231; 31 N.R. 19 (C.A.); *Attorney-General v Chaudry*, [1971] 3 All ER 938 (C.A.); *B.C. (A.G.) v. Wale*, [1987] 2 W.W.R. 331; (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 333; [1987] 2 C.N.L.R. 36 (C.A.); *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *NWL Ltd v Woods*, [1979] 3 All ER 614 (H.L.); *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; 13 C.H.R.R. D/435; 3 C.R.R. (2d) 116.

### REFERRED TO:

*McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 9 N.R. 471; *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 695; (1979), 106 D.L.R. (3d) 193; 12 C.P.C. 248; 30 N.R. 249; *Stafford Borough Council v Elkenford Ltd.*, [1977] 2 All ER 519 (C.A.); *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; (1975), 12 N.S.R. (2d) 85; 55 D.L.R. (3d) 632; 32 C.R.N.S. 376; 5 N.R. 43; *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167.

## JURISPRUDENCE

### DÉCISION APPLIQUÉE:

*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241.

### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Siskina (Owners of cargo lately laden on board) v. Distos Compania Naviera S.A.*, [1979] A.C. 210 (H.L.); *Chief Constable of Kent v. V.*, [1983] Q.B. 34 (C.A.); *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)* (1989), 65 D.L.R. (4th) 567; [1990] 2 W.W.R. 601; 42 B.C.L.R. (2d) 77; 38 C.P.C. (2d) 232 (C.S.); conf. (1990), 75 D.L.R. (4th) 1; [1991] 1 W.W.R. 243; 50 B.C.L.R. (2d) 218; 44 C.P.C. (2d) 1 (C.A.); *R. c. L'Association nationale des employés et techniciens en radiodiffusion*, [1980] 1 C.F. 716 (1<sup>re</sup> inst.); inf. [1980] 1 C.F. 820; (1979), 107 D.L.R. (3d) 186; 79 CLLC 14,231; 31 N.R. 19 (C.A.); *Attorney-General v Chaudry*, [1971] 3 All ER 938 (C.A.); *B.C. (A.G.) v. Wale*, [1987] 2 W.W.R. 331; (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 333; [1987] 2 C.N.L.R. 36 (C.A.); *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *NWL Ltd v Woods*, [1979] 3 All ER 614 (H.L.); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; 13 C.H.R.R. D/435; 3 C.R.R. (2d) 116.

### DÉCISIONS CITÉES:

*McNamara Construction (Western) Ltée et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054; (1976), 9 N.R. 471; *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et autre*, [1980] 1 R.C.S. 695; (1979), 106 D.L.R. (3d) 193; 12 C.P.C. 248; 30 N.R. 249; *Stafford Borough Council v Elkenford Ltd.*, [1977] 2 All ER 519 (C.A.); *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; (1975), 12 N.S.R. (2d) 85; 55 D.L.R. (3d) 632; 32 C.R.N.S. 376; 5 N.R. 43; *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167.

## AUTHORS CITED

- Halsbury's Laws of England*, vol. 24, 4th ed., London: Butterworths, 1979.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, Toronto: Canada Law Book Ltd., 1983.
- Spry, I.C.F. *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 4th ed., Toronto: Carswell Co., 1990.

APPLICATION for an injunction interlocutory to proceedings before a Human Rights Tribunal. Application allowed.

## COUNSEL:

- Joseph J. Arvay, Q.C.*, Victoria, for applicants.
- Douglas H. Christie*, Victoria, for respondents.

## SOLICITORS:

- Arvay, Finlay*, Victoria, for applicant.
- Douglas H. Christie*, Victoria, for respondents.

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

MULDOON J.: According to the counsel on each side, this is a matter of first impression in Canada. That is virtually the case.

The applicant (sometimes hereinafter, Commission or CHRC), moves for an order that the respondents (hereinafter sometimes the Net, and Peterson) by themselves or by their servants, agents or otherwise, anyone having knowledge of the order, be restrained and enjoined

... until a final order is rendered in the proceeding before the Canadian Human Rights Tribunal [the tribunal], from communicating or causing to be communicated, by telephonic means, messages that are likely to expose persons to hatred or contempt by reason of the fact that those persons are identifiable on the basis of race, national or ethnic origin, colour or religion and in particular the message as attached as Exhibit "B" (Appendix I) to the affidavit of Lucie Veillette sworn the 23rd day of January, 1992.

The grounds of the originating motion are stated to include sections 25 and 44 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]; and sections 13, 27 and 57 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6. In support of this motion are filed the affidavits of L. Veillette, above mentioned, of Réal Fortin

## DOCTRINE

- Halsbury's Laws of England*, vol. 24, 4th ed., London: Butterworths, 1979.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, Toronto: Canada Law Book Ltd., 1983.
- Spry, I.C.F. *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 4th ed., Toronto: Carswell Co., 1990.

DEMANDE d'injonction interlocutoire relative à des procédures devant un tribunal des droits de la personne. Demande accueillie.

## AVOCATS:

- Joseph J. Arvay, c.r.*, Victoria, pour la requérante.
- Douglas H. Christie*, Victoria, pour les intimés.

## PROCUREURS:

- Arvay, Finlay*, Victoria, pour la requérante.
- Douglas H. Christie*, Victoria, pour les intimés.

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

LE JUGE MULDOON: Selon les avocats des deux parties, l'affaire dont il s'agit est inédite au Canada. C'est pratiquement le cas.

La requérante (ci-après dénommée parfois la Commission ou la CCDP) demande que soit prononcée une ordonnance enjoignant aux intimés (ci-après parfois dénommés le Net et Peterson), ou à leurs préposés, mandataires ainsi qu'à toute personne ayant connaissance de l'ordonnance, de s'abstenir

[TRADUCTION] ... jusqu'à ce qu'une ordonnance définitive soit rendue dans le cadre des procédures pendantes devant le Tribunal canadien des droits de la personne [le Tribunal], de communiquer ou de faire communiquer, par voie téléphonique, des messages susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable du fait de la race, de l'origine nationale ou ethnique, de la couleur ou de la religion, et en particulier le message joint comme pièce «B» (annexe I) à l'affidavit de Lucie Veillette, en date du 23 janvier 1992.

Les articles 25 et 44 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], ainsi que les articles 13, 27 et 57 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, sont invoqués dans la requête introductive d'instance. L'affidavit de L. Veillette, précité, ainsi que celui de Réal Fortin en

sworn January 23, 1992 and of Gordon Thompson sworn January 24, 1992.

This is a free-standing motion for an interlocutory injunction, there being no statement of claim lodged in this Court by the applicant. There have, however, been five complaints filed by three complainants with the CHRC concerning the impugned telephone messages. Four of the complaints allege that the telephone messages denigrate Jewish and non-white persons; the fifth complaint alleged again denigration of non-whites. Those messages are described by that party's counsel as "hate propaganda", to summarize the cumulative inclusionary effect of the statutory prose of subsections 3(1) and 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* (sometimes hereinafter, the Act).

#### FACTS:

According to the complainants, by telephoning an advertised telephone number in British Columbia, one can listen to a "menu" of messages which, they urge, are likely to expose persons to hatred or contempt by reason of prohibited grounds of discrimination. The telephone number is advertised in a small journal which claims that its approximate readership is "12,000 and growing", as disclosed by exhibit "A" to Réal Fortin's affidavit.

Pertinent passages from the article, "Canadian Liberty Net", in the small journal run as follows:

Canada's first computer operated voice mail system has made its debut. It was launched to promote cultural and racial awareness among White people. The system is run completely free of charge, but there are expenses. The system is operated on donations and donations are needed all the time.

The purpose of Liberty Net is to provide a forum for the free exchange of ideas and opinions from people and organizations across North America and the world. The system contains several messages from various "freedom" movement leaders from as far away as Australia, while also dealing with issues closer to home.

Although Liberty Net do [*sic*] not believe they have broken any laws, they are under threat of being closed down. Upon discovery of the phone line, an investigation was launched by the Office of the Attorney General of B.C. and two complaints

date du 23 janvier 1992 et de Gordon Thompson en date du 24 janvier 1992 ont été déposés à l'appui de cette requête.

Il s'agit d'une requête indépendante en injonction interlocutoire, la requérante n'ayant produit aucune déclaration en cette Cour. Toutefois, les messages téléphoniques en cause ont fait l'objet de cinq plaintes déposées par trois plaignants auprès de la CCDP. Dans quatre de ces plaintes, on allègue que les messages téléphoniques dénigrent les juifs et les non-blancs; la cinquième porte également sur la dénigration des non-blancs. L'avocat de la requérante assimile ces messages à de la «propagande haineuse», télescopant ainsi la prose législative des paragraphes 3(1) et 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (ci-après, à l'occasion, la Loi).

#### LES FAITS:

Selon les plaignants, il est possible, en signalant un numéro de téléphone annoncé en Colombie-Britannique, d'entendre «à la carte» des messages qui, font-ils valoir, sont susceptibles d'exposer des personnes à la haine ou au mépris pour des motifs de distinction illicite. Le numéro de téléphone est annoncé dans un petit journal, lequel se réclame d'une audience de «12 000 lecteurs et plus», ainsi qu'il appert de la pièce «A» de l'affidavit de Réal Fortin.

Voici les passages pertinents de l'article intitulé «Canadian Liberty Net» paru dans le journal en question:

[TRADUCTION] Le premier système de messagerie électronique parlé a fait son apparition au Canada. Il vise à promouvoir la conscience culturelle et raciale chez la population blanche. Le service est entièrement gratuit, mais dépend pour son fonctionnement des dons, lesquels sont toujours bienvenus.

L'objectif de Liberty Net est d'offrir une tribune permettant le libre échange des idées et des opinions des citoyens et des organisations en Amérique du Nord et dans le monde. Le service permet d'écouter des messages de leaders de divers mouvements pro-liberté provenant d'aussi loin que l'Australie, ainsi que des messages portant sur des sujets plus près de chez nous.

Bien que Liberty Net ne croit pas avoir enfreint quelque loi que ce soit, il fait face à une menace de fermeture. En effet, à la suite de la découverte de la ligne téléphonique, le bureau du procureur général de la C.-B. a déclenché une enquête et deux

have been filed with the Canadian "Human" Rights Commission.

[Two of the three complainants] claim they have been discriminated against by the Liberty Net. The pair say the system contains messages which claim that the "holocaust" never happened, that non-White aliens are importing crime into the country, and that, heaven forbid, there is a "Kosher" food tax levied on all consumers. The human rights investigation was completed and recommendations made that the matter be dealt with before a human rights tribunal (here we go again).

This has yet to be decided. It will be interesting to see how many hundreds of thousands of tax-dollars are wasted on yet another of these witchhunts!

This system is available to anyone free of charge, but Liberty Net need [*sic*] help with operating expenses. Your financial contributions would be greatly appreciated. The number to dial is (604) . . . [here recited] . . . to hear a message or to leave one.

The text of the various messages transcribed by CHRC investigators is too voluminous to recite here in full. However, an investigator made a synopsis after listening to a Net program, and it, with rare exception conforms with the message transcriptions.

It is replicated in Ms. Veillette's exhibit "C" at page 00031, which, with the Court's few corrections in [square] parentheses, runs thus:

13. The investigator called the message line, from 12-15 (inclusive) December 1991. The selection of messages appeared to be identical each time. The system is structured as follows:

a) A taped voice introduces the Canadian Liberty Net, a computer-operated message line. The voice says that those people who would be offended by the contents should exit the system and not call back.

b) The system then offers a "menu" of messages, selectable with a touch-tone telephone. The "main menu" offers "Leadership", "History", "Miscellaneous Messages," and "Leave a Message."

c) "Leadership" offers Canadian and American messages.

d) In one of the two Canadian messages, an update is provided regarding the Munich trial of Ernst [Zündel]. The other message is from the "Heritage Front," which opposes the problems that "aliens" bring to Canada, giving a Toronto box number where listeners can write for more material.

e) There were three American leadership messages. The first is from the National Alliance, based in West Virginia. This group attributes western civilization to white people who kept their

plaintes ont été portées devant la Commission canadienne des droits de la «personne».

[Deux des trois plaignants] allèguent avoir été victimes de discrimination de la part de Liberty Net. Ils disent que dans certains messages, on prétend qu'il n'y a jamais eu d'«Holocauste», que les étrangers non-blancs importent la criminalité au pays et, Dieu nous préserve!, que tous les consommateurs doivent payer une taxe sur les produits «kascher». Au terme de l'enquête, il a été recommandé que la question soit déferée à un tribunal des droits de la personne (et le bal est reparti).

La décision n'a pas encore été rendue. Il sera intéressant de voir combien de centaines de milliers de dollars de nos impôts seront ainsi gaspillés pour une autre chasse aux sorcières!

Tous peuvent bénéficier gratuitement de ce service, mais Liberty Net a besoin d'aide pour payer ses dépenses de fonctionnement. Vos contributions financières seraient grandement appréciées. Vous n'avez qu'à signaler le (604) . . . [le numéro] . . . pour entendre un message ou en laisser un.

Il serait trop long de reprendre ici le texte intégral des différents messages transcrits par les enquêteurs de la CCDP. Après écoute d'un programme, un enquêteur a toutefois fait un résumé qui est, à quelques exceptions près, conforme aux transcriptions.

Ce résumé est reproduit à la pièce «C» de l'affidavit de M<sup>me</sup> Veillette, à la page 00031. Le voici avec les corrections mineures que la Cour a apportées entre crochets:

[TRADUCTION] 13. L'enquêteur a appelé au numéro de téléphone, du 12 au 15 décembre 1991, inclusivement. Chaque fois, le choix de messages offerts a semblé identique. Le programme se déroule comme suit:

a) Un enregistrement présente le Canadian Liberty Net, programme de messages commandé par ordinateur. La voix conseille à ceux qui seraient choqués par le contenu des messages de quitter la ligne et de ne pas rappeler.

b) Un «menu» est ensuite offert, la sélection des messages se faisant à partir d'un appareil à clavier. Au «menu principal» figurent les titres «leadership», «histoire», «divers», et «laisser un message».

c) La sélection «leadership» présente des messages canadiens et américains.

d) L'un des deux messages canadiens fait part des dernières informations sur le procès de Ernst [Zündel] à Munich. L'autre, de l'organisation «Heritage Front», aborde la question des problèmes que les «étrangers» apportent au Canada et indique un numéro de boîte postale à Toronto où les auditeurs peuvent écrire pour demander de plus amples informations.

e) Trois messages américains sont présentés sur la question du leadership. Le premier est de la National Alliance, organisation dont le siège est en Virginie-Occidentale. Ce groupe attribue le



superior race apart from the many tribes and races of “sub-men” who threaten the existence of whites via race-mixing. The second message is from Tom Metzger of White Aryan Resistance [W.A.R.], who self-censors his messages and includes a California mail address, from which Metzger states he can smuggle in some “free speech” across the border. The third message is from Fred Leuchter, [“an expert on execution technology”], who claims that he has been victimized by a conspiracy [to destroy his credibility because of his previous testimony about Auschwitz, Berkenau etc.].

f) The “History Menu” contains two messages, both denying the Holocaust, [or, at least, the numerical extent of the Nazis’ victims].

g) The “Miscellaneous Messages Menu” has four categories. In “Music,” the speaker indicates that European music [and architecture are] being suppressed by modern [trends] which impede creativity. In “Kosher Tax,” the speaker states that some foodstuffs are subject to increased costs in order to have them certified acceptable to orthodox Jews. This message concludes that the consumer should avoid kosher products, which can be identified by product labels. In “Hollywood Name Changers,” a list of apparently Jewish-sounding (i.e. suffixed with “stein”, “ski”, “man”) names is provided along with the changed versions. In “Masters of Hollywood,” the speaker states that Hollywood is dominated by Jews, citing examples of various past and present movie executives with Jewish-sounding names.

h) The “Leave a Message” selection connects the caller to a voice-mail box for the Canadian Liberty Net.

That these messages seem to this Court to be fatuous and shallow, quite apart from their racial and religious disparagement of all of humanity except for the “pure-euro”, will be considered later in these reasons.

According to the affidavit of human rights officer Yamauchi, certain additional messages were available to be heard on January 28, 1992, when he dialled the Canadian Liberty Net telephone number. They are transcribed in exhibit “A” to his affidavit sworn on the next day. Those additional messages do indeed denigrate the value of non-“aryan” human life in several ways. Talking of the alleged “six million killed in the Holocaust”, the message concludes horrifically and fatuously:

Perhaps if Dr. Samuel Kerkovsky took the time to calculate more accurately, he would find only 70,000 names in the

développement de la civilisation occidentale à la population blanche qui a su préserver la supériorité de sa race de la menace que faisait peser le mélange racial avec les nombreuses tribus et races de «sous-hommes». Le second message est de Tom Metzger du mouvement White Aryan Resistance [W.A.R.]. Metzger, autocensurant ses propos, fournit une adresse postale en Californie d’où il affirme pouvoir faire passer clandestinement la «liberté de parole». Le troisième message est de Fred Leuchter [«expert en techniques d’exécution»], lequel prétend avoir été victime d’une conspiration [pour détruire sa crédibilité à cause d’un témoignage antérieur à propos d’Auschwitz, Berkenau, etc.].

f) Le titre «Histoire» offre deux messages niant tous deux l’Holocauste [ou, du moins, le nombre de victimes des nazis].

g) La catégorie «divers» comporte un choix de quatre messages. Dans le message intitulé «Musique», le narrateur affirme que les [courants] modernes qui incarnent la négation de la créativité sont en train de supplanter la musique européenne [ainsi que l’architecture]. Dans le message intitulé «Taxe kascher», on affirme que les exigences des juifs orthodoxes font augmenter le prix de certains produits alimentaires. Les consommateurs, recommande-t-on, devraient éviter les produits kascher, identifiables à l’étiquette. Le message portant le titre «Changements de nom à Hollywood» énumère une série de noms à consonance juive (portant par exemple les suffixes «stein», «ski», «man») accompagnés de leur version. Dans «Les maîtres d’Hollywood», le narrateur affirme que Hollywood est dominé par les juifs et cite des exemples passés et actuels de producteurs cinématographiques portant des noms à consonance juive.

h) La sélection «Laisser un message» met le demandeur en liaison avec le Canadian Liberty Net par l’intermédiaire d’une boîte à lettres vocale.

Outre qu’ils dénigrent l’ensemble de l’humanité, sur les plans racial et religieux, à l’exception des purs Européens, ces messages semblent à la Cour stupides et futiles. La Cour aura l’occasion d’y revenir.

D’après l’affidavit de l’agent des droits de la personne Yamauchi, des messages additionnels étaient disponibles lorsqu’il a signalé, le 28 janvier 1992, le numéro de Canadian Liberty Net. On en retrouve la transcription à la pièce «A» de son affidavit daté du lendemain. Ces nouveaux messages dénigrent sous plusieurs rapports la valeur de la vie humaine non «aryenne». Au sujet des «six millions de morts de l’Holocauste», le message tire l’horrible et stupide conclusion suivante:

[TRADUCTION] Si le Dr Samuel Kerkovsky avait pris la peine de vérifier ses calculs, il aurait compté seulement 70 000 noms

Auschwitz death books, not 500,000. These books also contain no mention of deaths by lethal gas.

Is it possible that the western Allies and the media and the “lest we forget” organizations have wronged those earnest hard-working Nazis of the nineteen-thirties and 'forties for slaughtering fewer thousands of fellow human beings than alleged? Tut-tut.

The pertinent passages of another additional message emitted on the Canadian Liberty Net are of such sinister implication and incitement to violence as to warrant repetition here:

Recently in Edmonton, a gang calling itself Brown Nation terrorized white students at high schools. . . . The following excerpts are from the *Calgary Herald*, November 30, 1991:

Police have warned Bonnie Doon high school students in Edmonton to travel in pairs for protection, after a new teenage gang armed with guns, crowbars and baseball bats visited their school. The incident marked the latest in a string of attacks by Brown Nation gang members who had swarmed down on at least five south-side schools this fall.

“Anybody white they’ll go after”, said Barb, a Grade Twelve student. “They won’t get you if you’re coloured.”

Brown Nation is made up from more than one hundred East Indian, Hispanic, Chinese, black and Pakistani youths each from 15 to 21, mainly from Harry Ainley and J. Percy Page high schools. Some don’t go to school.

“Gang members put a mark on certain people and get them at school, bus stops, or just walking around”, said Dan Bateman, Mr. Bateman being a Guidance Counsellor at Bonnie Doon. “They basically hit the individuals”, said Mr. Bateman.

Bonnie Doon students and teachers were terrified Monday, November 25, when more than fifty Brown Nation members arrived in at least seven different vehicles and a pickup truck during lunch.

“They had crowbars and baseball bats and the teachers had to break it up”, said Samantha, a Grade Eleven student.

Of course, not a peep has been said over this incident outside of Calgary, because the papers are too busy writing about the German youths, say, terrorizing foreigners in Germany. If a gang of fifty to one hundred whites went to various schools beating up and threatening non-white students, the War Measures Act would be introduced and the army called in to quell the disturbance. Perhaps what we need in Canada now is

dans les registres des morts d’Auschwitz et non 500 000. Ces registres ne font non plus aucune mention de l’utilisation de gaz létaux.

Serait-il possible que les alliés occidentaux, les médias et les organisations vouées à la mémoire des victimes se soient injustement acharnés contre ces fervents nazis des années trente et quarante qui auraient massacré quelques milliers d’êtres humains de moins qu’on le prétend? Allons donc!

Les passages suivants d’un autre message du Canadian Liberty Net sont tellement sinistres et comportent une incitation à la violence telle qu’il vaut la peine de les reprendre ici:

[TRADUCTION] Récemment à Edmonton, une bande appelée «Brown Nation» a terrorisé des étudiants blancs dans les écoles secondaires. . . . Les extraits suivants sont tirés du *Calgary Herald* du 30 novembre 1991:

La police a recommandé aux étudiants de l’école secondaire Bonnie Doon d’Edmonton de se déplacer toujours par couple, après le passage d’une nouvelle bande d’adolescents armés de fusils, de pinces à levier et de bâtons de baseball. Cet incident est le dernier en date d’une série d’attaques de la bande Brown Nation dont au moins cinq écoles du sud de la ville ont été la cible cet automne.

«Ils s’attaquent aux blancs», dit Barb, une étudiante de 12<sup>e</sup> année. «Ils ne vous toucheront pas si vous êtes de couleur».

La bande Brown Nation compte plus d’une centaine de jeunes Indiens des Indes orientales, d’Hispaniques, de Chinois, de noirs et de Pakistanais, tous âgés de 15 à 21 ans et venant pour la plupart des écoles secondaires Harry Ainley et J. Percy Page. Certains ne vont pas à l’école.

«Les membres de la bande identifient certaines personnes et les attendent à l’école, à l’arrêt d’autobus ou simplement sur la rue», dit Dan Bateman, conseiller en orientation à Bonnie Doon. «Leur technique de base est de frapper», a dit M. Bateman.

Étudiants et enseignants de Bonnie Doon ont été terrifiés lundi, 25 novembre, en voyant arriver, à l’heure du lunch, plus d’une cinquantaine de membres de la bande Brown Nation à bord d’au moins sept véhicules et d’une camionnette.

«Ils avaient des pinces à levier et des bâtons de baseball et les enseignants ont dû intervenir pour les disperser», a raconté Samantha, étudiante de 11<sup>e</sup> année.

Naturellement, rien n’a transpiré de cet incident à l’extérieur de Calgary car les journaux sont trop occupés à parler par exemple des jeunes Allemands qui terrorisent les étrangers en Allemagne. Si de cinquante à cent blancs allaient dans des écoles battre et menacer des étudiants non-blancs, la Loi sur les mesures de guerre serait adoptée et l’armée appelée à la rescousse. Peut-être avons-nous besoin en ce moment au Canada,

not more Third World immigrants, but a couple of thousand boisterous young Germans to set matters straight.

To do what? To counter-attack? One does not take from that message any inference of challenging the others to a debating contest or a soccer match or even to a demonstration of love and respect "to set matters straight". The message does not call upon law-abiding non-violent Canadians of German origin to do anything, but rather it calls for the immigration of thousands of "boisterous young Germans", meaning what? Neo-Nazis? To terrorize "foreigners" in Canada? Despite the message's inconsistencies (allegedly victimizing all whites at random, and specially "marked" individuals), it is a clear demonstration of a secular anti-social evil. Racism begets racism; and violence. Violence begets violence in return.

Presumably the respondents could just go along adding to the repertoire of the messages so as to flummox the CHRC's attempts to cause a tribunal to deal with a crystallized, up-to-date complaint or complaints. Perhaps "flummox" is too harsh and judgmental a word. Perhaps the respondents are just continuing innocently to transmit by telephone their brand of "enlightenment" and "good-citizenship" simply as the thoughts occur to them without any ulterior motive. Needless to emphasize, to be constitutionally protected, speech and expression do not need to evince enlightenment and good citizenship.

Canadian Liberty Net is not shown to be a corporation. It appears to be "a group of persons" contemplated in section 13 of the Act. How numerous they are is not shown. From Veillette's affidavit, exhibits "D", "E" and "F", Yamauchi's affidavit, paragraph 4, and Vicki Lynn Hobman's affidavit, paragraph 4, the following facts are known. Derek J. Peterson subscribes to, or rents, the telephone line involved herein. Cori Keating rents the post office box by which the Net communicates by mail. Tony McAleer operates their facsimile communications machine.

non pas d'un plus grand nombre d'immigrants du Tiers-monde, mais d'une couple de milliers de jeunes Allemands turbulents capables de mettre les choses au clair.

Pour faire quoi? Passer à la contre-attaque? Difficile d'y voir un défi lancé en faveur d'un débat ou d'un match de soccer, ou encore d'une manifestation d'amour et de respect pour «mettre les choses au clair». Le message n'incite pas les Canadiens respectueux des lois et non violents d'origine allemande à faire quoi que ce soit, mais réclame plutôt l'immigration de milliers de «jeunes Allemands turbulents». Qu'entend-on par là? Des néo-nazis? Pour terroriser les «étrangers» au Canada? Malgré ses incohérences (tous les blancs étant des victimes, en particulier les personnes «identifiées»), ce message est la manifestation évidente d'un fléau social séculaire. Le racisme engendre le racisme; et la violence. Et la violence engendre à son tour la violence.

Les intimés pourraient vraisemblablement continuer tout bonnement à accroître leur répertoire de messages, de façon à couper le sifflet à la CCDP et à l'empêcher de saisir un tribunal d'une ou de plusieurs plaintes portant sur une situation récente, ayant atteint son point de cristallisation. L'expression «couper le sifflet» est peut-être trop forte et comporte-t-elle un jugement de valeur excessif. Peut-être les intimés ne font-ils que continuer innocemment à transmettre par téléphone leur conception des «lumières» et du «bon citoyen» au fil des idées qui traversent leur esprit, sans arrière-pensée. Point n'est besoin d'insister, la liberté de parole et d'expression n'a pas nécessairement à être l'incarnation des lumières ou du civisme pour bénéficier de la protection constitutionnelle.

Rien dans la preuve n'indique que Canadien Liberty Net soit une personne morale. Il ressort plutôt qu'il s'agit d'un groupe de personnes» au sens de l'article 13 de la Loi. Leur nombre n'est pas non plus en preuve. Des pièces «D», «E» et «F» de l'affidavit de Veillette, du paragraphe 4 de l'affidavit de Yamauchi ainsi que du paragraphe 4 de l'affidavit de Vicki Lynn Hobman, il ressort les faits suivants: Derek J. Peterson a souscrit l'abonnement à la ligne téléphonique en cause; Cori Keating a loué la boîte postale par laquelle Net communique et Tony McAleer fait fonctionner l'appareil de communication par fax.

As a result of the complaints and pertinent investigations, the Commission, on January 17, 1992, decided, pursuant to paragraph 44(3)(a) of the Act, to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a Human Rights Tribunal to enquire into the complaints, and pursuant to subsection 40(4) to deal with them together. Ms. Veillette wrote to the President, Sidney Lederman, Q.C. on January 20, 1992, conveying the CHRC's request.

Two general issues are here presented to the Court: could the Court enjoin the respondents' impugned activities; and if so, should the Court enjoin the respondents' impugned activities? The first issue was raised by the respondents' counsel as a preliminary objection to the Court's having any jurisdiction to grant an injunction in these circumstances.

#### JURISDICTION:

The respondents' counsel argues that the two provisions of this Court's constituent statute, sections 25 and 44 do not help to invest the Court with the power to do what the applicant seeks. The CHRC, it will be remembered, has not commenced a lawsuit by means of a statement of claim in this Court. This Court, too, with every other court in Canada, lacks the jurisdiction to make the adjudication, cease-and-desist pronouncement or other dispositions which the Act reserves to the Human Rights Tribunal (hereinafter sometimes, the Tribunal).

The two provisions of the *Federal Court Act* relied upon by the applicant *in toto*, like that Act itself, were enacted by Parliament pursuant to section 101 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]:

**101.** The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from time to time provide for the constitution, maintenance, and organization of a general Court of Appeal for Canada, and for the establishment of any additional Courts for the better administration of the laws of Canada.

This constitutional legislation has been interpreted several times by both the Judicial Committee of the Privy Council and the Supreme Court of Canada. All

À la suite des plaintes et des enquêtes menées relativement à celles-ci, la Commission a décidé le 17 janvier 1992, en vertu de l'alinéa 44(3)a) de la Loi, de demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal des droits de la personne chargé d'examiner les plaintes et, conformément au paragraphe 40(4), de les entendre conjointement. M<sup>me</sup> Veillette a écrit au président, Sidney Lederman, c.r., le 20 janvier 1992, pour lui transmettre la demande de la CCDP.

Deux questions d'ordre général sont soumises en l'espèce à la Cour: cette dernière peut-elle interdire les activités contestées des intimés? Et dans l'affirmative, convient-il qu'elle le fasse? L'avocat des intimés a soulevé la première question à titre d'objection préliminaire à la compétence de la Cour d'accorder une injonction dans les circonstances.

#### COMPÉTENCE:

L'avocat des intimés fait valoir que les deux dispositions de la loi constitutive de cette Cour, les articles 25 et 44, n'ont pas pour effet d'investir la Cour du pouvoir d'accéder à la demande de la requérante. On se rappellera que la CCDP n'a pas introduit devant cette Cour une poursuite par voie de déclaration. En outre, la Cour fédérale, comme tout autre tribunal au Canada, ne peut statuer, prononcer des ordonnances de cesser et de s'abstenir ou prendre les autres dispositions que la Loi réserve à la compétence du tribunal des droits de la personne (ci-après dénommé parfois le tribunal).

Les deux dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* qu'invoque au long la requérante ont été, tout comme la Loi elle-même, adoptées par le Parlement en vertu de l'article 101 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]:

**101.** Nonobstant toute disposition de la présente loi, le Parlement du Canada pourra, de temps à autre, prévoir la constitution, le maintien et l'organisation d'une cour générale d'appel pour le Canada, ainsi que l'établissement d'autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada.

Cette disposition constitutionnelle a été interprétée à maintes reprises, tant par le Comité judiciaire du Conseil privé que par la Cour suprême du Canada.

Canadian courts must loyally abide by the Supreme Court's interpretation of this provision, but it is difficult not to notice that in three momentous judgments<sup>1</sup> which drastically curtailed this Court's jurisdiction to entertain Crown counterclaims and third-party notices, the previous Supreme Court benches which decided them (with Mr. Justice Martland, alone, dissenting in the last) simply did not consider, interpret or deal with the emphasized expressions above recited.

When one compares Parliament's power under section 101 to create this Court, and the provincial legislatures' power under section 92, head 14 to create their superior courts one sees at once that the constitutional text does not compel conclusions that the Federal Court does or could wield less inherent jurisdiction in its proper sphere than the provincial courts in theirs, nor that the Federal Court is "only" a statutory court, but the provincial courts are somehow not statutory courts. Of course, one must accept authoritative interpretations of these constitutional texts, especially when imparted by the Supreme Court of Canada. One should not assume a lack of jurisdiction unless it has been imposed by authoritative judicial pronouncement. Now one should review the two provisions of the *Federal Court Act* invoked by the applicant. They are these sections:

25. The Trial Division has original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in any case in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of the laws of Canada if no other court constituted, established or continued under any of the *Constitution Acts 1867 to 1982* has jurisdiction in respect of that claim or remedy.

44. In addition to any other relief that the Court may grant or award, a *mandamus*, injunction or order for specific performance may be granted or a receiver appointed by the Court in all cases in which it appears to the Court to be just or convenient to do so, and any such order may be made either unconditionally or on such terms and conditions as the Court deems just.

<sup>1</sup> *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; and *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 695 (Martland J. dissenting).

Or, si tous les tribunaux canadiens doivent souscrire fidèlement à l'interprétation de la Cour suprême, il est aisé de remarquer que dans trois arrêts d'importance capitale<sup>1</sup> ayant eu pour effet de réduire dramatiquement la compétence de cette Cour quant aux demandes reconventionnelles et aux mises en cause de la Couronne, les juges d'alors (seul le juge Martland étant dissident dans le dernier arrêt) n'ont tout simplement pas examiné ou interprété les expressions soulignées précédemment.

Si l'on compare le pouvoir accordé au Parlement, en vertu de l'article 101, de créer cette Cour, et le pouvoir des législatures provinciales, en vertu de l'article 92, paragraphe 14, de constituer leurs tribunaux supérieurs, on constate d'emblée que le texte constitutionnel ne mène pas forcément à la conclusion que la Cour fédérale détient ou pourrait détenir une compétence inhérente inférieure dans sa propre sphère à celle des tribunaux provinciaux dans la leur, ni que la Cour fédérale est «uniquement» un tribunal de création législative alors que ce n'est en quelque sorte pas le cas des tribunaux provinciaux. Certes, il faut se plier aux interprétations de ces textes constitutionnels faisant autorité, en particulier lorsqu'elles proviennent de la Cour suprême. Ainsi, il ne devrait pas y avoir présomption d'absence de compétence, à moins d'un énoncé judiciaire faisant autorité. Il faut donc examiner les deux dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* sur lesquelles s'appuie la requérante:

25. La Section de première instance a compétence, en première instance, dans tous les cas—opposant notamment des administrés—de demande de réparation ou de recours exercé en vertu du droit canadien ne ressortissant pas à un tribunal constitué ou maintenu sous le régime d'une des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*.\*

44. Indépendamment de toute autre forme de réparation qu'elle peut accorder, la Cour peut, dans tous les cas où il lui paraît juste ou opportun de le faire, décerner un *mandamus*, une injonction ou une ordonnance d'exécution intégrale, ou nommer un séquestre, soit sans condition soit selon les modalités qu'elle juge équitables.

<sup>1</sup> *McNamara Construction (Western) Ltée et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054; et *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et autre*, [1980] 1 R.C.S. 695 (juge Martland dissident).

\* Il faut noter que la version française de l'art. 25, contrairement au texte anglais, emploie l'expression «droit canadien» au lieu de «lois du Canada» dont traite l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

These days, when one seeks any reliable statement of this Court's jurisdiction, one resorts to the judgment of the Supreme Court of Canada in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, a closely split decision, in which Mr. Justice McIntyre wrote the majority decision. There are three essential analytical criteria enunciated by the Supreme Court's majority.

There must be a statutory grant of jurisdiction by Parliament. It seems clear that sections 25 and 44 of the *Federal Court Act*, above recited, satisfy this first requirement in according jurisdiction to this Court. Those two sections are nothing, if not statutory grants of jurisdiction. In particular, when read together, they accord jurisdiction to grant or award an injunction in any case in which that relief is sought, between "subject and subject", under or by virtue of the laws of Canada, where it appears to be just or convenient to do so, if no other court constituted, established or continued under any of the *Constitution Acts 1867 to 1982* has jurisdiction in respect of that claim or remedy.

The second and third requirements set out in the *ITO* case were made separate to meet the exigencies of that case's circumstances, but ordinarily they can be consolidated into one statement. There must be an existing body of federal law on which the case is based—a "law of Canada" as expressed in section 101 of the *Constitution Act, 1867*—which is essential to the disposition of the case, and which nourishes the statutory grant of jurisdiction. This case is based on the *Canadian Human Rights Act*, an authentic "law of Canada" within the contemplation of section 101 of the *Constitution Act, 1867*. If it were not for the provisions of that statute bearing on the subject-matter here—the respondents' denigration and mockery of non-whites and Jews, (which, the applicant submits, likely exposes them repeatedly by telephonic communication to hatred or contempt)—as set out in section 13 of the Act, these proceedings could not have been undertaken. It is, thus, clear that the Act is a body of federal law which, in these particular circumstances, is essential to the disposition of this case and which nourishes the Court's statutory grant of jurisdiction invoked by the applicant. The *Canadian Human Rights Act* describes and denounces a discriminatory practice, if so found, which can ultimately be enjoined by the order of a

Pour un exposé sérieux de la question de la compétence de cette Cour, il faut se reporter à l'arrêt de la Cour suprême *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, décision très partagée dans laquelle le juge McIntyre a rédigé l'opinion majoritaire. Il en ressort trois critères d'analyse essentiels.

Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral. Il semble clair que les articles 25 et 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*, précités, satisfont à cette première exigence en attribuant compétence à la présente Cour. Ces deux dispositions n'ont aucun sens, sinon celui d'être attributives de compétence. Plus précisément, ensemble elles lui attribuent la compétence d'accorder une injonction, s'il lui paraît juste ou opportun de le faire, dans le cas où ce recours est exercé, entre administrés, en vertu du droit canadien, et ne ressortit pas à un tribunal constitué ou maintenu sous le régime d'une des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*.

Une distinction a été établie entre les deuxième et troisième critères en raison des circonstances particulières de l'arrêt *ITO* mais, de façon générale, on peut les ramener à un seul: il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales—une «loi du Canada» au sens où l'expression est employée à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*—essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence. La présente espèce est fondée sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, une authentique «loi du Canada» au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. N'eût-été des dispositions de cette loi visant la situation en cause—le dénigrement et le mépris dont les non-blancs et les juifs sont l'objet de la part des intimés (ce qui, aux dires de la requérante, les rend susceptibles d'être exposés de façon répétée par téléphone à la haine ou au mépris)—selon les termes de l'article 13 de la Loi, le présent recours n'aurait pu être intenté. Il est donc manifeste que la Loi est cet ensemble de règles de droit fédérales qui, dans les circonstances particulières de l'espèce, est essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence de cette Cour qu'invoque la requérante. La *Loi canadienne des droits de la personne* décrit et dénonce un acte discriminatoire qu'un Tri-

Human Rights Tribunal only “at the conclusion of its inquiry”.

Parliament has created a jurisdictionally symbiotic relationship between the CHRC, its investigators and Tribunals on the one hand and the Federal Court on the other by means of sections 57 and 58 of the Act. Such provisions designate the Federal Court for the enforcement of any order of a Tribunal or the Review Tribunal, and of any of their orders for claimed disclosure of any information from a minister of the Crown. No other Court mentioned in section 25 of the *Federal Court Act* is designated as an enforcement arm for the operations of the CHRC, its investigators, Tribunals or the Review Tribunal. The *Canadian Human Rights Act* is surely one operative law under which this Court can properly entertain originating motions for relief against the CHRC. That is because the CHRC, with the Tribunals, is surely a federal board, commission or other tribunal defined in section 2 of the *Federal Court Act*, subject to the supervising jurisdiction of this superior court. No statutory law or rule of practice forbids the Commission from initiating an originating motion under its constituent statute.

The respondents’ counsel urges that there is another court pursuant to section 25 which has jurisdiction in respect of these proceedings, and that is a Human Rights Tribunal or a Review Tribunal, which is empowered to make a cease-and-desist order pursuant to subsections 53(2), 54(1) and 56(2). Thus, he asserts, this Court is actually precluded by section 25, not empowered by it in these circumstances. It will be noted, however, that the Tribunal’s (or Review Tribunal’s) powers to order cessation of discriminatory practices may be exercised only “at the conclusion of its inquiry” according to subsection 53(2) of the Act. No Tribunal or Review Tribunal is empowered to make an interlocutory order. This is a power which Parliament has conferred upon this Court, but not upon a Tribunal which is not composed of professional judges, even if it be a “section 101 Court”, as the respondents’ counsel seems to suggest.

Even so, the respondents’ counsel objects, one cannot find anywhere in the law an instance where any

bunale des droits de la personne peut, le cas échéant, interdire, uniquement toutefois «à l’issue de son enquête».

Par le biais des articles 57 et 58 de la Loi, le Parlement a créé une symbiose juridictionnelle entre la CCDP, ses enquêteurs et les tribunaux d’une part, et la Cour fédérale d’autre part. Cette dernière y est en effet désignée aux fins de l’exécution des ordonnances rendues par un tribunal ou un tribunal d’appel ainsi que des ordonnances de divulgation de renseignements de la part d’un ministre fédéral. Aucun autre tribunal visé à l’article 25 de la *Loi sur la Cour fédérale* n’est ainsi désigné agent exécutif de la CCDP, des enquêteurs, des tribunaux ou du tribunal d’appel. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* est assurément une loi exécutoire en vertu de laquelle cette Cour peut légitimement entendre des requêtes introductives d’instance portant demande de réparation à l’encontre de la CCDP. Il en est ainsi parce que la CCDP, tout comme les tribunaux, sont à n’en pas douter des offices fédéraux, suivant la définition de l’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, sous réserve du pouvoir de surveillance de la présente cour supérieure. Aucune disposition législative ni aucune règle de pratique n’interdit à la Commission de présenter une requête introductive d’instance en vertu de sa loi constitutive.

L’avocat des intimés soutient qu’il existe, en conformité avec l’article 25, un autre tribunal compétent à l’égard du présent recours, savoir un tribunal des droits de la personne ou un tribunal d’appel, investi du pouvoir de rendre une ordonnance de cesser et de s’abstenir en vertu des paragraphes 53(2), 54(1) et 56(2). Ainsi dans les circonstances, affirme-t-il, l’article 25 écarte en réalité la compétence de cette Cour, au lieu de la lui attribuer. On notera, toutefois, que le tribunal (ou tribunal d’appel) ne peut exercer son pouvoir d’ordonner la cessation d’actes discriminatoires, aux termes du paragraphe 53(2) de la Loi, qu’«à l’issue de son enquête». Aucun tribunal ou tribunal d’appel n’est donc habilité à rendre une ordonnance interlocutoire. Ce pouvoir, le Parlement l’a conféré à cette Cour, et non au tribunal non formé de juges professionnels, dût-il s’agir d’une «cour visée à l’article 101», comme l’avocat des intimés semble le laisser entendre.

Encore là, fait valoir l’avocat des intimés, on ne saurait trouver en droit un cas où une injonction peut

injunction may be granted to restrain the exercise of a Charter-protected freedom. This argument to a degree impinges upon the question of whether the Court should grant the sought-for injunction. It raises the discretionary nature of the relief sought as well as the question which the Court is bound to consider in regard to section 1 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], which, it will be remembered runs thus:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. [Emphasis not in original text.]

The emphasized words describe the test which must be applied in order to determine whether any purported restraint of the exercise of a Charter-guaranteed right or freedom be lawful or not. However, whether counsel can or cannot find an instance of interlocutory restraint of an apparently Charter-guaranteed freedom in circumstances not yet judicially balanced off against the reasonable limits mentioned in section 1, the possibility is not absolutely unthinkable. Indeed, the imposition of such restraints most often occurs in regard to speech and expression, with regard to trade-marks and copyrights and advertising.

In regard to the operations of law, government and politics many a cynic has said "money talks" and one can obtain interlocutory injunctive relief in commercial matters of trade-mark, copyright, patent and industrial design cases, most especially at the behest of the commercial goliaths whose business interests may be in jeopardy. The cynics may be correct, or not, but this is not a case for cynicism. It does not appear that the commercial goliaths suffer any greater harm in the alleged infringement of their trade-marks, copyrights and advertising than do those individuals who are mocked and denigrated for being Jews and non-whites.

The respondents' counsel further contends that a free-standing application, such as this, where no action is instituted by the applicant for permanent

être accordée pour restreindre l'exercice d'une liberté protégée par la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Cet argument empiète d'une certaine manière sur la question de l'opportunité d'accorder l'injonction recherchée. Il soulève en effet la question de la nature discrétionnaire de ce recours ainsi que la question que la Cour se doit de considérer eu égard à l'article premier de la Charte, lequel, rappelons-le, dispose:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. [Passage non souligné dans l'original.]

Le passage souligné énonce le critère devant être appliqué aux fins de décider de la légitimité d'une restriction supposée à l'exercice d'un droit ou d'une liberté garantis par la Charte. Que l'avocat ait pu ou non trouver de cas de restriction interlocutoire d'une liberté apparemment garantie par la Charte dans des circonstances où il n'y a pas encore eu pondération judiciaire au regard des limites raisonnables dont il est question à l'article premier, cela n'est pas absolument impensable. De fait, de telles restrictions interviennent le plus souvent eu égard à la liberté de parole et d'expression en matière de marques de commerce, de droits d'auteur et de publicité.

En ce qui regarde l'application de la loi, le fonctionnement du gouvernement et la politique, les cyniques sont nombreux à dire que «l'argent parle»: une injonction interlocutoire peut ainsi être obtenue dans les affaires commerciales de marques de commerce, de droits d'auteurs, de brevets et de dessins industriels, et plus particulièrement à la demande des géants commerciaux dont les intérêts peuvent être menacés. Les cyniques ont peut-être raison, mais la présente espèce se prête mal au cynisme. Il ne semble pas en effet que les géants commerciaux subissent un plus grand préjudice de la contrefaçon alléguée de leurs marques de commerce, droits d'auteurs et publicité que ceux qu'on tourne en ridicule et qu'on dénigre parce qu'ils sont juifs et non-blancs.

L'avocat des intimés soutient en outre qu'une demande autonome, comme celle présentée en l'espèce sans qu'une action en injonction permanente



relief, is also beyond this Court's jurisdiction. Powers are vested in a Human Rights Tribunal under subsections 53(2), 54(1) and 56(2) of the Act. Those powers and that jurisdiction are not vested in this Court or any other Court. They include the making of a permanent cease-and-desist order if the complaint be substantiated. There is no power in the Tribunal to make an interlocutory order, and there is no power in the Court to make a permanent order. The "repair" (if such it be) of this jurisdictional asymmetry is contemplated and made available by sections 25 and 44 of the *Federal Court Act*. Thus, a free-standing application may be granted—if warranted—with no violence to the apparent purpose and intention of Parliament, but rather in agreeable accord.

Such free-standing applications for injunctions, where no other action is instituted in the Court, have become rather numerous in recent decades and several have succeeded. That is to say, in the words of section 44, the injunction is granted in addition to any other relief which the Court may grant or award, in all cases in which it appears to the Court to be just or convenient to do so. The emphasized words imply a free standing relief, not only one which is awarded concurrently in a single proceeding. In these circumstances, as noted, this section ought to be read with section 25, but despite the respondents' opposition, Parliament ought not to be taken to have enacted a dead letter, "for the better administration of the laws of Canada".

In the matter of free-standing injunctions becoming more and more accepted in recent decades, the applicant's counsel points to the judgment of the House of Lords in *Siskina (Owners of cargo lately laden on board) v. Distos Compania Naviera S.A.*, [1979] A.C. 210, as marking the turning point. In that matter Lord Denning M.R. in the Court of Appeal had reversed the disposition made by Kerr J. and the Court of Appeal had granted an injunction in England to restrain the removal of insurance moneys pending the outcome of the parties' litigation in the courts of Italy, or Cyprus, or by means of arbitration, and he put the cargo owners on terms to proceed speedily in that litigation or arbitration. At pages 235-236, the Master of the Rolls is reported to be urging English

n'ait été intentée, excède la compétence de cette Cour. Des pouvoirs sont dévolus au tribunal des droits de la personne aux paragraphes 53(2), 54(1) et 56(2) de la Loi. Ces pouvoirs et cette compétence ne sont pas dévolus à cette Cour ni à aucune autre. Ils comprennent le pouvoir de prononcer une ordonnance permanente de cesser et de s'abstenir si la plainte est justifiée. Mais le tribunal n'a pas le pouvoir de prononcer une ordonnance interlocutoire, alors que la Cour n'a pas celui de prononcer une ordonnance permanente. Or la possibilité de «réparer» (si l'on peut dire) cette asymétrie juridictionnelle est prévue aux articles 25 et 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ainsi, une demande indépendante peut être accueillie—si elle est justifiée—sans faire violence à l'objectif et à l'intention du Parlement mais au contraire en harmonie avec eux.

De telles requêtes indépendantes en injonction, sans qu'une action soit intentée devant la Cour, sont devenues assez courantes au cours des dernières décennies et plusieurs ont été accueillies. C'est-à-dire qu'aux termes de l'article 44, l'injonction est accordée indépendamment de toute autre forme de réparation que la Cour peut accorder, dans tous les cas où il lui paraît juste ou opportun de le faire. Les mots soulignés sous-entendent la possibilité d'une réparation autonome, et non seulement une réparation accordée concurremment dans une procédure unique. Dans les circonstances, rappelons-le, cet article doit être rapproché de l'article 25, mais malgré l'opposition des intimés, on ne saurait supposer que le Parlement a édicté une disposition qui resterait lettre morte «pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada».

En ce qui a trait aux recours autonomes en injonction qui sont devenus de plus en plus reconnus au cours des récentes décennies, l'avocat de la requérante cite un arrêt de la Chambre des lords qu'il considère comme un point tournant, *Siskina (Owners of cargo lately laden on board) v. Distos Compania Naviera S.A.*, [1979] A.C. 210. Dans cette affaire, lord Denning, maître des rôles de la Cour d'appel, avait infirmé la décision du juge Kerr et accordé une injonction en Angleterre interdisant que soit retirée une indemnité d'assurance en attendant l'issue du litige opposant les parties devant les tribunaux de l'Italie ou de Chypre, ou encore les résultats de l'arbitrage, et imposant aux propriétaires de la cargaison des conditions visant à accélérer le règlement du

judges not to be “timorous souls” in reforming the law to “find a good way to law reform”. One of Lord Denning’s colleagues, Lord Lawton, heeded his call to boldness, and the other, Lord Bridge (at pages 242-243) declined, and so the decision of the Court of Appeal was not unanimous. The House of Lords also rejected the call to boldness. In terms here pertinent, Lord Diplock noted that subsection 45(1) of the *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925* [(U.K.) 1925, 15 & 16 Geo. 5, c. 49] (differing from section 44 of the *Federal Court Act* in this respect) gave jurisdiction to make only an interlocutory order, (section 44 is not so restricted) and held that such formulation [at page 254] “presupposes the existence of an action, actual or potential, claiming substantive relief . . . to which the interlocutory orders . . . are but ancillary.” Lord Hailsham agreed in the result, but foresaw (at pages 260-261) developments in the future more in accord with Lord Denning’s call to be bold, not “timorous”. However, like Lord Justice Bridge in the Court of Appeal, Lord Hailsham foresaw the need for legislation, as well as judicial law reform.

The reform came, in fact, through legislation, which the applicant’s counsel contends was still not so encompassing as are sections 25 and 44 of the *Federal Court Act*. Counsel cited the then triumphant Lord Denning in the English Court of Appeal case of *Chief Constable of Kent v. V*, [1983] Q.B. 34, where, at pages 42 and 43, the Master of the Rolls is reported as quoting the above cited reasoning of Lord Diplock, and going on to say:

Now that reasoning has been circumvented by section 37 (1) of the Supreme Court Act 1981 which came into force on January 1, 1982. It says:

“The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so.”

Those words in brackets show that Parliament did not like the limitation to “interlocutory.” It is no longer necessary that the injunction should be *ancillary* to an action claiming a legal or equitable right. It can stand on its own. The section as it now stands plainly confers a new and extensive jurisdiction on the High Court to grant an injunction. It is far wider than any-

litige ou de l’arbitrage. Aux pages 235 et 236, le maître des rôles invite les juges anglais à ne pas se comporter en [TRADUCTION] «êtres timorés» et à «aborder positivement la réforme du droit». L’un des collègues de lord Denning, lord Lawton, a répondu à cet appel à l’audace, tandis que son autre collègue, lord Bridge (aux pages 242 et 243) a décliné l’invitation, de sorte que l’arrêt de la Cour d’appel n’a pas été unanime. La Chambre des lords a rejeté l’appel à l’audace. Dans des termes pertinents quant à la présente espèce, lord Diplock a souligné que le paragraphe 45(1) de la *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925* [(R.-U.) 1925, 15 & 16 Geo. 5, ch. 49] (différent de l’article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*, moins restrictif à cet égard) n’attribuait compétence qu’en matière d’ordonnance interlocutoire. Il a conclu que cette formulation [à la page 254] [TRADUCTION] «présuppose l’existence d’une action, réelle ou potentielle, visant à obtenir une réparation au fond . . . dont l’ordonnance interlocutoire . . . n’est que l’accessoire». Lord Hailsham a souscrit au résultat, tout en prévoyant pour l’avenir (aux pages 260 et 261) une évolution plus conforme à l’appel à l’audace de lord Denning. Toutefois, à l’instar du lord-juge Bridge de la Cour d’appel, lord Hailsham a entrevu la nécessité de procéder à des réformes législatives aussi bien que judiciaires.

La réforme est intervenue, de fait, par voie législative, bien que l’avocat de la requérante soutienne que les modifications apportées ne soient pas encore aussi larges que les articles 25 et 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*. L’avocat a cité l’arrêt de la Cour d’appel anglaise *Chief Constable of Kent v. V*, [1983] Q.B. 34, où, aux pages 42 et 43, le maître des rôles Denning, triomphant, poursuit ainsi, après avoir repris le passage précité de lord Diplock:

[TRADUCTION] Ce raisonnement est maintenant dépassé depuis l’adoption du paragraphe 37 (1) de la Supreme Court Act 1981, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1982. Ce paragraphe dispose:

[TRADUCTION] «La Haute Cour peut, par ordonnance (interlocutoire ou définitive) accorder une injonction ou nommer un séquestre dans tous les cas où il lui paraît juste et opportun de le faire.»

Les mots entre parenthèses montrent que le Parlement n’appréciait pas que la compétence de la Cour soit restreinte à l’«interlocutoire». Il n’est donc plus nécessaire que l’injonction soit *accessoire* à une action en revendication d’un droit reconnu en common law ou en *equity*. Il peut s’agir d’un recours indépendant. Dans son libellé actuel, ce paragraphe

thing that had been known in our courts before. There is no reason whatever why the courts should cut down this jurisdiction by reference to previous technical distinctions. Thus Parliament has restored the law to what my great predecessor Sir George Jessel M.R. said it was in *Beddow v. Beddow* (1878) 9 Ch.D. 89, 93 and which I applied in *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A.* [1975] 2 Lloyd's Rep. 509, 510: "I have unlimited power to grant an injunction in any case where it would be right or just to do so: . . ." Subject, however, to this qualification: I would not say the power was "unlimited." I think that the applicant for an injunction must have a sufficient interest in a matter to warrant him asking for an injunction. Whereas previously it was said that he had to have a "legal or equitable right" in himself, now he has to have a locus standi to apply. He must have a sufficient interest. This is a good and sensible test. It is the self-same test of locus standi as the legislature itself authorised in section 31 (3) of the Supreme Court Act 1981. Next, it must be just and convenient that an injunction should be granted at his instance as, for example, so as to preserve the assets or property which might otherwise be lost or dissipated. On this principle I think that the *Siskina* case [1979] A.C. 210 would be decided differently today. The cargo owners had plainly a sufficient interest: it would have been most just and convenient to have granted an injunction, as I pointed out in the Court of Appeal in the *Siskina* case, [1979] A.C. 210, 228E. It was most unjust for the House of Lords to refuse it.

In support of his contentions concerning the Court's jurisdiction to grant the injunction sought, on a basis somewhat akin to that underlying the *Mareva* injunction, the applicant's counsel cites passages from I.C.F. Spry's *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 4th ed. (Toronto: Carswell Co., 1990). That learned author, at page 443, opines that even at the time of the House of Lords' decision in the *Siskina* case, the Lords were being "unduly restrictive", in terms of the development of common law, equity and legislation in 1979. He urges at page 444, that in other jurisdictions than England, even, "the powers of courts with equitable jurisdiction to grant interlocutory injunctions must, subject to any relevant territorial restrictions, now be taken to be without limits." That is a thought not easy to reconcile in Canada, where the Federal Court is a "mere" statutory Court without, it is said, any inherent jurisdiction yet enjoys territorially trans-provincial jurisdiction, whereas provincial superior Courts, created also by statute—provincial statute—have been held

confère clairement à la Haute Cour une compétence nouvelle et élargie en matière d'injonction. Cette compétence est beaucoup plus large que celle dont nos tribunaux ont jamais joui auparavant. Il n'y a aucune raison que les tribunaux réduisent cette compétence sous prétexte d'anciennes distinctions techniques. Le Parlement a ainsi rétabli le droit dans l'état où mon distingué prédécesseur, sir George Jessel, M.R., a dit qu'il se trouvait dans l'arrêt *Beddow v. Beddow* (1878) 9 Ch.D. 89, 93, et que j'ai appliqué dans l'arrêt *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A.* [1975] 2 Lloyd's Rep. 509, 510: «J'ai le pouvoir illimité d'accorder une injonction dans tous les cas où il serait approprié ou juste de le faire: . . .» Sous réserve, toutefois, de cette nuance: je ne qualifierais pas ce pouvoir d'«illimité». J'estime que celui qui demande une injonction doit avoir un intérêt suffisant pour justifier son recours. Alors qu'il devait auparavant avoir un «droit reconnu en common law ou en equity, on exige maintenant qu'il ait un intérêt pour agir, un intérêt suffisant. C'est un critère sage et raisonnable, le même que celui dont le législateur autorise l'utilisation au paragraphe 31 (3) de la Supreme Court Act 1981. Ensuite, il doit être juste et opportun qu'une injonction soit accordée à son instance comme, par exemple, pour la préservation d'actifs ou de biens à l'égard desquels il y aurait autrement risque de perte ou de dissipation. Sur ce point, j'estime que l'arrêt *Siskina*, [1979] A.C. 210, serait tranché différemment aujourd'hui. Les propriétaires de la cargaison avaient manifestement un intérêt suffisant: il aurait été des plus juste et opportun d'accorder une injonction, comme je l'ai souligné à la Cour d'appel dans l'arrêt *Siskina*, [1979] A.C. 210, 228E. Il était par trop injuste que la Chambre des lords la leur refuse.

À l'appui de son argumentation en faveur de la compétence de la Cour aux fins d'accorder l'injonction demandée, pour des motifs en quelque sorte analogues à ceux sous-tendant l'injonction *Mareva*, l'avocat de la requérante cite des passages de l'ouvrage de I.C.F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 4<sup>e</sup> éd. (Toronto: Carswell Co., 1990). À la page 443, l'auteur exprime l'avis que même à l'époque où elle a rendu l'arrêt *Siskina*, la Chambre des lords avait adopté une attitude [TRADUCTION] «indûment restrictive» quant à l'évolution de la common law, de l'*equity* et de la législation en 1979. Il affirme, à la page 444, que dans d'autres juridictions que l'Angleterre, même, [TRADUCTION] «les pouvoirs en matière d'injonction interlocutoire des tribunaux investis d'une compétence en *equity* doivent, sous réserve des restrictions territoriales applicables, être maintenant considérés comme n'étant soumis à aucune limite». Cette notion n'est pas facilement assimilable au Canada où la Cour fédérale est un «simple» tribunal de création

to have inherent jurisdiction but it may be exercised territorially only “in and for the province”.

As noted earlier herein, because Parliament was acting under a constitutional provision which empowered it “notwithstanding anything” in the *Constitution Act, 1867*, to provide for the establishment of the Federal Court of Canada “for the better administration of the laws of Canada”, it can be held that the Federal Court’s inherent jurisdiction in its proper sphere operates in so far as legislation and judicial authority have not suppressed it. On that basis it is apparent that there may be many cases—the present case could be among them—in which it would be just and convenient to enjoin a person, firm or corporation from apparently flouting the laws of Canada, until the question is authoritatively resolved by arbitration pursuant to federal law or before the federal administrative tribunal having the jurisdiction to perform that authoritative resolution. On this basis, then, this Court’s jurisdiction, whether inherent or statutory, is well founded.

The jurisprudence cited by the applicant, more than mentioned herein, emanates from England, and for that reason it was intimated by counsel that this is a case of first impression in Canada. However the granting of an interlocutory injunction where it would not even be ancillary to substantive relief claimed in an action has at least one precedent in Canada. There may well be others, but the prime authority in this regard appears to be *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers’ Compensation Board)* (1989), 65 D.L.R. (4th) 567 (B.C.S.C.), a judgment of Esson C.J.S.C., and (1990), 75 D.L.R. (4th) 1, a unanimous judgment of the British Columbia Court of Appeal rendered principally by Hollinrake J.A. The appeal and cross-appeal were dismissed.

In the circumstances of the *Amchem* case, 194 individual defendants were plaintiffs in a Texas action

législative sans, dit-on, aucune compétence inhérente mais jouissant néanmoins d’une compétence territoriale trans-provinciale, alors que les tribunaux provinciaux supérieurs, créés également par la loi—provinciale —sont considérés comme investis d’une compétence inhérente, mais qui ne peut être exercée territorialement que «dans et pour la province».

Étant donné, comme je l’ai souligné précédemment, que le Parlement agissait en vertu d’une disposition constitutionnelle lui conférant le pouvoir, «nonobstant toute disposition» de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de prévoir l’établissement d’une Cour fédérale du Canada «pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada», on peut conclure que la compétence inhérente de la Cour fédérale dans sa propre sphère s’exerce dans la mesure où elle n’a pas été supprimée par la loi ou l’autorité judiciaire. Dans cette perspective, il est manifeste qu’il peut y avoir de nombreux cas—dont le présent—où il serait juste et opportun d’enjoindre à une personne, une firme ou une société de cesser de faire apparemment fi des lois du Canada jusqu’à ce que la question soit tranchée par arbitrage conformément au droit fédéral ou devant le tribunal administratif fédéral compétent. Dans cette perspective donc, la compétence de cette Cour, qu’elle soit inhérente ou qu’elle résulte de la loi, est bien fondée.

La jurisprudence qu’a citée l’avocat de la requérante, et dont une partie seulement est mentionnée dans les présents motifs, provient d’Angleterre, ce qui lui a fait dire qu’il s’agissait d’une affaire inédite au Canada. Pourtant, la délivrance d’une injonction interlocutoire qui ne serait pas accessoire à une demande de réparation au fond par voie d’action a au moins un précédent au Canada. Il en existe peut-être d’autres, mais l’arrêt de principe à cet égard paraît être l’arrêt *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers’ Compensation Board)* (1989), 65 D.L.R. (4th) 567 (C.S.C.-B.), pour le jugement du juge en chef Esson de la Cour suprême de Colombie-Britannique, et (1990), 75 D.L.R. (4th) 1, pour le jugement unanime de la Cour d’appel de Colombie-Britannique rendu principalement par le juge Hollinrake, J.C.A. L’appel et l’appel incident ont été rejetés.

Dans cette affaire, 194 défendeurs privés s’étaient portés demandeurs dans une action intentée au Texas

against 28 corporate plaintiffs for damages alleged to arise from exposure to asbestos fibres of products allegedly manufactured and marketed outside of Canada by those corporate plaintiffs. Most of those corporate plaintiffs were U.S. companies, but none was incorporated in Texas. None of the corporate plaintiffs had any connection with British Columbia, but the individual defendants (plaintiffs in Texas) were actual or former British Columbians whose alleged injuries were sustained in the province. The corporate plaintiffs (defendants in Texas) unsuccessfully tried to persuade the Texas courts to decline jurisdiction, seemingly because it was not open to a Texas court to grant a stay on the basis of *forum non conveniens*. The plaintiffs sought an injunction, an "anti-suit" injunction in British Columbia to restrain the defendants from proceeding with the Texas action, and the Supreme Court of British Columbia granted an interlocutory injunction.

In the trial court, Chief Justice Esson wrote as a subject headline in his reasons, "*Is there power to grant an interlocutory injunction?*", and on pages 596-597, he is reported to have written this:

I accept that only substantial relief sought in the action is the injunction.

The question whether an interlocutory injunction can be granted except where it is ancillary to other relief being sought in the action is one which has been much considered by the English courts in recent years, and specifically in relation to injunctions of this general kind. Virtually all of the cases to which I have been referred in which anti-suit injunctions have been granted have been ones in which the application was brought in already existing litigation. But in many cases, of which *Castanho* [[1981] A.C. 557 (H.L.)] and *SNI* [[1987] 3 All E.R. 510 (P.C.)] are examples, the application was brought by defendants in the action who could not be said to be seeking an injunction as ancillary to other relief being sought by them. I think that the better view is that this form of injunction constitutes an exception to the basic principle restricting the grant of injunctions to certain exclusive categories. That view was adopted by the House of Lords in what appears to be the most authoritative case on the point: *South Carolina Co. v. Assurantie Maatschappij "De Zeven Provinciën" N.V.*, [1987] A.C. 24, per Lord Brandon at p. 40. It is interesting to note that Lord Brandon, speaking for the majority on this view, took a narrower view than that taken by Lord Mackay and Lord Goff, who expressed doubt that the power of the court to grant injunctions is no longer restricted to exclusive categories.

contre 28 sociétés demandereses pour les dommages qu'ils auraient subis en raison de l'exposition aux fibres d'amiante de produits que ces sociétés auraient manufacturés et commercialisés à l'extérieur du Canada. Il s'agissait pour la plupart de sociétés américaines dont aucune, toutefois, n'avait été constituée en personne morale au Texas. Aucune des sociétés demandereses n'avait de lien avec la Colombie-Britannique, mais les défendeurs privés (demandeurs au Texas) habitaient ou avaient habité la Colombie-Britannique où ils alléguaient avoir subi les préjudices. Les sociétés demandereses (défenderesses au Texas) n'ont pas réussi à convaincre les tribunaux du Texas de décliner compétence, apparemment au motif qu'il n'était pas loisible à un tribunal de cet État d'accorder une suspension pour cause de *forum non conveniens*. Les demandereses ont demandé une injonction «anti-poursuite» en Colombie-Britannique pour empêcher les défendeurs de donner suite à l'action intentée au Texas, et la Cour suprême de Colombie-Britannique a accordé une injonction interlocutoire.

Dans l'une des parties des motifs de son jugement de première instance intitulée «*La Cour a-t-elle le pouvoir d'accorder une injonction interlocutoire?*», le juge en chef Esson écrit, aux pages 596 et 597:

[TRADUCTION] Je conviens que la seule réparation importante à laquelle conclut l'action est l'injonction.

La question de savoir si une injonction interlocutoire ne peut être accordée qu'à titre accessoire à une autre réparation cherchée par action a, au cours des dernières années, beaucoup retenu l'attention des tribunaux anglais, en particulier en ce qui a trait aux injonctions générales de ce type. En effet, dans presque toutes les affaires citées devant le tribunal dans lesquelles des injonctions anti-poursuites avaient été accordées, la requête avait été présentée dans le cadre d'un litige préexistant. Dans de nombreux cas cependant, comme par exemple dans les affaires *Castanho* [[1981] A.C. 557 (H.L.)] et *SNI* [[1987] 3 All E.R. 510 (C.P.)], la requête avait été présentée par les défendeurs dans une action où l'injonction ne pouvait être considérée comme accessoire à une autre réparation. J'estime que la meilleure définition, c'est de dire que cette forme d'injonction constitue une exception au principe fondamental selon lequel l'injonction est réservée à certaines catégories de sujets exclusives. Cette conception a été adoptée par la Chambre des lords dans l'arrêt paraissant faire autorité sur ce point: *South Carolina Co. v. Assurantie Maatschappij "De Zeven Provinciën" N.V.*, [1987] A.C. 24, le lord Brandon, à la page 40. Il est intéressant de souligner que lord Brandon, parlant au nom de la majorité sur cette question, a exprimé une conception plus étroite que celle des lords Mackay et Goff qui ont dit douter que le pouvoir de la cour d'accorder des injonctions ne soit plus restreint à des catégories exclusives.

As our underlying law governing the grant of injunctions is essentially the same as that of England, I see no reason not to accept the view of the law stated by Lord Brandon. That is enough to dispose of the objection.

In the Court of Appeal, Hollinrake J.A. adopted and ratified this statement simply by quoting it (on page 24) and writing: "I agree with what Chief Justice Esson said on this issue."

So, at least in the *Amchem* case, the free-standing application for an interlocutory injunction is known in Canada, and was approved by both the trial and appeal courts of British Columbia. It was granted in order to prevent oppression against persons not resident in British Columbia, coming nevertheless to the provincial court for nothing more than the injunction itself.

Does this Court's own Rule 469 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] prevent the same assumption of jurisdiction as was effected by the British Columbia courts? There, of course, the injunction seekers filed an empty shell of a statement of claim, as the Chief Justice perceived and noted in his reasons. No doubt an empty-shell pleading by the CHRC would have made an empty formal compliance with Rule 469, because the only effective relief which it seeks in these proceedings is the injunction. Indeed, because this Court's role is to provide enforcement for Tribunals' orders, but cannot adjudicate the matter as only the Tribunals can, there would be nothing to plead in a statement of claim. There is no action cognizable by the Court for the jurisdiction to adjudicate under the Act is conferred on the Tribunals, not the Court.

However, if there be a legitimate jurisdiction in aid, as has been demonstrated in the jurisprudence and textbooks, Rule 469 relating to ordinary actions will not stand in the way. Such indeed is the purpose and meaning of Rule 6 [as enacted by SOR/90-846, s. 2] which permits dispensation from ordinary rules, when necessary "in the interests of justice".

Now are there circumstances in which such persons could obtain such protection from oppression if they were not even applicants for the injunction but

Notre droit en matière d'injonction étant essentiellement le même que celui de l'Angleterre, je ne vois aucune raison de ne pas souscrire à la conception exprimée par lord Brandon. Cela suffit à disposer de l'objection.

En Cour d'appel, le juge Hollinrake, J.C.A. a fait sien cet énoncé en se bornant à le citer (à la page 24) et à dire qu'il était d'accord avec ce que le juge en chef Esson avait dit à ce sujet.

Ainsi, à tout le moins dans l'arrêt *Amchem*, la requête autonome en injonction interlocutoire est un recours connu au Canada et il a reçu l'approbation du tribunal de première instance comme de la Cour d'appel de Colombie-Britannique. Elle a été accordée afin d'empêcher l'oppression de personnes ne résidant pas en Colombie-Britannique, mais néanmoins venues en cour provinciale uniquement pour présenter leur demande d'injonction.

Cette Cour est-elle empêchée, en raison de sa propre Règle 469 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], d'assumer compétence comme l'ont fait les instances de Colombie-Britannique? Dans cette affaire, évidemment, les requérants avaient rempli une déclaration bidon, comme l'a écrit le juge en chef dans ses motifs. En présentant une telle procédure bidon, la CCDP ne se serait, à n'en pas douter, conformée que de façon purement formelle à la Règle 469 puisque la seule réparation demandée en l'espèce est l'injonction. De fait, cette Cour ayant pour rôle de veiller à l'exécution des ordonnances des tribunaux des droits de la personne, mais non de statuer au fond comme seuls ces derniers le peuvent, il n'y aurait rien à plaider dans une déclaration. Il n'y a aucune action dont la Cour puisse avoir la saisine étant donné que ce n'est pas à elle, mais aux tribunaux qu'est conférée la compétence de statuer en vertu de la Loi.

Toutefois, s'il existe une compétence légitime sur laquelle s'appuyer, comme l'ont démontré la jurisprudence et la doctrine, la Règle 469 relative aux actions ordinaires ne constituera pas un obstacle. Tel est en effet l'objet et le sens de la Règle 6 [édictee par DORS/90-846, art. 2] qui permet à la Cour de dispenser de l'observation des règles ordinaires lorsque cela s'avère nécessaire «dans l'intérêt de la justice».

Y a-t-il des circonstances où une partie pourrait obtenir protection semblable contre l'oppression même si elle n'était la requérante en injonction, mais

were represented by a “protector” so to speak? In other circumstances might the community at large or general public gain such protection through an intercessor? Such a situation arose in this Court in 1979, albeit in an *ex parte* application in *R. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians*, [1980] 1 F.C. 716 (T.D.), a decision of the then Associate Chief Justice, the Honourable A. L. Thurlow. Unlike the *Amchem* case, Thurlow A.C.J. had before him a privative provision of the *Canada Labour Code* [R.S.C. 1970, c. L-1 (as am. by S.C. 1972, c. 18, s. 1; 1977-78, c. 27, s. 63)], but also what seems to have been a mere hollow shell of a lawsuit not unlike that in the *Amchem* case which arose a decade later. The Attorney General’s application was for an interim injunction to restrain violation by the defendants of subsection 180(2) of the *Labour Code*. Two of the defendants attended the hearing but made no representations. Thurlow A.C.J. granted the injunction in order to abort the defendants’ announced purpose to flout the law.

Neither counsel noticed that the above-cited judgment in *R. v. NABET* was overruled by the Appeal Division beginning at pages 820 *post* in the same volume. The Appeal Court’s *ratio*, written by Pratte J.A., is on page 825, and is this:

It is apparent from the statement of claim that the Crown and the Attorney General were merely acting on behalf of the Canadian Broadcasting Corporation; this is not a case where the Attorney General was acting in his own right as the representative of the public interest. It was, for that reason, a case where the jurisdiction was specially assigned to the Canada Labour Relations Board and where, consequently, the Trial Division had no jurisdiction.

Here, the role undertaken by the CHRC is surely representative of the public interest, for this is no labour dispute involving primarily employers’ and employees’ interests.

The only comfort CHRC can take from that reversal resides in the concurring reasons of Kerr D.J. at page 826:

As the Attorney General was not, in our opinion, acting in this case in his own right as guardian of the legal rights of the pub-

seulement représentée pour ainsi dire par un «protecteur»? Dans d’autres circonstances, la collectivité au sens large ou le public en général pourraient-ils obtenir pareille protection par l’entremise d’un intercesseur? Une situation de ce genre, bien que sur demande *ex parte*, s’est présentée en cette Cour en 1979, dans l’affaire *R. c. L’Association nationale des employés et techniciens en radiodiffusion*, [1980] 1 C.F. 716 (1<sup>re</sup> inst.), décision rendue par le juge A. L. Thurlow, alors juge en chef adjoint. À la différence de l’affaire *Amchem*, le juge Thurlow était saisi d’une clause privative du *Code canadien du travail* [S.R.C. 1970, ch. L-1 (mod. par S.C. 1972, ch. 18, art. 1; 1977-78, ch. 27, art. 63)], mais également de ce qui semble avoir été une poursuite bidon semblable à celle intentée dans cette autre affaire postérieure d’une dizaine d’années. Dans sa requête, le procureur général demandait que soit accordée une injonction provisoire pour empêcher la violation par les défendeurs du paragraphe 180(2) du *Code du travail*. Deux des défendeurs avaient comparu à l’audience, sans faire toutefois d’observations. Le juge en chef adjoint Thurlow a accordé l’injonction afin d’empêcher les défendeurs de mettre à exécution leur intention avouée de bafouer la loi.

Aucun des avocats n’a remarqué que la décision précitée, *R. c. ANETR*, a été infirmée par la Section d’appel dont l’arrêt est rapporté aux pages 820 et s. du même volume. Le juge Pratte, J.C.A. énonce ainsi, à la page 825, le fondement de la décision de la Cour:

Il ressort de la déclaration que la Couronne et le procureur général ont simplement agi au nom de la Société Radio-Canada; il est clair que le procureur général n’a pas agi de son propre chef comme représentant de l’intérêt public. Pour cette raison, il s’agit ici d’un cas où le Code confère une compétence spéciale au Conseil canadien des relations du travail et où, par conséquent, la Division de première instance n’est pas compétente.

En l’espèce, la CCDP agit assurément à titre de représentante de l’intérêt public vu qu’il ne s’agit pas d’un conflit de travail mettant avant tout en jeu les intérêts des employeurs et des employés.

Le seul réconfort que la CCDP peut retirer de cette infirmation réside dans les motifs concordants du juge suppléant Kerr, lequel s’exprime comme suit à la page 826:

Comme, à notre avis, le procureur général n’agissait pas en l’espèce de son propre chef, c’est-à-dire en tant que gardien

lic the decision being here given should in no way be construed as implying that the Trial Division does not have jurisdiction to grant, on an application of the Attorney General acting as such guardian, an injunction against a threatened violation of section 180 of the *Canada Labour Code* in circumstances where there is no other available remedy to deal with the matter in time to prevent serious harm to the public.

Telephonic messages designed to disparage and mock some of the public for their ancestry, and to set other members of the public against them, constitute *prima facie* serious harm to the public. In that exceptional case, the Associate Chief Justice granted an interlocutory injunction which was to endure only nine days before it automatically dissolved.

That action by the Court's order to prevent apprehended flouting of the law is apparently not so exceptional as a general proposition of English law, to which one may resort, as did the British Columbia courts, at least for general principles. Once again the English Court of Appeal, this time in *Stafford Borough Council v Elkenford Ltd*, [1977] 2 All ER 519, gives an example. The fourth edition of Halsbury, published in 1979 about the time of the developments of the law discussed herein, has this passage in volume 24, at page 520, paragraph 921:

**Where statute provides a particular remedy.** Where a statute provides a particular remedy for the infringement of a right created by it or existing at common law, the court's jurisdiction to protect the right by injunction is not excluded unless the statute expressly or by necessary implication so provides. Moreover, notwithstanding that a statute provides a remedy in an inferior court for breach of its provisions, the High Court has power to enforce obedience to the law as enacted by way of injunction whenever it is just and convenient to do so. Where a statute merely creates an offence, without creating a right of property, and provides a summary remedy, a person aggrieved by commission of the offence is confined to the summary remedy, and cannot claim an injunction, although proceedings may be brought by the Attorney General if the public interest is affected.

The High Court, however, has jurisdiction to grant a declaration and ancillary injunction, notwithstanding that its effect is to establish the existence or non-existence of a liability which could be enforced only in a court of summary jurisdiction. In a case where a person would otherwise be without remedy for an injustice, the court has a discretionary power to intervene by way of declaration and injunction in a dispute upon which a

des droits publics garantis par la loi, il ne faut en aucune façon interpréter le présent jugement comme signifiant que la Division de première instance ne serait pas compétente pour accorder, à la demande du procureur général agissant alors comme gardien des droits publics garantis par la loi, une injonction contre une menace de violation de l'article 180 du *Code canadien du travail* dans des circonstances où il n'existerait aucun autre recours pour régler l'affaire avant qu'il ne soit causé au public un sérieux préjudice.

Des messages téléphoniques visant à dénigrer et à tourner une partie de la société en dérision en raison de son ascendance, et à soulever contre elle une autre partie de la société, sont, à première vue, de nature à causer au public un préjudice sérieux. Dans cette affaire exceptionnelle, le juge en chef adjoint avait accordé une injonction interlocutoire valable seulement pour neuf jours, à l'expiration desquels elle cessait automatiquement d'être en vigueur.

Cette façon d'agir par ordonnance pour empêcher que la loi ne soit bafouée n'a apparemment rien de si exceptionnel en droit anglais qu'on ne puisse y avoir recours, du moins comme principe général, comme l'ont fait les tribunaux de Colombie-Britannique. La Cour d'appel anglaise donne à nouveau l'exemple, cette fois dans l'arrêt *Stafford Borough Council v Elkenford Ltd*, [1977] 2 All ER 519. La quatrième édition du traité d'Halsbury, publiée en 1979 à l'époque de l'évolution du droit en cause en l'espèce, contient le passage suivant, au volume 24, à la page 520, alinéa 921:

**[TRADUCTION] Loi prévoyant un recours particulier.** Lorsqu'une loi prévoit un recours particulier en cas de contravention à un droit découlant de ses dispositions ou de la common law, la compétence des tribunaux de protéger ce droit par injonction n'est pas exclue à moins que la loi ne l'écarte expressément ou implicitement. De plus, nonobstant le recours prévu à un tribunal inférieur, la Haute Cour a le pouvoir d'assurer l'observance de la loi par voie d'injonction lorsque cela est juste et opportun. Si la loi ne fait que créer une infraction, sans créer de droit de propriété, et qu'elle prévoit un recours par procédure sommaire, la personne lésée par la perpétration de l'infraction est restreinte à l'exercice de ce recours sommaire et ne peut demander une injonction, bien que des procédures puissent être intentées par le procureur général en cas d'atteinte à l'intérêt public.

La Haute Cour, toutefois, est compétente pour accorder un jugement déclaratoire et une injonction accessoire, même si cela a pour effet d'établir l'existence ou la non-existence d'une responsabilité sur laquelle seule une cour des poursuites sommaires peut statuer. Dans les cas où il n'y aurait pas d'autre recours pour redresser une injustice, le tribunal a en effet le pouvoir discrétionnaire d'intervenir par voie de jugement



statutory tribunal has adjudicated. However, where the legislature has pointed out a special tribunal, another court will not, as a general rule, restrain proceedings before it by injunction.

Here the inferior court, the Tribunal, as noted can grant the final injunction, but the common law or the legislation, or both, accord jurisdiction to the superior court to intervene to prevent a flouting of the law at an interlocutory stage. An example of the Attorney General moving the superior court for an injunction to stop activities in breach of a statute—flouting in the expression of Phillimore L.J.—is the case of *Attorney-General v Chaudry*, [1971] 3 All ER 938 (C.A.). There, at the instance of the Attorney General, the superior court enjoined the continuation of a residential fire hazard until the case could be adjudicated by the magistrates' court. In *B.C. (A.G.) v. Wale*, [1987] 2 W.W.R. 331 (B.C.C.A.), McLachlin J.A. (as she then was), for the majority, acknowledged the role of the Attorney General to act on behalf of disaffected groups of persons (page 342) and the practice of the Crown seeking to enforce by injunction what is *prima facie* the law of the land.

It is a nice question as to whether this undoubted role of the chief law officer of the Crown—the Attorney General—goes to the Court's jurisdiction, or to the Court's discretion. However, it is convenient to address the matter under the rubric of jurisdiction.

In Robert J. Sharpe's *Injunctions and Specific Performance* (Toronto: Canada Law Book Ltd., 1983) the learned author confirms, at page 121, the "well-established jurisdiction to award injunctions at the suit of the Attorney-General to enjoin public wrongs". He notes, at page 122, that the role of the "Attorney-General in suing in the public interest to enjoin public nuisances is of great antiquity and continues to have importance". Public nuisances are not the only basis for application by the Attorney General for an injunction. In regard to statutes which do not qualify as true criminal law, but which may be enforced by fines which do not deter offenders from

déclaratoire et d'injonction dans un litige à l'égard duquel un tribunal de création législative a statué. Cependant, si le législateur a désigné un tribunal spécial, un autre tribunal n'interviendra pas par injonction, en règle générale, pour l'empêcher de statuer.

a

L'instance inférieure en l'espèce, le Tribunal, peut, comme nous l'avons souligné, accorder l'injonction définitive. Mais en vertu de la common law ou de la loi, ou des deux à la fois, c'est à la cour supérieure qu'il revient d'intervenir au stade interlocutoire afin d'empêcher que la loi ne soit bafouée. On trouvera un exemple de cas où le procureur général s'est adressé à une cour supérieure pour obtenir une injonction afin de faire cesser des actes posés en contravention d'une loi—cesser de bafouer la loi selon l'expression du lord-juge Phillimore—dans l'arrêt *Attorney-General v Chaudry*, [1971] 3 All ER 938 (C.A.). Dans cette affaire, la cour supérieure a, à l'instance du procureur général, ordonné la suppression d'un risque d'incendie résidentiel jusqu'à ce que la cour de magistrats puisse se prononcer. Dans l'arrêt *B.C. (A.G.) v. Wale*, [1987] 2 W.W.R. 331 (C.A.C.-B.), le juge McLachlin, alors juge à la Cour d'appel, a reconnu, pour la majorité, le pouvoir du procureur général d'agir au nom d'un groupe de mécontents (page 342) ainsi que le recours de la Couronne à l'injonction pour assurer l'exécution de ce qui paraît être, à première vue, le droit applicable.

f

C'est une question délicate que celle de savoir si ce rôle incontesté du principal conseiller juridique de la Couronne—le procureur général—relève de la compétence de la Cour ou de son pouvoir discrétionnaire. Il y a lieu, toutefois, d'examiner cette question au chapitre de la compétence.

g

Dans son livre *Injunctions and Specific Performance* (Toronto: Canada Law Book Ltd., 1983), Robert J. Sharpe confirme, à la page 121, la [TRADUCTION] «compétence bien établie d'accorder une injonction à la demande du procureur général pour empêcher une atteinte aux droits de la collectivité». Il fait observer, à la page 122, que le rôle du [TRADUCTION] «procureur général de se prévaloir de l'intérêt public pour tenter des poursuites afin d'interdire des nuisances publiques est très ancien et encore important». Ce n'est pas seulement sur la base de la nuisance publique que le procureur général peut demander une injonction. Voici ce que dit le profes-

i

j

flouting the law, Professor Sharpe writes [at pages 128-129]:

There is now considerable authority in favour of injunctions in such cases in Canada. An Alberta court granted an injunction enjoining the unauthorized practice of dentistry, although there was no evidence of actual harm from the practice in question, on the grounds that there had been open, continuous, flagrant and profitable violation of the statute for which the statutory penalties were completely ineffective. More recently in Ontario, a trucking company which persistently operated without the required licence notwithstanding numerous convictions was enjoined at the suit of the Attorney-General, the court holding that such relief was appropriate "where the law as contained in a public statute is being flouted." The Alberta Court of Appeal has held that an injunction may be awarded at the suit of the Attorney-General to prevent further violations of the Lord's Day Act where the facts demonstrated "an open and continuous disregard of an imperative public statute and its usual sanctions which is unlikely to be thwarted without the intervention of the Court."

The rationale in this type of case seems clear: despite the absence of actual or threatened injury to persons or property, the public's interest in seeing the law obeyed justifies equitable intervention where the defendant is a persistent offender who will not be stopped by the penalties provided by statute.

It may be noted that although the *Lord's Day Act* [R.S.C. 1970, c. L-13], above mentioned, has been struck down, the *Canadian Human Rights Act* still stands.

The CHRC's counsel contends that the Court ought to take cognizance of, and jurisdiction over the Commission's application for an interlocutory injunction because, in a real sense, the CHRC is assimilated to the role of the Attorney General for the proper enforcement, and the suppression of flouting, of the provisions of the *Canadian Human Rights Act*. Because of the place and status conferred upon the CHRC by Parliament in formulating and enacting the Act, there is great merit in counsel's contention.

The CHRC comes to the Court in its own strong and independent right and not as a relator under the general supervision of the Attorney General. The CHRC in its own right is truly the guardian of the federal human rights legislation. For example, the CHRC is invested with a wide array of considerable

seur Sharpe [aux pages 128 et 129] au sujet des lois qui ne relèvent pas véritablement du droit criminel mais dont l'exécution est assurée par des amendes, par ailleurs impuissantes à dissuader les contrevenants:

[TRADUCTION] Il existe aujourd'hui une jurisprudence considérable en faveur de la délivrance d'injonctions en pareils cas au Canada. En Alberta, un tribunal a accordé une injonction interdisant la pratique illégale de la dentisterie, bien qu'il n'y ait eu aucune preuve de préjudice réel, pour le motif qu'il y avait eu violation ouverte, continue, flagrante et lucrative de la loi et inefficacité totale des pénalités prévues. Plus récemment en Ontario, une compagnie de camionnage qui continuait à fonctionner sans le permis requis, malgré de nombreuses condamnations, a vu ses activités interdites à l'instance du procureur général, le tribunal ayant conclu que ce recours était approprié [TRADUCTION] «lorsque la règle de droit qu'édicte une loi publique est bafouée». La Cour d'appel de l'Alberta a jugé qu'une injonction pouvait être accordée à la demande du procureur général pour empêcher de nouvelles violations de la Loi sur le dimanche lorsque les faits révèlent [TRADUCTION] «une insouciance manifeste et continue à l'égard d'une loi publique impérative et de ses sanctions habituelles, insouciance à laquelle il ne serait vraisemblablement pas possible de remédier sans l'intervention de la Cour.»

Le raisonnement dans ce genre de cas semble clair: malgré l'absence de préjudice réel ou appréhendé à l'égard des personnes ou des biens, l'intérêt du public à l'observance de la loi justifie l'intervention en équité lorsque le défendeur est un récidiviste que les pénalités prévues n'arrêteront pas.

Notons que si la *Loi sur le dimanche* [S.R.C. 1970, ch. L-13], précitée, a été invalidée, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, quant à elle, est toujours en vigueur.

L'avocat de la CCDP fait valoir que la Cour se doit d'exercer sa compétence à l'égard de la demande d'injonction interlocutoire de la Commission parce que le rôle de cette dernière quant à la bonne exécution et au respect des dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est, en réalité, assimilable à celui du procureur général. Voilà un argument de poids étant donné le statut que le Parlement a conféré à la CCDP en adoptant cette Loi.

La CCDP se présente devant la Cour de son propre chef, en toute indépendance, et non à titre de quasi-demandeur sous la surveillance générale du procureur général. Elle est véritablement le gardien de la législation fédérale en matière de droits de la personne. Ainsi, au seul article 27, partie II de la Loi, la CCDP

power and discretionary authority by section 27 alone, in Part II of the Act. Here are some pertinent passages:

27.(1) In addition to its duties under Part III with respect to complaints regarding discriminatory practices, the Commission is generally [note: not exclusively] responsible for the administration of this Part and Parts I and III and

(a) through (g) authorize research, study, public information powers, review of statutory rules, regulations, orders, by-laws and other instruments to identify inconsistencies with the principles stated in section 2]; and

(h) shall, so far as is practical and consistent with the application of Part III, endeavour by persuasion, publicity or any other means that it considers appropriate to discourage and reduce discriminatory practices referred to in sections 5 to 14. [Emphasis not in original text.]

It requires no further elaboration (although much more could be performed) that among the means to discourage and reduce discriminatory practices referred to in section 13, the CHRC may seek an interlocutory injunction in this Court, fulfilling the same role as the Attorney General, since the Commission is generally, but not exclusively responsible for the administration of Parts I, II and III of the Act, the major parts. (Because the non-whites whom the respondents denigrate and mock on a racial basis must surely include the aboriginal peoples, it is perhaps ominous that section 67 in Part IV provides that nothing in this Act affects any provision of the *Indian Act* or any provision made under or pursuant to that Act.) This Court is also established for the better administration of the laws—including the human rights laws—of Canada, a role not excluded by the CHRC's general responsibility enacted in subsection 27(1) of the Act.

The turning point in Canada for the granting of standing in litigation came in the late nineteen-seventies. It was evinced in these judgments of the Supreme Court of Canada:

*Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138;

*Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; and

est investie d'une gamme considérable d'attributions et de pouvoirs discrétionnaires:

27.(1) Outre les fonctions prévues par la partie III au titre des plaintes fondées sur des actes discriminatoires et l'application générale de la présente partie et des parties I et III, la Commission :

(a) à (g) autorisant des recherches, des études, exécute des programmes de sensibilisation publique, examine les règles, règlements, décrets, arrêtés et autres textes pour déceler les cas d'incompatibilité avec les principes énoncés à l'article 2];

(h) dans la mesure du possible et sans transgresser la partie III, tente, par tous les moyens qu'elle estime indiqués, d'empêcher la perpétration des actes discriminatoires visés aux articles 5 à 14. [Non soulignés dans le texte original.]

Point n'est besoin d'élaborer davantage (bien qu'on puisse en dire beaucoup plus) pour affirmer que, parmi les moyens d'empêcher la perpétration des actes discriminatoires visés à l'article 13, la CCDP peut présenter devant cette Cour une demande d'injonction interlocutoire, remplissant ainsi le même rôle que le procureur général, puisqu'elle est de façon générale, quoique non exclusive, responsable de l'application des parties I, II et III, les plus importantes, de la Loi. (Étant donné que les non-blancs que les intimés dénigrent et tournent en dérision du point de vue racial comprennent à coup sûr les peuples autochtones, il peut sembler inquiétant que l'article 67, à la partie IV, prévoit que la Loi est sans effet sur la *Loi sur les Indiens* et sur les dispositions prises en vertu de cette loi). La présente Cour est également établie pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada—y compris les lois touchant les droits de la personne—rôle que n'exclut pas la responsabilité générale dont est investie la CCDP au paragraphe 27(1) de la Loi.

C'est à la fin des années soixante-dix que le Canada a connu un tournant en matière de qualité pour agir dans un litige. On en voit l'illustration dans les arrêts suivants de la Cour suprême du Canada:

*Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138;

*Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; et

*Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575.

As the notion of the authoritarian administration of justice became more and more diluted, the notion of relator actions brought by interested persons under supervision of the chief law officer of the Crown fell more and more out of favour. In a passage which now can be seen to support the CHRC's right to bring this application, and the Court's jurisdiction to take cognizance of it, Mr. Justice Laskin is reported to have written this in the *Thorson* case, at pages 146-147:

If a previous request to the Attorney General to institute proceedings or to agree to a relator action is a condition of a private person's right to initiate proceedings such as this on his own (see *Attorney General v. Independent Broadcasting Authority, ex parte McWhirter* [[1973] 1 All E.R. 689], at p. 698) that condition has been met in this case. I doubt, however, whether such a condition can have any application in a federal system where the Attorney General is the legal officer of a Government obliged to enforce legislation enacted by Parliament and a challenge is made to the validity of the legislation. The situation is markedly different from that of unitary Great Britain where there is no unconstitutional legislation and the Attorney General, where he proceeds as guardian of the public interest, does so against subordinate delegated authorities. Indeed, in such situations the decision of the Attorney General to proceed on his own or to permit a relator action is within his discretion and not subject to judicial control: see *London County Council v. Attorney General* [[1902] A.C. 165]. Nevertheless, what was said by Lord Denning in the *McWhirter* case, *supra*, on the position of a member of the public where the Attorney General refuses without good reason to take proceedings *ex officio* or to give leave for relator proceedings, is relevant to a distinction that I take and on which, in my opinion, the result in this case turns. I shall come to this later in these reasons.

Here, of course, the applicant does not impugn the Act's validity, but rather, in the place of the Attorney General, seeks its interlocutory enforcement. The status of the CHRC, with its statutory powers and responsibilities, is such that it is the natural and prime applicant to move the Court to grant a free standing interlocutory injunction, which is within the Court's jurisdiction to consider and to grant or to decline. Upon all the foregoing considerations the Court finds jurisdiction herein to act upon the applicant's invocation of sections 25 and 44 of the *Federal Court Act*. The Court possesses the jurisdiction in these circum-

*Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575.

La notion d'administration autoritaire de la justice devenant de plus en plus diluée, celle des actions par quasi-demandeurs intentées par des personnes intéressées sous la supervision du conseiller juridique principal de la Couronne a vu sa faveur diminuer. Dans un passage dont on peut dire aujourd'hui qu'il vient appuyer le droit de la CCDP de présenter sa requête en l'espèce tout comme la compétence de la Cour de s'en saisir, le juge Laskin dit ceci dans l'arrêt *Thorson*, aux pages 146 et 147:

Si le droit d'un particulier d'entamer des procédures comme celles-ci de son propre chef est subordonné à une requête préalable au procureur général lui demandant d'intenter des procédures ou de consentir à une action par quasi-demandeur (*relator action*) (voir *Attorney General v. Independent Broadcasting Authority, ex parte McWhirter* [[1973] 1 All. E.R. 689], à la page 698), cette condition a été remplie en l'espèce. Cependant, je doute que cette condition soit applicable dans un système fédéral quand le procureur général est le représentant juridique d'un gouvernement tenu d'appliquer les lois adoptées par le Parlement et la validité d'une loi est contestée. La situation est sensiblement différente de celle de la Grande-Bretagne à régime unitaire, où aucune législation n'est inconstitutionnelle et où le procureur général, lorsqu'il agit comme gardien de l'intérêt public, le fait contre des autorités subalternes déléguées. Voire, dans pareille situation, la décision du procureur général d'agir de son propre chef ou d'autoriser une action par quasi-demandeur relève de son pouvoir discrétionnaire et n'est pas sujette à un examen judiciaire; voir *London County Council v. Attorney General* [[1902] A.C. 165]. Néanmoins, ce qu'a dit Lord Denning dans l'arrêt *McWhirter*, précité, relativement à la situation d'un particulier lorsque le procureur général refuse sans motif valable d'intenter des procédures *ex officio* ou d'autoriser des procédures par quasi-demandeur, est pertinent à une distinction que je fais et sur laquelle, à mon avis, repose le résultat dans la présente affaire. Je commenterai cette question plus loin dans ces présents motifs.

En l'espèce, naturellement, la requérante ne conteste pas la validité de la Loi mais cherche, à la place du procureur général, à obtenir son exécution interlocutoire. Les pouvoirs et les responsabilités dont la CCDP est investie lui confèrent un statut tel qu'elle est la requérante naturelle et toute désignée pour demander à la Cour d'accorder une injonction interlocutoire autonome, qui ressortit à cette dernière et qu'elle peut accorder ou refuser. Vu toutes ces considérations, la Cour estime qu'elle a compétence en l'espèce pour agir en vertu des articles 25 et 44 de la *Loi sur la Cour fédérale* qu'invoque la requérante. La

stances to grant or award an interlocutory injunction of the sort sought by the applicant.

Cour possède donc, dans les circonstances, la compétence voulue pour accorder l'injonction interlocutoire recherchée par la requérante.

SHOULD THE COURT GRANT THE INJUNCTION?

<sup>a</sup> LA COUR DEVRAIT-ELLE ACCORDER L'INJUNCTION?

The applicant needs only to establish a serious question to be tried as stated by Lord Diplock in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.), but in truth it has gone further and established the higher test of a *prima facie* case, as mentioned also, and explained later, by Lord Diplock in *NWL Ltd v Woods*, [1979] 3 All ER 614 (H.L.). This is known as the “*Woods* exception”. It would apply where the grant or refusal of an interlocutory injunction at this stage would, in effect, dispose of the action finally in favour of whichever side is successful in these proceedings. This is not apparently the circumstance here, for if the respondents be successful herein, the applicant will surely not withdraw the case from the Human Rights Tribunal. Equally, if the applicant be successful here, the respondents are still quite able to go before that Tribunal putting to the applicant the burden of persuasion to show that the respondents’ messages are “likely to expose” those persons against whom they speak “to hatred or contempt by reason of the fact that . . . those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination”. That decision, ultimately, will be the Tribunal’s after hearing the evidence and the parties’ submissions. The respondents’ position against the granting of an injunction comprises arguments which are far from negligible.

La requérante n’a qu’à démontrer l’existence d’une question sérieuse à trancher, comme l’a dit lord Diplock dans l’arrêt *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.). En réalité, elle est allée plus loin en établissant une présomption, satisfaisant ainsi à un critère plus exigeant, comme l’a également dit et expliqué plus tard, lord Diplock dans l’affaire *NWL Ltd v Woods*, [1979] 3 All ER 614 (H.L.). C’est ce qu’on appelle «l’exception *Woods*». Elle s’applique lorsque le fait d’accorder ou de refuser une injonction interlocutoire à cette étape aurait pour effet de statuer définitivement sur le litige en faveur de la partie qui a l’avantage dans les procédures. Ce n’est apparemment pas le cas en l’espèce, car si les intimés réussissent, la requérante ne retirera sûrement pas l’affaire au Tribunal des droits de la personne. De même, si la requérante a gain de cause en l’espèce, il sera encore loisible aux intimés de se présenter devant le Tribunal et de laisser la requérante prouver que leurs messages sont «susceptibles d’exposer à la haine ou au mépris» les personnes contre lesquelles ils sont dirigés du fait qu’elles appartiennent «à un groupe identifiable sur la base» de motifs de distinction illicite. En définitive, il appartient au Tribunal de trancher après avoir entendu la preuve et les plaidoiries des parties. La thèse des intimés, opposés à l’injonction, s’appuie sur des arguments qui sont loin d’être négligeables.

The respondents’ strongest argument goes like this: there is no freedom of speech and expression unless one be free to give offence, since freedom to speak and give no offence permeates even totalitarian states and societies. A truly free and democratic society exacts the guaranty of rights and freedoms which really “bite”, which guarantee the exercise of those rights and freedoms when one really needs that guaranty, as the respondents say they do, now. They probably do not need, and have surely transcended the tame “freedoms” of speech and expression which are accorded only by totalitarian states.

L’argument le plus convaincant soulevé par les intimés est le suivant: il ne saurait y avoir de liberté de parole et d’expression si l’on n’est pas libre d’être blessant puisque la liberté d’expression mais sans offenser existe même dans les états et les sociétés totalitaires. Une société véritablement libre et démocratique exige que soit garanti l’exercice de droits et libertés vraiment «mordants», de manière qu’on puisse invoquer cette garantie lorsque l’on en a vraiment besoin, comme les intimés le prétendent maintenant. Ils n’ont probablement pas besoin, ayant sans doute largement dépassé ce cadre, des timides

«libertés» de parole et d'expression accordées par les états totalitaires.

The argument is so powerful in the right circumstances that to many it will seem to be conclusive for the respondents in these circumstances. Indeed that argument invokes at least the semantics, if not the inherent substance, of Canada's Constitution, whose purpose, values and imperatives must be among the most beautifully humane and tolerant in all the world. That is not to say that those values are basically mush which exacts no intellectual fibre or rigour to apply, for they surely do not lead necessarily to their own dilution, suppression or extinction. They have to be upheld by all branches of government, legislative, executive and judicial, without the betrayal of dilution of or compromise in their continued operation in this free and democratic society. Only a decadent society lacks the tough-mindedness to sustain its own fundamental values.

That said, it may be just as well that the Attorney General has not intervened to seek an injunction against these respondents, for in Canada, unlike so many other free and democratic societies in the same tradition, Canada's Attorney General is a member of the Cabinet, a member of the government of the day, and not an independent law officer. Therefore, it is much better to avoid the undoubted weight and suspicion of partisanship of any government of the day, in taking proceedings in which the respondents are going inevitably to assert that their Charter-protected rights are sought to be suppressed, rather than to be upheld. The CHRC (in common with other commissions, such as the Law Reform Commission, the Immigration and Refugee Board, etc. for example) is not in or of the government of the day, but stands apart from that government. It is, however, the institution created by Parliament to vivify the operations, meaning, purpose and public import of the *Canadian Human Rights Act*. The CHRC performs its duties, not perfectly (in common with all human institutions), but according to its dedicated view and understanding of its mandate, and it is subject to judicial supervision, with the latter's own inbuilt appeal pro-

L'argument est si puissant lorsque les circonstances s'y prêtent que bon nombre jugeront qu'il favorise la thèse des intimés dans ces cas-là. En effet, il s'appuie sur le libellé, sinon sur le fond, de la Constitution canadienne, dont l'objectif, les valeurs et les impératifs doivent figurer parmi les plus humanitaires et les plus tolérants du monde. Cela ne veut pas dire que ces valeurs soient empreintes de sentimentalité à l'eau de rose et que leur application n'exige aucune rigueur intellectuelle car elles ne conduisent certainement pas nécessairement à leur propre affaiblissement, suppression ou extinction. Elles doivent être maintenues par tous les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire du gouvernement, sans être trahies par leur affaiblissement ni faire l'objet d'un compromis dans leur mise en œuvre permanente au sein de cette société libre et démocratique. Seule la société décadente n'a pas la ferme volonté de maintenir ses propres valeurs fondamentales.

Cela dit, il est préférable que le procureur général n'ait pas sollicité une injonction contre les intimés car, contrairement à tant d'autres sociétés libres et démocratiques de la même tradition, au Canada, le procureur général est membre du Cabinet. Il fait partie du gouvernement de l'heure et ce n'est pas un officier judiciaire indépendant. Par conséquent, il vaut mieux ne pas donner prise aux soupçons de partisanerie qui ne manqueraient pas de peser sur le gouvernement si celui-ci intentait des procédures dans le cadre desquelles les intimés affirmeraient à coup sûr qu'on cherche à supprimer, et non à soutenir, les droits que leur garantit la Charte. La CCDP (tout comme d'autres commissions, telles la Commission de réforme du droit du Canada, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, par exemple) ne fait pas partie du gouvernement; elle est indépendante. Toutefois, elle a été constituée par le Parlement pour vivifier la mise en œuvre, l'objet et la portée de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La CCDP s'acquitte de sa mission, de manière imparfaite (comme toutes les institutions humaines) mais conformément à l'idée consciencieuse qu'elle se fait de son mandat, tout en étant assujettie au contrôle

cess. As the CHRC well knows, its own relationship with this Court is very much “at arm’s length”.

Would the imposition of an interlocutory injunction in these circumstances be an unwarranted interference with the respondents’ rights and freedoms? When one penetrates the bodyguard of semantics, what essentially are their rights and freedoms? Is one of the world’s most humane declarations of human rights and freedoms a vehicle for legitimating the disparagement and ridicule of human beings for no just cause? Such, the Court finds those messages, or most of them to be.

There is the problem and vice of the respondents’ telephone messages. Is it unobjectionable, is it past the line of permissibility or not, to warn that what is about to be heard will offend some people, thereupon invited to exit from the program; and then to go on to disparage and ridicule Jews, and non-whites as sub-human, or to make light of the lethal fury of the cowardly Nazis’ holocaust, because maybe somewhat fewer than six million “sub-men” were ruthlessly murdered?

Does Canada’s beautiful and humane rights-and-freedoms package look with unmoved disinterest upon the use of the telephones—a mass communication system—to injure humans’ worth by mocking them just for being what they are? No one ever chose his or her own biological parents or ancestors. Therefore no one is justified in attempting to inflate his own would-be nobility of character or lineage on the basis of who his or her ancestors were.

Indeed many, many peoples’ ancestors were bigots, haters and even Nazis. If one is going to teach a history lesson about the transmission of civilization one does not need to begin with “true men” keeping apart from sub-humans. Apes and chimpanzees are sub-human. That which identifies the human race, or, in deference to the respondents, the human races, is that the people are all inter-fertile. That is surely the means of identifying and defining all humans on the planet Earth. Again, it is remarkable that in his dithy-

judiciaire grâce à une procédure d’appel interne. Comme la CCDP le sait très bien, elle n’a aucun lien de dépendance avec la Cour.

a La délivrance d’une injonction interlocutoire dans ces circonstances constituerait-elle une atteinte injustifiée portée aux droits et libertés des intimés? Au-delà de la barrière des mots, en quoi consistent essentiellement leurs droits et libertés? L’une des déclarations des droits et libertés de la personne les plus libérales au monde doit-elle faire admettre comme justes le dénigrement d’êtres humains et la dérision dont on les couvre sans raison légitime? Car la Cour a conclu que tel était bien l’objet de ces messages, ou de la plupart d’entre eux.

Reste le problème et le fléau des messages téléphoniques des intimés. Le procédé est-il irréprochable, est-ce ou non aller au-delà des limites permises que d’avertir les auditeurs que le message qu’ils sont sur le point d’entendre peut en offusquer certains et de les inviter, si c’est le cas, à sortir du programme, pour dénigrer et tourner ensuite les juifs et les non-blancs en dérision en prétendant qu’il ne s’agit pas d’êtres humains ou de vouloir réduire la gravité de la furie meurtrière du lâche Holocauste perpétré par les nazis parce qu’un peu moins de six millions de «sous-hommes» ont été supprimés sans pitié?

f Le beau régime humanitaire canadien des droits et libertés de la personne se désintéresse-t-il froidement de l’utilisation du téléphone—moyen de communication de masse—pour porter atteinte à la dignité d’êtres humains en les tournant en dérision pour l’unique raison qu’ils sont ce qu’ils sont? Personne ne choisit ses parents biologiques ni ses ancêtres. Par conséquent, nul n’est justifié à essayer de faire valoir sa soi-disant noblesse de caractère ou de naissance en s’appuyant sur son ascendance.

En effet, ils sont nombreux, très nombreux, ceux qui comptent parmi leurs ancêtres des fanatiques, des haineux, voire des nazis. Quiconque prétend donner une leçon d’histoire sur la transmission de la civilisation n’a pas à commencer par séparer les «vrais hommes» des êtres qui ne sont pas humains. Les gorilles et les chimpanzés ne sont pas humains. Ce qui caractérise la race humaine ou, en vue du respect qu’on doit aux intimés, les races humaines, est son interfécondité. Voilà à n’en pas douter un moyen

rambic rhapsody about pure euro-civilization, the recorded “historian” either ignored or did not even know about the great, semitic empire of the Islamic Abbasids (A.D. 750 - 1250 approx.), with its Jewish, Persian and even Christian officers of State, and scholars. Prosperous urban cultural centres inhabited and inspired by non-euros, even “brown nations”, flourished in greatly distant places such as Cordoba in the west, Palermo, Cairo, Baghdad, unto Nishapur in the east. Almost any European or American encyclopaedia could reveal to the author of the “history lesson” that the Abbasid culture, learning and scholarship saved and preserved the ancient Greek learning, and vastly outshone a Europe festering in the general ignorance and brutality of the Dark Ages. That grave omission from the “history lesson” reveals how shallow and fatuous it is.

Racism, which always consists, in large part, of ancestor-worship and ancestor-advocacy, evinces at least two pernicious propensities. There is the propensity to injure others to whom one fancies oneself so superior because of the imagined virtues of mind and physique and culture which one inherited from forebears who always seem to have been just as bigoted, narrow-minded and hateful as their descendants of the day. From whom, after all, was racism transmitted to the not-much-advanced modern world? There is the other propensity to nurture the hurts and grievances of one’s ancestors in order constantly to fling them with their claws and fangs of guilt into the faces of certain contemporaries whose long-gone ancestors may have been the only ones to have bloodily inflicted those hurts and grievances. And so it goes. Just as one cannot claim virtue from one’s ancestry, so one cannot be responsible for their aggressions. The racists forget nothing and learn nothing. (It may well be that the very racial mixing, which modern-day spewers of hatred, superiority and violence so abhor, would be the salvation of the human species. Then humanity might go to work on eliminating the domination/damnation virulence of religious intolerance.) Raised fatuously and magnified falsely to the level of political philosophy or religion, those racist propensities can be seen clearly

d’identifier et de définir tous les êtres humains de la planète. À nouveau, il est tout à fait remarquable que dans son hymne dithyrambique à la civilisation européenne pure, «l’historien» de l’enregistrement soit néglige à dessein, soit ignore l’existence du grand empire sémite des Abbasides islamiques (750-1250 environ) avec ses officiers et ses érudits juifs, perses et même chrétiens. Des centres culturels urbains prospères, habités et inspirés par des races non européennes, voire par des populations mixtes, fleurissaient dans des endroits aussi éloignés que Cordoba à l’ouest, Palerme, Le Caire et Bagdad, jusqu’à Nishapur à l’est. Presque toutes les encyclopédies européennes ou américaines pourraient enseigner à l’auteur de la «leçon d’histoire» que la culture, le savoir et l’érudition des Abbasides ont préservé l’enseignement des anciens Grecs et ont largement éclipsé une Europe qui se débattait dans l’ignorance générale et la brutalité des premiers siècles du Moyen Âge. Cette grave omission de la «leçon d’histoire» révèle à quel point elle peut être futile et stupide.

Immuablement fondé, en bonne part, sur la vénération et le culte des ancêtres, le racisme nourrit en son sein deux propensions pernicieuses. La première est la tendance à outrager autrui en raison d’une prétendue supériorité due à d’imaginaires vertus intellectuelles, physiques et culturelles héritées d’aïeux dont le fanatisme, le sectarisme et l’abjection semblent avoir été aussi constants que ceux de leurs descendants actuels. Par qui, après tout, le racisme a-t-il été transmis au monde moderne dit avancé? L’autre propension est d’alimenter les plaintes et les ressentiments des ascendants pour constamment les assener, toutes griffes de la culpabilité dehors, à la tête de certains contemporains dont les ancêtres depuis longtemps disparus sont peut-être les seuls à porter la paternité sanglante. Et ainsi de suite. Or, de même qu’on ne peut se réclamer des mérites de ses ancêtres, on ne saurait se voir imputer leurs méfaits. Les racistes n’oublient rien et n’apprennent rien. (C’est peut-être pourtant dans le mélange des races, idée qu’abhorrent les propagateurs de haine, de supériorité et de violence, que réside le salut de l’humanité; les êtres humains pourraient alors s’attaquer à l’élimination du virus domination/damnation de l’intolérance religieuse.) Stupidement élevé au rang de religion ou de philosophie politique et faussement glorifié, le racisme est, dans ses propensions, clairement hostile



to be inimical to the beautiful imperatives and values of Canada's Constitution.

This demonstrates the silliness of ancestor-worship or ancestor-advocacy. That silliness, however, becomes downright injurious and potentially lethal when it turns against other humans on the basis of who their unchosen ancestors were. That is the effect of turning against people for what they cannot help, for what they cannot change even if they wished to do so. The rotten corrosiveness of racism disparages and ridicules other people just for drawing breath, for living.

So often the racists are of such blinkered ignorance that they denigrate people without knowing whom they victimize. For example, the so-called "Kosher-tax" program could be expressed in a legitimate free-speech modality to alert consumers that they are (if so) all paying extra for a small minority's religious requirements, and that the cost ought justly to be borne by those who cause it to be imposed. Freedom of thought, opinion and expression surely allow for and protect that communication and it ridicules no one. The respondents may be surprised to learn that it is not only Jews who seek kosher food, if not soaps also. They are referred to *Al-Qur'an* (the Koran) Surah V, verses 3 and 5. So also the program's abstruse, but shallow, complaints about the displacement of western-European-style-and-origin architecture and music could be legitimately expressed and protected by the Charter provisions above mentioned. It is not for the Court to pronounce a judgment on the merits—rather for a Human Rights Tribunal—but it may be that the architecture-music passages do not transgress in their emitted configuration. They are, however, part of a "menu" where they reinforce the racist messages which they accompany.

Canada, whose Constitution asserts the freedoms of conscience and religion simultaneously with those of thought, belief, opinion and expression must be—by necessary implication a secular State. (The one historic exception generated long ago when no

aux impératifs et aux valeurs sublimes de la Constitution du Canada.

Ceci démontre la sottise de ceux qui vouent un culte à l'ascendance ou s'en font les apôtres. Cette sottise, toutefois, devient carrément nuisible et peut devenir meurtrière lorsqu'elle est dirigée contre d'autres êtres humains en raison de l'identité d'ancêtres qu'ils n'ont pas choisis. C'est ce qui arrive lorsqu'on reproche à des personnes ce qu'elles ne peuvent changer même si elles le désiraient. La pourriture du racisme s'attaque à autrui pour le dénigrer et le tourner en dérision simplement parce qu'il respire, parce qu'il est en vie.

Souvent les racistes sont d'une ignorance si aveugle qu'ils dénigrent les gens sans savoir qui sont leurs victimes. Par exemple, le programme portant soi-disant sur la «taxe kascher» pourrait être exprimé librement et légitimement pour informer les consommateurs qu'ils paient tous un peu plus (si c'est le cas) pour satisfaire aux exigences religieuses d'une petite minorité et que ce coût devrait à juste titre être supporté par ceux qui sont à la source de ces exigences. La liberté de pensée, d'opinion et d'expression permet et protège sûrement cette communication qui ne tourne personne en dérision. Les intimés peuvent être étonnés d'apprendre que les juifs ne sont pas les seuls à rechercher la nourriture kascher, voire des savons. Ils sont renvoyés au *Al-Qur'an* (le Coran), Surah V, versets 3 et 5. Il en va de même des plaintes abstruses, mais futiles, portant sur la diffusion de l'architecture et de la musique de l'Europe occidentale qui pourraient être exprimées de façon légitime et protégées par les dispositions de la Charte précitées. Il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur le fond—cette tâche revient à un tribunal des droits de la personne—mais il se peut que les passages concernant l'architecture et la musique ne constituent pas une violation dans la forme dans laquelle ils sont diffusés. Cependant, ils font partie d'un «menu» dans lequel ils renforcent les messages racistes qu'ils accompagnent.

Le Canada, dont la Constitution affirme la liberté de conscience et de religion en même temps que la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression doit être—est—par implication nécessaire un État séculier. (La seule exception historique qui

one could foresee anything but a euro- or aborigino-Christian nation, is the recognition of separate schools.) With those constitutional provisions above recited, however, Canada could never become a theocracy no matter what beliefs about God, Yahweh, Allah or multiple deities were held by a majority of the population, for the State would always have to guarantee all of those freedoms simultaneously. Charter section 29 is the one above mentioned, notable, and apparently ineradicable, exception to the secularity of the Canadian State. Perhaps it proves the rule.

Is there then any natural or inherent limitation on those freedoms, even apart from considerations generated by section 1 of the Charter, and even despite the exclusivity which section 1 arrogates to itself? Such limitation arises inherently and naturally at a point where the scope of each freedom collides repugnantly with the scope of another. For example, where religious belief required the genital mutilation of girls, or the incitement of the faithful to murder an alleged blasphemer, the freedoms of conscience, religion and belief simply must yield to the other guaranteed rights to life and security of the person. Such practices, even if asserted with a bodyguard of semantics about freedom of religion, simply ought to excite the attentions of the police and of children's aid societies.

Disparaging, dehumanizing messages place the people whom they target into plights of humiliation and mockery. The Charter surely does not guarantee the dissemination of such messages. So there is an inherent limitation on freedom of speech and expression at the point where it collides (or they collide) with those rights articulated in sections 7, 12, 15, 27 and perhaps 28. Although the Charter applies, by section 32, to governments and legislatures, it must not be forgotten that the rights and freedoms extended to individuals are guaranteed, and if not by the State, then by whom? The Court's role is not pro-active, as demonstrated by section 24, but re-active. Who then is to guarantee Jews and the non-euro "sub-humans" from the cruel treatment imposed upon them by that pernicious disparagement, that manifestly unequal discrimination based on race, ethnic origin, colour or

remonte à une époque où il était impossible de prévoir autre chose qu'une nation euro-chrétienne ou aborigino-chrétienne, est la reconnaissance de systèmes scolaires confessionnels.) Cependant, compte tenu des dispositions constitutionnelles mentionnées ci-dessus, le Canada ne pourrait jamais devenir une théocratie, peu importe les croyances d'une majorité de la population au sujet de Dieu, de Yahweh, d'Allah ou de dieux multiples, car l'État serait toujours tenu de garantir toutes ces libertés simultanément. L'article 29 de la Charte constitue l'exception notoire mentionnée ci-dessus, et apparemment indéracinable, à la sécularité de l'État canadien. Peut-être que l'exception confirme la règle.

Ces libertés font-elles alors l'objet d'une restriction naturelle ou inhérente, mises à part les considérations inspirées par l'article premier de la Charte et même en dépit de l'exclusivité que cet article s'arrogé? Cette restriction s'impose de manière inhérente et naturelle lorsque les champs respectifs de chaque liberté se heurtent. Par exemple, lorsque les croyances religieuses exigent l'excision des filles ou incitent les croyants à assassiner les présumés blasphémateurs, la liberté de conscience, de religion et de croyance doit tout simplement céder le pas devant le droit à la vie et à la sécurité de la personne qui est également garanti. Ces pratiques, même si elles sont soutenues par une sémantique musclée sur la liberté de religion, doivent attirer l'attention des autorités policières et des sociétés d'aide à l'enfance.

Les personnes contre lesquelles sont dirigés des messages de dénigrement déshumanisants sont en butte à l'humiliation et à la moquerie. La Charte ne garantit sûrement pas la diffusion de tels messages. Il y a donc une restriction inhérente à la liberté de parole et d'expression lorsque celle-ci se heurte aux droits énoncés aux articles 7, 12, 15, 27 et peut-être 28. Bien qu'en vertu de l'article 32, la Charte s'applique aux gouvernements et aux législatures, il ne faut pas oublier que les droits et libertés dont jouissent les citoyens sont garantis, et si ce n'est pas par l'État, par qui? Le rôle de la Cour n'est pas proactif, comme le démontre l'article 24, mais réactif. Qui donc doit garantir les juifs et les moins qu'humains qui n'appartiennent pas à la race européenne contre le traitement cruel qui leur est infligé par ce dénigrement pernicieux, ces motifs de distinction manifeste-

religion, or cultural heritage or sometimes even gender disparity, if not the State? As noted, the Court can guarantee rights and freedoms, but only after the fact of infringement or denial thereof. In these considerations no breach of section 26 of the Charter is promoted, for the limitation-by-collision of certain rights and freedoms is not construing their being guaranteed, as though denying the existence of other rights and freedoms, but rather only construing their natural or inherent limitation of scope.

To the extent that this notion of inherent or natural limitation has been considered in the jurisprudence, including *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, then it must be reconsidered or modified, for in the aforementioned judgment it appears that none of the judges of the Supreme Court of Canada, construing *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, recognized any limitation on content of expression or message in contemplation of paragraph 2(b) of the Charter. Perhaps no expression of speech can be so horrid (short of incitement to murder, publication of the infamous *fatwah* or the like) as to exhaust the extent of protection guaranteed by paragraph 2(b) even in seeming collision with other Charter rights. Of course it may be said that the other rights themselves incorporate inherently reasonable limits prescribed by law, which are demonstrably justified.

In any event, Parliament has purported to give a State guaranty of people's rights when it enacted limits prescribed by law, in the form of the *Canadian Human Rights Act*. That statute engages the requirement for "law" or "a law" exacted by Charter section 1. A numerically slim majority of the Supreme Court of Canada, four of the seven judges, in the *Taylor* case, found that, despite the inconsistency of subsection 13(1) of the Act with the freedom enunciated in paragraph 2(b) of the Charter, that section nevertheless constituted a reasonable limit on that freedom, within the meaning of section 1 of the Charter.

ment discriminatoires fondés sur la race, l'origine ethnique, la couleur, la religion ou l'héritage culturel ou parfois même le sexe, si ce n'est l'État? Cela a déjà été dit, la Cour peut garantir des droits et des libertés mais seulement s'ils ont été violés ou si l'exercice en a été refusé. Il ressort de ces considérations, qu'il n'y a pas incitation à la violation de l'article 26 de la Charte car la restriction par le jeu des heurts de certains droits et libertés ne revient pas à conclure qu'ils sont garantis, comme si les autres droits et libertés n'existaient pas, mais plutôt à définir la limite naturelle ou inhérente de leur portée.

Dans la mesure où cette notion de restriction inhérente ou naturelle a été analysée par la jurisprudence, notamment dans l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, il est impératif de la réexaminer ou de la modifier, car dans le jugement précité, il semble qu'aucun des juges de la Cour suprême du Canada, en interprétant l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, n'a reconnu de limite au contenu de l'expression ou du message compte tenu de l'alinéa 2b) de la Charte. Peut-être qu'aucune expression de la liberté de parole ne peut être si horrible (mis à part l'incitation au meurtre, la publication de l'infâme *fatwah* ou autre expression similaire) qu'elle déborde le cadre de la protection garantie par l'alinéa 2b) même s'il y a apparemment heurt avec d'autres droits garantis par la Charte. Bien entendu, on peut soutenir que les autres droits eux-mêmes englobent des restrictions inhérentes et raisonnables prescrites par la loi, dont la justification peut se démontrer.

Quoi qu'il en soit, le Parlement a voulu que l'État garantisse les droits des citoyens lorsqu'il a adopté des limites prescrites par la loi, sous la forme de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Ce texte législatif remplit l'exigence de l'existence de la «loi» ou «d'une loi» de l'article premier de la Charte. Dans l'arrêt *Taylor*, une mince majorité des juges de la Cour suprême du Canada, soit quatre des sept juges, a décidé qu'en dépit de l'incompatibilité du paragraphe 13(1) de la Loi avec la liberté énoncée à l'alinéa 2b) de la Charte, cette disposition n'en constituait pas moins une restriction raisonnable au sens de l'article premier de la Charte.

It will be the task of the Human Rights Tribunal, not this Court, to determine whether the respondents' messages are truly likely to expose persons to hatred or contempt in contemplation of subsection 13(1) of the Act. Having found that those messages do constitute disparagement and ridicule of the target humans, the Court holds that they are capable of doing the mischief which the Act is enacted to combat. Should they be enjoined, even if only temporarily? Here, indeed, is a serious question to be tried by a Tribunal, as Parliament enacted. Here, starkly, is the dilemma presented when constitutional values and imperatives collide or appear to do so. Ernst Zündel is a convict, but should the respondents who disseminate news of him be enjoined from doing that? Should their whole menu be considered for injunction or only parts of it? Do any of their messages reify the ideals and imperatives of the Constitution, which, they assert, protect their telephonic uttering of such messages?

It is not an easy choice to make between freedom of expression and speech on the one hand, and its temporary suppression in the name of sparing people the injury of verbal disparagement just for being what they are. The Court in its discretion concludes that the expression of the disparaging words can wait or be stilled pending the deliberations of the Tribunal. If the Tribunal should find that the respondents' messages do not expose persons to hatred or contempt by reason of their race, national or ethnic origin, colour or religion, then it may be noted that, absent some genocidal cataclysm, the respondents will still have plenty of non-pure-euros in the population about whom to make their disparaging observations in the future; so, they will have suffered no irreparable loss. That position may be contrasted with the pernicious degradation and humiliation cast upon the respondents' human targets.

So also must be adjudged the balance of convenience. It is surely more terrible than a mere inconvenience to be disparaged and ridiculed just for draw-

Il appartiendra au Tribunal des droits de la personne, et non à la Cour, de décider si les messages transmis par les intimés sont véritablement susceptibles d'exposer des personnes à la haine ou au mépris aux termes du paragraphe 13(1) de la Loi. Ayant conclu que ces messages dénigraient et tournaient bel et bien en dérision les êtres humains qu'ils visaient, la Cour juge qu'ils sont susceptibles d'avoir pour effet la commission du délit que la Loi vise à réprimer. Devraient-ils faire l'objet d'une injonction, même de façon provisoire? Il y a en l'espèce une question sérieuse à trancher par un tribunal, conformément à la législation adoptée par le Parlement. Voilà, tel qu'il est, le dilemme lorsque des valeurs et des impératifs garantis par la Constitution se heurtent ou semblent le faire. Ernst Zündel a été condamné à la détention mais faut-il enjoindre aux intimés, qui diffusent des informations sur son compte, de cesser de le faire? L'ensemble du menu qu'ils proposent devrait-il être visé par l'injonction ou seulement certaines parties? Certains de leurs messages concrétisent-ils les idéaux et impératifs de la Constitution qui protège, du moins ils affirment, la transmission téléphonique de ces messages?

Il n'est pas facile de choisir entre d'une part la liberté d'expression et de parole et d'autre part, sa suspension en vue de faire obstacle au dénigrement verbal de certaines personnes à qui l'on reproche d'être ce qu'elles sont. Exerçant son pouvoir discrétionnaire, la Cour conclut que l'expression du message de dénigrement peut attendre ou être suspendu en attendant l'issue des délibérations du Tribunal. Si celui-ci décide que les messages diffusés par les intimés n'exposent personne à la haine ou au mépris sur la base de la race, de l'origine nationale ou ethnique, de la couleur ou de la religion, il convient de remarquer que, sauf cataclysme génocide, il subsistera toujours dans la population de nombreux citoyens dont l'origine n'est pas purement européenne que les intimés pourront dénigrer. Ils n'auront donc subi aucun préjudice irréparable. Ce point de vue peut être apprécié au regard de la dégradation et de l'humiliation pernicieuses auxquelles sont soumises les personnes qui servent de cibles aux intimés.

Il convient également de se prononcer dans ce sens en ce qui concerne la balance des inconvénients. À n'en pas douter, le fait d'être dénigré et tourné en

ing breath, but it is not terrible at all for the respondents to be silenced for a time. True, it is terrible to have one's freedom of speech stifled, even for a relatively short time. The respondents really are asserting their freedom of denigrating people for their ancestry; but the whole object of the Tribunal's proceedings is to determine authoritatively whether it be demonstrably justifiable to stifle it forever. The object of those proceedings is not to determine authoritatively whether the respondents' targets are really human beings deserving not to be disparaged just for being who they are. It is, of course, just the same for those who would disparage people of European ancestry just for being who they are. The Act after all is concerned with human rights.

Given the Court's finding that the respondents' messages are disparaging and injurious to the self-respect of those humans who are its targets, there exists either a strong *prima facie* case for the applicant; or the applicant has at least demonstrated a serious issue to be tried by a Human Rights Tribunal. They come to the same ground for granting an interlocutory injunction in these circumstances.

The Court concludes that whereas some of the respondents' messages could be legitimately expressed without disparagement and ridicule, the entire context of the respondents' menu of messages is altogether so redolent of disparagement, humiliation and ridicule of the Jews and non-whites that it ought all to be temporarily enjoined.

Some week-and-a-half after the hearing in Vancouver, which occurred on February 5 and 6, 1992, two audio tapes of the messages emitted on the respondents' "Liberty Net" were received from the applicant's counsel, although they had not been received in evidence at the hearing. On that basis, those tapes were declined. By letter dated February 26, the respondents' solicitor and counsel wrote:

This will confirm that on behalf of Canadian Liberty Net I do not object to your forwarding the audio tapes to Mr. Justice Muldoon and have no desire for copies myself.

dérision simplement parce qu'on respire représente davantage qu'un simple inconvéient alors qu'il n'est pas terrible du tout pour les intimés d'être contraints pour un temps au silence. Certes, il est terrible d'être privé de sa liberté de parole, même pour une période relativement courte. Les intimés affirment dans les faits leur liberté de dénigrer des personnes en raison de leur ascendance, mais l'objectif des procédures intentées devant le Tribunal est précisément de décider, avec autorité, si l'on peut démontrer qu'il est justifiable d'y faire obstacle définitivement. Ces procédures ne visent pas à trancher avec autorité la question de savoir si les cibles des intimés sont réellement des êtres humains qui méritent de ne pas être dénigrés parce qu'ils sont ce qu'ils sont. Il en va de même, bien entendu, de ceux qui dénigrent les personnes dont les ancêtres sont européens simplement parce qu'elles sont ce qu'elles sont. Après tout, la Loi vise les droits de la personne.

Comme la Cour a conclu que les messages des intimés dénigrent les personnes qu'ils visent et qu'ils portent atteinte à la dignité de ces personnes; la requérante a soit établi une présomption, soit a au moins démontré qu'il existait une question sérieuse à trancher par un tribunal des droits de la personne. Il s'agit dans les deux cas d'un motif permettant de décerner une injonction interlocutoire.

La Cour conclut que si certains des messages des intimés pourraient être exprimés légitimement sans dénigrement et dérision, le contexte dans lequel il faut replacer le menu proposé par les intimés suggère si fortement le dénigrement, l'humiliation et la dérision dirigés contre les juifs et les non-blancs qu'il convient de les assujettir provisoirement à une injonction.

Environ une semaine et demie après l'audience de Vancouver, qui a eu lieu les 5 et 6 février 1992, deux enregistrements sonores de messages diffusés sur le «Liberty Net» des intimés ont été communiqués par l'avocat de la requérante, bien qu'ils n'aient pas été admis en preuve. Ces enregistrements ont été rejetés pour ce motif. Par une lettre datée du 26 février, l'avocat des intimés a fait savoir ce qui suit:

[TRADUCTION] La présente confirme qu'au nom de Canadian Liberty Net, je ne m'oppose pas à ce que vous fassiez parvenir les enregistrements sonores à Monsieur le juge Muldoon. Je ne désire pas en recevoir de copie.

P.S. This is on the understanding that the tapes provided to the Judge be those messages that form the subject matter of the complaint itself and not any tape regarding Mr. Joseph Thompson.

The present judge listened to a few skipped, interrupted segments of side A of the tape whose original was recorded on December 14, 1991, by Mr. Yamauchi, not the one labelled "copy of additional messages". Although the sound level and quality are poor, the tape appears to confirm the transcripts appended to the affidavit evidence.

At the hearing of this matter the applicant's counsel was of the impression that no Human Rights Tribunal had yet been assembled and that such occurrence was not immediately predictable. In that circumstance the Court would have imposed conditions. However since the hearing, it has been made known that the Tribunal is assembled and is about to begin its adjudications. Any necessary delay ought to be minimal, but the respondents would be, and are hereby, entitled to seek conditions if the Tribunal does not proceed with deliberate speed, with, of course, the respondents' co-operation, else they would have no legitimate complaint about delay.

There will be an order enjoining the respondents by themselves or by their servants, agents, volunteers, co-operants or otherwise anyone, having knowledge of it from doing the acts described in the applicant's originating notice. Costs will follow the event, so that an order for costs must await the outcome of the Tribunal's deliberations, and any appeals therefrom. If the parties think that these proceedings, virtually of first impression, instituted by the CHRC assuming the role of Attorney General, ought not to bear costs, there is sufficient time to make representations to that effect.

The applicant's solicitors may draw a draft order as contemplated in Rule 337(2)(b). They should give the respondents' solicitors a reasonable opportunity to comment to them and/or to the Court on the form of the draft order before submitting it for signature.

N.B. Il est entendu que les enregistrements communiqués au juge reprennent les messages qui constituent l'objet de la plainte elle-même et ne concernent pas M. Joseph Thompson.

a Le juge—l'auteur du présent jugement—a écouté quelques passages tirés du côté A de la bande, dont l'original a été enregistré le 14 décembre 1991 par M. Yamauchi; il n'a pas entendu le côté portant l'étiquette «copie de messages supplémentaires». Bien que le niveau du son et la qualité de l'enregistrement aient été mauvais, il semble confirmer la transcription des messages jointe en annexe à l'affidavit.

c À l'audience, l'avocat de la requérante avait l'impression qu'aucun tribunal des droits de la personne n'avait été constitué et qu'il était impossible d'en prévoir la formation immédiatement. Si tel avait été le cas, la Cour aurait assorti son ordonnance de conditions. Cependant, depuis l'audience, la constitution d'un tribunal a été annoncée et celui-ci est sur le point de commencer ses travaux. Il convient de réduire au minimum tout délai nécessaire et les intimés auraient, et ont par les présentes, le droit de demander que l'ordonnance soit assortie de conditions si le Tribunal ne procède pas avec célérité en collaboration, bien entendu, avec les intimés qui, autrement, ne seraient pas fondés à se plaindre des retards.

f Sera rendue une ordonnance enjoignant aux intimés ou à leurs préposés, mandataires ainsi qu'à toute personne ayant connaissance de l'ordonnance, de s'abstenir d'accomplir les actes décrits dans l'avis introductif d'instance de la requérante. Les dépens suivront la cause et il faudra attendre l'issue des délibérations du Tribunal et de tout appel formé contre cette décision pour demander une ordonnance concernant les dépens. Si les parties estiment que ces procédures, pratiquement inédites, qui ont été entamées par la CCDP, qui a assumé le rôle du procureur général, ne devraient pas entraîner de frais, il y a suffisamment de temps pour présenter des observations à cet effet.

i Les avocats de la requérante peuvent rédiger un projet d'ordonnance conformément à la Règle 337(2)(b) des Règles de la Cour. Ils devraient donner aux avocats des intimés la possibilité de leur présenter ou de présenter à la Cour des observations sur la forme du projet avant de le faire signer.

A-524-92

A-524-92

**Native Women's Association of Canada, Gail Stacey-Moore and Sharon McIvor** (*Appellants*)

**Native Women's Association of Canada, Gail Stacey-Moore et Sharon McIvor** (*appelantes*)

v.

a c.

**Her Majesty the Queen** (*Respondent*)

**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)

and

et

**The Native Council of Canada, The Métis National Council and The Inuit Tapirisat of Canada** (*Intervenants*)

**Le Conseil national des autochtones du Canada, le Ralliement national des Métis et la Inuit Tapirisat du Canada** (*intervenants*)

*INDEXED AS: NATIVE WOMEN'S ASSN. OF CANADA v. CANADA (C.A.)*

*c RÉPERTORIÉ: NATIVE WOMEN'S ASSN. OF CANADA c. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Mahoney and Stone JJ.A. and Gray D.J.—Toronto, June 11; Ottawa, August 20, 1992.

Cour d'appel, juges Mahoney et Stone, J.C.A. et juge suppléant Gray—Toronto, 11 juin; Ottawa, 20 août 1992.

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Appeal from dismissal of application to prohibit Government of Canada from making further payments to aboriginal organizations until equal funding and opportunity to participate in constitutional review process provided to Native Women's Association of Canada — Federal government allocating \$10 million to aboriginal groups, some of which opposed to application of Charter to aboriginal self-government and to gender equality — NWAC representing aboriginal women likely to suffer loss of rights if position taken by Assembly of First Nations (AFN) prevails — NWAC receiving 5% of amount provided to intervenants and AFN — Funding so disparate as to be prima facie inadequate to accord NWAC equal freedom of expression — Restriction of freedom of expression of aboriginal women contrary to Charter, ss. 2(b) and 28.*

*Drout constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Appel du rejet d'une demande visant à interdire au gouvernement du Canada de verser toute autre somme aux organisations autochtones tant qu'il n'aura pas accordé à la Native Women's Association of Canada une somme égale et le droit égal de participer au processus de révision de la Constitution — Le gouvernement fédéral a alloué 10 millions de dollars à des groupes autochtones, dont certains sont opposés à l'application de la Charte en matière d'autonomie gouvernementale autochtone et à l'égalité des sexes — La NWAC représente les femmes autochtones qui, vraisemblablement, perdront leurs droits si la position de l'Assemblée des premières nations (APN) prédomine — La NWAC a reçu 5 % du montant versé aux intervenants et à l'APN — La somme versée est si inégale qu'elle ne saurait prima facie respecter le droit de la NWAC à la liberté d'expression — Atteinte à la liberté d'expression des femmes autochtones contrairement aux art. 2(b) et 28 de la Charte.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Threat of loss of equality for native women if aboriginal self-governments unbounded by Charter created not present denial of right under Charter, s. 15 — By inviting and funding participation in constitutional review process of aboriginal organizations advocating male-dominated self-government, while excluding participation by Native Women's Association of Canada, Canadian government giving former priority in exercise of expressive activity, freedom of which guaranteed to both sexes under s. 28.*

*Drout constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La menace de perdre le droit à l'égalité des femmes autochtones si des gouvernements autochtones autonomes non assujettis à la Charte sont créés ne constitue pas le déni actuel d'un droit garanti à l'art. 15 de la Charte — En sollicitant et en finançant la participation des organisations autochtones qui sont partisans de l'autonomie autochtone à prédominance masculine au processus de révision de la Constitution, tout en excluant la participation de la Native Women's Association of Canada, le gouvernement canadien a accordé aux premières une priorité dans l'exercice d'une activité relevant de l'expression, dont la liberté est garantie également aux personnes des deux sexes en vertu de l'art. 28.*

*Constitutional law — Constitutional conferences — Aboriginal peoples — Right of aboriginal peoples to participate in constitutional review process in manner different from other*

*Drout constitutionnel — Conférences constitutionnelles — Peuples autochtones — Le droit des peuples autochtones de participer au processus de révision de la Constitution d'une*

*Canadians derives from Constitution Act, 1982, ss. 37, 37.1 provisions regarding constitutional conferences, not from "existing aboriginal and treaty rights" recognized and affirmed by s. 35(1) — Issue of right of aboriginal women to participate equally with aboriginal men not arising under s. 35(4).*

*Judicial review — Prerogative writs — Prohibition — Application for prohibition to prevent Government of Canada from providing further constitutional review process participation funding to certain aboriginal organizations until equal funding and opportunity to participate in process provided to Native Women's Association of Canada — Inappropriate remedy — Evidence not establishing equal funding necessary to accord aboriginal women equal measure of freedom of expression — Appellants not establishing basis for depriving other aboriginal organizations of funding — But declaration granted that freedom of expression and s. 28 guarantee of equality infringed.*

*Federal Court jurisdiction — Government inviting and funding participation of advocates of one position in constitutional review process, and excluding participation by opponent — No evidence decision to fund made by other than authorized emanation of federal government — Likely made by federal board, commission or other tribunal — Expenditure of funds must be authorized by Act of Parliament — Decision subject to s. 18 — If invitation to join in process not authorized by Act or regulation, must have been exercise of Crown prerogative — Act requires declaratory relief in respect of decision of federal board be sought by application under s. 18 — Court not interfering in legislative process if grants remedy — Constitutional amendment process had not begun when Charter violation occurred — Floodgates argument should not prevail when constitutionally guaranteed right infringed — Cause of action only if constitutional foundation for grievance by reason of favour shown by government demonstrated.*

This was an appeal from the dismissal of an application for an order prohibiting the Government of Canada from making any further payments to certain designated aboriginal organizations until it has provided to the Native Women's Association of Canada (NWAC) equal funding and an equal right of participation in the constitutional review process, including participation in First Ministers' Conferences.

The federal government had decided that a process parallel to that of the Parliamentary Committee considering and making recommendations on proposals for a renewed Canada, including an amendment to the Constitution to entrench a right to aboriginal self-government, should take place among the aboriginal peoples. To that end it provided some \$10,000,000

*façon différente de celle des autres Canadiens découle des art. 37 et 37.1 de la Loi constitutionnelle de 1982 qui portent sur les conférences constitutionnelles, et non de «droits existants-ancestraux ou issus de traités» reconnus et confirmés à l'art. 35(1) — La question du droit des femmes autochtones de participer, au même titre que les hommes autochtones, ne naît pas de l'art. 35(4).*

*Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Prohibition — Demande visant à interdire au gouvernement du Canada d'accorder toute autre somme permettant à certaines organisations autochtones de participer au processus de révision de la Constitution tant qu'il n'aura pas accordé à la Native Women's Association of Canada une somme égale et la même possibilité de participer au processus — Réparation inappropriée — La preuve ne démontre pas qu'il faut nécessairement verser aux femmes autochtones la même somme pour qu'elles puissent jouir du même degré de liberté d'expression — Les appelantes n'ont démontré aucun fondement à une réparation privant d'autres organisations autochtones de leur financement — Mais le jugement déclaratoire porte que la liberté d'expression et le droit à l'égalité garanti à l'art. 28 ont été violés.*

*Compétence de la Cour fédérale — Le gouvernement sollicite et finance la participation des partisans d'une position au processus de révision de la Constitution et exclut la participation de ceux qui s'y opposent — Aucune preuve ne démontre que la décision d'accorder un financement a été prise par nul autre qu'une source autorisée du gouvernement fédéral — Il est vraisemblable qu'elle a été prise par un office fédéral — Le versement de deniers doit être autorisé par une loi du Parlement — La décision est assujettie à l'art. 28 — Si l'invitation à se joindre au processus n'est pas autorisée par une loi ou un règlement, il doit s'agir de l'exercice de la prérogative royale — La Loi exige que la demande de jugement déclaratoire relativement à la décision d'un office fédéral se fasse conformément à l'art. 18 — La Cour n'interviendrait pas dans un processus législatif si elle accordait une réparation — Le processus de modification de la Constitution n'avait pas pris naissance lorsque la violation de la Charte s'est produite — L'argument du raz de marée ne devrait pas être accueilli lorsqu'un droit garanti par la Constitution a été violé — Il n'existe une cause d'action que si on établit sur le plan constitutionnel un grief fondé sur le traitement préférentiel accordé à un autre par le gouvernement.*

Il s'agit d'un appel formé contre le rejet d'une demande en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au gouvernement du Canada de verser toute autre somme à certaines organisations autochtones désignées tant qu'il n'aura pas versé une somme égale à la Native Women's Association of Canada (NWAC) et tant qu'il ne lui aura pas conféré le droit égal de participer au processus de révision de la Constitution, dont le droit de participer aux conférences des premiers ministres.

Le gouvernement fédéral a décidé qu'un processus parallèle à celui du comité parlementaire dont le mandat est d'examiner et de présenter des recommandations sur des propositions concernant un Canada renouvelé, et notamment la modification de la Constitution de manière à consacrer un droit à l'autonomie gouvernementale autochtone, devrait être mis en œuvre au sein



to certain designated aboriginal organizations, a portion of which was earmarked for the study of women's issues. Including donations from the Assembly of First Nations (AFN) and the Native Council of Canada (NCC) from their grants, and further funding from the Secretary of State, NWAC received about 5% of what had been provided to each of the four other aboriginal organizations.

The AFN has actively resisted the struggle of native women to rid the *Indian Act* of gender inequality. Largely due to the AFN's opposition to the application of the Charter to aboriginal self-government, the appellants became concerned that a constitutional resolution might be agreed upon that did not provide for application of the Charter to aboriginal self-governments. They are concerned that the Government of Canada is funding advocacy for a point of view that will, if successful, see the removal from aboriginal women of their rights under the Charter. The intervenants do not speak for the women of the First Nations whose interests are likely to be injured if the AFN's position prevails; NWAC represents those women.

The appellants allege (1) breach of their right to freedom of expression guaranteed by Charter, paragraph 2(b), which must be read together with section 28 which provides that the rights and freedoms referred to in the Charter are guaranteed equally to male and female persons; (2) breach of the equality rights of the individual appellants and of individuals represented by NWAC guaranteed by section 15; and (3) breach of *Constitution Act, 1982*, section 35 rights recognizing and affirming aboriginal and treaty rights and guaranteeing them equally to male and female persons. The respondent submitted that the constitutional review process was part of the legislative process in which the court ought not interfere, and that the decision to invite and fund participation of the designated aboriginal organizations was not the decision of a "federal board, commission or other tribunal" so as to render it amenable to the supervisory jurisdiction of the Court under section 18 of the *Federal Court Act*. The definition of "federal board, commission or other tribunal" was amended February 1, 1992 to include any body or persons exercising powers conferred by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown. The respondent also raised a "floodgates" argument in respect of any finding of a paragraph 2(b) violation. The issues were (1) whether the Government of Canada has breached the constitutional rights of the appellants by funding the designated aboriginal organizations and permitting their participation in constitutional discussions without providing NWAC equal funding and opportunity to participate; (2) whether relief in respect of that violation is available in a proceeding under *Federal Court Act*, section 18; (3) whether the violation occurred in a legislative process in which the Court ought not interfere.

*Held*, the appeal should be allowed.

des peuples autochtones. En conséquence, il a alloué à certaines organisations autochtones désignées la somme de 10 000 000 \$, une partie de laquelle était expressément affectée à l'étude des questions féminines. Les montants versés à la NWAC par l'Assemblée des premières nations (APN) et le Conseil national des autochtones du Canada (CNAC) à l'aide de leurs subventions et la subvention supplémentaire accordée par le Secrétariat d'État représentent environ 5 % de la somme versée à chacune des quatre organisations.

L'APN s'est activement opposée à la lutte des femmes autochtones pour mettre fin à l'inégalité des sexes consacrée dans la *Loi sur les Indiens*. Principalement en raison du rejet par l'APN de l'application de la Charte en matière d'autonomie gouvernementale des autochtones, les appelantes ont commencé à craindre qu'une résolution constitutionnelle soit convenue sans qu'elle prévoie l'application de la Charte en matière d'autonomie gouvernementale des autochtones. Elles s'inquiètent du financement par le gouvernement du Canada d'un point de vue qui, s'il prédomine, abrogera les droits des femmes autochtones garantis par la Charte. Les intervenants ne parlent pas au nom des femmes des premières nations dont les intérêts seront probablement lésés si la position de l'APN prédomine; or, la NWAC représente ces femmes.

Les appelantes allèguent (1) la violation de leur droit à la liberté d'expression garanti à l'alinéa 2b) de la Charte, qui doit être interprété conjointement avec l'article 28 qui prévoit que les droits et libertés mentionnés dans la Charte sont garantis également aux personnes des deux sexes; (2) la violation des droits à l'égalité des deux femmes appelantes et des femmes représentées par la NWAC, garantis à l'article 15; et (3) la violation de leurs droits, contrairement à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, selon lequel les droits ancestraux ou issus de traités sont reconnus et confirmés, et garantis également aux personnes des deux sexes. L'intimée a soutenu que le processus de révision de la Constitution fait partie d'un processus législatif dans lequel la Cour ne doit pas intervenir, et que la décision de solliciter et de financer la participation des organisations autochtones désignées n'émanait pas d'un «office fédéral», ce qui la soumettrait au contrôle de la Cour en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La définition d'«office fédéral» a été modifiée le 1<sup>er</sup> février 1992 afin d'y inclure toute personne ou groupe de personnes exerçant des pouvoirs prévus par une ordonnance prise en vertu d'une prerogative royale. L'intimée a également invoqué l'argument du «raz de marée» si on devait conclure à une violation de l'alinéa 2b). Les questions en litige sont les suivantes: 1) le gouvernement du Canada a-t-il violé les droits constitutionnels des appelantes en versant des deniers aux organisations autochtones désignées et en permettant leur participation aux discussions constitutionnelles, sans accorder à la NWAC une somme égale et sans lui offrir la même possibilité de participer? 2) Une action fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* peut-elle réparer cette violation? 3) La violation est-elle survenue au cours d'un processus législatif dans lequel la Cour ne devrait pas intervenir?

*Appel*: l'appel devrait être accueilli.

Measured against the norms of Canadian society as a whole, it is in the interests of aboriginal women that, if they become the subjects of aboriginal self-governments, they continue to enjoy the protection of the Charter, particularly the rights and freedoms accorded them by sections 15 and 28, or by equivalent provisions equally entrenched in aboriginal charters. Those interests are not represented by AFN, which advocates a contrary result, nor by the ambivalence of NCC and ITC. By inviting and funding the participation of those organizations in the current constitutional review process and excluding the equal participation of NWAC, the Canadian government has accorded the advocates of male-dominated aboriginal self-governments a preferred position in the exercise of an expressive activity, the freedom of which is guaranteed to everyone by paragraph 2(b) and which is, by section 28, guaranteed equally to men and women. It has thereby taken action which has had the effect of restricting the freedom of expression of aboriginal women in a manner offensive to paragraph 2(b) and section 28 of the Charter. Although equal funding to NWAC may not be necessary to achieve the equality required by section 28, the funding actually provided was so disparate as to be *prima facie* inadequate to accord the NWAC the equal freedom of expression mandated by the Charter.

The right of aboriginal peoples to participate in the constitutional review process in a manner different from other Canadians derives from sections 37 and 37.1 of the *Constitution Act, 1982*, not from any "existing aboriginal and treaty rights" recognized and affirmed by subsection 35(1) and therefore any right of aboriginal women to participate equally with aboriginal men does not arise under subsection 35(4).

The threat of the loss of equality if aboriginal self-governments, unbounded by the Charter, are created is not a present denial of a right under section 15. It is a "merely hypothetical consequence" which does not provide a basis for the Court to interfere in the current constitutional review process. The law does not accord any individual the right to be present at constitutional conferences nor the right to public funding to develop and communicate a constitutional position.

Relief in respect of the violation of the appellants' rights is available in a section 18 proceeding. There was no evidence that the decision to invite the designated aboriginal organizations to engage in a process parallel to that of the Parliamentary Committee was not made by an authorized emanation of the federal government alone and it is unlikely, if not legally impossible, that the decision to allocate federal funding was made by any but a federal board, commission or other tribunal. The expenditure of funds must have been authorized by Act of Parliament. If the invitation to join in the process was not authorized by Act or regulation, it must have been an exercise of Crown prerogative. Finally, the Act requires that declaratory relief in respect of a decision of a federal board, commission or other tribunal be sought by application under section 18.

Si l'on se reporte aux normes de la société canadienne en général, il est dans l'intérêt des femmes autochtones, si jamais elles sont assujetties à l'autonomie gouvernementale des autochtones, de continuer à jouir de la protection accordée par la Charte et, en particulier, des droits et libertés qui leur sont garantis par les articles 15 et 28, ou par des dispositions équivalentes également consacrées dans des chartes autochtones. Ces intérêts ne sont pas représentés à cet égard par l'APN, qui soutient un résultat contraire, ni par l'ambivalence du CNAC et de la ITC. En sollicitant et en finançant la participation de ces organismes au processus actuel de révision de la Constitution et en excluant la participation égale de la NWAC, le gouvernement canadien a accordé aux partisans de l'autonomie autochtone à prédominance masculine une voix privilégiée dans l'exercice d'une activité relevant de l'expression, dont la liberté est garantie à tous à l'alinéa 2b), et aussi bien aux femmes qu'aux hommes en vertu de l'article 28. Son geste a ainsi porté atteinte à la liberté d'expression des femmes autochtones, contrairement à l'alinéa 2b) et à l'article 28 de la Charte. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de financer également la NWAC pour respecter le droit à l'égalité prévu à l'article 28, la somme actuellement versée est si inégale qu'elle ne saurait *prima facie* respecter le droit de la NWAC à liberté d'expression égale garantie par la Charte.

Le droit des peuples autochtones de participer au processus de révision de la Constitution d'une façon différente de celle des autres Canadiens découle des articles 37 et 37.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non de «droits existants-ancestraux ou issus de traités», reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1). En conséquence, le droit des femmes autochtones de participer, au même titre que les hommes autochtones, ne naît pas du paragraphe 35(4).

La menace de la perte de cette égalité, si des gouvernements autochtones autonomes, non visés par la Charte, sont créés, ne constitue pas elle-même le déni actuel d'un droit garanti à l'article 15. Il s'agit d'une «conséquence purement hypothétique» qui ne permet pas à la Cour d'intervenir dans le processus actuel de révision de la Constitution. La loi ne confère à personne le droit d'être présent à la table des conférences constitutionnelles ni le droit à un financement public en vue d'élaborer et de communiquer une position constitutionnelle.

Il est possible d'intenter une action fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour réparer la violation des droits des appelantes. Aucune preuve n'a démontré que la décision d'inviter les organisations autochtones désignées à entreprendre un processus parallèle à celui du comité parlementaire a été prise par nul autre qu'une source autorisée du gouvernement fédéral, et il n'est guère vraisemblable, sinon légalement impossible, que la décision de verser des deniers publics ait été prise par une autre entité qu'un office fédéral. Le versement des deniers doit avoir été autorisé par une loi du Parlement. Si l'invitation à se joindre au processus n'a pas été autorisée par une loi ou un règlement, il doit s'agir de l'exercice de la prérogative royale. Finalement, la Loi exige que la demande de jugement déclaratoire relativement à la décision d'un office fédéral se fasse conformément à l'article 18.

The Court would not be interfering in a legislative process if it grants an appropriate remedy. Case law has established that the legislative process of amending the Constitution begins not later than when first ministers are convened to agree upon a constitutional resolution they will put to their legislatures. Accordingly, the amending process had not begun when the Charter violation occurred. It has also been established that the formulation of a constitutional resolution is part of the legislative process of amendment with which the courts will not interfere except, possibly, where a Charter-guaranteed right may be affected. Publishing proposals, committing them to public review by a parliamentary committee and initiating a parallel process among the aboriginal peoples are integral to policy development, not implementation.

A decision to fund will be made on the basis of need to permit effective and informed expression by an otherwise handicapped and particularly concerned interest group. A proper decision to fund one group, but not another should be justifiable under Charter, section 1. The floodgates argument is one of administrative convenience which ought not prevail when a constitutionally guaranteed right or freedom has been proved to have been infringed. Only one who can show a constitutional foundation for a grievance by reason of the favour shown by the government to another will be able to obtain the assistance of the courts.

Prohibition is not an appropriate remedy. The evidence does not permit a judicial conclusion that equal funding is necessary to accord aboriginal women the equal measure of freedom of expression guaranteed them by Charter, section 28. The appropriate *quantum* of funding should be determined by the executive, conscious of the need to accord that equality. Furthermore, the appellants did not establish a basis for depriving the designated aboriginal organizations of their funding. Finally, the constitutional review process has moved beyond consultation. The Court can and would declare that by including an organization, such as AFN, proved to be adverse in interest to aboriginal women as measured against the norms of Canadian society, while excluding NWAC, an organization that speaks for their interest, in a constitutional review process intended to assist it in deciding the content of a constitutional resolution affecting aboriginal rights to be put to Parliament, the federal government has restricted the freedom of expression of aboriginal women in a manner offensive to paragraph 2(b) and section 28 of the Charter.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act respecting the process for determining the political and constitutional future of Québec*, S.Q. 1991, c. 34.  
*Appropriation Act No. 3, 1991-92*, S.C. 1991, c. 53.  
*Appropriation Act No. 4, 1991-92*, S.C. 1992, c. 7.

La Cour n'interviendrait pas dans un processus législatif si elle accordait aux appelantes la réparation appropriée. La jurisprudence a établi que le processus législatif visant à modifier la Constitution débute dès que les premiers ministres sont convoqués à une conférence en vue d'adopter une résolution constitutionnelle qu'ils soumettront à leur législature. Par conséquent, le processus de modification n'avait pas pris naissance lorsque la violation de la Charte s'est produite. Il a également été établi que la rédaction d'une résolution constitutionnelle fait partie du processus législatif de modification dans lequel les tribunaux n'interviendront que si des droits garantis par la Charte ont été violés. La publication des propositions, leur examen par le public par l'entremise d'un comité parlementaire et la mise sur pied d'un processus parallèle au sein des peuples autochtones font partie intégrante de l'élaboration d'une politique plutôt que de sa mise en œuvre.

La décision de financer sera prise en fonction du manque d'argent, pour permettre à un groupe d'intérêt par ailleurs désavantagé et particulièrement intéressé de s'exprimer de manière efficace et informée. La décision équitable de financer un groupe de préférence à un autre devrait se justifier en vertu de l'article premier de la Charte. L'argument du raz de marée est un argument de commodité administrative qui ne doit pas être accueilli lorsqu'on a établi la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. Seul celui qui pourra établir sur le plan constitutionnel son grief fondé sur le traitement préférentiel accordé à un autre par le gouvernement, pourra obtenir le concours des tribunaux.

La prohibition n'est pas la réparation appropriée. La preuve ne permet pas au tribunal de conclure qu'il faut nécessairement verser aux femmes autochtones une somme égale pour qu'elles puissent jouir du même degré de liberté d'expression garanti à l'article 28 de la Charte. La question du montant approprié du financement devrait être tranchée par l'exécutif, conscient du besoin de respecter cette égalité. En outre, les appelantes n'ont démontré aucun fondement à une réparation privant les organisations autochtones désignées de leur financement. Enfin, le processus de révision de la Constitution se situe maintenant au-delà de la consultation. Le tribunal peut déclarer, et déclarerait, que le gouvernement fédéral a porté atteinte à la liberté d'expression des femmes autochtones de façon incompatible avec l'alinéa 2b) et l'article 28 de la Charte en incluant une organisation telle que l'APN, dont les intérêts sont indiscutablement opposés à ceux des femmes autochtones selon les normes de la société canadienne en général, tout en excluant la NWAC, une organisation qui défend leurs intérêts, dans un processus de révision de la Constitution visant à l'aider à choisir le contenu d'une résolution constitutionnelle devant être présentée au Parlement, et qui affecte les droits des autochtones.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b), 15, 28.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b), 15, 28.

*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 35(1), (4) (as enacted by *Constitution Amendment Proclamation, 1983*, SI/84-102, Schedule, s. 2) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 46], 37, 37.1 (as am. *idem*, s. 4).

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4).

*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 12(1)(b).

*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35(1), (4) (édicte par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, TR/84-102, annexe, art. 2) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 46], 37, 37.1 (mod., *idem*, art. 4).

*Loi de crédits n° 3, 1991-1992*, L.C. 1991, ch. 53.

*Loi de crédits n° 4, 1991-1992*, L.C. 1992, ch. 7.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod. *idem*, art. 4).

*Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, L.Q. 1991, ch. 34.

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 12(1)(b).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

### APPLIED:

*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 1 Admin. L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Penikett v. Canada* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108; [1988] 2 W.W.R. 481; 21 B.C.L.R. (2d) 1; [1988] N.W.T.R. 18; 2 Y.R. 314 (Y.T.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1988] 1 S.C.R. xii; (1988), 46 D.L.R. (4th) vi; 27 B.C.L.R. (2d) xxxv; 3 Y.R. 159.

### CONSIDERED:

*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *Re: A Complaint by Gene Keyes against Pandora Publishing Association*, decision dated March 17, 1992, N.S.H.R.Trib., not yet reported.

### REFERRED TO:

*Sethi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 2 F.C. 552; (1988), 52 D.L.R. (4th) 681; 31 Admin. L.R. 123; 22 F.T.R. 80; 87 N.R. 389 (C.A.); *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Schachter v. Canada*, Doc. 21889, judgment dated 9/7/92, S.C.C., not yet reported; *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285; *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.

## JURISPRUDENCE

### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 1 Admin. L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Penikett v. Canada* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108; [1988] 2 W.W.R. 481; 21 B.C.L.R. (2d) 1; [1988] N.W.T.R. 18; 2 Y.R. 314 (C.A.T.Y.); autorisation d'appeler refusée [1988] 1 R.C.S. xii; (1988), 46 D.L.R. (4th) vi; 27 B.C.L.R. (2d) xxxv; 3 Y.R. 159.

### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *Re: A Complaint by Gene Keyes against Pandora Publishing Association*, décision en date du 17 mars 1992, Tribunal des droits de la personne de la Nouvelle-Écosse, encore inédite.

### DÉCISIONS CITÉES:

*Sethi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 2 C.F. 552; (1988), 52 D.L.R. (4th) 681; 31 Admin. L.R. 123; 22 F.T.R. 80; 87 N.R. 389 (C.A.); *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Schachter c. Canada*, Doc. 21889, jugement en date du 9-7-92, C.S.C., encore inédit; *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285; *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.

## AUTHORS CITED

Canada. *Shaping Canada's Future Together—Proposals*, Minister of Supply and Services Canada, 1991.

APPEAL from dismissal ([1992] 2 F.C. 462 (T.D.)) of an application for an order prohibiting the Government of Canada from making any further payments to certain aboriginal organizations until it had provided to the NWAC equal funding and an equal right of participation in the constitutional review process. Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Mary Eberts* for appellants.  
*Graham Garton, Q.C.* for respondent.  
*John D. Richard, Q.C.* for intervenant The Métis National Council.  
*Dougald E. Brown* for intervenant The Inuit Tapirisat of Canada.  
*Martin W. Mason* for intervenant The Native Council of Canada.

## SOLICITORS:

*Tory Tory DesLauriers & Binnington*, Toronto, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.  
*Lang, Michener, Honeywell, Wotherspoon*, Ottawa, for intervenant The Métis National Council.  
*Nelligan/Power*, Ottawa, for intervenant The Inuit Tapirisat of Canada.  
*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa for intervenant The Native Council of Canada.

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

MAHONEY J.A.: This is an appeal from the dismissal [[1992] 2 F.C. 462 (T.D.)], with costs if asked for, of the appellants' application for an order prohibiting the Government of Canada from making any further payments to the Assembly of First Nations, the Native Council of Canada, the Métis National Council and the Inuit Tapirisat of Canada, hereinafter collectively "the designated aboriginal organizations", until (1) it has provided equal funding to the appel-

## DOCTRINE

Canada. *Bâtir ensemble l'avenir du Canada—Propositions*, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1991.

APPEL du rejet ([1992] 2 C.F. 462 (1<sup>re</sup> inst.)) d'une demande en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au gouvernement du Canada de verser toute autre somme à certaines organisations autochtones tant qu'il n'aura pas versé une somme égale à la NWAC et tant qu'il ne lui aura pas conféré le droit égal de participer au processus de révision de la Constitution. Appel accueilli.

## AVOCATS:

*Mary Eberts* pour les appelantes.  
*Graham Garton, c.r.*, pour l'intimée.  
*John D. Richard, c.r.*, pour l'intervenant le Ralliement national des Métis.  
*Dougald E. Brown* pour l'intervenante la Inuit Tapirisat du Canada.  
*Martin W. Mason* pour l'intervenant le Conseil national des autochtones du Canada.

## PROCUREURS:

*Tory Tory DesLauriers & Binnington*, Toronto, pour les appelantes.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.  
*Lang, Michener, Honeywell, Wotherspoon*, Ottawa, pour l'intervenant le Ralliement national des Métis.  
*Nelligan/Power*, Ottawa, pour l'intervenante la Inuit Tapirisat du Canada.  
*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour l'intervenant le Conseil national des autochtones du Canada.

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Il s'agit d'un appel formé contre le rejet [[1992] 2 C.F. 462 (1<sup>re</sup> inst.)], avec dépens s'ils sont demandés, de la requête des appelantes en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au gouvernement du Canada de verser toute autre somme à l'Assemblée des premières nations, au Conseil national des autochtones du Canada, au Ralliement national des Métis et à la Inuit Tapirisat du Canada, ci-après appelées collectivement «organisa-

lant, the Native Women's Association of Canada, hereinafter "NWAC", and (2) it has provided NWAC an equal right of participation in the constitutional review process as the said organizations including participation in First Ministers' Conferences to discuss constitutional renewal. As I appreciate their argument, the appellants are primarily concerned with participation in the process; their concern with financing is directed to rendering that participation as informed and effective as that of the designated aboriginal organizations.

### The Appellants

The individual appellants, Gail Stacey-Moore and Sharon McIvor, are respectively a Mohawk of Kahnawake, Quebec, and a member of the Lower Nicola Band of British Columbia. Both are executive members of NWAC. There is ample evidence which need not be reviewed that they individually, and native women as a class, remain doubly disadvantaged in Canadian society by reason of both race and sex and disadvantaged in at least some aboriginal societies by reason of sex. The uncontradicted evidence is that they are also seriously disadvantaged by reason of sex within the segment of aboriginal society residing on or claiming the right to reside on Indian reservations.

NWAC is a non-profit organization, incorporated in 1974. Its Board of Directors is comprised of members from all provinces and territories. The evidence establishes that it is a grassroots organization founded and led by aboriginal women, at least Métis and both status and non-status Indian women. While I find nothing that would indicate that Inuit women are unwelcome, I find no evidence of their participation. Among its objectives is to be the national voice for native women, to advance their issues and concerns and to assist and promote common goals toward native self-determination. The record is replete with evidence of NWAC's activities in pursuit of those objectives including the publication of reports and

tions autochtones désignées», (1) tant qu'il n'aura pas versé une somme égale à l'appelante, la Native Women's Association of Canada, ci-après appelée «NWAC», et (2) tant qu'il n'aura pas conféré à la NWAC le droit égal à celui des mêmes organisations de participer au processus de révision de la Constitution, dont le droit de participer aux conférences des premiers ministres afin de discuter du renouvellement de la Constitution. Je retiens de leur argument que les appelantes sont avant tout intéressées à participer à ce processus; leur intérêt dans le financement vise à rendre cette participation aussi bien informée et efficace que celle des organisations autochtones désignées.

### Les appelantes

Les appelantes Gail Stacey-Moore et Sharon McIvor sont respectivement une Mohawk de Kahnawake (Québec) et un membre de la Bande indienne de Lower Nicola de la Colombie-Britannique. Elles sont toutes deux membres de la direction de la NWAC. Il ressort de la preuve abondante, qu'il n'est pas nécessaire de revoir, qu'elles, individuellement, et les femmes autochtones, comme groupe, sont doublement désavantagées au sein de la société canadienne en raison de leur origine ethnique et de leur sexe, et dans certaines sociétés autochtones en raison de leur sexe. Selon la preuve non contredite, elles sont également sérieusement lésées en raison de leur sexe parmi les membres de la société autochtone qui résident ou réclament le droit de résider sur des réserves indiennes.

Organisation à but non lucratif, la NWAC a été constituée en 1974. Son conseil d'administration est formé de membres provenant de toutes les provinces et des territoires. La preuve démontre qu'il s'agit d'une organisation populaire, fondée et dirigée par les femmes autochtones, soit métis soit indiennes inscrites ou non inscrites. Si rien n'indique que les femmes Inuit ne sont pas les bienvenues, la preuve ne fait pas état de leur participation. La NWAC a notamment pour objectif de représenter les femmes autochtones sur le plan national afin de faire progresser les questions et les préoccupations qui les touchent et de soutenir et promouvoir des objectifs communs visant à l'autodétermination des autochtones. Le dossier

position papers and appearances before judicial inquiries and Parliamentary committees. NWAC is a *bona fide*, established and recognized national voice of and for aboriginal women.

regorge d'éléments de preuve démontrant les efforts déployés par la NWAC pour atteindre ces objectifs, dont la publication de rapports et d'exposés de principes et des comparutions lors d'enquêtes judiciaires et devant les comités parlementaires. La NWAC est un porte-parole national sérieux, établi et reconnu, agissant au nom des femmes autochtones et pour elles.

### The Current Constitutional Review Process

In June, 1991, the Quebec legislature enacted a law requiring the provincial government to hold a referendum on the sovereignty of Quebec between either June 8 and 22 or October 12 and 26, 1992.<sup>1</sup> Shortly before that law came into force, the Canadian government caused the appointment of a Special Joint Committee of the Senate and House of Commons "to inquire into and make recommendations to Parliament on . . . proposals for a renewed Canada contained in the documents to be referred to it by the Government." Among its 28 proposals was the following:

*The Government of Canada proposes an amendment to the Constitution to entrench a general justiciable right to aboriginal self-government in order to recognize aboriginal peoples' autonomy over their own affairs within the Canadian federation . . . [S]uch a right . . . would be exercised within the Canadian constitutional framework, subject to the Canadian Charter of Rights and Freedoms.*<sup>2</sup>

While the Parliamentary Committee went about its work, the federal government appears to have decided or agreed that a parallel process should take place among the aboriginal peoples. As a result it provided funding to the designated aboriginal organizations. They had been involved in the constitutional conferences convened in 1983, 1984, 1985 and 1987 pursuant to sections 37 and 37.1 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (as am. by *Constitution Amendment Proclamation, 1983*, SI/84-102, Schedule, s. 4) [R.S.C., 1985, Appendix

### Le processus actuel de révision de la Constitution

En juin 1991, la Législature du Québec a adopté une loi prévoyant la tenue, par le gouvernement provincial, d'un referendum sur la souveraineté du Québec entre le 8 et le 22 juin ou entre le 12 et le 26 octobre 1992<sup>1</sup>. Peu avant l'entrée en vigueur de la Loi, le gouvernement canadien a mis sur pied un comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes [TRADUCTION] «dont le mandat est d'examiner et de présenter des recommandations au Parlement sur . . . des propositions concernant un Canada renouvelé, contenues dans les documents que le gouvernement consultera». Au nombre de ses 28 propositions, figurait celle-ci:

*Le gouvernement du Canada propose de modifier la Constitution de manière à consacrer un droit à l'autonomie gouvernementale autochtone invocable devant les tribunaux afin de reconnaître l'autorité des autochtones sur leurs propres affaires au sein de la fédération canadienne . . . [C]e droit . . . serait exercé dans le cadre constitutionnel canadien et assujéti à la Charte canadienne des droits et libertés.*<sup>2</sup>

Pendant que le comité parlementaire vaquait à sa tâche, le gouvernement fédéral paraît avoir décidé ou convenu qu'un processus parallèle devrait être mis en œuvre au sein des peuples autochtones. En conséquence, il a accordé un financement aux organisations autochtones désignées. Celles-ci avaient participé aux conférences constitutionnelles convoquées en 1983, 1984, 1985 et 1987 conformément aux articles 37 et 37.1 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] (mod. par *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*,

<sup>1</sup> [An Act respecting the process for determining the political and constitutional future of Québec] S.Q. 1991, c. 34.

<sup>2</sup> *Shaping Canada's Future Together—Proposals*, at p. 7 A.B. III, at p. 414.

<sup>1</sup> [Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec] L.Q. 1991, ch. 34.

<sup>2</sup> *Bâtir ensemble l'avenir du Canada—Propositions*, à la p. 8 D.A. III, à la p. 414.

II, No. 46]],<sup>3</sup> which expressly required inclusion of an agenda item "respecting constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada" and that "the Prime Minister of Canada shall invite representatives of those peoples to participate in the discussion on that item."

It is common knowledge that the process has now moved beyond the Parliamentary Committee stage. When this appeal was heard, federal, provincial and territorial ministers, excluding representation from Quebec, but with representation from the designated aboriginal organizations at some, at least, of their meetings, were engaged in designing a constitutional proposal to be put to Quebec. The process has since moved to closed meetings of First Ministers, including the Premier of Quebec, but excluding representatives of the territories and aboriginal peoples.

#### The Contribution Agreements

Some \$10,000,000 is said to have been allocated among the designated aboriginal organizations. A portion of the funds advanced was specifically earmarked for the study of women's issues. The Assembly of First Nations and the Native Council of Canada each allocated \$130,000 of its grant to NWAC and a further grant by the Secretary of State brought the total funding provided to NWAC to about 5% of what had been provided to each of the four organizations under the Contribution Agreements.

The Contribution Agreements are not in evidence. They were entered into under the Aboriginal Constitutional Review Program of the Department of the Secretary of State. Parliamentary authorization for the expenditures are apparently to be found in items for that Department in Appropriation Acts Nos. 3 and 4, 1991-92.<sup>4</sup> The purpose for which the funds are to be expended has, it seems, not been defined by Act of Parliament or regulation.

<sup>3</sup> In the event, these required that constitutional conferences, composed of first ministers, be held within one, three and five years after April 17, 1982.

<sup>4</sup> *Appropriation Act No. 3, 1991-92*, S.C. 1991, c. 53 and *Appropriation Act, No 4, 1991-92*, S.C. 1992, c. 7.

TR/84-102, annexe, art. 4) [L.R.C. (1985) appendice II, n° 46]]<sup>3</sup>, lesquels exigeaient expressément qu'à l'ordre du jour figurent des «questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada» et que «le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions».

Tous savent que le processus se situe désormais au-delà de l'étape du comité parlementaire. Lorsque le présent appel a été entendu, les ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux, à l'exception de ceux du Québec, mais avec la participation des organisations autochtones désignées, à certaines, à tout le moins, des réunions, prenaient part à la conception d'une proposition constitutionnelle devant être présentée au Québec. Le processus est depuis parvenu à l'étape des réunions fermées des premiers ministres, dont celui du Québec, qui excluent toutefois les représentants des territoires et des peuples autochtones.

#### Les accords de contribution

Quelque 10 000 000 \$ auraient été alloués aux organisations autochtones désignées. Une partie des deniers versés a expressément été affectée à l'étude des questions féminines. L'Assemblée des premières nations et le Conseil national des autochtones du Canada ont chacun alloué 130 000 \$ de leur subvention à la NWAC, et une subvention supplémentaire accordée par le Secrétariat d'État a porté la somme totale versée à la NWAC à environ 5 % de celle versée à chacune des quatre organisations en vertu des accords de contribution.

Les accords de contribution n'ont pas été produits en preuve. Ils ont été conclus en application du Programme de révision des affaires constitutionnelles des autochtones du Secrétariat d'État. L'autorisation parlementaire en matière de dépenses se trouve apparemment aux postes destinés à ce ministère dans les Lois de crédits n° 3 et n° 4 pour 1991-1992<sup>4</sup>. L'affectation des sommes ne semble avoir été précisée dans aucune Loi du Parlement ni aucun règlement.

<sup>3</sup> Dans ce cas, ces articles exigeaient que des conférences constitutionnelles, réunissant les premiers ministres, soient tenues dans un délai d'un, trois et cinq ans à compter du 17 avril 1982.

<sup>4</sup> *Loi de crédits n° 3 pour 1991-1992*, L.C. 1991, ch. 53 et *Loi de crédits n° 4 pour 1991-1992*, L.C. 1992, ch. 7.



### The Appellants' Concerns

In the course of the process paralleling the work of the Parliamentary Committee, which included discussions between the designated aboriginal organizations and the federal government as well as among themselves, the appellants became concerned that a constitutional resolution might be agreed upon that did not provide for application of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] to aboriginal self-governments. NWAC asked for equal funding and participation. The federal government's response was that it wished aboriginal women's concerns to be dealt with within the aboriginal community itself and that, to that end, the Contribution Agreements had required the designated aboriginal organizations to spend a portion of the funding on women's issues.

The basis of concerns of NWAC and aboriginal women is eloquently stated in the affidavit of Ms. Stacey-Moore.

86. The exclusion of NWAC from direct funding for constitutional matters and from direct participation in constitutional discussions poses a grave threat to the equality of Aboriginal women. The [Assembly of First Nations], in particular is strongly of the view that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* should not apply to Aboriginal self-governments. Without the *Charter*, Aboriginal women will be helpless to resist the discriminatory actions of Band Councils, or any other form of self-government to be developed. This is because the *Canadian Human Rights Act* does not apply to the *Indian Act*, and provincial human rights codes are also inapplicable for jurisdictional reasons. Although the AFN has expressed an interest in establishing an *Aboriginal Charter of Rights*, Ovide Mercredi, the Grand Chief, has recently advised NWAC that AFN had done nothing towards its development and NWAC should develop a *Charter* if we are intent on having something soon.

87. Even if a model *Aboriginal Charter of Rights* were developed, the position of women in the Aboriginal communities would not necessarily be secure. Getting such a *Charter* accepted by each self-governing entity, and maintaining efficient and well-funded enforcement mechanisms, are major hurdles facing women who seek to rely on such an instrument.

### Les préoccupations des appelantes

Au cours du processus, établi parallèlement aux travaux du comité parlementaire et incluant des discussions que les organisations autochtones désignées avaient entre elles aussi bien qu'avec le gouvernement fédéral, les appelantes ont commencé à craindre qu'une résolution constitutionnelle soit convenue sans qu'elle ne prévoie l'application de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] en matière d'autonomie gouvernementale des autochtones. La NWAC a réclamé une participation et un financement égaux. Le gouvernement fédéral a alors exprimé le souhait que les préoccupations des femmes autochtones soient examinées au sein de la collectivité autochtone elle-même et que, à cette fin, les accords de contribution aient exigé des organisations autochtones désignées qu'elles consacrent une partie de leurs subventions aux questions féminines.

Dans son affidavit, Mme Stacey-Moore expose avec éloquence le fondement des préoccupations de la NWAC et des femmes autochtones.

[TRADUCTION] 86. L'exclusion de la NWAC de tout financement direct en matière constitutionnelle et de toute participation directe dans les discussions sur la Constitution constitue une menace sérieuse à l'égalité des femmes autochtones. L'[Assemblée des premières nations], en particulier, est fortement d'avis que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne devrait pas s'appliquer en matière d'autonomie gouvernementale des autochtones. Sans la Charte, les femmes autochtones seront sans défense contre les actes discriminatoires des Conseils de bande, ou de toute autre forme de gouvernement autonome à être établi. Il en serait ainsi puisque la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne s'applique pas à la *Loi sur les indiens*, ni d'ailleurs les codes provinciaux relatifs aux droits de la personne, pour des motifs de compétence. Bien que l'APN ait exprimé le désir d'établir une *Charte autochtone des droits*, Ovide Mercredi, le grand chef, a récemment avisé la NWAC que l'APN n'avait rien fait dans ce sens, et la NWAC devrait élaborer une Charte si nous désirons obtenir un résultat bientôt.

87. Même si une *Charte autochtone des droits* modèle était conçue, la position des femmes au sein des collectivités autochtones ne serait pas nécessairement protégée. L'acceptation de cette Charte par chaque entité autonome, et le maintien de méthodes d'exécution efficaces et bien financées représentent de sérieux défis pour les femmes qui souhaitent pouvoir compter sur un tel texte.

88. As I said in my address to the Chiefs in Assembly, Exhibit "W"

The Assembly of First Nations is proposing an Aboriginal Code of Human Rights which it claims will have more rights assured than the *Charter of Rights and Freedoms*. Will this AFN model code be entrenched in the Canadian Constitution? The answer is likely, no it will not be entrenched. Why? Because First Nation leaders have already expressed concern that no code be imposed on their governments. First Nations do not want any code of human rights, federal or Aboriginal, imposed from outside the community. This means individual women in each community must struggle daily in their own community, isolated from the Aboriginal women's movement, to have a model community code of human rights put in place. Until that community code is in place, human rights of women and children are not guaranteed.

89. If those who advocate that the *Canadian Charter* not apply to Aboriginal self-government are successful, it will mean that Aboriginal women have no protection under any instrument guaranteeing our basic human and equality rights. In those circumstances, we will not be equal partners with Aboriginal males in developing an Aboriginal approach to self-government: their historic dominance will simply be repeated in this new setting.

90. Aboriginal women are at a crisis point. The Government of Canada is funding advocacy for a point of view that will, if successful, see the removal from Aboriginal women of their rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It has recognized that point of view as the official or "representative" view, while failing to take into account that it is the view of male-dominated organizations, which do not have as much need of the *Charter's* equality guarantees in their own community as do women. As an Aboriginal woman, I face the prospect that the price I will pay for Aboriginal self-government will be the loss of my existing equality rights.

91. Why women are concerned about having no protection of their rights in the Aboriginal community is clear. As I stated in my address to the chiefs, Exhibit "W",

Why are we so worried as women? We have never discussed self governments in our communities. There is much to be learned. We are living in chaos in our communities. We have a disproportionately high rate of child sexual abuse and incest. We have wife battering, gang rapes, drug and alcohol abuse and every kind of perversion imaginable has been imported into our daily lives. The development of programs, services and policies for handling domestic violence has been placed in the hands of men. Has it resulted in a reduction of this kind of violence? Is a woman or a child safe in their own home in an Aboriginal community? The statistics show this is not the case . . . .

88. Comme je l'ai mentionné dans mon allocution aux chefs en assemblée, pièce «W»,

L'Assemblée des premières nations propose un Code autochtone des droits de la personne qui, selon elle, sera plus avantageux que la *Charte des droits et libertés*. Ce code modèle de l'APN sera-t-il consacré dans la Constitution canadienne? Il est probable qu'il ne le soit pas. Pourquoi? Parce que les chefs de l'Assemblée des premières nations ont déjà exprimé leur désir qu'aucun code ne soit imposé à leurs gouvernements. Les Premières nations ne veulent d'aucun code des droits de la personne, fédéral ou autochtone, imposé par des tiers. Il s'ensuit que chaque femme au sein de chaque collectivité doit y lutter quotidiennement, isolée des organisations féminines autochtones, pour qu'un code des droits de la personne modèle soit conçu au sein de sa collectivité. Jusqu'à ce que ce code appartenant à la collectivité soit en place, les droits des femmes et des enfants ne sont pas garantis.

89. Si ceux qui préconisent la non-application de la *Charte canadienne* en matière d'autonomie gouvernementale des autochtones l'emportent, les femmes autochtones n'auront aucune protection en vertu d'aucun texte garantissant leurs droits fondamentaux de la personne et ceux à l'égalité. En pareilles circonstances, nous ne serons pas les partenaires égales des hommes autochtones dans la conception d'une position autochtone à l'égard de l'autonomie gouvernementale: leur domination historique sera tout simplement répétée dans ce nouveau cadre.

90. Les femmes autochtones sont à un tournant. Le gouvernement du Canada finance un point de vue qui, s'il prédomine, abrogera les droits des femmes autochtones garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il en a fait le point de vue officiel «représentatif», en négligeant le fait qu'il s'agit du point de vue d'organisations dominées par les hommes qui, dans leur propre collectivité, n'ont pas, autant que les femmes, besoin des garanties à l'égalité accordées par la *Charte*. À titre de femme autochtone, je prévois que le prix de l'autonomie gouvernementale des autochtones sera la perte des mes droits existants à l'égalité.

91. La raison pour laquelle les femmes craignent l'absence de protection de leurs droits au sein de la collectivité autochtone est évidente. Comme je l'ai dit dans mon allocution aux chefs, pièce «W»,

Pourquoi sommes-nous si inquiètes en tant que femmes? Nous n'avons jamais parlé d'autonomie gouvernementale dans nos collectivités. Il y a tant à apprendre. Nous vivons dans un chaos. Nos enfants sont victimes d'un taux proportionnellement élevé d'agressions sexuelles et d'inceste. La violence faite aux femmes, les viols en bande, l'abus de drogues et d'alcool et toutes sortes de perversions imaginables ont été introduits dans nos vies quotidiennes. La mise sur pied de programmes, de services et de politiques visant à faire face à la violence familiale a été confiée aux hommes. En est-il résulté une diminution de cette forme de violence? La femme et l'enfant sont-ils en sécurité dans leur propre

92. NWAC wants an equal chance to influence public debate, and to safeguard the destiny of its members, and other Aboriginal women of Canada. It believes that a collectivity cannot be strong if over one-half that collectivity is without rights, and without a voice. It believes that the Government of Canada should not fund advocacy of a position that seeks removal of basic constitutional protection from the Aboriginal women of Canada.

Ms. McIvor deposes to having read that affidavit and that she agrees with all Ms. Stacey-Moore has deposed.

### The Intervenants

The Native Council of Canada, hereinafter "NCC", is a national organization incorporated in 1972 to advance the rights and interests of Métis, non-status Indians and off-reserve registered Indians throughout Canada. It denies being a male or male-dominated organization. It is composed of provincial and territorial organizations. Each provincial and territorial organization sends delegates to an annual meeting which elects a president and vice-president who, with the president of each constituent organization, constitute the executive. While the president and vice-president are presently both men, the president who negotiated the Contribution Agreement was, in fact, a woman. The presidents of its Alberta, Yukon and Labrador constituents are presently women as is a majority of the directors of its B.C. affiliate. In addition to the \$130,000 allocation it assigned four of its seats at the March 13-15, 1992, Aboriginal Conference on the Constitution to NWAC to permit it to be represented there.<sup>5</sup> It has been active in opposing gender-based discrimination under the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5]. As to the Charter, NCC's position is that it should apply to "Indian Act governments" but that when aboriginal self-government is achieved, its application should be a matter for each "nation". The record suggests that some "nations" which, notwithstanding the Charter, have persisted in exiling Indian women not married to Indian men, but not the reverse, will continue to opt for male domination.

<sup>5</sup> The Government of Canada also allocated four of its seats to NWAC with the result that NWAC had eight of 184 delegates at the table.

maison, au sein d'une collectivité autochtone? Les statistiques démontrent qu'il n'en est rien . . . .

92. La NWAC désire obtenir une chance égale d'influer sur le débat public et de protéger la destinée de ses membres et des autres femmes autochtones du Canada. Elle croit qu'une collectivité ne peut être forte si plus de la moitié de celle-ci demeure sans droits et sans voix. Elle croit que le gouvernement du Canada ne devrait pas financer la défense d'une position qui cherche à priver les femmes autochtones du Canada de la protection constitutionnelle fondamentale.

Mme McIvor atteste avoir lu cet affidavit et être en parfait accord avec le témoignage de Mme Stacey-Moore.

### Les intervenants

Constitué en 1972, le Conseil national des autochtones du Canada, ci-après «CNAC», est une organisation nationale qui cherche à promouvoir les droits et les intérêts des Métis, des Indiens non inscrits, et des Indiens inscrits qui vivent hors des réserves au Canada. Il nie être une organisation masculine ou dominée par les hommes. Il est formé d'organisations provinciales et territoriales qui envoient toutes des délégués à une réunion annuelle au cours de laquelle sont élus un président et un vice-président qui, avec le président de chaque organisation composante, forment la direction. Si les président et vice-président sont présentement des hommes, celui qui a négocié l'accord de contribution était, en fait, une femme. Les présidents de ses composantes de l'Alberta, du Yukon et du Labrador sont présentement des femmes, de même que la majorité des membres du conseil d'administration de sa composante affiliée de la Colombie-Britannique. Outre l'attribution de 130 000 \$, le Conseil a assigné à la NWAC quatre de ses sièges lors de la Conférence autochtone sur la Constitution tenue du 13 au 15 mars 1992 afin de lui permettre d'y être représentée.<sup>5</sup> Il s'est activement opposé à la discrimination fondée sur le sexe née de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5]. Quant à la Charte, selon le CNAC, elle devrait s'appliquer aux «gouvernements visés par la Loi sur les Indiens», mais lorsque l'autonomie gouvernementale sera acquise, son application devrait être laissée au gré de chaque «nation». Le dossier suggère que certaines «nations» ayant, nonobstant la Charte, persisté à bannir les

<sup>5</sup> Le gouvernement du Canada a également assigné quatre de ses sièges à la NWAC de sorte que des 184 délégués à la table, 8 représentaient la NWAC.

NCC's position is that the learned Trial Judge did not err in concluding that the appellants had failed to establish any *prima facie* breach of their Charter rights.

The Métis National Council, hereinafter "MNC", is a federation of organizations from Ontario, the western provinces and the Northwest Territories. It denies that NWAC represents Métis women; \$130,000 of its grant was earmarked to enable Métis women to address their particular concerns. While Métis women do not by any means comprise half of the executive members of its constituent organizations, the evidence is that they have been a significant proportion over the years. MNC supported proclamation of subsection 35(4) of the *Constitution Act, 1982* [as enacted by *Constitution Amendment Proclamation, 1983*, SI/84-102, Schedule, s. 2 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 46]] and supports application of the Charter, specifically including section 15, to aboriginal self-governments. In addition, it proposes a Métis Charter.

MNC also submits that the learned Trial Judge did not err in finding no breach of any Charter right to have been established and that, in any event, no basis for a remedy affecting it, the deprivation of its funding, had been established.

The Inuit Tapirisat of Canada, hereinafter "ITC", is a national organization representing Inuit from the Northwest Territories, Quebec and Labrador. It, too, denies that NWAC represents Inuit women. The specific interests of Inuit women are represented by a national organization known as Pauktuutit, which aims to promote the equality of Inuit women within government institutions and Canadian society. The president of Pauktuutit is a member of the Board of Directors of ITC and the current president and secretary-treasurer of ITC are women. Inuit concerns on constitutional issues are directed to an ITC committee, whereof three of seven members, including the Pauktuutit president, are presently women. Pauktuutit staff and consultants participate in the technical working groups supporting the committee. Pauktuutit

Indiennes non mariées à des Indiens, et non l'inverse, choisiront encore la domination masculine.

Selon le CNAC, le juge de première instance a eu raison de conclure que les appelantes n'avaient établi aucune violation *prima facie* de leurs droits garantis par la Charte.

Le Ralliement national des Métis, ci-après le «RNM», est une fédération d'organisations de l'Ontario, des provinces de l'Ouest et des Territoires du Nord-Ouest. Selon lui, la NWAC ne représente pas les femmes métis; 130 000 \$ de sa subvention visaient à permettre à ces dernières de voir à leurs propres préoccupations. Bien que les femmes métis ne forment aucunement la moitié des membres de la direction de ses organisations composantes, la preuve démontre qu'au cours des années, elles en ont formé une partie importante. Le RNM appuie la proclamation du paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [édicte par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, TR/84-102, annexe, art. 2 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 46]] et l'application de la Charte, notamment et particulièrement l'article 15, en matière d'autonomie gouvernementale des autochtones. En outre, il propose une Charte métis.

De même, selon le RNM, le juge de première instance n'a commis aucune erreur en concluant que la preuve ne démontrait la violation d'aucun droit garanti par la Charte et que, quoiqu'il en soit, on n'avait établi aucun fondement à une réparation le privant de son financement.

La Inuit Tapirisat du Canada, ci-après «ITC», est une organisation nationale représentant les Inuits des Territoires du Nord-Ouest, du Québec et du Labrador. Elle aussi nie que la NWAC représente les femmes Inuits. Les intérêts particuliers de ces dernières sont représentés par une organisation nationale, la Pauktuutit, qui vise à promouvoir l'égalité des femmes Inuits au sein des institutions gouvernementales et de la société canadienne. La présidente de la Pauktuutit est membre du conseil d'administration de la ITC, dont les postes de président et de secrétaire-trésorier sont actuellement occupés par des femmes. Les préoccupations des Inuits en matière constitutionnelle sont confiées à un comité de la ITC, dont trois des sept membres, dont la présidente de la Pauktuutit, sont présentement des femmes. Le per-

does not seek separate funding from the Government of Canada; it shares ITC's funding. ITC's stated position is that it is willing to consider application of the Charter to any Inuit self-government arrangements which may be negotiated between the Inuit and the Government of Canada.

ITC denies that it is a male-dominated organization and that its participation in the constitutional review process and its funding for that purpose infringe any Charter right of the appellants.

#### The Assembly of First Nations

The Assembly of First Nations, hereinafter "AFN", did not intervene in this proceeding. There is no evidence of it but what the appellants have provided. AFN is a national association of Indian chiefs. Its primary, if not only, constituency appears to be status Indians resident on reserves. Sixty of the 633 member chiefs of AFN are women. AFN, and its forerunner The National Indian Brotherhood, has vigorously and consistently resisted the struggle of native women to rid themselves of the gender inequality historically entrenched in the *Indian Act* and has intervened in Parliamentary and legal proceedings to oppose those efforts. It opposed repeal of paragraph 12(1)(b) of the *Indian Act*<sup>6</sup> upon the coming into force of subsection 15(1) of the Charter and it opposed proclamation of the amendment to the *Constitution Act, 1982* which added subsection 35(4).

As the learned Trial Judge found and as perusal of the affidavits of Ms. Stacey-Moore and Ms. McIvor make transparently clear, it is primarily the position of AFN which the appellants fear. The intervenants do not speak for the women of the First Nations whose interests, at least as measured against the

<sup>6</sup> 12. (1) The following persons are not entitled to be registered [as an Indian], namely,

...  
(b) a woman who married a person who is not an Indian, unless that woman is subsequently the wife or widow of a person described in section 11.

sonnel et les experts-conseils de la Pauktuutit prennent part aux groupes de travail techniques qui entourent le comité. La Pauktuutit ne réclame pas un financement distinct du gouvernement du Canada; elle partage le financement alloué à la ITC. Celle-ci s'est déclarée disposée à considérer l'application de la Charte à toute entente relative à un gouvernement Inuit autonome que pourraient négocier les Inuits et le gouvernement du Canada.

La ITC nie être une organisation dominée par les hommes et elle soutient que sa participation au processus de révision de la Constitution et son financement à cette fin ne violent aucun droit garanti par la Charte aux appelantes.

#### L'Assemblée des premières nations

L'Assemblée des premières nations, ci-après «APN», n'est pas intervenue en l'espèce. À l'exception de ce que les appelantes ont déposé, rien dans la preuve ne s'y rapporte. L'APN est une association nationale de chefs indiens. Son électorat principal, sinon le seul, paraît être formé des Indiens inscrits résidant dans les réserves. Soixante des 633 chefs membres de l'APN sont des femmes. L'APN, comme son prédécesseur, la Fraternité des Indiens du Canada, s'est vigoureusement et sans cesse opposé à la lutte des femmes autochtones pour mettre fin à l'inégalité des sexes historiquement consacrée dans la *Loi sur les Indiens*, et elle est intervenue lors de procédures parlementaires et légales afin de contrer ces efforts. Elle s'est opposée à l'abrogation de l'alinéa 12(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*<sup>6</sup> lors de l'entrée en vigueur du paragraphe 15(1) de la Charte et à la proclamation de la modification de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui a ajouté le paragraphe 35(4).

Comme le juge de première instance l'a conclu et comme la lecture des affidavits de Mme Stacey-Moore et de Mme McIvor le révèlent clairement, les appelantes craignent surtout la position de l'APN. Les intervenants ne parlent pas au nom des femmes des premières nations dont les intérêts, à tout le

<sup>6</sup> 12. (1) Les personnes suivantes n'ont pas le droit d'être inscrites [comme Indien]:

...  
(b) une femme qui a épousé un non-Indien, sauf si cette femme devient subséquentement l'épouse ou la veuve d'une personne décrite à l'article 11.

norms of Canadian society as a whole, are not only unlikely to be properly represented by AFN but are likely to be injured if AFN's position prevails; NWAC does represent those women. The evidence is clear that AFN is not addressing their concerns. It emphatically rejects imposition of the Charter on native self-governments and promises instead an Aboriginal Charter which cannot yet be described as inchoate.

### The Issue

The first question is: has any constitutional right of NWAC, or the individual woman it represents, been violated by the Government of Canada funding any or all of the designated aboriginal organizations and permitting their participation in constitutional discussions without providing NWAC equal funding and opportunity to participate? The appellants allege firstly, the breach of their right to freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter which, they stress, must be read together with section 28; secondly, the breach of the equality rights of the individual appellants and of individuals represented by NWAC guaranteed by section 15 of the Charter and finally, the breach of rights under section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, . . .

28. Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal 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.

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

moins comparativement aux normes de la société canadienne en général, sont non seulement vraisemblablement mal représentés par l'APN, mais seront probablement lésés si la position de l'APN prédomine; or, la NWAC représente ces femmes. La preuve montre clairement que l'APN néglige leurs préoccupations. Elle rejette catégoriquement l'imposition de la Charte en matière d'autonomie gouvernementale des autochtones et promet plutôt une Charte autochtone qui ne peut à ce jour être qualifiée d'imparfaite.

### La question en litige

La première question est la suivante: le gouvernement du Canada a-t-il violé un droit constitutionnel de la NWAC ou des femmes qu'elle représente en versant des deniers à l'ensemble ou à l'une quelconque des organisations autochtones désignées et en permettant leur participation aux discussions constitutionnelles, sans accorder à la NWAC une somme égale et sans lui offrir la même possibilité de participer? Les appelantes allèguent premièrement la violation de leur droit à la liberté d'expression garanti à l'alinéa 2b) de la Charte qui, soulignent-elles, doit être interprété conjointement avec l'article 28; deuxièmement, elles allèguent la violation des droits à l'égalité des deux femmes appelantes et des femmes représentées par la NWAC garantis à l'article 15 de la Charte et enfin, la violation de leurs droits, contrairement à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, . . .

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

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.

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

Should violation of any constitutional right of the appellants be found, the second question is whether relief in respect of that violation is available in a proceeding under section 18 of the *Federal Court Act*<sup>7</sup> and, if so, whether the violation occurred in a legislative process in which the Court ought, nevertheless, not interfere.

### Section 35 — Existing Aboriginal and Treaty Rights

This appeal is concerned with NWAC's participation in the current constitutional review process. The particular right of aboriginal peoples to participate in it in a fashion different from other Canadians derives from sections 37 and 37.1 of the *Constitution Act, 1982*, not from any "existing aboriginal and treaty rights" recognized and affirmed by subsection 35(1). It follows that any right of aboriginal women to participate equally with aboriginal men does not arise under subsection 35(4). The claim based on this provision is without merit.

### Section 15 — Equality Rights

The equality before and under the law and equal benefit of the law guaranteed by section 15 of the Charter is guaranteed to individuals, not to collectives. The individual appellants fear losing that equality if aboriginal self-governments, unbound by the Charter, are created. I accept that most, if not all, individual members of NWAC very likely share that fear. Most should, again applying the norms of Canadian society as a whole. The threat, however, is not itself a present denial of a right under section 15. If, as and when the feared result is realized, it will be by means of a constitutional amendment to which the federal government and Parliament and the required number of provincial governments and legislatures will have been party. Such an outcome of a future

<sup>7</sup> R.S.C., 1985, c. F-7, as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Si l'on conclut à la violation d'un droit constitutionnel des appelantes, la deuxième question est de savoir si une action fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>7</sup> peut réparer cette violation et, dans l'affirmative, si la violation est survenue au cours d'un processus législatif dans lequel la Cour ne devrait toutefois pas intervenir.

### Article 35 — Droits existants — ancestraux ou issus de traités

Le présent appel porte sur la participation de la NWAC au processus actuel de révision de la Constitution. Le droit particulier des peuples autochtones d'y participer d'une façon différente de celle des autres Canadiens découle des articles 37 et 37.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non de «droits existants — ancestraux ou issus de traités», reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1). En conséquence, le droit des femmes autochtones de participer, au même titre que les hommes autochtones, ne naît pas du paragraphe 35(4). La demande reposant sur cette disposition est sans fondement.

### Article 15 — Droits à l'égalité

Le droit garanti à l'article 15 de la Charte, selon lequel la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et selon lequel tous ont droit au même bénéfice de la loi, est garanti aux individus et non aux groupes. Les deux femmes appelantes craignent de perdre cette égalité si des gouvernements autochtones autonomes, non visés par la Charte, sont créés. Je conviens que la plupart, sinon tous les membres de la NWAC, partagent très probablement cette crainte. La plupart devraient le faire, si encore une fois on applique les normes de la société canadienne en général. La menace, toutefois, ne constitue pas elle-même le déni actuel d'un droit garanti à l'article 15. Si jamais le résultat redouté se concrétisait, ce serait au moyen d'une modification

<sup>7</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7, mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4.

legislative process cannot be predicted.<sup>8</sup> Such a "merely hypothetical consequence" is no basis for the Court interfering in the current constitutional review process.<sup>9</sup>

The present section 15 violation alleged is described in the following terms in the appellants' amended memorandum.

134. According to Section 52 of the *Constitution Act, 1982*, the Constitution is the fundamental law of Canada. If women have no part in framing the very constitution of their society, they cannot be said to have equality before and under the law, or the equal benefit of the law. Women were excluded from the constitutional process of 1864 and 1867, because they could not vote or serve in government. Even after women nominally received these rights, they were accorded little room in the process of constitution-making. Aboriginal communities are at a critical time in their history, when decisions will be taken which will influence the nature and shape of Aboriginal government for decades to come. For Aboriginal women in 1992 to be excluded from framing the institutions of government as all women were in 1864 would be fundamentally to deny the equality of Aboriginal women.

Valid as that all may be, it simply does not describe the denial of a section 15 right.

The law does not accord any individual the right to be present at the table at constitutional conferences nor the right to public funding to develop and communicate a constitutional position. If sections 37 and 37.1 are not spent, it may still accord a limited right to be present to representatives of the aboriginal peoples of Canada. The funding and participation of the designated aboriginal organizations in the current constitutional review process cannot be said to deny equality before and under, or the equal benefit and protection of, the law to any individual, aboriginal woman or otherwise.

constitutionnelle à laquelle le gouvernement fédéral, le Parlement et le nombre requis de gouvernements provinciaux et de Législatures auraient pris part. On ne peut prédire le résultat d'un tel processus législatif futur<sup>8</sup>. Une «conséquence purement hypothétique» ne permet pas à la Cour d'intervenir dans le processus actuel de révision de la Constitution<sup>9</sup>.

La présumée violation à l'article 15 en l'espèce est ainsi décrite dans l'exposé modifié des appelantes.

[TRADUCTION] 134. Selon l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Constitution est la loi fondamentale du Canada. Si les femmes ne prennent aucune part dans la conception de la Constitution même de leur société, on ne peut dire que la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous et que tous ont droit au même bénéfice de la loi. Les femmes ont été exclues du processus constitutionnel de 1864 et de 1867 parce qu'elles n'avaient ni le droit de vote ni le droit d'occuper des postes au gouvernement. Même après avoir accordé nominale-ment ces droits aux femmes, on ne leur a laissé que peu de place dans le processus de l'établissement de la Constitution. Les collectivités autochtones sont au tournant de leur histoire, au moment où seront prises des décisions dont les répercussions sur la nature et la forme du gouvernement autochtone se feront sentir pendant les décennies à venir. Exclure les femmes autochtones en 1992 de l'établissement des institutions gouvernementales comme on a exclu les femmes en 1864, ce serait fondamentalement leur refuser l'égalité.

Aussi valable que cet argument puisse être, il ne reflète simplement pas une violation d'un droit garanti à l'article 15.

La loi ne confère à personne le droit d'être présent à la table des conférences constitutionnelles ni le droit à un financement public en vue d'élaborer et de communiquer une position constitutionnelle. Si les articles 37 et 37.1 ne sont pas épuisés, la loi peut encore accorder aux représentants des peuples autochtones du Canada le droit limité d'être présents. On ne peut dire qu'en raison des sommes versées aux organisations autochtones désignées en vue de permettre leur participation au processus actuel de révision de la Constitution, la loi fait acception de certaines femmes, autochtones ou autres, qu'elle ne s'applique pas également à tous et que tous n'ont pas droit au même bénéfice de la loi.

<sup>8</sup> *Sethi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 2 F.C. 552 (C.A.).

<sup>9</sup> *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441.

<sup>8</sup> *Sethi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 2 C.F. 552 (C.A.).

<sup>9</sup> *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441.



Paragraph 2(b) and section 28 — Freedom of Expression

It is unnecessary that I deal with all of the authorities propounding the central role of freedom of expression in a free and democratic society. They are encapsulated in the following statement by Cory J., in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*:<sup>10</sup>

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized.

In the present case, the learned Trial Judge held [at pages 479-480]:

On the facts it is evident that the Native Women's Association of Canada has had and will continue to have many opportunities to express its views, both to the appropriate political authorities, to the public and even to the groups which will participate in the Conference, some at least of whom share [its] concern respecting the continued application of the Charter to aboriginal people. Undoubtedly the more money placed at their disposal the louder their voice could be heard, but it certainly cannot be said that they are being deprived of the right of freedom of speech in contravention of the Charter.

With respect to discrimination as to sex the disproportionate funds provided for [NWAC] results not from the fact that they are women, but from the unwillingness of the Government to recognize that they should be considered as a separate group within the aboriginal community from the four named groups and treated accordingly. Whether this is fair or contrary to natural justice will be dealt with under another argument respecting the issue of a writ of prohibition, but it does not constitute *per se* discrimination on the basis of sex in contravention of the Charter.

The appellants say he misapprehended their argument as to freedom of expression and erred by taking account only of the purpose or intent of the government's action and not of its effect. They point to the limitations on federal election spending as demonstrating the government's recognition that disparate financing of political points of view enables the ideas of some to command public attention at the expense of others.

<sup>10</sup> [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336.

Alinéa 2b) et article 28 — Liberté d'expression

Il est inutile d'examiner toute la jurisprudence exposant le rôle primordial de la liberté d'expression dans une société libre et démocratique. Elle est regroupée dans l'exposé suivant du juge Cory dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*:<sup>10</sup>:

Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion.

En l'espèce, le juge de première instance a conclu ceci [aux pages 479 et 480]:

Compte tenu des faits, il est évident que la Native Women's Association of Canada a eu et continuera à avoir de nombreuses occasions de faire connaître son point de vue, tant aux autorités politiques compétentes qu'au public, et même aux groupes qui participeront à la conférence, dont certains du moins partagent la préoccupation de cette association en ce qui concerne le maintien de l'application de la Charte aux peuples autochtones. Sans aucun doute, plus on mettra d'argent à la disposition de ce groupe, plus il élèvera la voix, mais on ne peut certainement pas dire qu'il est privé de la liberté de parole en violation de la Charte.

Quant à la discrimination fondée sur le sexe, la [NWAC] a reçu des sommes minimales non parce qu'elle est composée de femmes, mais parce que le gouvernement ne veut pas reconnaître qu'elle devrait être considérée comme un groupe distinct des quatre groupes désignés au sein de la collectivité autochtone et qu'elle devrait être traitée en conséquence. La question de savoir si cela va à l'encontre de la justice naturelle sera examinée en même temps qu'un autre argument lié à l'ordonnance de prohibition, mais la chose ne constitue pas en soi de la discrimination fondée sur le sexe en violation de la Charte.

Selon les appelantes, il a mal compris leur argument relatif à la liberté d'expression, et il a commis une erreur en tenant compte du seul objectif ou objet de l'action gouvernementale, négligeant son effet. Elles soulignent les limites imposées aux dépenses lors d'élections fédérales pour démontrer que le gouvernement reconnaît que le financement inégal des opinions politiques permet aux idées de certains de s'imposer à l'attention du public aux dépens des autres.

<sup>10</sup> [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336.

In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*,<sup>11</sup> Dickson C.J., for the majority, said:

Even if the government's purpose was not to control or restrict attempts to convey a meaning, the Court must still decide whether the effect of the government action was to restrict the plaintiff's free expression. Here, the burden is on the plaintiff to demonstrate that such an effect occurred. In order so to demonstrate, a plaintiff must state her claim with reference to the principles and values underlying the freedom.

... [Those principles and values] can be summarized as follows: (1) seeking and attaining the truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed. In showing that the effect of the government's action was to restrict her free expression, a plaintiff must demonstrate that her activity promotes at least one of these principles. . . . [T]he plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing.

Communicating one's constitutional views to the public and to governments is unquestionably an expressive activity protected by paragraph 2(b).

The appellants argue that, by funding and thereby supporting male-dominated aboriginal organizations in that activity, the Canadian government has enhanced their ability to communicate their anti-Charter positions to the virtual exclusion of NWAC's pro-Charter position. Government action has given the male-dominated organizations an ability to communicate effectively which has been denied aboriginal women, thereby abridging the guarantee of section 28 that freedom of expression is equally the freedom of male and female persons. They adopt a statement quoted in a recent decision of a Nova Scotia Human Rights Tribunal:<sup>12</sup>

Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*<sup>11</sup>, le juge Dickson, juge en chef du Canada, a dit, au nom de la majorité:

Même si le but poursuivi par le gouvernement n'était pas de contrôler ou restreindre la transmission d'une signification, la Cour doit encore décider si l'action du gouvernement a eu pour effet de restreindre la liberté d'expression de la demanderesse. À cette étape-ci, il appartient à la demanderesse d'établir que cet effet s'est produit. Pour ce faire, elle doit formuler sa thèse en tenant compte des principes et des valeurs qui sous-tendent la liberté garantie.

... [Ces principes et valeurs] peuvent se résumer ainsi: (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné. Pour démontrer que l'action du gouvernement a eu pour effet de restreindre sa liberté d'expression, la demanderesse doit établir que son activité favorise au moins un de ces principes. . . . [L]a demanderesse doit au moins décrire le message transmis et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

Faire connaître ses opinions en matière constitutionnelle au public et aux gouvernements est incontestablement une activité relevant de l'expression, protégée à l'alinéa 2b).

Les appelantes soutiennent qu'en finançant et, par le fait même, en appuyant cette activité des organisations autochtones dominées par les hommes, le gouvernement canadien a accru leur capacité de communiquer leurs positions défavorables à la Charte au point d'exclure à toutes fins pratiques la position contraire défendue par la NWAC. Le geste du gouvernement a donné aux organisations dominées par les hommes une capacité de communiquer avec efficacité qui a été niée aux femmes autochtones, et il a ainsi porté atteinte à la garantie de l'article 28 en vertu de laquelle la liberté d'expression comprend également la liberté des hommes et des femmes. Elles adoptent un passage d'une décision récente d'un tribunal des droits de la personne de la Nouvelle-Écosse<sup>12</sup>:

<sup>11</sup> [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 976-977.

<sup>12</sup> *Re: A Complaint by Gene Keyes against Pandora Publishing Association*. Decision dated March 17, 1992, not yet reported, at p. 40.

<sup>11</sup> [1989] 1 R.C.S. 927, aux pp. 976 et 977.

<sup>12</sup> *Re: A Complaint by Gene Keyes against Pandora Publishing Association*. Décision rendue le 17 mars 1992, encore inédite à la p. 40.

... [W]omen cannot become powerful or expressive by being spoken to, by being spoken for, or, especially, by being spoken about. It is by being heard that women become empowered.

In my opinion, the question is not whether the designated aboriginal organizations are male-dominated, but whether they advocate male-dominated aboriginal self-governments. I do not agree that a male-dominated organization is, in fact, necessarily incapable of advocating gender equality on behalf of its female members, nor do I agree that the effect of section 28 on paragraph 2(b) dictates that result as a constitutional conclusion.

Measured against the norms of Canadian society as a whole, it is in the interests of aboriginal women that, if, as and when they become the subjects of aboriginal self-governments, they continue to enjoy the protection of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, in particular, the rights and freedoms accorded them by sections 15 and 28, or by equivalent provisions equally entrenched in aboriginal charters, if that be legally possible. It is by no means certain that the latter alternative can or will be realized. The interests of aboriginal women, measured by the only standard this Court can recognize in the absence of contrary evidence, that of Canadian society at large, are not represented in this respect by AFN, which advocates a contrary result, nor by the ambivalence of NCC and ITC.

In my opinion, by inviting and funding the participation of those organizations in the current constitutional review process and excluding the equal participation of NWAC, the Canadian government has accorded the advocates of male-dominated aboriginal self-governments a preferred position in the exercise of an expressive activity, the freedom of which is guaranteed to everyone by paragraph 2(b) and which is, by section 28, guaranteed equally to men and women. It has thereby taken action which has had the effect of restricting the freedom of expression of aboriginal women in a manner offensive to paragraph 2(b) and section 28 of the Charter. In my opinion, the learned Trial Judge erred in concluding otherwise.

[TRANSDUCTION] ... [L]es femmes ne peuvent acquérir ni pouvoir ni voix si on leur parle, si on parle en leur nom et particulièrement si on parle d'elles. C'est en étant écoutées que les femmes acquièrent un pouvoir.

<sup>a</sup> À mon avis, il ne s'agit pas de savoir si les organisations autochtones désignées sont dominées par les hommes, mais si elles soutiennent l'autonomie gouvernementale des autochtones dominée par les hommes. Je ne crois pas qu'une organisation composée surtout d'hommes soit, en fait, nécessairement incapable de défendre l'égalité des sexes au nom de ses membres féminins, et je ne crois pas que l'effet de l'article 28 sur l'alinéa 2b) prescrive une telle conclusion constitutionnelle.

<sup>d</sup> Si l'on se reporte aux normes de la société canadienne en général, il est dans l'intérêt des femmes autochtones, si jamais elles sont assujetties à l'autonomie gouvernementale des autochtones, de continuer à jouir de la protection accordée par la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, des droits et libertés qui leur sont garantis par les articles 15 et 28, ou par des dispositions équivalentes également consacrées dans des chartes autochtones, si cela est légalement possible. Il n'est aucunement certain que cette dernière possibilité puisse être ou soit réalisée. Les intérêts des femmes autochtones, mesurés à la seule aune que cette Cour puisse reconnaître en l'absence de preuve contraire, soit celle de la société canadienne en général, ne sont pas représentés à cet égard par l'APN, qui soutient un résultat contraire, ni par l'ambivalence du CNAC et de la ITC.

<sup>h</sup> À mon avis, en sollicitant et en finançant la participation de ces organismes au processus actuel de révision de la Constitution et en excluant la participation égale de la NWAC, le gouvernement canadien a accordé aux partisans de l'autonomie autochtone à prédominance masculine une voix privilégiée alors que la liberté d'expression est garantie à tous à l'alinéa 2b), et aussi bien aux femmes qu'aux hommes en vertu de l'article 28. Son geste a ainsi porté atteinte à la liberté d'expression des femmes autochtones, contrairement à l'alinéa 2b) et à l'article 28 de la Charte. À mon avis, le juge de première instance a commis une erreur en concluant différemment.

That is not to say that equal funding to NWAC would necessarily be required to achieve the equality required by section 28. The evidence does not permit a concluded opinion as to that. However, the funding actually provided is so disparate as to be *prima facie* inadequate to accord it the equal freedom of expression mandated by the Charter.

### The Respondent's Position

The respondent submits (1) that the claim is speculative in nature and not the proper subject of a preventive remedy; (2) that the claim relates to a legislative process in which the Court ought not intervene; (3) that, as held by the learned Trial Judge, no breach of a Charter right has been established; and (4) that the decision to invite and fund participation of the designated aboriginal organizations was not, in any event, the decision of a "federal board, commission or other tribunal" so as to render it amenable to the supervisory jurisdiction of the Court under section 18 of the *Federal Court Act*. The respondent also raises a "floodgates" argument in respect of any finding of a paragraph 2(b) violation. No section 1 justification was advanced.

In view of the conclusions I have reached above, it will be necessary to deal in detail only with the floodgates argument and the second and fourth submission in relation to the paragraph 2(b) and section 28 Charter violation. I have agreed with the first and third submissions as to the section 15 violation alleged and found no infringement of a constitutional right accorded by either section 15 or section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

If I am correct in finding violation of paragraph 2(b) and section 28, then it is a real, not a speculative, violation. It is clear that, whether or not the impugned funding or the stage of the constitutional review process for which it was made has been exhausted, the process may recur. A remedy, even a declaration, could have a meaningful effect on NWAC's future participation in it. I accept, and I did not understand any party to dispute, that even if the specific contro-

Cela ne signifie pas qu'il serait nécessaire de financer également la NWAC pour respecter le droit à l'égalité prévu à l'article 28. La preuve ne permet pas de conclure ainsi. Toutefois, la somme actuellement versée est si inégale qu'elle ne saurait *prima facie* respecter le droit de la NWAC à liberté d'expression égale garantie par la Charte.

### La position de l'intimée

L'intimée soutient (1) que la demande est de nature hypothétique et ne convient pas à une réparation à caractère préventif; (2) que la demande vise un processus législatif dans lequel la Cour ne doit pas intervenir; (3) que, comme l'a conclu le juge de première instance, on n'a établi aucune violation d'un droit garanti par la Charte; et (4) que la décision de solliciter et de financer la participation des organisations autochtones désignées n'émane pas, en tout état de cause, d'un «office fédéral», ce qui la soumettrait au contrôle de la Cour en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. L'intimée invoque également l'argument du «raz de marée» si on devait conclure à une violation de l'alinéa 2b). On n'a pas allégué la justification en vertu de l'article premier.

Compte tenu des conclusions que j'ai tirées précédemment, je ne devrai étudier en détail que l'argument du raz de marée et les deuxième et quatrième arguments relatifs à la violation de l'alinéa 2b) et de l'article 28 de la Charte. Je suis d'accord avec les premier et troisième arguments relatifs à la violation alléguée de l'article 15 et j'ai conclu que le droit constitutionnel garanti soit à l'article 15 ou à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'avait pas été violé.

Si je conclus à bon droit que l'alinéa 2b) et l'article 28 ont été violés, il s'agit alors d'une violation réelle, et non hypothétique. Il est évident que, même si le financement contesté ou l'étape du processus de révision de la Constitution pour laquelle il a été versé sont choses du passé, le processus pourrait se reproduire. Une réparation, même un jugement déclaratoire, pourrait avoir un effet important sur la participation subséquente de la NWAC dans ce processus.

versy to which the application was directed has become moot, the adjudication should proceed.<sup>13</sup>

### Availability of Section 18 Remedy

The originating notice of motion herein was filed March 18, 1992. Effective February 1, 1992, amendments to the *Federal Court Act* enacted in 1990 were proclaimed in force.<sup>14</sup> The words emphasized below were added to the relevant definition.

2. (1) In this Act,

“federal board, commission or other tribunal” means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*.

The evidence is that the decision to invite “representatives of the Aboriginal peoples to be full participants in the constitutional process” was made at a meeting March 12, 1992, of federal, provincial and territorial representatives. That was clearly not the decision of a federal board, etc., and is relied on by the respondent in disputing the availability of section 18 relief. However, there is no evidence that the decision to invite the designated aboriginal organizations to engage in a process parallel to that of the Parliamentary Committee was made by any but an authorized emanation of the federal government alone and it is most unlikely, if not legally impossible, that the decision to allocate federal funding was made by any but a federal board, etc. As I understand our Constitution, the expenditure of funds must have been authorized by Act of Parliament. If, as it appears, the invitation to join in the process was not authorized by Act or regulation, it must have been an exercise of Crown prerogative.

<sup>13</sup> *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342.

<sup>14</sup> S.C. 1990, c. 8, s. 1.

Je reconnais et, selon moi, cela n'a été contesté par aucune partie, que même si la controverse visée expressément par la requête est devenue théorique, une décision devrait être rendue à cet égard<sup>13</sup>.

### L'existence du recours fondé sur l'article 18

En l'espèce, l'avis de requête original a été déposé le 18 mars 1992. Le 1<sup>er</sup> février 1992, les modifications de la *Loi sur la Cour fédérale* adoptées en 1990 sont entrées en vigueur<sup>14</sup>. Les passages soulignés ci-dessous ont été ajoutés à la définition pertinente.

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La preuve démontre que la décision d'inviter [TRA-DUCTION] «les représentants des peuples autochtones à participer pleinement au processus constitutionnel» a été prise le 12 mars 1992, par les représentants fédéraux, provinciaux et territoriaux. De toute évidence, il ne s'agit pas là de la décision d'un office fédéral, ce dont l'intimée fait état pour contester la disponibilité de la réparation fondée sur l'article 18. Toutefois, aucune preuve ne démontre que la décision d'inviter les organisations autochtones désignées à entreprendre un processus parallèle à celui du comité parlementaire a été prise par nul autre qu'une source autorisée du gouvernement fédéral, et il n'est guère vraisemblable, sinon légalement impossible, que la décision de verser des deniers publics ait été prise par nul autre qu'un office fédéral. Selon mon interprétation de la Constitution, le versement des deniers doit avoir été autorisé par une loi du Parlement. Si, comme il paraît, l'invitation à se joindre au processus n'a pas été autorisée par une loi ou un règlement, il doit s'agir de l'exercice de la prérogative royale.

<sup>13</sup> *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

<sup>14</sup> L.C. 1990, ch.8, art. 1.

Finally, I would note that the Act as amended requires that declaratory relief in respect of a decision of a federal board, etc., be sought by application under section 18. In my opinion relief in respect of the violation of the appellants' rights is available in a proceeding brought under section 18 of the *Federal Court Act*.

### Should the Court Interfere?

The respondent argues that the constitutional review process is an essential part of a legislative process in which a court ought not interfere; the appellants argue that it is integral to a political process, the legality of which is subject to judicial supervision.

In *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*,<sup>15</sup> it was sought to forestall implementation of an announced intention to reduce federal contributions to shared cost programs with the provinces. It was contended that the government was constrained by the doctrine of legitimate expectations from introducing a bill to Parliament. The Supreme Court made clear that the doctrine was part of the rules of procedural fairness which might give rise to a right to be heard but does not fetter the right ultimately to make a decision. It further reaffirmed that rules of procedural fairness do not apply to a body exercising purely legislative functions and concluded that the executive decision and action to introduce legislation in Parliament is an integral part of the legislative process. In more general terms, it held

The formulation and introduction of a bill are part of the legislative process with which the courts will not meddle. . . . [I]t is not the place of the courts to interpose further procedural requirements in the legislative process. I leave aside the issue of review under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* where a guaranteed right may be affected.

That concluding reservation would be pivotal if it were decided that the Charter violation in issue occurred in a legislative process.

Enfin, je soulignerais que la Loi telle que modifiée exige que la demande de jugement déclaratoire relativement à la décision d'un office fédéral se fasse conformément à l'article 18. Je crois possible d'obtenir réparation de la violation des droits des appelantes par voie d'une demande fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

### La Cour devrait-elle intervenir?

L'intimée soutient que le processus de révision de la Constitution est une partie essentielle d'un processus législatif dans lequel un tribunal ne doit pas s'immiscer; les appelantes prétendent qu'il s'agit d'une partie intégrante d'un processus politique, dont la légalité est assujettie au contrôle judiciaire.

Dans *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.B.)*<sup>15</sup>, on cherchait à faire échec à l'intention annoncée de réduire les contributions fédérales aux programmes de partage des frais avec les provinces. On a soutenu que la théorie de l'expectative légitime empêchait le gouvernement de déposer un projet de loi devant le Parlement. La Cour suprême a précisé que la théorie faisait partie des règles d'équité procédurale qui pourraient créer un droit d'être entendu, mais qu'elle ne limitait pas le droit, ultimement, de rendre une décision. Elle a également affirmé de nouveau la non-application des règles d'équité procédurale à un organisme exerçant des fonctions purement législatives, avant de conclure que le dépôt par le pouvoir exécutif d'un projet de loi devant le Parlement faisait partie intégrante du processus législatif. De façon plus générale, elle a conclu:

La rédaction et le dépôt d'un projet de loi font partie du processus législatif dans lequel les tribunaux ne s'immiscent pas. . . . [I]l n'appartient pas aux tribunaux judiciaires d'intercaler dans le processus législatif d'autres exigences procédurales. Je ne traiterai pas de la question de l'examen en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans le cas d'atteinte possible à un droit garanti.

Cette dernière réserve serait capitale s'il était décidé que la violation de la Charte en question s'était produite dans le cadre d'un processus législatif.

<sup>15</sup> [1991] 2 S.C.R. 525, at pp. 559 ff.

<sup>15</sup> [1991] 2 R.C.S. 525, aux p. 558 et s.

In reaching its conclusion, the Supreme Court referred to *Penikett v. Canada*.<sup>16</sup> That case arose on an application to strike out a petition by the Government of the Yukon Territory seeking a number of declarations concerning the Meech Lake Accord. The Accord was an agreement between the federal and provincial governments to amend the Canadian Constitution in a manner that would have required, among other things, the concurrence of all existing provinces to the creation of a new province. The Yukon government had not been invited to participate in the meeting that arrived at the Accord and had not been consulted by the Canadian government before it committed itself to commend the amendment to Parliament.

The Trial Judge had concluded that the Charter applied to Part V of the *Constitution Act, 1982*, which provides the procedure for amendment of the Constitution. The Yukon Territory Court of Appeal disagreed, holding: "The *Charter* cannot be used to prevent constitutional amendment."

The Trial Judge had also concluded that if it were established that a common law duty of fairness existed and had been breached, a declaration to that effect would simply be a declaration of rights and duties as between territorial residents, on the one hand, and the Prime Minister and Government of Canada, on the other, and would not be an intervention in the amending or legislative process. As to that issue, the Court of Appeal held [at page 120] that:

The Prime Minister in convening the Meech Lake Conference of First Ministers was initiating the process of legislation which could lead to an amendment of the Constitution.

It concluded [also at page 120] that the issues of fairness and fundamental justice arising out of the Yukon's exclusion

... are not justiciable because they seek to challenge the process of legislation.

... [t]he Meech Lake Accord was part of the process of legislation intended to lead to an amendment of the Constitution if

<sup>16</sup> (1987), 45 D.L.R. (4th) 108 (Y.T.C.A.), at pp. 118-120. Leave to appeal refused, [1988] 1 S.C.R. xii.

En concluant ainsi, la Cour suprême a invoqué l'arrêt *Penikett v. Canada*.<sup>16</sup> Cette affaire est née d'une requête en radiation d'une requête présentée par le gouvernement du territoire du Yukon en vue d'obtenir certains jugements déclaratoires concernant l'accord du lac Meech. Conformément à l'accord, les gouvernements fédéral et provinciaux s'étaient entendus pour modifier la Constitution canadienne de façon à ce que la création d'une nouvelle province exige, notamment, le consentement de toutes les provinces existantes. Le gouvernement du Yukon n'avait pas été invité à prendre part à la réunion d'où est né l'accord, et il n'avait pas été consulté par le gouvernement du Canada avant que celui-ci s'engage à recommander la modification au Parlement.

Le juge de première instance avait conclu que la Charte s'appliquait à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui prévoyait la procédure de modification de la Constitution. La Cour d'appel du territoire du Yukon, en désaccord, avait conclu [TRADUCTION] «La *Charte* ne peut servir d'obstacle à une modification constitutionnelle.»

Le juge de première instance avait également conclu que si on établissait l'existence et la violation d'une obligation d'équité issue de la common law, un jugement déclaratoire à cet effet consisterait simplement en une déclaration de droits et d'obligations entre d'une part, les résidents du territoire et, d'autre part, le premier ministre et le gouvernement du Canada, et il ne constituerait pas une intervention dans le processus législatif ou le processus de modification. À cet égard, la Cour d'appel a conclu ceci [à la page 120]:

[TRADUCTION] En convoquant la conférence des premiers ministres au lac Meech, le premier ministre a lancé le processus législatif qui pourrait entraîner la modification de la Constitution.

Elle a conclu [également à la page 120] en outre que les questions d'équité et de justice fondamentale soulevées par l'exclusion du Yukon

[TRADUCTION] ... ne peuvent être tranchées par la voie judiciaire parce qu'elles tendent à contester le processus législatif.

... [l]'accord du lac Meech faisait partie d'un processus législatif visant à modifier la Constitution si la proclamation néces-

<sup>16</sup> (1987), 45 D.L.R. (4th) 108 (C.A.T.Y.), aux p. 118 à 120. Autorisation d'en appeler refusée, [1988] 1 R.C.S. xii.

the necessary proclamation was authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province.

The Court of Appeal fixed the beginning of that particular legislative process at the point in time the First Ministers' Conference was convened. Again, it is notorious that the Meech Lake process was very different from the current process commenced, nationally at least, by publication of the federal government's proposals and their committal to public discussion.

I take from the *CAP Reference* that the word "formulation", in the expression "formulation and introduction of a bill" refers to the preparation of a bill for introduction after it has been decided that the subject-matter is to be dealt with. I do not think "formulation . . . of a bill" an apt expression to describe the process of consultation, public or private, by Parliamentary Committee or otherwise, which the government may choose to undertake after deciding that it might be desirable that a matter be dealt with by legislation but before it has decided how it wishes the legislature to deal with it or whether a legislative proposal is politically acceptable. In other words, the term does not refer to policy development, a political process, but to action, after the policy has been decided, necessary to legislative implementation.

The *CAP Reference* and *Penikett* seem to me to have established the following principles applicable to the process of constitutional amendment.

- a. the Charter, Part I of the *Constitution Act, 1982*, cannot be invoked to interfere with the process of amending the Constitution mandated by Part V;
- b. the process of amending the Constitution, as a legislative process, begins not later than when first ministers are convened to agree upon a constitutional resolution they will put to their legislatures; and
- c. the formulation of a constitutional resolution is part of the legislative process of amendment with which the courts will not interfere except, possibly, where a Charter guaranteed right may be affected.

The amending process of Part V had not, in this case, begun when the Charter violation occurred.

saire était autorisée par résolutions du Sénat et de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province.

La Cour d'appel a fixé le début de ce processus législatif au moment où la conférence des premiers ministres a été convoquée. Encore une fois, il est bien connu que le processus en cause au lac Meech était très différent du processus mis en branle en l'espèce, du moins à l'échelle nationale, par la publication des propositions du gouvernement fédéral qui ont ensuite fait l'objet de discussions publiques.

Je déduis du *Renvoi relatif au RAPC* que le terme «rédaction» dans l'expression «rédaction et dépôt d'un projet de loi» désigne la préparation d'un projet de loi en vue de son dépôt une fois qu'il a été décidé que la question doit être examinée. Je ne crois pas que l'expression «rédaction . . . d'un projet de loi» convienne pour décrire le processus de consultation, public ou privé, par comité parlementaire ou autrement, que le gouvernement peut choisir d'entreprendre après avoir décidé qu'il serait peut-être préférable qu'une question fasse l'objet d'une loi, mais avant d'avoir choisi la façon dont il souhaite que la législature s'y prenne ou d'avoir décidé si une proposition législative est politiquement acceptable. En d'autres termes, l'expression ne désigne pas l'élaboration d'une politique, un processus politique, mais le geste, postérieur au choix de la politique, nécessaire à la mise en œuvre d'une loi.

Les arrêts *Renvoi relatif au RAPC* et *Penikett* me semblent avoir établi les principes suivants, applicables au processus de modification de la Constitution.

- a. La Charte, qui forme la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne peut être invoquée pour intervenir dans le processus de modification de la Constitution prévue à la Partie V;
- b. Le processus de modification de la Constitution, qui est législatif, débute dès la convocation des premiers ministres en vue de convenir d'une résolution constitutionnelle qu'ils présenteront à leur Législature;
- c. La rédaction d'une résolution constitutionnelle fait partie d'un processus législatif de modification dans lequel les tribunaux ne s'immisceront pas sauf, peut-être, si un droit garanti par la Charte risque d'être violé.

En l'espèce, le processus de modification prévu à la Partie V n'avait pas pris naissance lorsque la violation de la Charte s'est produite.



In my opinion, formulation of a constitutional resolution cannot be said to have been commenced by the federal government publishing proposals, committing them to public review by a Parliamentary Committee and initiating a parallel process among the aboriginal peoples. That seems to me very much integral to policy development rather than implementation. I therefore conclude that the Court would not be interfering in a legislative process if it were to grant the appellants an appropriate remedy.

### The "Floodgates" Argument

The respondent says that a finding of a paragraph 2(b) violation requiring the equal participation in the constitutional review process and funding of NWAC would require that equal funding and participation be extended to all individuals and interest groups. I do not find this argument persuasive.

Parliament has the right to provide funding or not as it chooses but, in choosing to fund, it is bound to observe the requirements of the Charter.<sup>17</sup> The government, in exercising a discretion to fund that Parliament has given it, must be equally bound. Generally, I should think a decision to fund will be made on the basis of need to permit effective and informed expression by an otherwise handicapped and particularly concerned interest group. A proper decision to fund one group but not another should be readily justifiable under section 1 of the Charter. The floodgates argument would be entirely without foundation if the conditions of entitlement to funding were prescribed by law, that is Act of Parliament or regulation,<sup>18</sup> so that section 1 might be invoked. The floodgates argument is, in the present circumstances, essentially an argument of administrative convenience which ought not prevail when a constitutionally guaranteed right or freedom has been proved to have been infringed.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> *Schachter v. Canada*, (S.C.C.) not yet reported judgment rendered July 9, 1992.

<sup>18</sup> *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118.

<sup>19</sup> *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 218 ff.

À mon avis, on ne peut dire que la rédaction d'une résolution constitutionnelle débute lorsque le gouvernement fédéral publie des propositions, les soumet à l'examen du public par l'entremise d'un comité parlementaire et lorsqu'il met sur pied un processus parallèle au sein des peuples autochtones. Cela me semble faire partie intégrante de l'élaboration d'une politique plutôt que de sa mise en œuvre. Je conclus par conséquent que la Cour n'interviendrait pas dans un processus législatif si elle accordait aux appelantes la réparation appropriée.

### L'argument du «raz de marée»

Selon l'intimée, si la Cour conclut que, l'alinéa 2b) ayant été violé, la NWAC doit avoir droit à une participation égale au processus de révision de la Constitution et à un financement égal, il s'ensuit que tous les particuliers et les groupes d'intérêts devraient jouir des mêmes avantages. Cet argument n'est pas convaincant.

Le Parlement a le droit d'accorder des subsides à son gré, mais s'il choisit de verser une somme, il doit respecter les exigences de la Charte<sup>17</sup>. Le gouvernement a la même obligation lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire de financement que le Parlement lui a conféré. En général, je croirais que la décision de financer sera prise en fonction du manque d'argent, pour permettre à un groupe d'intérêt par ailleurs désavantagé et particulièrement intéressé de s'exprimer de manière efficace et informée. Il serait probablement facile de justifier, en vertu de l'article premier de la Charte, la décision équitable de financer un groupe de préférence à un autre. L'argument du raz de marée serait sans fondement aucun si les conditions donnant droit à un financement étaient prescrites par la loi, soit par une loi du Parlement ou un règlement<sup>18</sup>, de façon à ce que l'article premier puisse être invoqué. L'argument du raz de marée est, en l'occurrence, essentiellement un argument de commodité administrative qui ne doit pas être accueilli lorsqu'on a établi la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> *Schachter c. Canada*, (C.S.C.). Jugement encore inédit rendu le 9 juillet 1992.

<sup>18</sup> *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118.

<sup>19</sup> *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux p. 218 et s.

It will be only one who can show a constitutional foundation for a grievance by reason of the favour shown by the government to another who will be able to obtain the assistance of the courts. Not every interest group can complain that, because the designated aboriginal organizations were favoured, its Charter-guaranteed freedom of expression was infringed. NWAC can make that complaint and, in my view, with justification. It ought not be denied a remedy by reason of anticipated claims of others not similarly situated with respect to those the government chose to favour, namely the designated aboriginal organizations.

### Remedy

The remedy sought by the appellants, prohibition of further payments to the designated aboriginal organizations until the federal government has: (1) provided equal funding to NWAC; and (2) has provided NWAC an equal opportunity to participate in the review process, including participation in relevant First Minister's conferences, is, in my view, not available in the circumstances.

In the first place, the evidence does not permit a judicial conclusion that funding of NWAC equal to that provided to each of the designated aboriginal organizations is what is necessary to accord aboriginal women the equal measure of freedom of expression guaranteed them by section 28 of the Charter. It may be inadequate or it may be excessive. The appropriate *quantum* of funding would seem to me very much a matter to be determined by the executive, conscious of the need to accord that equality. Furthermore, equality is not to be achieved by the Court interfering with the funding of the designated aboriginal organizations already agreed upon, even if it has not been entirely exhausted. I agree with the submissions of MNC and ITC to the effect that the appellants have established no basis for a remedy depriving the designated aboriginal organizations of their funding.

In the second place, it is notorious that the constitutional review process has now moved beyond consultation. Every such process necessarily will at some point, unless it aborts sooner, pass from a consulta-

Seul celui qui pourra établir sur le plan constitutionnel son grief fondé sur le traitement préférentiel accordé à un autre par le gouvernement, pourra obtenir le concours des tribunaux. Les groupes d'intérêts ne peuvent tous se plaindre qu'en raison de l'avantage conféré aux organisations autochtones désignées, leur liberté d'expression garantie par la Charte a été violée. Or, à mon avis, la NWAC peut à bon droit formuler cette plainte. On ne devrait donc pas lui refuser une réparation en raison d'éventuelles demandes d'autres groupes ou particuliers qui ne sont pas dans la même situation à l'égard de ceux que le gouvernement a choisi d'avantager, soit les organisations autochtones désignées.

### Réparation

À mon avis, dans les circonstances de l'espèce, il est impossible d'accorder aux appelantes la réparation qu'elles réclament, soit interdire au gouvernement de verser toute autre somme aux organisations autochtones désignées tant qu'il: (1) n'aura pas versé une somme égale à la NWAC; et tant qu'il (2) n'aura pas conféré à la NWAC la chance égale de participer au processus de révision, dont le droit de participer aux conférences des premiers ministres pertinentes.

En premier lieu, la preuve ne permet pas au tribunal de conclure qu'il faut nécessairement verser à la NWAC une somme égale à celle accordée à chaque organisation autochtone désignée pour que les femmes autochtones puissent jouir du même degré de liberté d'expression garanti à l'article 28 de la Charte. Une telle somme serait peut-être insuffisante ou excessive. Il me semble que la question du montant approprié du financement devrait être tranchée par l'exécutif, conscient du besoin de respecter cette égalité. En outre, l'égalité ne doit pas être obtenue par l'immixtion du tribunal dans le financement, déjà convenu, des organisations autochtones désignées, même s'il n'a pas été entièrement épuisé. Je suis d'accord avec les arguments du RNM et de la ITC selon lesquels les appelantes n'ont démontré aucun fondement à une réparation privant les organisations autochtones désignées de leur financement.

En deuxième lieu, il est bien connu que le processus de révision de la Constitution se situe maintenant au-delà de la consultation. Tout processus de cette nature passera, à un moment, à moins qu'il n'avorte

tive stage to a legislative stage in which the courts will not meddle. While the *CAP Reference* appears to have left the question open, I frankly cannot conceive of even Charter-based circumstances in which a court could properly interfere, however indirectly, with the convening of a First Ministers' Conference or any other purely intergovernmental meeting and dictate to them whom they ought to invite to their table.

That said, a court can declare that by including an organization such as AFN, proved to be adverse in interest to aboriginal women as measured against the norms of Canadian society generally, while excluding NWAC, an organization that speaks for their interests, in a constitutional review process intended to assist it in deciding, and mustering public and provincial governmental support for, the content of a constitutional resolution affecting aboriginal rights to be put to Parliament, the federal government has restricted the freedom of expression of aboriginal women in a manner offensive to paragraph 2(b) and section 28 of the Charter. That is, in my opinion, to do no more than to declare Charter-based rights and duties as between aboriginal women and the Government of Canada.

#### Conclusion

I would allow the appeal and so declare and I would award the appellants their costs against the respondent both on appeal and in the Trial Division. ITC and MNC asked for costs. I would order that the intervenants should be neither liable for nor entitled to costs.

STONE J.A.: I agree.

GRAY D.J.: I agree.

plus tôt, d'une étape consultative à une étape législative dans laquelle les tribunaux ne s'immisceront pas. Bien que le *Renvoi relatif au RAPC* paraisse avoir laissé la question sans réponse, je ne peux franchement concevoir des circonstances, mêmes fondées sur la Charte, où le tribunal pourrait à bon droit intervenir, si indirectement cela soit-il, dans la convocation d'une conférence des premiers ministres ou de toute autre réunion purement intergouvernementale et leur dicter leur liste d'invités.

Ceci étant dit, le tribunal peut déclarer que le gouvernement fédéral a porté atteinte à la liberté d'expression des femmes autochtones de façon incompatible avec l'alinéa 2b) et l'article 28 de la Charte en incluant une organisation telle que l'APN, dont les intérêts sont indiscutablement opposés à ceux des femmes autochtones selon les normes de la société canadienne en général, tout en excluant la NWAC, une organisation qui défend leurs intérêts, dans un processus de révision de la Constitution visant à l'aider à choisir, et à gagner l'appui du public et des gouvernements provinciaux à cet égard, le contenu d'une résolution constitutionnelle devant être présentée au Parlement, et qui affecte les droits des autochtones. À mon avis, cela n'est rien de plus que de déterminer dans un jugement déclaratoire les droits et obligations nés de la Charte entre les femmes autochtones et le gouvernement du Canada.

#### Conclusion

J'accueillerais l'appel, et je le déclarerais, et j'accorderais aux appelantes leurs dépens contre l'intimée, en appel et devant la Section de première instance. La ITC et le RNM ont réclamé les dépens. J'ordonnerais que les intervenants ne soient pas responsables des dépens et qu'ils n'y aient pas droit.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ce jugement.

LE JUGE SUPPLÉANT GRAY: Je souscris à ce jugement.

T-3212-90  
91-T-26T-3212-90  
91-T-26**Marisol Escobar Salinas (Applicant)****Marisol Escobar Salinas (requérante)**

v.

c.

**The Minister of Employment and Immigration (Respondent)****a Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)***INDEXED AS: SALINAS v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)**RÉPERTOIRÉ: SALINAS c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Jerome A.C.J.—Toronto, December 17, 1990; February 12, December 17, 1991; Ottawa, March 20, 1992.\*

Section de première instance, juge en chef adjoint Jerome—Toronto, 17 décembre 1990; 12 février et 17 décembre 1991; Ottawa, 20 mars 1992.\*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Federal Court Act, s. 18 giving Trial Division jurisdiction to review Immigration and Refugee Board decision to reconvene refugee hearing to hear evidence of changes in country of nationality after hearing concluded — Board's ruling neither decision or order required to be made on judicial or quasi-judicial basis within Federal Court Act, s. 28 nor final decision or order Board mandated to make — Merely procedural decision enabling Board to consider substantive issue of refugee status — Doctrine of merger (right of review of administrative decision to reopen merged with right of review of judicial or quasi-judicial decision to reconvene after full argument) rejected — Decision not final simply because affects rights of applicant.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale conférant à la Section de première instance compétence pour réviser la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de reprendre une audience sur la revendication du statut de réfugié afin de recevoir des éléments de preuve relatifs aux changements survenus dans le pays dont la requérante a la nationalité depuis la fin de cette audience — La décision de la Commission ne constituait ni une décision ou ordonnance ayant un caractère judiciaire ou quasi judiciaire au sens de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale, ni une décision ou une ordonnance définitive que la Commission devait rendre — Décision de nature purement procédurale permettant à la Commission d'examiner au fond la question du statut de réfugié — La doctrine de l'intégration (droit à la révision de la décision administrative de reprendre l'audience fondu avec le droit de faire réviser la décision judiciaire ou quasi judiciaire de reprendre l'audience après avoir entendu tous les arguments) est rejetée — Une décision n'est pas définitive pour la seule raison qu'elle intéresse les droits de la requérante.*

*Immigration — Practice — Board lacking jurisdiction to reconvene hearing in absence of specific statutory provision enabling it to do so — Unfair to permit Board to reconvene hearing to admit evidence of political change in country of nationality occurring after hearing — Imposing impossible onus on applicant, who may have no evidence of persecution under new regime — No provision for applicant to have hearing reconvened if situation worsened — Whether Board would assume obligation to reconvene in all situations where change in circumstances and, if so, what changes warranting intervention — Conflict with statutory requirements to proceed informally, expeditiously and render decision quickly — Minister's remedy to invoke s. 69.2.*

*Immigration — Pratique — La Commission n'a pas compétence pour reprendre une audience en l'absence de disposition législative expresse en ce sens — Il est injuste de permettre à la Commission de reprendre une audience afin de recevoir des éléments de preuve relatifs aux changements politiques survenus dans le pays dont la requérante a la nationalité après l'audience — Cela équivaut à imposer à la requérante, qui peut ne pas avoir de preuve de la persécution sous le nouveau régime, un fardeau dont il lui est impossible de s'acquitter — Aucune disposition ne prévoit le droit du requérant à la reprise de l'audience en cas de détérioration de la situation — La Commission assumerait-elle l'obligation de reprendre une audience chaque fois qu'il y a un changement de circonstances et, dans l'affirmative, quels changements justifieraient son intervention — Incompatibilité avec l'exigence de la Loi de fonctionner sans formalisme et avec célérité et de rendre une décision rapidement — Le recours du ministre est d'invoquer l'art. 69.2.*

This was an application to quash a ruling of the Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Divi-

Il s'agit d'une demande visant à casser la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, section

\* Editor's Note: This Trial Division decision was reversed by a judgment of the Federal Court of Appeal reported at [1992] 3 F.C. 247.

\* Note de l'arrêtiste: Cette décision de la Section de première instance a été infirmée par un jugement de la Cour d'appel fédérale publié dans [1992] 3 C.F. 247.

sion, that it had jurisdiction to reconvene the applicant's refugee hearing to hear evidence of changes in Panama, the applicant's country of nationality, after the hearing had concluded and to require the Board to render a decision based on the evidence before it on November 29, 1989. The applicant claimed refugee status, stating that she feared persecution by agents of the Noriega regime. An oral hearing of the Board was convened on November 29, 1989 whereat the applicant testified and her counsel made submissions. The Board reserved its decision because it was unfamiliar with conditions in Panama and needed time to review the filed documents. In September 1990 the Board reconvened the hearing to hear evidence relating to intervening changes in Panama, i.e. the removal of Noriega from power by the American military. Notwithstanding the applicant's objection, the Board ruled that it had jurisdiction to reconvene the hearing to hear evidence and that the delay had not prejudiced the applicant's right to a full and proper hearing. The issues were (1) whether the Federal Court, Trial Division had jurisdiction in this matter; (2) if so, whether the Board's ruling is reviewable in light of *Immigration Act*, subsection 67(1) (which gives the Refugee Division sole and exclusive jurisdiction to hear and determine questions of jurisdiction in respect of sections 69.1 and 69.2 proceedings); and (3) whether the Board exceeded its jurisdiction in deciding to reconvene.

*Held*, the application should be allowed.

(1) The Federal Court, Trial Division had jurisdiction under *Federal Court Act*, section 18 to review the Board's decision. The Board's ruling was neither a decision or order required to be made on a judicial or quasi-judicial basis within section 28 (Court of Appeal jurisdiction) nor a final decision or order that the Board was mandated to make. The question of whether the Board may reconvene to hear further evidence on change in conditions in the country of nationality was not a question the Board had "jurisdiction or powers" to decide. Although the Board must form an opinion on that question, such opinion has no legal effect except as a contribution to the determination of the applicant's refugee claim. The decision to reconvene was procedural, enabling the Board to consider the substantive issue of whether the applicant was a Convention refugee. That the Board allowed submissions on a procedural point, or even if the Board conducts a "hearing" on the matter does not change the nature of the decision. A final decision has not been made and the doctrine of merger, whereby the right of review of the administrative decision to reopen merges with the right of review of the judicial or quasi-judicial decision to reconvene made after hearing full argument, did not apply. The initial proceeding has not been exhausted and the Board remains seized as it has not yet rendered a decision on the applicant's refugee claim. Finally, a decision is not final simply because it affects the rights of the applicant.

du statut de réfugié, selon laquelle elle avait compétence pour reprendre l'audience sur la revendication de la requérante afin de recevoir des éléments de preuve relatifs aux changements survenus au Panama, pays dont la requérante avait la nationalité, qui se sont produits depuis la fin de l'audience, et à obliger la Commission à rendre une décision fondée sur les éléments de preuve déjà produits le 29 novembre 1989. La requérante a revendiqué le statut de réfugié, affirmant qu'elle craignait d'être persécutée par des agents du régime Noriega. La Commission a convoqué une audience le 29 novembre 1989 au cours de laquelle la requérante a témoigné et son avocate a présenté des observations. La Commission a mis la question en délibéré parce qu'elle ne connaissait pas bien la situation au Panama et qu'elle avait besoin d'un délai pour examiner les documents produits. En septembre 1990, la Commission a convoqué de nouveau l'audience afin de recevoir des éléments de preuve relatifs aux changements qui s'étaient produits au Panama, savoir le renversement de Noriega par une force militaire américaine. Malgré l'opposition de la requérante, la Commission a décidé qu'elle avait compétence pour reprendre l'audience afin de recevoir de nouveaux éléments de preuve et que le délai n'avait pas porté atteinte au droit de la requérante à une audience pleine et entière. Les questions en litige consistaient à savoir (1) si la Section de première instance de la Cour fédérale avait compétence en l'espèce; (2) dans l'affirmative, si la décision de la Commission est sujette à révision, eu égard au paragraphe 67(1) de la *Loi sur l'immigration* (lequel confère à la section du statut compétence exclusive pour entendre et juger des questions de compétence à l'égard des procédures visées aux articles 69.1 et 69.2); et enfin (3) si la Commission a outrepassé sa compétence en reprenant l'audience.

*Jugement*: la demande devrait être accueillie.

(1) La Section de première instance de la Cour fédérale avait compétence, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour réviser la décision de la Commission. La décision rendue par la Commission en l'espèce ne constituait ni une décision ou ordonnance ayant un caractère judiciaire ou quasi judiciaire au sens de l'article 28 (compétence de la Cour d'appel) ni une décision ou ordonnance définitive que la Commission devait rendre. La question de savoir si la Commission pouvait reprendre l'audience pour entendre d'autres éléments de preuve relatifs aux changements survenus dans la situation du pays de nationalité n'était pas une question à l'égard de laquelle la Commission pouvait exercer sa «compétence ou ses pouvoirs». Bien que la Commission doive se faire une opinion sur la question, cette opinion n'a pas d'autre effet juridique que de permettre de trancher la revendication du statut de réfugié de la requérante. La décision de reprendre l'audience était de nature procédurale, permettant à la Commission d'examiner la question de fond—savoir si la requérante était une réfugiée au sens de la Convention. Le fait que la Commission ait autorisé la production d'observations sur un point de procédure ou même qu'elle ait tenu une «audience» sur le sujet ne change pas la nature de la décision. Une décision définitive n'avait pas été rendue et la doctrine de l'intégration, selon laquelle le droit à la révision de la décision administrative de reprendre l'audience s'est fondu avec tout droit de faire réviser la décision judiciaire ou quasi judiciaire de reprendre l'audience après

(2) Whether subsection 67(1) ousts the Court's jurisdiction depends upon whether the Board exceeded or failed to exercise its jurisdiction by not rendering a decision in an expeditious manner or violated a principle of natural justice.

(3) The Board does not have jurisdiction to reconvene a hearing in the absence of a specific statutory provision permitting it to do so. If the political situation in a country changes to the extent that it adversely affects the status of a refugee, the Minister may make an application to the Board pursuant to subsection 69.2(1) to determine whether the person has ceased to be a Convention refugee. By reconvening the hearing to hear evidence on the impact of the removal of Noriega from power, the Board imposed an unfair, if not impossible burden on the applicant as it is unlikely that she will have any direct evidence supporting a claim to fear of persecution from the new regime. She may have no knowledge of the impact of Noriega's removal from power. It seems manifestly unfair to permit the Board to reconvene a hearing to consider new evidence of a change in a country's political regime which occurred after the initial hearing. The Act does not provide a mechanism whereby an applicant can have a hearing reconvened after its conclusion, but before the Board renders its decision, if the political situation had worsened thus giving new evidence to support a claim to Convention refugee status. Similarly, the Minister cannot seek to reconvene a hearing to present new evidence opposing the applicant's claim. His remedy is to invoke subsection 69.2(1) if the Board concludes that the applicant is a Convention refugee. If the Board can do as it did herein, does it do so in all similar situations? How would it determine which changes would warrant such intervention, and how could proceeding in this manner be reconciled with the requirement of subsection 68(2) that Boards deal with all proceedings as informally and expeditiously as possible, and that they render their decision as soon as possible after completion of the hearing (subsection 69.1(9))?

avoir entendu tous les arguments, ne s'applique pas. L'instance initiale n'a pas pris fin et la Commission demeure saisie en ce sens qu'elle n'a pas encore rendu une décision au sujet de la revendication de statut de réfugié de la requérante. Enfin, une décision n'est pas définitive pour la seule raison qu'elle intéresse les droits de la requérante.

(2) La question de savoir si le paragraphe 67(1) écarte la compétence de la Cour dépend de celle de savoir si, en ne rendant pas sa décision avec célérité, la Commission a outrepassé sa compétence, ne l'a pas exercée ou a porté atteinte à un principe de justice naturelle.

(3) La Commission n'a pas compétence pour reprendre une audience en l'absence de toute disposition législative expresse. Si la situation politique d'un pays change au point de compromettre le statut d'un réfugié, le ministre peut, en vertu du paragraphe 69.2(1), demander à la Commission de déterminer s'il y a eu ou non perte du statut de réfugié au sens de la Convention. En reprenant l'audience afin de recevoir des éléments de preuve sur les conséquences du renversement de Noriega, la Commission a imposé à la requérante un fardeau injuste, voire même un fardeau dont il lui sera impossible de se décharger, étant donné qu'il est improbable qu'elle puisse présenter une preuve directe à l'appui de sa crainte d'être persécutée par le nouveau régime. Il se peut qu'elle n'ait aucune idée des conséquences du renversement de Noriega. Il semble manifestement injuste de permettre à la Commission de reprendre une audience afin d'examiner de nouveaux éléments de preuve relatifs à un changement de régime politique survenu après l'audience initiale. La Loi ne prévoit aucun mécanisme par lequel le requérant pourrait obtenir la reprise d'une audience, aux termes de celle-ci mais avant que la Commission ne rende sa décision, si la situation politique s'est détériorée au point que la requérante aurait pu disposer de nouveaux éléments de preuve à l'appui de sa revendication du statut de réfugié. De même, le ministre ne peut demander la reprise de l'audience afin de présenter de nouveaux éléments de preuve à l'encontre de la revendication de la requérante. Le recours dont il dispose, dans le cas où la Commission en viendrait à la conclusion que la requérante est une réfugiée au sens de la Convention, est celui prévu au paragraphe 69.2(1). Si la Commission peut agir comme elle l'a fait en l'espèce, peut-elle agir de façon identique dans toutes les situations similaires? Comment déterminerait-elle si les changements survenus justifient son intervention et comment concilierait-elle cette façon de procéder avec l'obligation qui lui incombe, en vertu du paragraphe 68(2), de fonctionner sans formalisme et avec célérité dans toute la mesure possible et de rendre sa décision le plus tôt possible après l'audience (paragraphe 69.1(9))?

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Anti-dumping Act*, R.S.C. 1970, c. A-15.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.  
*Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 28, 29.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.  
*Loi antidumping*, S.R.C. 1970, ch. A-15.  
*Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.C. 1966-67, ch. 90, art. 11, 12, 22.

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 32.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 28), 46.02(2) (as enacted *idem*, s. 14), 67 (as enacted *idem*, s. 18), 68 (as enacted *idem*), 69.1 (as enacted *idem*), 82.1 (as enacted *idem*, s. 19).

*Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 59. a

*Immigration Appeal Board Act*, S.C. 1966-67, c. 90, ss. 11, 12, 22.

*Immigration Appeal Board Act*, R.S.C. 1970, c. I-3, s. 11 (as am. by S.C. 1973-74, c. 27, s. 5).

*Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, s. 3. b

*Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.R.C. 1970, ch. I-3, art. 11 (mod. par S.C. 1973-74, ch. 27, art. 5).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18, 28, 29.

*Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, ch. C-40.

*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 3.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 32.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 28), 46.02(2) (édicte, *idem*, art. 14), 67 (édicte, *idem*, art. 18), 68 (édicte, *idem*), 69.1 (édicte, *idem*), 82.1 (édicte, *idem*, art. 19).

*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 59.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

### APPLIED:

*Attorney General of Canada (The) v. Cylien*, [1973] F.C. 1166; (1973), 43 D.L.R. (3d) 590 (C.A.); *Anti-dumping Act (In re) and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 F.C. 22; (1974), 1 N.R. 422 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. S.F. Enterprises Inc.* (1990), 107 N.R. 100 (F.C.A.); *Lutes v. Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police*, [1985] 2 F.C. 326; (1985), 61 N.R. 1 (C.A.); *Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.). d

### DISTINGUISHED:

*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. f

### CONSIDERED:

*Pringle et al. v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821; (1972), 26 D.L.R. (3d) 28; *Law v. Solicitor General of Canada*, [1985] 1 F.C. 62; (1984), 11 D.L.R. (4th) 608; 57 N.R. 45 (C.A.); *Chan v. Canada (Min. of Employment & Immigration)* (1987), 2 Imm. L.R. (2d) 99 (F.C.T.D.). g

### REFERRED TO:

*Cynamid Agricultural de Puerto Rico, Inc. v. Commissioner of Patents et al.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 133 (F.C.T.D.). h

APPLICATION to quash Immigration and Refugee Board ruling that it had jurisdiction to reconvene a refugee hearing to hear evidence of changes that had taken place in the country of nationality after the conclusion of the hearing. Application allowed. i

## JURISPRUDENCE

### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Procureur général du Canada (Le) c. Cylien*, [1973] C.F. 1166; (1973), 43 D.L.R. (3d) 590 (C.A.); *La Loi antidumping (In re) et in re Danmor Shoes Co. Ltd.*, [1974] 1 C.F. 22; (1974), 1 N.R. 422 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. S.F. Enterprises Inc.* (1990), 107 N.R. 100 (C.A.F.); *Lutes c. Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada*, [1985] 2 C.F. 326; (1985), 61 N.R. 1 (C.A.); *Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.).

### DISTINCTION FAITE AVEC:

*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.

### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Pringle et autres c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821; (1972), 26 D.L.R. (3d) 28; *Law c. Solliciteur général du Canada*, [1985] 1 C.F. 62; (1984), 11 D.L.R. (4th) 608; 57 N.R. 45 (C.A.); *Chan c. Canada (Min. de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 2 Imm. L.R. (2d) 99 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

### DÉCISION CITÉE:

*Cynamid 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.).

DEMANDE visant à casser la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant qu'elle avait compétence pour reprendre une audience sur la revendication du statut de réfugié afin de recevoir des éléments de preuve relatifs aux changements survenus dans le pays dont la requérante avait la nationalité depuis la fin de l'audience. Demande accueillie. j

## COUNSEL:

*Brenda Wemp* for applicant.  
*Bonnie J. Boucher* for respondent.

## SOLICITORS:

*Brenda J. Wemp*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

JEROME A.C.J.: With appropriate leave, the applicant seeks an order: to quash a ruling of the Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division (the "Board"), that it had jurisdiction to reconvene the applicant's refugee hearing in order to hear evidence of changes in country conditions occurring after the hearing concluded on November 29, 1989; to require the Board to render a decision based on the evidence before it on November 29, 1989; to prohibit the Board from hearing and considering evidence of changes in country conditions occurring after November 29, 1989; and, for a stay of the proceedings before the Board. These matters were heard at Toronto, Ontario on December 17, 1990 and adjourned for further argument to February 12, 1991. At the conclusion of argument on February 12, 1991, I reserved judgment and ordered that further proceedings before the Board be stayed until the decision in this matter had been rendered. On December 17, 1991, in Toronto I gave oral reasons for order in this matter and indicated that these written reasons would follow.

The applicant, a citizen of Panama, came to Canada on July 16, 1989. At an inquiry under the *Immigration Act 1976*, S.C. 1976-77, c. 52 (now R.S.C., 1985, c. I-2, as amended) where it was decided that she was inadmissible to Canada, the applicant claimed refugee status stating that she had fled Panama due to an alleged fear of persecution by agents of the Noriega regime. It was determined that there was a credible basis for her claim and a condi-

## AVOCATS:

*Brenda Wemp* pour la requérante.  
*Bonnie J. Boucher* pour l'intimé.

<sup>a</sup> PROCUREURS:

*Brenda J. Wemp*, Toronto, pour la requérante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

<sup>b</sup> *Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

LE JUGE EN CHEF ADJOINT JEROME: Munie de l'autorisation voulue, la requérante demande à la Cour de rendre l'ordonnance suivante: casser la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, section du statut de réfugié (la «Commission»), selon laquelle elle était compétente pour reprendre l'audience sur la revendication de la requérante afin de recevoir des éléments de preuve relatifs aux changements survenus dans la situation du pays depuis la fin de l'audience, soit le 29 novembre 1989; obliger la Commission à rendre une décision fondée sur les éléments de preuve déjà produits le 29 novembre 1989; interdire à la Commission de recevoir des éléments de preuve relatifs aux changements survenus dans la situation du pays depuis le 29 novembre 1989 et lui interdire d'en tenir compte; suspendre l'instance dont la Commission est saisie. Ces questions ont été entendues à Toronto, en Ontario, le 17 décembre 1990 et ajournées pour la présentation d'autres plaidoiries le 12 février 1991. À la fin des plaidoiries le 12 février 1991, j'ai mis l'affaire en délibéré et ordonné la suspension de l'instance devant la Commission jusqu'à ce qu'ait été rendue la décision sur la présente affaire. Le 17 décembre 1991, à Toronto, j'ai prononcé à l'audience des motifs d'ordonnance dans la présente affaire et j'ai dit que les présents motifs écrits suivraient.

La requérante, citoyenne de Panama, est arrivée au Canada le 16 juillet 1989. Lors d'une enquête tenue conformément à la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52 (maintenant L.R.C. (1985), ch. I-2, modifiée), à l'issue de laquelle il a été décidé qu'elle n'était pas admissible au Canada, la requérante a revendiqué le statut de réfugié, affirmant qu'elle s'était enfuie du Panama parce qu'elle craignait d'y être persécutée par des agents du régime



tional exclusion order was issued pursuant to section 32.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 28] of the *Immigration Act*. Her refugee claim was then referred to the Immigration and Refugee Board (the "Board") pursuant to subsection 46.02(2) [as enacted *idem*, s. 14] and an oral hearing in accordance with section 69.1 [as enacted *idem*, s. 18] was convened before the Board on November 29, 1989 to consider the refugee claim. After hearing the applicant and the submissions of her counsel and the Refugee Hearing Officer, the Board reserved its decision. The presiding member indicated that because the Board was not familiar with conditions in Panama, the applicant's country of nationality, time to review and study the filed documentation was required.

By letter dated April 26, 1990,<sup>1</sup> the applicant was advised that the presiding member had directed the Registrar to reconvene the hearing for the purpose of hearing evidence relating to changes in the conditions in Panama which had occurred since November 29, 1989 and before a decision had been reached by the Board. These changes arose when the United States sent military force into Panama and removed Noriega from power.

The parties agreed to a rehearing date of September 10, 1990 and a notice of hearing dated June 15, 1990 was sent to the applicant. At the outset of the hearing the presiding member stated:

This is a resumption of a hearing into the claim of Marisol Eloisa Escobar Salinas, to be a Convention refugee. This hearing opened on November 29, 1989, and is resumed today to hear new evidence . . . Ms. Escobar, before this panel reach [sic] the final decision on your claim, a change has occurred in your country of nationality. This panel is here today to receive evidence on the situation in your country of nationality, and to hear how the new political condition in your country relate

<sup>1</sup> See Appendix "A" to the affidavit of Marisol Escobar Salinas sworn December 5, 1990.

Noriega. Il a été déterminé que sa revendication avait un minimum de fondement et une mesure d'exclusion conditionnelle a été prise en conformité avec l'article 32.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 28] de la *Loi sur l'immigration*. Sa revendication du statut de réfugié a ensuite été déférée à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la «Commission») en application du paragraphe 46.02(2) [édicte, *idem*, art. 14] et, conformément à l'article 69.1 [édicte, *idem*, art. 18], la Commission a convoqué une audience le 29 novembre 1989 afin d'entendre la revendication. Après avoir entendu la requérante et les arguments de son avocate et de l'agent d'audience, la Commission a mis la question en délibéré. Le président de l'audience a dit qu'étant donné que la Commission ne connaissait pas bien la situation au Panama, pays de nationalité de la requérante, un délai était nécessaire pour l'examen de la documentation produite.

Par lettre datée du 26 avril 1990<sup>1</sup>, la requérante a été informée que le président de l'audience avait ordonné au greffier de reprendre l'audience afin de recevoir des éléments de preuve relatifs aux changements survenus dans la situation du pays depuis le 29 novembre 1989 et avant que la Commission n'ait pris de décision. Ces changements résultaient de l'envoi par les États-Unis d'une force militaire au Panama et du renversement de Noriega.

Les parties ont convenu de fixer la date de la reprise de l'audience au 10 septembre 1990 et un avis d'audience daté du 15 juin 1990 a été envoyé à la requérante. Au début de l'audience, le président a déclaré:

[TRADUCTION] Ceci est la reprise de l'audience concernant la revendication du statut de réfugié qu'a présentée Marisol Eloisa Escobar Salinas. Cette audience a été ouverte le 29 novembre 1989 et elle est reprise aujourd'hui pour la production de nouveaux éléments de preuve . . . Madame Escobar, avant que le présent tribunal ne prenne de décision définitive sur votre revendication, un changement s'est produit dans le pays dont vous possédez la nationalité. Le présent tribunal siège aujourd'hui pour recevoir des éléments de preuve touchant la situation dans le pays dont vous possédez la nationa-

<sup>1</sup> Voir l'annexe «A» de l'affidavit de Marisol Escobar Salinas fait le 5 décembre 1990.

[sic] to your fear of persecution, should you be returned to Panama.<sup>2</sup>

Counsel for the applicant announced her intention to argue that the Board should not hear any new evidence. After hearing counsel's submission and after providing the Refugee Hearing Officer with an opportunity to comment, the Board ruled that it had jurisdiction to reconvene the hearing to hear new evidence and further ruled that the delay had not limited the applicant's right to a full and proper hearing (the "ruling"). An adjournment, requested by counsel for the applicant, was granted by the Board to December 21, 1990.

By motion dated December 5, 1990, the applicant applied for an order to quash the Board's ruling, to require the Board to render a decision based on the evidence before it on November 29, 1989, and to stay the resumption of the reconvened hearing until such time as the Court renders its decision on the application. By motion dated February 6, 1991 (91-T-26) the applicant also requested leave pursuant to section 82.1 [as enacted *idem*, s. 19] of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] to commence a proceeding under section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] for an order to prohibit the Board from hearing and considering evidence of changes in country conditions which occurred after the hearing was concluded on November 29, 1989 and pursuant to section 82.1(6) of the *Immigration Act* for an extension of time to file the application for leave. Leave was granted as requested.

The applicant submits that the Board has no jurisdiction to reconvene, on its own motion, a hearing which has been concluded, for the purpose of hearing evidence of changes in country conditions and that, if

<sup>2</sup> See transcript of the September 10, 1990 hearing before the Immigration and Refugee Board, attached as Exhibit "A" to the affidavit of Neelam Jolly, Counsel, Civil Litigation, Department of Justice sworn December 13, 1990; and see also the recount of the hearing set out in the affidavit of Marisol Escobar Salinas sworn December 5, 1990.

lité et pour entendre quel est l'effet de la nouvelle situation politique dans votre pays sur votre crainte d'être persécutée, au cas où vous retourneriez au Panama<sup>2</sup>.

L'avocate de la requérante a annoncé son intention de soutenir que la Commission ne devait pas recevoir de nouveaux éléments de preuve. Après avoir entendu les arguments de l'avocate et après avoir donné à l'agent d'audience la possibilité de présenter des observations, la Commission a décidé qu'elle était compétente pour reprendre l'audience afin de recevoir de nouveaux éléments de preuve et décidé de plus que le délai n'avait pas porté atteinte au droit de la requérante à une instruction approfondie (la «décision»). La Commission a accordé l'ajournement au 21 décembre 1990, à la demande de l'avocate de la requérante.

Par une requête en date du 5 décembre 1990, la requérante a demandé que soit rendue une ordonnance cassant la décision de la Commission, obligeant la Commission à prendre une décision fondée sur les éléments de preuve déjà produits devant elle le 29 novembre 1989 et suspendant la reprise de l'audience jusqu'à ce que la Cour ait statué sur la requête. Par une requête datée du 6 février 1991 (91-T-26) et conformément à l'article 82.1 [édicte, *idem*, art. 19] de la *Loi sur l'immigration*, la requérante a demandé en outre l'autorisation d'introduire une instance aux termes de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, [L.R.C. (1985), ch. F-7] afin d'obtenir une ordonnance interdisant à la Commission de recevoir et d'examiner des éléments de preuve relatifs aux changements survenus dans la situation du pays après la fin de l'audience tenue le 29 novembre 1989 et, conformément au paragraphe 82.1(6) de la *Loi sur l'immigration*, la prorogation du délai imparti pour déposer la demande d'autorisation. L'autorisation a été accordée.

La requérante affirme que la Commission n'est pas compétente pour reprendre, de sa propre initiative, une audience qui a pris fin, dans le but de recevoir des éléments de preuve relatifs à des changements

<sup>2</sup> Voir la transcription de l'audience du 10 septembre 1990 tenue par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, formant l'annexe «A» de l'affidavit de Neelam Jolly, conseiller juridique, contentieux des affaires civiles, ministère de la Justice, fait le 13 décembre 1990 et voir aussi le compte rendu de l'audience contenu dans l'affidavit de Marisol Escobar Salinas fait le 5 décembre 1990.

the Board has such jurisdiction, it is prevented from doing so in this case due to delay. The applicant submits that there is a serious issue to be tried, the balance of convenience lies in favour of staying the hearing, and irreparable harm would be caused to the applicant if the stay were not granted. In her affidavit dated December 5, 1990, the applicant swears that "this change may prejudice me in the continued presentation of my refugee claim" and that the delay in receiving a decision had caused her anxiety and insecurity.

In order to dispose of this application three issues must be resolved:

1. Does the Federal Court, Trial Division, have jurisdiction in this matter?
2. If this Court has jurisdiction to review this matter, is the Board's ruling reviewable in the face of subsection 67(1) of the *Immigration Act*?
3. Did the Board exceed its jurisdiction or otherwise err in law in making the decision to reconvene in this instance; and should orders of *certiorari*, *mandamus* and prohibition lie in this instance?

The statutory provisions relevant to this matter are sections 18, 28 and 29 of the *Federal Court Act*, and sections 67 [as am. *idem*, s. 18] and 68 [as am. *idem*] and subsections 69.1(5), 69.1(9) and 69.2(1) of the *Immigration Act*:

*Federal Court Act*

18. The Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

survenus dans la situation du pays, et que, si la Commission est compétente, elle est empêchée d'agir ainsi en l'espèce à cause du délai. La requérante soutient qu'il y a une question sérieuse à trancher, que la balance des inconvénients penche en faveur de la suspension d'instance et que la requérante subirait un préjudice irréparable si la suspension n'était pas accordée. Dans son affidavit daté du 5 décembre 1990, la requérante déclare sous serment que [TRANSDUCTION] «ce changement peut porter préjudice à la présentation continue de [s]a revendication du statut de réfugié» et que le délai additionnel avant la décision lui a causé de l'anxiété et de l'insécurité.

La décision sur cette demande exige l'examen de trois questions:

1. La Section de première instance de la Cour fédérale est-elle compétente en l'espèce?
2. Si la présente Cour est compétente pour réviser cette affaire, la décision de la Commission est-elle révisable, vu le paragraphe 67(1) de la *Loi sur l'immigration*?
3. La Commission a-t-elle outrepassé sa compétence ou, de quelque autre manière, rendu une décision entachée d'une erreur de droit en reprenant l'audience en l'espèce? Y a-t-il lieu en l'espèce de décerner des ordonnances de *certiorari*, de *mandamus* et de prohibition?

Les dispositions pertinentes sont les articles 18, 28 et 29 de la *Loi sur la Cour fédérale* et les articles 67 [mod., *idem*, art. 18] et 68 [mod., *idem*] et les paragraphes 69.1(5), 69.1(9) et 69.2(1) de la *Loi sur l'immigration*:

*Loi sur la Cour fédérale*

18. La Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour:

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, on the ground that the board, commission or tribunal

(a) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

(b) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or

(c) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

(2) Any application under subsection (1) may be made by the Attorney General of Canada or any party directly affected by the decision or order by filing a notice of the application in the Court within ten days from the time the decision or order was first communicated to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to that party by the board, commission or other tribunal, or within such further time as the Court of Appeal or a judge thereof may, either before or after the expiration of those ten days, fix or allow.

(3) Where the Court of Appeal has jurisdiction under this section to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, the Trial Division has no jurisdiction to entertain any proceeding in respect of that decision or order.

(4) A federal board, commission or other tribunal to which subsection (1) applies may at any stage of its proceedings refer any question or issue of law, of jurisdiction or of practice and procedure to the Court of Appeal for hearing and determination.

(5) An application or reference to the Court of Appeal made under this section shall be heard and determined without delay and in a summary way.

(6) Notwithstanding subsection (1), no proceeding shall be taken thereunder in respect of a decision or order of the Governor in Council, the Treasury Board, a superior court or the Pension Appeals Board or in respect of a proceeding for a service offence under the *National Defence Act*.

29. Notwithstanding sections 18 and 28, where provision is expressly made by an Act of Parliament for an appeal as such to the Federal Court, to the Supreme Court, to the Governor in Council or to the Treasury Board from a decision or order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except to the extent and in the manner provided for in that Act.

28. (1) Malgré l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel est compétente pour les demandes de révision et d'annulation d'une décision ou ordonnance—exception faite de celles de nature administrative résultant d'un processus n'ayant légalement, aucun caractère judiciaire ou quasi-judiciaire—rendue par un office fédéral ou à l'occasion de procédures en cours devant cet office au motif que celui-ci, selon le cas:

a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a de quelque autre manière outrepassé sa compétence ou refusé de l'exercer;

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose.

(2) Le procureur général du Canada ou toute partie directement intéressée par la décision ou l'ordonnance peut présenter la demande visée au paragraphe (1) en déposant à la Cour un avis en ce sens dans les dix jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de la décision ou ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire que la Cour d'appel ou un de ses juges peut, avant ou après l'expiration de ces dix jours, fixer ou accorder.

(3) La Section de première instance ne peut connaître des demandes de révision et d'annulation de décisions ou d'ordonnances qui, aux termes du présent article, ressortissent à la Cour d'appel.

(4) L'office visé par le paragraphe (1) peut, à tout stade de ses procédures, renvoyer devant la Cour d'appel pour audition et jugement toute question de droit, de compétence ou de pratique et procédure.

(5) La Cour d'appel statue à bref délai et selon une procédure sommaire sur les demandes et renvois qui lui sont faits dans le cadre du présent article.

(6) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux décisions ou ordonnances du gouverneur en conseil, du Conseil du Trésor, d'une cour supérieure ou de la Commission d'appel des pensions ni aux procédures intentées pour une infraction d'ordre militaire en vertu de la *Loi sur la défense nationale*.

29. Par dérogation aux articles 18 et 28, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour suprême, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d'une décision ou ordonnance d'un office fédéral rendue à tout stade des procédures, cette décision ou ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de révision, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf dans la mesure et de la manière prévues dans cette loi.

*Immigration Act*

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

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

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

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

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

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

68. (1) The Refugee Division shall sit at such times and at such places in Canada as are considered necessary by the Chairman for the proper conduct of its business.

(2) The Refugee Division shall deal with all proceedings before it as informally and expeditiously as the circumstances and the considerations of fairness permit.

(3) The Refugee Division is not bound by any legal or technical rules of evidence and, in any proceedings before it, it may receive and base a decision on evidence adduced in the proceedings and considered credible or trustworthy in the circumstances of the case.

(4) The Refugee Division may, in any proceedings before it, take notice of any facts that may be judicially noticed and, subject to subsection (5), of any other generally recognized facts and any information or opinion that is within its specialized knowledge.

(5) Before the Refugee Division takes notice of any facts, information or opinion, other than facts that may be judicially noticed, in any proceedings, the Division shall notify the Minister, if present at the proceedings, and the person who is the subject of the proceedings of its intention and afford them a reasonable opportunity to make representations with respect thereto.

## 69.1 . . .

(5) At the hearing into a claim, the Refugee Division

(a) shall afford the claimant a reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations; and

(b) shall afford 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

*Loi sur l'immigration*

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

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

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

b) faire prêter serment et interroger sous serment;

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

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

68. (1) La section du statut siège au Canada aux lieux, dates et heures choisis par le président en fonction de ses travaux.

(2) Dans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent, la section du statut fonctionne sans formalisme et avec célérité.

(3) La section du statut n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve. Elle peut recevoir les éléments qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder sur eux sa décision.

(4) La section du statut peut admettre d'office les faits ainsi admissibles en justice de même que, sous réserve du paragraphe (5), les faits généralement reconnus et les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation.

(5) Sauf pour les faits qui peuvent être admis d'office en justice, la section du statut informe le ministre, s'il est présent à l'audience, et la personne visée par la procédure de son intention d'admettre d'office des faits, renseignements ou opinions et leur donne la possibilité de présenter leurs observations à cet égard.

## 69.1 . . .

(5) À l'audience, la section du statut est tenue de donner à l'intéressé et au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins 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.

subsection 2(2) of this Act are raised by the claim, to cross-examine witnesses and make representations.

(9) The Refugee Division shall determine whether or not the claimant is a Convention refugee and shall render its decision as soon as possible after completion of the hearing and send a written notice of the decision to the claimant and the Minister.

69.2 (1) The Minister may make an application to the Refugee Division for a determination whether any person who was determined under this Act or the regulations to be a Convention refugee has ceased to be a Convention refugee.

Does the Federal Court, Trial Division have jurisdiction in this matter?

At the hearing on December 17, 1990, the respondent argued that the Federal Court, Trial Division, did not have jurisdiction in this matter and supplementary memoranda of fact and law were filed by the parties.

APPLICANT'S SUBMISSIONS

The applicant submits that the Trial Division has jurisdiction to review the Board's decision and to grant the relief sought in that the Board's decision to reconvene was a procedural decision within the purported exercise of the Board's powers under the *Immigration Act*. The Board both refused to perform its statutory duty under subsection 69.1(9) to render its decision as soon as possible after the hearing had been completed and, on its own initiative, asserted a jurisdiction which it does not possess. Following the reasoning in *Attorney General of Canada (The) v. Cylien*, [1973] F.C. 1166 (C.A.), the Federal Court of Appeal does not have jurisdiction. Furthermore, the Board's ruling, which is in the nature of an interlocutory decision as to procedure or as to the nature of its powers, does not constitute a "decision or order" within the context of subsection 28(1) of the *Federal Court Act*. Finally, although section 29 would preclude a section 18 or section 28 review of the Board's final decision on the applicant's refugee claim, it does not, at this stage, confer a right to seek review of the Board's decision in the Federal Court of Appeal and does not prevent the applicant from seeking relief pursuant to section 18.

(9) La section du statut rend sa décision sur la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention le plus tôt possible après l'audience et la notifie à l'intéressé et au ministre par écrit.

69.2 (1) Le ministre peut, par avis, demander à la section du statut de déterminer s'il y a ou non perte du statut de réfugié au sens de la Convention par une personne qui s'est vu reconnaître ce statut aux termes de la présente loi ou de ses règlements.

La Section de première instance de la Cour fédérale est-elle compétente en l'espèce?

À l'audience, le 17 décembre 1990, l'intimé a soutenu que la Section de première instance de la Cour fédérale n'était pas compétente en l'espèce et les parties ont présenté des exposés supplémentaires des faits et du droit.

ARGUMENTS DE LA REQUÉRANTE

La requérante affirme que la Section de première instance est compétente pour réviser la décision de la Commission et pour accorder la réparation demandée car la décision de la Commission de reprendre l'audience portait sur une question de procédure et elle a pris cette décision dans l'exercice des pouvoirs que lui attribue la *Loi sur l'immigration*. La Commission a, d'une part, refusé de remplir l'obligation que lui impose le paragraphe 69.1(9), soit rendre sa décision le plus tôt possible après l'audience, et, d'autre part, de sa propre initiative, exercé une compétence qu'elle ne possède pas. Selon le raisonnement tenu par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Procureur général du Canada (Le) c. Cylien*, [1973] C.F. 1166 (C.A.), celle-ci n'est pas compétente. Au surplus, la décision de la Commission, qui est de la nature d'une décision interlocutoire sur la procédure ou sur la nature de ses pouvoirs, ne constitue pas une «décision ou ordonnance» visée par le paragraphe 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. En dernier lieu, quoique l'article 29 fasse obstacle à la révision, fondée sur les articles 18 ou 28, de la décision définitive de la Commission sur la revendication du statut de réfugié présentée par la requérante, il ne confère pas, à ce stade-ci, de droit de demander la révision de la décision de la Commis-

sion devant la Cour d'appel fédérale et n'empêche pas la requérante de demander la réparation prévue à l'article 18.

## RESPONDENT'S SUBMISSIONS

The respondent agrees that the Board's initial decision on April 26, 1990 to notify the applicant that her hearing was to be reopened on the motion of the Board was an administrative decision made without a hearing. However, the right to have the decision of April 26, 1990 reviewed under section 18 of the *Federal Court Act* "merged" with any right of review arising from the decision to reconvene rendered by the Board on September 10, 1990 after hearing full argument on the question on a judicial or quasi-judicial basis. The decision to reconvene is, therefore, a "final" decision in that the Board's jurisdiction relative to the issue to which the decision relates was exhausted, the impugned decision directly and indirectly affects the rights and obligations of the applicant, and it is binding on the parties. As well, the decision would be irreversible once the hearing reopened and any delay in seeking judicial review would render nugatory any available remedy. The respondent also submits that the Board does not have independent statutory authority to make an interlocutory decision on jurisdiction and the decision is, therefore, properly reviewable by the Federal Court of Appeal under section 28 of the *Federal Court Act*. Furthermore, as the ongoing proceeding is judicial or quasi-judicial in nature, the decision at issue is properly reviewable under section 28 and, in accordance with subsection 28(3), the Trial Division does not have jurisdiction to consider this matter.

## ANALYSIS

The Federal Court of Appeal has considered this issue in the context of somewhat similar circumstances on two previous occasions. In *Attorney General of Canada (The) v. Cylien, supra*, the Federal Court of Appeal was asked to review an Immigration Appeal Board's order that the record of inquiry leading to a deportation order be transmitted to the Board

## a ARGUMENTS DE L'INTIMÉ

L'intimé reconnaît que la décision initiale de la Commission, prise le 26 avril 1990, savoir aviser la requérante de la réouverture de l'audience à l'initiative de la Commission, était une décision administrative rendue sans qu'une audience ait été tenue. Toutefois, le droit à la révision de la décision du 26 avril 1990 conformément à l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, «s'est fondu» avec tout droit de faire réviser la décision de reprendre l'audience qu'a prise la Commission le 10 septembre 1990 après avoir entendu tous les arguments sur la question, selon un processus à caractère judiciaire ou quasi judiciaire. La décision de reprendre l'audience est donc une décision «définitive» en ce sens que la Commission a épuisé sa compétence relativement à la question sur laquelle portait sa décision, que la décision attaquée a un effet direct et indirect sur les droits et les obligations de la requérante et qu'elle lie les parties. En outre, la décision est irrévocable une fois que l'audience a été rouverte et tout retard à demander la révision judiciaire rend toute demande de réparation non valable. L'intimé affirme de plus que la Commission n'est pas investie expressément du pouvoir de prendre une décision interlocutoire sur sa compétence et la décision est donc, à bon droit, susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Par surcroît, comme la procédure en cours est de nature judiciaire ou quasi judiciaire, la décision en cause est, à juste titre, susceptible de révision en vertu de l'article 28 et, conformément au paragraphe 28(3), la Section de première instance n'est pas compétente pour connaître de cette affaire.

## ANALYSE

À deux occasions, la Cour d'appel fédérale a étudié cette question dans le contexte de circonstances assez semblables. Dans l'arrêt *Procureur général du Canada (Le) c. Cylien*, précité, la Cour d'appel fédérale a été appelée à examiner une ordonnance de la Commission d'appel de l'immigration demandant que le dossier de l'enquête ayant abouti à l'ordon-

and to determine whether the Board's decision was a "decision or order" within the meaning of section 28 or whether the remedy was under section 18 of the *Federal Court Act*. In that case the Board determined that, when considering whether an appeal from a deportation order should be allowed to proceed under section 11 of the *Immigration Appeal Board Act*, R.S.C. 1970, c. I-3, as amended by S.C. 1973-74, c. 27, s. 5,<sup>3</sup> it could take into account not only the "declaration" required by subsection 11(2) but also the record of inquiry before the Special Inquiry Officer who made the deportation order. After an adjournment to consider the suggestion of counsel for the Minister that the Board was required under subsection 11(3) to decide whether the appeal should pro-

<sup>3</sup> Section 11 of the *Immigration Appeal Board Act* as amended provides:

11. (1) Subject to subsections (2) and (3), a person against whom an order of deportation is made under the *Immigration Act* may appeal to the Board on any ground of appeal that involves a question of law or fact or mixed law and fact, if, at the time that the order of deportation is made against him, he is

(c) a person who claims he is a refugee protected by the Convention; or

(2) Where an appeal is made to the Board pursuant to subsection (1) and the right of appeal is based on a claim described in paragraph (1)(c) or (d), the notice of appeal to the Board shall contain or be accompanied by a declaration under oath setting out

(a) the nature of the claim;

(b) a statement in reasonable detail of the facts on which the claim is based;

(c) a summary in reasonable detail of the information and evidence intended to be offered in support of the claim upon the hearing of the appeal; and

(d) such other representations as the appellant deems relevant to the claim.

(3) Notwithstanding any provision of this Act, where the Board receives a notice of appeal and the appeal is based on a claim described in paragraph (1)(c) or (d), a quorum of the Board shall forthwith consider the declaration referred to in subsection (2) and, if on the basis of such consideration the Board is of the opinion that there are reasonable grounds to believe that the claim could, upon the hearing of the appeal, be established, it shall allow the appeal to proceed, and in any other case it shall refuse to allow the appeal to proceed and shall thereupon direct that the order of deportation be executed as soon as practicable.

nance d'expulsion lui soit transmis et à déterminer si la décision de la Commission était une «décision ou ordonnance» au sens de l'article 28 ou si l'on devait avoir recours aux moyens de droit prévus à l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Dans cette affaire, après avoir considéré s'il y avait lieu de permettre que l'appel contre une ordonnance d'expulsion suivît son cours conformément à l'article 11 de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.R.C. 1970, ch. I-3, modifié par S.C. 1973-74, ch. 27, art. 5<sup>3</sup>, la Commission avait déterminé qu'elle pouvait tenir compte non seulement de la «déclaration» prévue au paragraphe 11(2), mais encore du dossier de l'enquête effectuée par l'enquêteur spécial qui avait pris l'ordonnance d'expulsion. Après un ajournement

<sup>3</sup> L'article 3 de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, modifié, est ainsi conçu:

11. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), une personne frappée d'une ordonnance d'expulsion, en vertu de la *Loi sur l'immigration*, peut, en se fondant sur un motif d'appel qui implique une question de droit, une question de fait ou une question mixte de droit et de fait, interjeter appel devant la Commission, si au moment où l'ordonnance d'expulsion est prononcée contre elle, elle est

c) une personne qui prétend être un réfugié que protège la Convention; ou

(2) Lorsqu'un appel est interjeté devant la Commission conformément au paragraphe (1) et que le droit d'appel se fonde sur l'une des prétentions visées par les alinéas (1)c) ou d), l'avis d'appel présenté à la Commission doit contenir une déclaration sous serment énonçant

a) la nature de la prétention;

b) un énoncé suffisamment détaillé des faits sur lesquels se fonde la prétention;

c) un résumé suffisamment détaillé des renseignements et de la preuve que l'appelant entend présenter à l'appui de la prétention lors de l'audition de l'appel; et

d) tout autre exposé que l'appelant estime pertinent en ce qui concerne la prétention.

(3) Nonobstant toute autre disposition de la présente loi, lorsque la Commission reçoit un avis d'appel et que l'appel se fonde sur une prétention visée par les alinéas (1)c) ou d), un groupe de membres de la Commission formant quorum doit immédiatement examiner la déclaration mentionnée au paragraphe (2). Si, se fondant sur cet examen, la Commission estime qu'il existe des motifs raisonnables de croire que le bien-fondé de la prétention pourrait être établi s'il y avait audition de l'appel, elle doit permettre que l'appel suive son cours; sinon, elle doit refuser cette autorisation et ordonner immédiatement, l'exécution aussi prompte que possible de l'ordonnance d'expulsion.



ceed simply on the basis of the respondent's declaration, the Board "decided" to reject counsel's suggestions and confirmed its initial order that the record of inquiry be produced.

Jackett C.J. determined (at page 1174) that "what the Board did, by the reasons delivered on October 16, properly regarded" constituted either or both a refusal to perform its duty or a wrongful assertion of jurisdiction.

Accordingly, he stated [at page 1175] that "it is clearly a case where *mandamus* or prohibition or both would lie to determine the exact nature of the Board's duty in the circumstances unless such remedy is taken away by subsection 28(3) [of the *Federal Court Act*]". He found [at page 1177], however, that "the Board's conclusion as to the nature of its statutory duty under section 11(3) is not a decision made by it in the exercise of its 'jurisdiction or powers' to make decisions and is not, therefore, a 'decision' that this Court has jurisdiction to set aside under section 28(1) of the *Federal Court Act*." He reasoned (at page 1176):

This is a question of law that the Board has no "jurisdiction or powers" to decide. It must, of course, form an opinion on that question but that opinion has no statutory effect. (The statute does not, as it might have done, confer on the Board a jurisdiction to determine its own jurisdiction).

There is a clear difference between a "decision" by the Board of something that it has "jurisdiction or powers" to decide and a decision by it as to the view as to the nature of its own powers upon which it is going to act. Once the Board decides something that it has "jurisdiction or powers" to decide in a particular case, that decision has legal effect and the Board's powers with regard to that case are spent. When, however, the Board takes a position with regard to the nature of its powers upon which it intends to act, that "decision" has no legal effect. In such a case, nothing has been decided as a matter of law. The Board itself, whether differently constituted or not, in the very case in which the position was taken, can change its view before it deals with the case and, in fact, proceed on the basis of the changed view.

pour l'examen de la suggestion de l'avocat du ministre selon laquelle la Commission était tenue, conformément au paragraphe 11(3), de décider si l'appel devait suivre son cours en se fondant seulement sur la déclaration de l'intimé, la Commission a «décidé» de rejeter la suggestion de l'avocat et a confirmé son ordonnance initiale exigeant la production du dossier de l'enquête.

Le juge en chef Jackett a déterminé (aux pages 1174 et 1175) que «ce que la Commission a fait en prononçant ses motifs le 16 octobre, si on les interprète bien» constituait soit un refus de s'acquitter de ses obligations, soit une déclaration erronée de compétence, ou à la fois l'un et l'autre.

Par conséquent, il a dit [à la page 1175] qu'«il [était] clair qu'il s'agit d'un cas où il y aurait lieu de demander un bref de *mandamus* ou un bref de prohibition, ou les deux, afin de déterminer la nature exacte des obligations de la Commission en l'espèce, à moins que l'article 28(3) [de la *Loi sur la Cour fédérale*] n'empêche ce recours». Il a cependant conclu que [à la page 1177] «l'opinion de la Commission sur la nature de ses obligations prévues par la loi à l'article 11(3) n'est pas une décision rendue en vertu de sa "compétence ou de ses pouvoirs" de rendre des décisions et n'est donc pas une "décision" que cette Cour a le pouvoir d'annuler en vertu de l'article 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*». Il a tenu le raisonnement suivant (à la page 1176):

C'est une question de droit que la Commission n'a pas «la compétence ni les pouvoirs» de trancher. Elle doit, bien sûr, se faire une opinion sur cette question, mais cette opinion n'a aucun effet juridique. (La loi ne confère pas à la Commission, comme elle aurait pu le faire, le pouvoir de déterminer sa propre compétence.)

Il existe une différence manifeste entre une «décision» de la Commission dont l'objet relève de «sa compétence ou de ses pouvoirs» et une décision par laquelle elle détermine la nature des pouvoirs qu'elle va utiliser. Une fois que la Commission, dans une affaire donnée, a rendu une décision relevant de «sa compétence ou de ses pouvoirs», cette décision a un effet juridique et la Commission a épuisé ses pouvoirs à l'égard de cette affaire. Cependant, lorsque la Commission prend position sur la nature des pouvoirs qu'elle a l'intention d'utiliser, cette «décision» n'a aucun effet juridique. Dans un tel cas, il n'y a pas eu de décision en droit. La Commission elle-même, quelle que soit sa composition, peut, au cours de l'affaire où elle a pris position, changer d'avis avant de traiter de cette affaire et même poursuivre en se fondant sur cette nouvelle opinion.

In *Anti-dumping Act (In re) and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 F.C. 22, the Federal Court of Appeal held that a Tariff Board declaration that it did not have jurisdiction to consider the validity of regulations was not a proper subject-matter for an application under section 28 of the *Federal Court Act*. The ruling was made in the course of a hearing before the Tariff Board to determine the "value for duty" of imported goods under the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40 and the "normal value" of imported goods under the *Anti-dumping Act*, R.S.C. 1970, c. A-15. The Board refused to review regulations made by the Minister declaring that it did not have jurisdiction to deal with the validity of the "prescriptions". Jackett C.J., consistent with his reasoning in *Cylien*, held that the Court of Appeal did not have jurisdiction under subsection 28(1) to set aside the Tariff Board's declaration [at pages 28-29]:

What we are concerned with here is something different [to an exercise or purported exercise of "jurisdiction or powers" conferred by an Act of Parliament]. The Tariff Board has jurisdiction or powers to decide the appeals against "value for duty" and to decide the appeals against "normal value". It has not, however, as yet, delivered any decision disposing of any of those appeals. The problem that was raised at a preliminary stage before the Tariff Board, and in respect of which the Board has made a preliminary "declaration", is whether, in deciding value for duty or normal value, it is authorized to hold that the "prescriptions" are inoperative because they are invalid. Whether or not it is so authorized is a question of law that the Board has no jurisdiction or power to decide as a question of law independently of the appeals that it has jurisdiction to decide. The Board must, of course, when it comes to dispose of the appeals, take a position on that question that will be reflected in its decision disposing of the appeals; but, in my view, any declaration by the Board on the question prior to, and therefore apart from, the actual disposition of an appeal has no legal effect. (The Statutes do not, as they might have done, confer on the Board jurisdiction to determine its own jurisdiction).

Recently, in *Canada (Attorney General) v. S.F. Enterprises Inc.* (1990), 107 N.R. 100 (F.C.A.), the Federal Court of Appeal held that the Tax Court of Canada's decision that two shareholders of a corporate taxpayer had standing to appeal a tax assessment was a preliminary ruling, clearly interlocutory, and, accordingly, not a "final" decision subject to review

Dans l'arrêt *La Loi antidumping (In re) et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 C.F. 22, la Cour d'appel fédérale a décidé que la déclaration de la Commission du tarif selon laquelle elle n'était pas compétente pour traiter de la validité de règlements ne pouvait faire l'objet d'une demande fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La décision a été rendue au cours d'une audition devant la Commission du tarif visant à déterminer la «valeur imposable» des marchandises importées en vertu de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, ch. C-40, et la «valeur normale» des marchandises importées en vertu de la *Loi antidumping*, S.R.C. 1970, ch. A-15. La Commission a refusé d'examiner les règlements pris par le ministre, déclarant qu'elle n'était pas compétente pour traiter de la validité des «directives». Le juge en chef Jackett, suivant le même raisonnement que dans l'arrêt *Cylien*, a conclu que la Cour d'appel n'était pas compétente en vertu du paragraphe 28(1) pour annuler la déclaration de la Commission du tarif [aux pages 28 et 29]:

En l'espèce, le problème est différent [de l'exercice ou du prétendu exercice «d'une compétence ou des pouvoirs» conférés par une loi du Parlement]. La Commission du tarif a la compétence ou les pouvoirs de trancher les appels interjetés d'une évaluation de la «valeur imposable» et d'une évaluation de la «valeur normale». Cependant elle n'a encore en aucune façon statué sur ces appels. Le problème soulevé devant la Commission du tarif à ce stade préliminaire, et au sujet duquel elle a fait une «déclaration» préliminaire, est de savoir si, en se prononçant sur la valeur imposable ou la valeur normale, elle est autorisée à décider que les «directives» sont inopérantes parce que non valables. Décider si elle y est autorisée est une question de droit que la Commission n'a pas la compétence ni le pouvoir de trancher indépendamment des appels sur lesquels il lui incombe de se prononcer. Bien sûr, pour pouvoir statuer, la Commission doit prendre position sur cette question, ce qui se reflétera dans sa décision; mais, à mon avis, toute déclaration de la Commission sur une question avant qu'elle ait réellement tranché un appel, et donc séparément de celui-ci, n'a aucun effet juridique. (Les lois ne confèrent pas à la Commission, comme elles auraient pu le faire, le pouvoir de déterminer sa propre compétence.)

Récemment, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. S.F. Enterprises Inc.* (1990), 107 N.R. 100 (C.A.F.), la Cour d'appel fédérale a estimé que la décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle deux actionnaires d'une société contribuable avaient qualité pour en appeler d'une cotisation d'impôt était une décision préliminaire, clairement inter-

under section 28 of the *Federal Court Act*. MacGuigan J.A. commented (at pages 102-103):

At first blush the applicant would appear to be helped by *Lutes v. Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police*, [1985] 2 F.C. 326; 61 N.R. 1 (F.C.A.), where this Court reviewed and set aside a decision by the Commissioner of the R.C.M.P. to order a new review of a recommendation for discharge. However, a close reading of the reasons for judgment of Heald, J.A., on this point makes clear that what was decisive was the fact that the Commissioner had fully exercised his lawful powers, and that what followed would be in effect a new review. Heald, J.A., wrote (at 340):

“Applying the Danmor test, can it be said that the Commissioner’s ‘decision’ herein is a decision which he has been expressly mandated to make? I conclude that this question must be answered affirmatively.

Clearly, where legislated powers have been fully utilized, there is no further decision to be made. Of course, the matter might ultimately return to the Commissioner again as the final stage of the review he ordered, but that would be in a new proceeding. The initial proceeding was exhausted by the Commissioner’s decision.

On this basis, he concluded (at page 103) that, “[i]n the case at bar, the decision of the Tax Court judge that the two individual respondents have standing is merely a preliminary ruling enabling the Court to proceed to consider the substantive issue relating to the appeal against the tax assessment”.

Here, as in *Cylien and Danmor Shoe Co.*, the question as to whether the Board may reconvene to hear further evidence on change in conditions in the country of nationality is not a question the Board has “jurisdiction or powers” to decide. Although the Board must form an opinion on that question, such opinion has no legal effect except as a contribution to the determination of the applicant’s refugee claim.

The Board’s decision to reconvene is procedural. The respondent argues that because it was followed by a hearing on the issue of the Board’s jurisdiction

locutoire, et, par conséquent, n’était pas une décision «finale» donnant lieu à révision en vertu de l’article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le juge MacGuigan, J.C.A., a fait remarquer ce qui suit (aux pages 102 et 103):

De prime abord, l’arrêt *Lutes c. Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada*, [1985] 2 C.F. 326; 61 N.R. 1 (C.A.F.), semble servir le requérant; dans cet arrêt, cette Cour a révisé et annulé la décision du Commissaire de la G.R.C. d’ordonner une nouvelle révision d’une recommandation de licenciement. Toutefois, la lecture attentive des motifs de jugement du juge Heald, J.C.A., sur ce point montre clairement que ce qui était décisif était le fait que le Commissaire avait pleinement exercé les pouvoirs qu’il tient de la loi, et que ce qui suivrait serait en réalité une nouvelle révision. Le juge Heald, J.C.A., a écrit (à la p. 340):

«Si l’on applique le critère énoncé dans l’arrêt Danmor, peut-on dire que la «décision» du Commissaire en l’espèce est une décision qu’il a été expressément autorisé à prendre? Je conclus que la réponse à cette question est affirmative.»

Il est clair que lorsqu’il y a eu plein exercice des pouvoirs conférés par la loi, aucune autre décision ne reste à prendre. Il est vrai que l’affaire pourrait en dernier lieu être renvoyée au commissaire comme étape finale de la révision qu’il avait ordonnée, mais ce serait dans le cadre d’une nouvelle instance. L’instance initiale avait pris fin avec la décision du commissaire.

C’est pourquoi il a conclu (à la page 103) qu’«[e]n l’espèce, la décision du juge de la Cour de l’impôt selon laquelle les deux particulières intimées [avaient] qualité pour agir n’[était] qu’une affirmation préliminaire permettant à la Cour de procéder à l’étude du fond de l’appel interjeté contre la cotisation d’impôt».

En l’espèce, comme dans les affaires *Cylien et Danmor Shoe Co.*, la question de savoir si la Commission peut reprendre l’audience pour entendre d’autres éléments de preuve relatifs aux changements survenus dans la situation du pays de nationalité n’est pas une question à l’égard de laquelle la Commission peut exercer sa «compétence [ou] ses pouvoirs». Bien que la Commission doive se faire une opinion sur la question, cette opinion n’a pas d’autre effet juridique que de permettre de trancher la revendication du statut de réfugié de la requérante.

La décision prise par la Commission de reprendre l’audience est de nature procédurale. L’intimé soutient que cette décision revêt un caractère judiciaire

to reconvene, the decision was then converted into a decision made on a judicial or quasi-judicial basis. I cannot accept this proposition. It is questionable whether what occurred on September 10, 1990 constituted a "hearing" of the issue. In any event, the fact that a Board allows submissions on a procedural point, or even if the Board goes so far as to conduct a "hearing" on the matter, if it so chooses, does not change the nature of the decision before it. Accordingly, I reject the respondent's submission that the right to review the administrative decision of April 26, 1990 "merged" with the quasi-judicial decision to reconvene made on September 10, 1990.

Counsel for the respondent relies on my decision in *Chan v. Canada (Min. of Employment & Immigration)* (1987), 2 Imm. L.R. (2d) 99 (F.C.T.D.). In *Chan*, the Immigration Appeal Board had dismissed the applicant's appeal of an exclusion order. An application for leave to appeal to the Federal Court of Appeal had been dismissed and the applicant was seeking to quash the report upon which the exclusion order was based. Based on the following reasoning in *Cynamid Agricultural de Puerto Rico, Inc. v. Commissioner of Patents et al.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 133 (F.C.T.D.), at page 136, I held (at page 108) that once the Immigration Appeal Board had reached a final decision as to its jurisdiction, its ruling on the validity of the report must be taken to have merged in the final decision.

Here, a final decision has not been made and the doctrine of "merger" simply does not apply. As in *Lutes [Lutes v. Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police, [1985] 2 F.C. 326 (C.A.)]*, the initial proceeding has not been exhausted and the Board remains *functus officio* in that it has not as yet rendered a decision on the applicant's refugee claim.\* I conclude, as did MacGuigan J.A. in *S.F. Enterprises Inc.*, that the Board's ruling in this instance is merely a procedural ruling enabling the Board to continue to

\* Editor's note: As to whether the Refugee Division was *functus officio* herein, see the reasons for judgment of the Federal Court of Appeal, [1992] 3 F.C. 219, at p. 253.

ou quasi judiciaire parce qu'elle a été suivie par une audience portant sur la compétence de la Commission de reprendre l'audience. Je ne puis accepter cette proposition. Il est permis de se demander si les événements du 10 septembre 1990 constituaient une «audience» sur le sujet. Quoi qu'il en soit, le fait qu'une Commission autorise la production d'observations sur un point de procédure ou même qu'elle décide d'aller jusqu'à tenir une «audience» sur le sujet, ne change pas la nature de la décision qu'elle doit rendre. Par conséquent, je rejette l'argument de l'intimé voulant que le droit de réviser la décision administrative rendue le 26 avril 1990 fasse «partie» de la décision quasi judiciaire de reprendre l'audience prise le 10 septembre 1990.

L'avocat de l'intimé s'appuie sur la décision que j'ai rendue dans l'affaire *Chan c. Canada (Min. de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 2 Imm. L.R. (2d) 99 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Dans cette affaire, la Commission d'appel de l'immigration a rejeté l'appel formé par le requérant contre une ordonnance d'exclusion. Une demande d'autorisation d'interjeter appel devant la Cour d'appel fédérale avait été rejetée et l'appelant cherchait à faire annuler le rapport sur lequel l'ordonnance d'exclusion était fondée. D'après le raisonnement suivi dans l'affaire *Cynamid 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.), à la page 136, j'ai décidé (à la page 108) qu'une fois que la Commission d'appel de l'immigration a rendu une décision définitive quant à sa juridiction, sa décision quant à la validité du rapport doit en être considérée comme partie intégrante.

En l'espèce, une décision définitive n'a pas été rendue et la doctrine de «l'intégration» ne s'applique tout simplement pas. Comme dans l'affaire *Lutes [Lutes c. Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada, [1985] 2 C.F. 326 (C.A.)]*, l'instance initiale n'a pas pris fin et la Commission demeure *functus officio* en ce sens qu'elle n'a pas encore rendu une décision au sujet de la revendication de statut de réfugié de la requérante\*. À l'instar du juge MacGuigan, J.C.A. dans l'affaire *S.F. Enterprises Inc.*, je conclus

\* Note de l'arrêtiste: Pour ce qui concerne la question de savoir si la section du statut était *functus officio* en l'espèce, voir les motifs du jugement de la Cour d'appel fédérale, [1992] 3 C.F. 219, à la p. 253.

consider the substantive issue before it—the question of whether the applicant is a Convention refugee.

Although the Board's decision perhaps cannot be considered to be "preliminary" in the sense that it was not made before the Board embarked on a consideration of the applicant's refugee claim, it is nevertheless "preliminary" to the disposition of the actual question before the Board, that is, whether or not the claimant is a refugee. In this sense, the Board's decision is "incidental to the conduct of the hearing" and as discussed, the decision does not purport to have legal effect. Finally, I reject the respondent's proposition that the decision is a final decision or order simply because it affects the rights of the applicant. Every decision or ruling, whether it be procedural, interlocutory or final, will impact to at least some extent on the rights of any party affected by the decision.

In my opinion the Board's ruling, in this instance, does not constitute a decision or order that is required to be made on a judicial or quasi-judicial basis and it is not a final decision or order that the Board is mandated to make. Accordingly, it is reviewable under section 18 of the *Federal Court Act*.

If this Court has jurisdiction to review this matter, is the impugned decision reviewable in the face of the privative clause contained in subsection 67(1) of the *Immigration Act*?

In the alternative, the respondent submits that the "sole and exclusive jurisdiction" clause found at subsection 67(1) of the *Immigration Act* prevents any other Court or tribunal from reviewing the decision unless the Board had exceeded its jurisdiction, declined to exercise its jurisdiction, breached the rules of natural justice or procedural fairness, or violated the applicant's rights under section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule

que la décision rendue par la Commission en l'espèce n'est qu'une décision de procédure permettant à la Commission de procéder à l'étude de la question de fond dont elle est saisie—savoir si la requérante est une réfugiée au sens de la Convention.

Bien que la décision de la Commission ne puisse peut-être pas être considérée comme «préliminaire» puisqu'elle n'a pas été rendue avant que la Commission ne procède à l'examen de la revendication du statut de réfugié de la requérante, il s'agit néanmoins d'une décision «préliminaire» à la résolution de la question dont est effectivement saisie la Commission, savoir si la requérante est une réfugiée. Dans ce sens, la décision rendue par la Commission est une décision «incidente prise au cours de l'audition», laquelle, rappelons-le, ne vise pas à produire un effet juridique. Enfin, je rejette la proposition mise de l'avant par l'intimé voulant que la décision ou l'ordonnance soit définitive pour la seule raison qu'elle intéresse les droits de la requérante. Chaque décision ou ordonnance, qu'elle soit procédurale, interlocutoire ou définitive, aura, dans une certaine mesure du moins, une incidence sur les droits de toute partie visée par la décision.

Selon moi, la décision rendue par la Commission en l'espèce ne constitue pas une décision ou ordonnance ayant un caractère judiciaire ou quasi judiciaire, et il ne s'agit pas d'une décision ou d'une ordonnance définitive que la Commission doit rendre. Par conséquent, elle peut faire l'objet d'une révision en application de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Si la Cour est compétente pour réviser la présente affaire, la décision attaquée peut-elle faire l'objet d'une révision eu égard à la clause privative formulée au paragraphe 67(1) de la *Loi sur l'immigration*?

Subsidièrement, l'intimé prétend que la «compétence exclusive» conférée au paragraphe 67(1) de la *Loi sur l'immigration* fait obstacle à la révision de la décision par une autre cour ou tribunal, sauf si en rendant sa décision la Commission a outrepassé sa compétence ou refusé de l'exercer, n'a pas observé les principes de justice naturelle ou de l'équité procédurale ou a porté atteinte aux droits de la requérante qui sont garantis par l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Par-

B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] in making the decision. The respondent submits that the phrase, “sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction”, has been held to exclude review by any Court or tribunal with respect to matters so confined exclusively to the Board.

In *Pringle et al. v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821, the Court considered the single question of the jurisdiction of the Supreme Court of Ontario to entertain *certiorari* proceedings to quash a deportation order made under the *Immigration Act* in the light of the scheme set out in sections 11, 12, and 22 of the *Immigration Appeal Board Act*, S.C. 1966-67, c. 90 (R.S.C. 1970, c. I-3).<sup>4</sup> Laskin J. (as he then was), for the Court, noted that Parliament’s authority to deny or to remove *certiorari* jurisdiction from provincial superior courts over deportation orders was not challenged and he held (at page 826):

I am satisfied that in the context of the overall scheme for the administration of immigration policy the words in s. 22 (“sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of fact or law, including questions of jurisdiction”) are adequate not only to endow the Board with the stated authority but to exclude any other court or tribunal from enter-

<sup>4</sup> Ss. 11, 12 and 22 read as follows:

11. A person against whom an order of deportation has been made under the *Immigration Act* may appeal to the Board on any ground of appeal that involves a question of law or fact or mixed law and fact.

12. The Minister may appeal to the Board on any ground of appeal that involves a question of law or fact, or mixed law and fact, from a decision by a Special Inquiry Officer that a person in respect of whom a hearing has been held is not within a prohibited class or is not subject to deportation.

22. Subject to this Act and except as provided in the *Immigration Act*, the Board has sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of fact or law, including questions of jurisdiction, that may arise in relation to the making of an order of deportation or the making of an application for the admission to Canada of a relative pursuant to regulations made under the *Immigration Act*.

tie 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]]. Selon l’intimé, il a été décidé que les termes «compétence exclusive pour entendre et décider toutes questions de fait ou de droit y compris les questions de compétence» faisaient obstacle à la révision par une cour ou un tribunal des questions relevant exclusivement de la Commission.

Dans l’affaire *Pringle et autres c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821, la Cour a examiné l’unique question de savoir si la Cour suprême de l’Ontario pouvait connaître d’une requête sollicitant un bref de *certiorari* pour annuler une ordonnance d’expulsion rendue en vertu de la *Loi sur l’immigration*, eu égard au régime établi aux articles 11, 12 et 22 de la *Loi sur la Commission d’appel de l’immigration*, S.C. 1966-67, ch. 90 (S.R.C. 1970, ch. I-3)<sup>4</sup>. Le juge Laskin (alors juge puîné), a fait remarquer que le pouvoir du Parlement de refuser ou de retirer aux cours supérieures provinciales la compétence en matière de demandes de *certiorari* à l’égard des ordonnances d’expulsion n’était pas contesté, et il a décidé ce qui suit (à la page 826):

Je suis convaincu que, dans le contexte du programme général de l’administration des politiques en matière d’immigration, les termes de l’art. 22 («compétence exclusive pour entendre et décider toutes questions de fait ou de droit, y compris les questions de compétence») suffisent non seulement à revêtir la Commission de l’autorité déclarée mais encore à

<sup>4</sup> Les art. 11, 12 et 22 sont ainsi libellés:

11. Une personne frappée d’une ordonnance d’expulsion, en vertu de la *Loi sur l’immigration*, peut, en se fondant sur un motif d’appel qui implique une question de droit ou une question de fait ou une question mixte de droit et de fait, interjeter appel à la Commission.

12. Le Ministre, en se fondant sur un motif d’appel qui implique une question de droit ou de fait ou une question mixte de droit et de fait, peut interjeter appel à la Commission d’une décision d’un enquêteur spécial portant qu’une personne à l’égard de qui a été tenue une audition n’est pas dans une catégorie interdite ou n’est pas sujette à l’expulsion.

22. Sous réserve de la présente loi et sauf ce que prévoit la *Loi sur l’immigration*, la Commission a compétence exclusive pour entendre et décider toutes questions de fait ou de droit, y compris les questions de compétence, qui peuvent se poser à l’occasion de l’établissement d’une ordonnance d’expulsion ou de la présentation d’une demande d’admission au Canada d’un parent conformément aux règlements édictés sous le régime de la *Loi sur l’immigration*.

taining any type of proceedings, be they by way of certiorari or otherwise, in relation to the matters so confided exclusively to the Board. [My emphasis.]

However, it should be noted that Laskin J. had not considered the effect of the newly proclaimed *Federal Court Act*. He stated (at page 824) that “this Court is not concerned in this case with the effect of the *Federal Court Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 1, which came into force on June 1, 1971”.

Nevertheless, in *Law v. Solicitor General of Canada*, [1985] 1 F.C. 62 (C.A.), the Court considered the effect of section 59 of the *Immigration Act* 1976, S.C. 1976-77, c. 52, which provided that the Immigration Appeal Board had “sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction, that may arise in relation to the making of a removal order”. Hugessen J.A., in a minority concurring opinion, stated (at page 66):

While it might be tempting to say that the Board’s exclusive jurisdiction cannot extend to questions concerning the limits of its own jurisdiction, since that is solely the attribute of a superior court, to do so would be to fly in the face of the decision of the Supreme Court in *Pringle et al. v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821.

In *Chan v. Canada (Min. of Employment & Immigration)*, I considered the decisions in *Pringle v. Fraser* and *Law* and concluded that [at page 107] “even if the board had not reached a decision on these questions [concerning the validity of a report upon which an exclusion order was based], I would be without jurisdiction to pursue it by means of judicial review” in the light of the Immigration Appeal Board’s decision to dismiss the applicant’s appeal of the exclusion order and the privative clause set out in section 59 of the *Immigration Act*.

However, if as alleged by the applicant, the Board has exceeded its jurisdiction by reconvening the hearing or failed to exercise its jurisdiction by not rendering a decision in an expeditious manner following the hearing on November 29, 1989, then clearly the privative clause will not prevent a review of the Board’s ruling. I note that in *Cylien and Danmor Shoe Co. a*

empêcher toute autre cour ou tout autre tribunal d’être saisi de tout genre de procédures, que ce soit par voie de certiorari ou autrement, relativement aux matières ainsi réservées exclusivement à la Commission. [Non souligné dans le texte original.]

*a* Cependant, il convient de noter que le juge Laskin n’a pas pris en considération l’effet de la *Loi sur la Cour fédérale* nouvellement en vigueur. Il a précisé (à la page 824) que «cette Cour n’est pas saisie en l’espèce de l’effet de la *Loi sur la Cour fédérale*, 1970-71-72 (Can.), ch. 1, qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 1971.»

Néanmoins, dans l’arrêt *Law c. Solliciteur général du Canada*, [1985] 1 C.F. 62 (C.A.), la Cour d’appel fédérale a examiné l’effet de l’article 59 de la *Loi sur l’immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, qui disposait que la Commission d’appel de l’immigration avait «compétence exclusive . . . pour entendre et juger sur des questions de droit et de fait, y compris des questions de compétence, relatives à la confection d’une ordonnance de renvoi». Dans un jugement minoritaire concourant, le juge Hugessen, J.C.A., a dit ce qui suit (à la page 66):

*e* Bien qu’il puisse être tentant de dire que la compétence exclusive de la Commission ne saurait s’étendre aux questions concernant l’étendue de sa propre compétence, puisque c’est là uniquement l’attribut d’une cour supérieure, le faire serait aller contre l’arrêt de la Cour suprême *Pringle et autre c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821.

Dans la décision *Chan c. Canada (Min. de l’Emploi et de l’Immigration)*, j’ai étudié les jugements *Pringle c. Fraser* et *Law* et j’ai conclu [à la page 107] que «même si la Commission n’avait pas tranché ces questions [relatives à la validité du rapport sur lequel était fondée l’ordonnance d’exclusion], je n’aurais pas compétence à le faire par voie de contrôle judiciaire» eu égard à la décision de la Commission d’appel de l’immigration de rejeter l’appel de la requérante formé contre l’ordonnance d’exclusion et à la clause privative formulée à l’article 59 de la *Loi sur l’immigration*.

*i* Cependant, si comme le prétend la requérante, la Commission a outrepassé sa compétence en reprenant l’audience ou si elle ne l’a pas exercée en ne rendant pas une décision avec célérité à la suite de l’audience tenue le 29 novembre 1989, il ne fait aucun doute que la clause privative ne fera pas obstacle à la révision de la décision rendue par la Commission. Je

similar “privative provision” set out in section 22 of the *Immigration Appeal Board Act* did not preclude a section 18 review of the “decisions” dealt with in those cases. Furthermore, unlike the situation in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227 [at page 236], the question here does not fall “logically at the heart of the specialized jurisdiction confided to the Board”. As the ruling involves a purely procedural matter, not necessarily dependent upon the sensitivity, accumulated experience, and broad powers of the Board to conduct proceedings in a unique area of the law, special deference need not be given to the Board’s decision on this matter. Accordingly, whether subsection 67(1) will be effective to oust this Court’s review will ultimately depend upon whether the Board in making its ruling exceeded or failed to exercise its jurisdiction or violated a principle of natural justice as alleged by the applicant.

Did the Board exceed its jurisdiction or otherwise err in making the impugned decision to reconvene in this instance and should orders of *certiorari*, *mandamus* and prohibition lie?

#### APPLICANT’S SUBMISSIONS

The applicant submits that the Board, a creature of statute, has only those powers specified in the *Immigration Act*, specifically sections 67, 69.1 and 69.2 and that it has no inherent jurisdiction to deal with refugee claims. The Board failed to comply with subsection 69.1(9) which requires the Board to render its decision as soon as possible after completion of the hearing. On November 29, 1989, the hearing was “completed” in that all the evidence had been presented, submissions made, and it had been “concluded” by the presiding member. The Board’s refusal to perform its statutory duty under subsection 69.1(9) constitutes a jurisdictional error. The refugee determination process is not an ongoing process and,

remarque que dans les causes *Cylien et Danmor Shoe Co.*, une «disposition privative» similaire énoncée à l’article 22 de la *Loi sur la Commission d’appel de l’immigration* n’a pas fait obstacle à la révision prévue par l’article 18 des «décisions» visées dans ces jugements. Au surplus, contrairement à l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des-alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, [à la page 236], en l’espèce, la question ne se situe pas «[l]ogiquement . . . au cœur de la compétence spécialisée conférée à la Commission». Comme la décision porte sur une simple question de procédure qui ne dépend pas nécessairement de la sensibilité, de l’expérience acquise ni des larges pouvoirs conférés à la Commission pour la conduite d’instances dans un champ exceptionnel du droit, il n’est pas nécessaire de traiter avec des marques de déférence spéciales la décision rendue par la Commission sur la question. Par conséquent, la question de savoir si le paragraphe 67(1) fera effectivement obstacle à une révision par cette Cour ne pourra être tranchée en définitive que lorsque l’on saura si la Commission, en rendant sa décision, a outrepassé sa compétence, ne l’a pas exercée ou a porté atteinte à un principe de justice naturelle, comme le prétend la requérante.

La Commission a-t-elle outrepassé sa compétence ou, de quelque autre manière, rendu une décision entachée d’une erreur de droit en reprenant l’audience en l’espèce? Y a-t-il lieu de décerner des ordonnances de *certiorari*, de *mandamus* et de prohibition?

#### ARGUMENTATION DE LA REQUÉRANTE

La requérante fait valoir que la Commission, tenant son existence de la loi, n’a que les pouvoirs que lui confère expressément la *Loi sur l’immigration*, en particulier aux articles 67, 69.1 et 69.2, et qu’elle ne possède pas de compétence inhérente en matière de revendication du statut de réfugié. Or, la Commission ne s’est pas conformée au paragraphe 69.1(9) qui exige qu’elle rende sa décision le plus tôt possible après l’audience. Le 29 novembre 1989 en effet, il y avait eu «fin» de l’audience en ce sens que tous les éléments de preuve avaient été produits, les arguments présentés et qu’il y avait eu «conclusion» de l’audience par le président. Le refus de la Commission de se conformer à l’obligation qui



in the light of the Board's adjudicative role in this process, the determination must be made "as soon as possible after completion of the hearing".

The applicant denies that the Board has statutory authority to reconvene, on its own initiative, a completed hearing in order to hear new evidence. Subsection 68(4), which allows a Board to take notice of generally recognized facts, information or opinion within its specialized knowledge, does not confer on the Board a continuing jurisdiction to monitor developments in the applicant's country of nationality, particularly after a hearing has been completed. Although paragraph 67(2)(d) allows the Board to "do any other thing necessary to provide a full and proper hearing", it does not apply once a proceeding described in section 69.1 has been completed. An implied jurisdiction to reconvene a concluded hearing must be narrowly construed in a manner consistent with the principles of natural justice and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Since refugee law is based on humanitarian principles and is beneficial in nature, any interpretation of the Board's jurisdiction must be consistent with ensuring fairness to the refugee claimant.

The applicant submits that the Minister's right to apply to the Board under section 69.2 to determine whether a person has ceased to be a Convention refugee, on the basis that there have been changes of circumstances in the country of feared persecution, supports her position that the Board has no jurisdiction to reconvene a completed hearing. She notes that the refugee claimant has no corresponding right once a decision is rendered and furthermore, by reconvening the hearing instead of bringing an application under subsection 69.2(1), the applicant is denied procedural fairness. Under subsection 69.2(1) the Minister bears an onus of establishing the existence of changes of

lui incombe en vertu du paragraphe 69.1(9) constitue donc une erreur juridictionnelle. Le processus de détermination du statut de réfugié n'en est pas un qui se prolonge dans le temps et le rôle de la Commission consistant, dans ce processus, à rendre une décision, cette dernière doit être rendue «le plus tôt possible après l'audience».

La requérante nie que la Commission ait, de par la loi, le pouvoir de reprendre, de son propre chef, une audience ayant pris fin dans le but de recevoir de nouveaux éléments de preuve. Le paragraphe 68(4), qui permet à la Commission d'admettre d'office les faits généralement reconnus ainsi que les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation, ne lui confère pas en effet une compétence illimitée dans le temps pour surveiller les changements qui se produisent dans le pays de nationalité du requérant, particulièrement lorsque l'audience a pris fin. Bien que la Commission puisse, aux termes de l'alinéa 67(2)d), «prendre toutes autres mesures nécessaires à une instruction approfondie de l'affaire», cette disposition ne s'applique plus une fois que la procédure visée à l'article 69.1 a pris fin. Une éventuelle compétence implicite de reprendre une audience terminée doit être interprétée restrictivement, en conformité avec les principes de justice naturelle ainsi qu'avec les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Étant donné que le droit en ce qui a trait au statut de réfugié est fondé sur des principes humanitaires et qu'il vise par nature à procurer un soulagement, toute interprétation de la compétence de la Commission doit être compatible avec la nécessité de traiter équitablement le demandeur du statut de réfugié.

La requérante soutient que le droit du ministre de demander à la Commission, en vertu de l'article 69.2, de déterminer s'il y a eu ou non perte du statut de réfugié au sens de la Convention au motif que des changements se sont produits dans le pays où l'intéressé dit craindre la persécution, vient étayer son argument suivant lequel la Commission n'a pas compétence pour reprendre l'audience lorsque celle-ci a pris fin. Elle souligne que la personne qui revendique le statut de réfugié n'a pas de droit équivalent une fois la décision rendue et que le fait de reprendre l'audience au lieu de présenter une demande fondée sur le paragraphe 69.2(1) constitue une violation de

such a fundamental nature that the reasons for the fear of persecution have ceased, whereas when the hearing is merely reconvened to hear new evidence the burden of proof remains on the applicant to establish her claim.

#### RESPONDENT'S SUBMISSIONS

The respondent submits that the decision to reconvene is not reviewable in that the Board did not exceed its jurisdiction or otherwise err in making its decision to reconvene the hearing. The Board's mandate under the *Immigration Act* is to determine whether the applicant is a Convention refugee. Until a final decision has been rendered on that specific question, the Board continues to be seized of the claim and has the implicit and discretionary power to reconvene a hearing after the hearing has been concluded. Each member of the Refugee Division has all the powers and authority of a commissioner appointed under the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, section 3, to summon and require witnesses to give evidence, orally or in writing, and to produce documents and things deemed requisite to the "full examination of the matters in which they are appointed to examine". In addition, specifically for the purposes of a hearing, the *Immigration Act*, subsection 67(2) gives the Board the power to do anything necessary to provide a full and proper hearing and the power to require attendance and testimony from a person with respect to all matters within that person's knowledge relative to the subject-matter of the hearing.

Furthermore, the Board is authorized under subsections 68(4) and (5), in any proceeding before it, to take notice of any generally recognized facts, information or opinion within its specialized knowledge, so long as it notifies the Minister and the applicant of its intent to do so and affords a reasonable opportunity to make representations with respect thereto. Therefore, if the information sought by the Board is relevant to the determination that it is statutorily mandated to make and the applicant has been given an opportunity to adduce any evidence relevant to the

l'équité procédurale. En vertu de ce paragraphe, c'est au ministre qu'incombe la charge d'établir l'existence de changements à ce point fondamentaux qu'ils ont fait disparaître tout motif de craindre la persécution, alors que dans le cas de la reprise d'une audience dans le simple but de recevoir de nouveaux éléments de preuve, c'est toujours au requérant qu'il appartient d'établir le bien-fondé de sa demande.

#### <sup>b</sup> ARGUMENTATION DE L'INTIMÉ

L'intimé fait valoir que la décision de reprendre l'audience ne donne pas lieu à révision en ce que la Commission n'a pas outrepassé sa compétence ou, de quelque autre manière, rendu une décision entachée d'une erreur de droit. En vertu de la *Loi sur l'immigration*, la Commission a pour mandat de décider si le requérant est un réfugié au sens de la Convention. Or, tant qu'une décision définitive n'a pas été rendue sur cette question précise, la Commission reste saisie de la demande et a le pouvoir discrétionnaire et implicite de reprendre l'audience après la fin de celle-ci. Chacun des membres de la section du statut est investi des pouvoirs d'un commissaire nommé aux termes de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, article 3, et peut assigner des témoins et leur enjoindre de déposer oralement ou par écrit et de produire les documents et autres pièces jugées nécessaires «en vue de procéder d'une manière approfondie à l'enquête dont [il] [est] chargé[é]». De plus, précisément aux fins de l'audience, la Commission est investie, aux termes du paragraphe 67(2) de la *Loi sur l'immigration*, du pouvoir de prendre toutes les mesures nécessaires à une instruction approfondie de l'affaire, ainsi que celui d'enjoindre à toute personne ayant connaissance des faits se rapportant à l'affaire de comparaître comme témoin.

<sup>h</sup> En outre, en vertu des paragraphes 68(4) et (5), la Commission peut admettre d'office les faits généralement reconnus et les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation, pourvu qu'elle informe le ministre et le requérant de son intention et leur donne la possibilité de présenter leurs observations à cet égard. Par conséquent, si les renseignements que souhaite recueillir la Commission sont pertinents quant à la décision qu'elle a, de par la loi, le mandat de rendre et que le requérant a eu la possibilité de présenter des éléments de preuve s'y rappor-

Board's concerns, its decision to resume the hearing is within its jurisdiction and does not breach the rules of natural justice. The respondent submits that in order to provide the applicant with a full and proper hearing, the Board may request the Refugee Hearing Officer to make submissions on the issue of changed circumstances in the applicant's country of nationality even if the applicant chooses not to address the Board's concerns.

Counsel argues, therefore, that the Board did not exceed its jurisdiction in that it did not make its decision in bad faith or by misinterpreting its jurisdiction under the *Immigration Act*. The Board did not decline to exercise jurisdiction, breach the rules of natural justice or violate the applicant's rights under section 7 of the Charter in making the decision. There is no evidence that the Board exercised its discretion to reconvene the hearing arbitrarily, illegally or in a manner which was not *bona fide* or based on irrelevant considerations. The consequences of political change in a refugee claimant's country of nationality is not only relevant but is precisely the question that the Board is required by statute to determine relative to the individual claimant.

## ANALYSIS

In the absence of any specific statutory provision permitting the Board to reconvene a hearing, I am not prepared to find that it has the authority to do so, particularly in the circumstances of this case. If the political climate in a country changes to the extent that it adversely affects the status of a refugee, the Minister may make an application to the Board pursuant to subsection 69.2(1) of the *Immigration Act* to determine whether the person has ceased to be a Convention refugee. Presumably, the Minister would only seek such a determination after monitoring the effects of any political changes in the subject country.

Here, the Board has taken it upon itself to reconvene the applicant's hearing to hear evidence on the impact of the removal of Noriega from power in Panama. At the outset of the hearing the presiding member stated the purpose as follows:

tant, la décision de la Commission de reprendre l'audience relève de sa compétence et ne contrevient pas aux règles de justice naturelle. Afin de veiller à ce que le requérant bénéficie d'une instruction approfondie de sa demande, la Commission peut, ajoute l'intimé, demander à l'agent d'audience de présenter des arguments sur la question des changements survenus dans le pays de nationalité du requérant, même si ce dernier choisit de garder le silence à ce sujet.

L'avocate conclut donc que la Commission n'a pas outrepassé sa compétence en ce qu'elle n'a pas agi de mauvaise foi ni mal interprété la compétence que lui confère la *Loi sur l'immigration*. En rendant sa décision, elle n'a pas refusé d'exercer sa compétence, contrevenu aux règles de justice naturelle ou violé les droits que l'article 7 de la Charte garantit à la requérante. Rien dans la preuve n'indique que la Commission ait exercé son pouvoir discrétionnaire de reprendre l'audience de façon arbitraire, illégale ou qu'elle ait agi de mauvaise foi ou en se fondant sur des considérations non pertinentes. Or, non seulement les conséquences d'un changement politique survenant dans le pays dont le demandeur du statut de réfugié possède la nationalité sont-elles des considérations pertinentes, mais c'est précisément la question sur laquelle la Commission doit statuer dans chaque cas d'espèce.

## ANALYSE

En l'absence de toute disposition législative permettant expressément à la Commission de reprendre une audience, je ne suis pas prêt à conclure qu'elle a le pouvoir de le faire, particulièrement dans les circonstances. Si les changements survenus dans le climat politique d'un pays sont tels qu'ils compromettent le statut d'un réfugié, le ministre peut, en vertu du paragraphe 69.2(1) de la *Loi sur l'immigration*, demander à la Commission de déterminer s'il y a eu ou non perte du statut de réfugié au sens de la Convention. On présume que le ministre ne présentera cette demande qu'après avoir évalué l'effet des changements politiques dans le pays en cause.

En l'espèce, la Commission a pris l'initiative de reprendre l'audience afin de recevoir des éléments de preuve sur les conséquences du renversement de Noriega au Panama. À l'ouverture de l'audience, le président s'est expliqué dans ces termes:

This panel is here today to receive evidence on the situation in your country of nationality, and to hear how the new political condition in your country relate [*sic*] to your fear of persecution, should you be returned to Panama.

Clearly this creates an unfair, if not impossible, onus for the applicant to discharge as she will in all likelihood be unable to adduce any direct evidence supporting a claim to fear of persecution from the new regime. She may very well have no knowledge of the impact of Noriega's removal from power in Panama.

Comments by Marceau J.A. in *Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 288 (C.A.) support my conclusion that the Board erred in reconvening this applicant's hearing. In that case the Court considered whether the Immigration Appeal Board has jurisdiction to reopen, rehear or reconsider a claim to Convention refugee status after having determined and denied the claim. Marceau J.A. reiterated the point made in previous cases that a Board does not have inherent or continuing jurisdiction to reopen an application for redetermination of refugee status which has already been disposed of solely in order to hear evidence of new facts. In response to the suggestion that the refugee determination process is an ongoing process, he commented, at page 292:

The political refugees have now a right to be recognized as such, and the role of the Board is to adjudicate upon that right. I disagree with the view that the determination of the Board in that respect would be an ongoing process. The well founded fear of persecution alleged by the refugee has to be ascertained, for it to be given effect according to law, at the moment his claim is adjudicated. It is true, of course, that facts may change and political events may occur which may lead to the conclusion that a fear which was not well founded has become now reasonable. But it is not by reopening the hearing on the first claim that this can be verified, it is only by allowing a second claim and proceeding to consider it.

Here, had the political situation in Panama worsened to the extent that the applicant had new evi-

[TRADUCTION] Le présent tribunal siège aujourd'hui pour recevoir des éléments de preuve touchant la situation dans le pays dont vous possédez la nationalité et pour entendre quel est l'effet de la nouvelle situation politique dans votre pays sur votre crainte d'être persécutée, au cas où vous retourneriez au Panama.

a Manifestement, la requérante se voit ainsi imposer un fardeau injuste, voire même un fardeau dont il lui sera impossible de se décharger étant donné qu'elle ne pourra vraisemblablement pas présenter de preuve directe à l'appui de sa crainte d'être persécutée par le nouveau régime. Il se peut d'ailleurs fort bien qu'elle n'ait aucune idée des conséquences du renversement du régime Noriega au Panama.

c Les commentaires qu'a faits le juge Marceau de la Cour d'appel dans l'arrêt *Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 288 (C.A.), viennent étayer ma conclusion suivant laquelle la Commission a commis une erreur en reprenant l'audience en l'espèce. Dans cette affaire, la Cour a examiné la question de savoir si la Commission d'appel de l'immigration a le pouvoir de rouvrir, de réentendre ou de reconsidérer une demande d'examen de la revendication du statut de réfugié qu'elle a examinée et rejetée une première fois. Le juge Marceau, J.C.A., a réitéré la position selon laquelle une Commission n'a pas le pouvoir inhérent ou illimité dans le temps de rouvrir une demande d'examen de la revendication du statut de réfugié sur laquelle il a déjà été statué, au seul motif d'entendre la preuve de faits nouveaux. En réponse à l'argument voulant que le processus de détermination du statut de réfugié en soit un qui se prolonge dans le temps, il a souligné, à la page 292:

Les réfugiés politiques ont désormais le droit d'être reconnus comme tels, et le rôle de la Commission consiste à se prononcer sur ce droit. Je ne suis pas d'avis que la décision de la Commission à cet égard s'inscrit dans un processus qui se prolonge dans le temps. C'est au moment où la demande du réfugié est étudiée que doit être évalué le bien-fondé des craintes de persécution qu'il allègue, afin d'y donner effet conformément à la loi. Il est indéniable que la situation peut changer et que peuvent survenir des événements politiques pouvant porter à croire que des craintes qui n'étaient pas fondées sont devenues raisonnables. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas en reprenant l'audition de la première demande qu'on peut vérifier ces faits; c'est seulement en autorisant et en jugeant une deuxième demande à cet effet.

j Dans la présente espèce, même si la situation politique au Panama s'était détériorée au point que la

dence to support her claim to Convention refugee status after the hearing concluded but before the decision was taken by the Board, the Act does not provide a mechanism by which she could have the hearing reconvened. Similarly, the Minister cannot seek to reconvene a hearing to present new evidence opposing the applicant's claim. His remedy is to invoke subsection 69.2(1) if the Board concludes that the applicant is a Convention refugee. It therefore seems manifestly unfair to permit the Board to reconvene a hearing to consider new evidence of a change in a country's political regime which occurred after the initial hearing.

Finally, I am concerned that if the Board can take this step without the request or consent from the parties in this case, does it assume the obligation to do so in all similar situations? How is it to determine which changes are sufficient to warrant such intervention, and above all, how can it be reconciled with the requirement in subsection 68(2) that Boards deal with all proceedings as informally and expeditiously as the circumstances and the considerations of fairness permit and subsection 69.1(9) that they render their decision as soon as possible after completion of the hearing?

Accordingly, for reasons given orally from the bench in Toronto, Ontario, on December 17, 1991, I ordered that the decision of the Board to reconvene the applicant's refugee hearing to hear evidence of changes in conditions in Panama be quashed and the Board be directed to render a decision based on the evidence before it on November 29, 1989. Costs to the applicant.

requérante aurait pu disposer, après l'audience mais avant que la Commission ne rende sa décision, de nouveaux éléments de preuve à l'appui de sa revendication du statut de réfugié, elle n'aurait pu se prévaloir d'aucun mécanisme de la Loi pour obtenir la reprise de l'audience. De même, le ministre ne peut demander la reprise de l'audience afin de présenter de nouveaux éléments de preuve à l'encontre de la revendication de la requérante. Le recours dont il dispose, dans le cas où la Commission en viendrait à la conclusion que la requérante est une réfugiée au sens de la Convention, est celui prévu au paragraphe 69.2(1). Il semble donc manifestement injuste de permettre à la Commission de reprendre une audience afin d'examiner de nouveaux éléments de preuve relatifs à un changement de régime politique survenu après l'audience initiale.

Enfin, dans l'hypothèse où la Commission pourrait prendre une telle décision sans y être invitée par les parties en cause ou sans leur consentement, je me demande si elle n'assumerait pas ainsi l'obligation d'agir de façon identique dans toutes les situations similaires. Comment déterminerait-elle si les changements survenus justifient son intervention et, surtout, comment concilierait-elle cette obligation avec celle qui lui incombe, en vertu du paragraphe 68(2), de fonctionner sans formalisme et avec célérité dans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent, et avec le paragraphe 69.1(9) exigeant qu'elle rende sa décision le plus tôt possible après l'audience?

En conséquence, pour les motifs prononcés oralement à l'audience à Toronto (Ontario), le 17 décembre 1991, j'ai ordonné que la décision de la Commission de reprendre l'audience en l'espèce afin de recevoir des éléments de preuve concernant les changements survenus dans la situation au Panama soit cassée et qu'il lui soit enjoint de rendre une décision fondée sur les éléments de preuve déjà produits le 29 novembre 1989. Avec dépens en faveur de la requérante.

A-1323-91

**The Minister of Employment and Immigration**  
(Appellant)

v.

**Marisol Escobar Salinas** (Respondent)

INDEXED AS: *SALINAS v. Canada* (MINISTER OF  
EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Stone, MacGuigan J.J.A. and Henry  
D.J.—Toronto, June 22 and 25, 1992.

*Immigration — Refugee status — Appeal from Trial Division order quashing decision of Refugee Division to reconvene hearing into refugee status claim — Claim based on alleged fear of persecution by Panamanian officials — Minister's attack on Trial Division order based on want of jurisdiction — Immigration Act, s. 68 endowing Refugee Division with powers and duties in relation to any "proceedings" before it — "Proceedings" and "hearing" before Refugee Division under Act, s. 69.1 distinguished — "Proceedings" encompassing entire matter before Refugee Division including hearing of claim — "Convention refugee" status only protecting claimants found by Refugee Division to fall within definition — Refugee Division not functus officio — Determination of claim yet to be made — Inquiry into change of conditions in respondent's homeland within general mandate of Refugee Division in determining claim — Issue herein implicitly decided in Lawal case — Refugee Division neither lacking nor exceeding jurisdiction in deciding to reconvene hearing into refugee status claim — No sound reason for interfering with decision to reconvene — Appeal allowed.*

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Convention Refugee Determination Division Rules*,  
SOR/89-103, s. 6.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 67 (as am. by  
R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), 68 (as am.  
*idem*), 69.1 (as enacted *idem*), 69.2 (as enacted *idem*).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of  
Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; (1991), 80 D.L.R. (4th)

A-1323-91

**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration**  
(appellant)

a c.

**Marisol Escobar Salinas** (intimée)

RÉPERTORIÉ: *SALINAS c. Canada* (MINISTRE DE L'EMPLOI ET  
DE L'IMMIGRATION) (C.A.)

Cour d'appel, juges Stone, MacGuigan, J.C.A. et juge  
suppléant Henry—Toronto, 22 et 25 juin 1992.

*Immigration — Statut de réfugié — Appel de l'ordonnance par laquelle la Section de première instance a annulé la décision de la section du statut de reprendre une audience sur la revendication du statut de réfugié — Cette revendication reposait sur une crainte de persécution alléguée de la part d'agents panaméens — Le ministre a attaqué l'ordonnance de la Section de première instance en invoquant le défaut de compétence — L'art. 68 de la Loi sur l'immigration confère à la section du statut des pouvoirs et lui impose des obligations se rapportant à toutes procédures («proceedings») intentées devant elle — Distinction faite entre procédures («proceedings») et «audience» tenue devant la section du statut en vertu de l'art. 69.1 — Les procédures («proceedings») embrassent l'affaire tout entière dont est saisie la section du statut, notamment l'audition de la revendication — Le statut de «réfugié au sens de la Convention» ne protège que les demandeurs dont la section du statut conclut qu'ils sont visés par la définition — La section du statut n'est pas dessaisie de ses fonctions — Une décision sur la revendication doit encore être rendue — Une enquête sur le changement de conditions dans le pays d'origine de l'intimée relève du mandat général de la section du statut lui permettant de se prononcer sur la revendication — La question qui se pose en l'espèce a déjà été implicitement tranchée dans l'affaire Lawal — La section du statut avait compétence et n'a pas outrepassé sa compétence en décidant de reprendre l'audience sur la revendication du statut de réfugié — Rien ne justifie de modifier la décision de reprendre l'audience — Appel accueilli.*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 67  
(mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18), 68  
(mod., *idem*), 69.1 (édicte, *idem*), 69.2 (édicte, *idem*).

*Règles de la section du statut de réfugié*, DORS/89-103,  
art. 6.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction  
publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; (1991), 80

520; 48 Admin. L.R. 161; 91 CLLC 14,017; 123 N.R. 161; *Lawal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 404; (1991), 78 D.L.R. (4th) 522; 48 Admin. L.R. 152; 13 Imm. L.R. (2d) 163 (C.A.).

REFERRED TO:

*Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.).

APPEAL from an order of the Trial Division, [1992] 3 F.C. 221 quashing a decision of the Refugee Division to reconvene a hearing into the respondent's claim for refugee status. Appeal allowed.

COUNSEL:

*Bonnie J. Boucher* for appellant.  
*Brenda J. Wemp* for respondent.

SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Brenda J. Wemp*, Toronto, for respondent.

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

STONE J.A.: This appeal is from an order of the Trial Division [[1992] 3 F.C. 221] whereby a decision of the Refugee Division dated September 10, 1990, to reconvene a hearing into the respondent's claim for refugee status in Canada was quashed and the Refugee Division was ordered to render a decision on the basis of the evidence it had before it on November 29, 1989, when the hearing, apparently, was completed. The decision of the Refugee Division on the merits of the claim is yet to be made.

The respondent is a national of Panama and had resided there until shortly before she entered Canada and made her claim for refugee status. The basis for her claim was alleged fear of persecution by agents of the state which was headed by General Noriega. Sometime after November 29, 1989, the political situation in Panama changed when General Noriega was removed from power as a result of armed intervention by the United States.

D.L.R. (4th) 520; 48 Admin. L.R. 161; 91 CLLC 14,017; 123 N.R. 161; *Lawal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. 404; (1991), 78 D.L.R. (4th) 522; 48 Admin. L.R. 152; 13 Imm. L.R. (2d) 163 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

*Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.).

APPEL de l'ordonnance, [1992] 3 C.F. 221, par laquelle la Section de première instance a annulé la décision de la section du statut de reprendre une audience sur la revendication du statut de réfugié faite par l'intimée. Appel accueilli.

AVOCATS:

*Bonnie J. Boucher* pour l'appellant.  
*Brenda J. Wemp* pour l'intimée.

PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appellant.  
*Brenda J. Wemp*, Toronto, pour l'intimée.

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Appel est interjeté de l'ordonnance par laquelle la Section de première instance [[1992] 3 C.F. 221] a annulé la décision en date du 10 septembre 1990 de la section du statut de reprendre une audience sur la revendication du statut de réfugié faite par l'intimée au Canada, et a ordonné à la section du statut de rendre une décision en tenant compte des éléments de preuve dont elle disposait le 29 novembre 1989, date à laquelle l'audience a apparemment pris fin. La décision de la section du statut sur le bien-fondé de la revendication n'a pas encore été rendue.

L'intimée, citoyenne de Panama, y avait résidé jusqu'à peu de temps avant d'entrer au Canada et de revendiquer le statut de réfugié. Sa revendication reposait sur une crainte de persécution alléguée de la part d'agents de l'État dirigé par le général Noriega. Quelque temps après le 29 novembre 1989, la situation politique au Panama a changé lorsque le général Noriega a été écarté du pouvoir par suite de l'intervention armée des États-Unis.

In April 1990, the Presiding Member of the panel notified the respondent that the hearing would be reconvened for the purpose of hearing evidence on recent changes in her homeland. On September 10, 1990, the panel, after hearing submissions on the jurisdiction of the Refugee Division to reconvene the hearing, determined that it could do so. In so ruling the Presiding Member stated, at pages 18 and 19 of the transcript:

The changes that occurred in Panama, are in the panel's opinion, part of these generally recognized facts and information that is within the specialized knowledge of the panel.

The first obligation of the panel, as it appears from the Act and the rules, is to do anything that is necessary to provide a full and proper hearing, the purpose of which is to establish the true facts of the refugee claim. And this includes taking into consideration all relevant evidence.

I would like to refer now to the United Nations High Commission for Refugees Handbook, 1979, paragraph 196. The handbook discusses the shared burden of adducing evidence between the examiner and the claimant.

The emphasis in the handbook is on how the examiner may help establish the claim, but the purpose of the investigation of course, is to determine the validity of the claim. Nothing in the handbook suggests that the examiner is limited to looking only at the evidence provided by the claimant.

Until a decision is rendered, the panel still has the capacity to consider relevant facts such as changes in the country of origin. Technically the hearing is not concluded until the decision is rendered.

Of course, in the interest of fairness, the claimant must be given an opportunity to respond to any new evidence. And this panel fulfils its obligation to provide a full and fair hearing and maintaining the fairness of the procedure, by reconvening this hearing today.

In the Trial Division, the respondent sought relief in the nature of *certiorari*, *mandamus* and prohibition pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]. It was contended by the respondent that because of the provisions of subsection 67(1) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18)], the Trial Division was without jurisdiction to grant the particular relief, but the learned Motions Judge rejected that submission. That subsection reads:

67. (1) The Refugee Division has, in respect of proceedings under sections 69.1 and 69.2, sole and exclusive jurisdiction to

En avril 1990, le président du tribunal a avisé l'intimée que l'audience serait reprise aux fins d'entendre un témoignage sur les changements récemment survenus dans son pays natal. Le 10 septembre 1990, le tribunal, après avoir entendu des observations sur la compétence de la section du statut pour reprendre l'audience, a conclu à sa compétence. En décidant ainsi, le président de l'audience s'est prononcé en ces termes, aux pages 18 et 19 de la transcription:

[TRADUCTION] Les changements survenus au Panama font, de l'avis du tribunal, partie de ces faits et renseignements qui sont du ressort de la spécialisation du tribunal.

Il ressort de la Loi et des règles que le tribunal est tout d'abord tenu de faire le nécessaire en vue d'une instruction approfondie visant à établir les faits véridiques de la revendication du statut de réfugié, et notamment d'examiner tous les éléments de preuve pertinents.

Je voudrais maintenant citer le guide de 1979 du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, paragraphe 196. Ce guide traite de la charge de la preuve partagée entre l'examineur et le demandeur.

Ce guide met l'accent sur la façon dont un examinateur peut aider à établir la revendication, mais l'enquête vise bien entendu à déterminer la validité de la revendication. Rien dans le guide ne laisse entendre que l'examineur doit s'en tenir à étudier seulement la preuve produite par le demandeur.

Jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue, le tribunal peut toujours examiner les faits pertinents tels que les changements survenus dans le pays d'origine. Techniquement, l'audience ne prendra fin que lorsque la décision aura été rendue.

Bien entendu, dans l'intérêt de l'équité, le demandeur doit avoir la possibilité de réfuter n'importe quel nouvel élément de preuve. Et ce tribunal s'acquiesce de son obligation de tenir une instruction approfondie et de maintenir l'équité de la procédure en reprenant la présente audience aujourd'hui.

Devant la Section de première instance, la requérante avait demandé en guise de réparation des breffs de *certiorari*, de *mandamus* et de prohibition, en application de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7]. L'intimé avait prétendu que, en raison des dispositions du paragraphe 67(1) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18)], la Section de première instance n'avait pas compétence pour accorder la réparation particulière demandée, mais le juge des requêtes avait rejeté cet argument. Ce paragraphe est ainsi rédigé:

67. (1) La section du statut a compétence exclusive, en matière de procédures visées aux articles 69.1 et 69.2, pour



hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction.

The Motions Judge was of the view that, while the decision of September 10, 1990, was interlocutory in nature, it was not beyond review in the Trial Division because the Refugee Division, in ruling as it did, had exceeded or failed to exercise its jurisdiction. As the Judge put it, at page 241 of the report:

As the ruling involves a purely procedural matter, not necessarily dependent upon the sensitivity, accumulated experience, and broad powers of the Board to conduct proceedings in a unique area of the law, special deference need not be given to the Board's decision on this matter. Accordingly, whether subsection 67(1) will be effective to oust this Court's review will ultimately depend upon whether the Board in making its ruling exceeded or failed to exercise its jurisdiction or violated a principle of natural justice as alleged by the applicant.

The appellant's attack on the order below is based on want of jurisdiction in the Trial Division. Counsel contends that jurisdiction to determine whether or not to reconvene the hearing fell within the sole and exclusive authority of the Refugee Division under subsection 67(1) and that the Trial Division was not entitled to interfere. Counsel also submits that the Refugee Division acted within its jurisdiction when it decided to reconvene the hearing because its decision on the merits had yet to be made. She also submits that, at very least, a decision of this kind could not be reviewed by the Trial Division under section 18 unless it could be shown to have been patently unreasonable: *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614, per Sopinka J., at pages 628-629.

Without passing on the question of whether the Trial Division had jurisdiction to make the order below, which question we regard as substantial, we are all of the view, with respect, that this appeal must succeed on the basis that the Refugee Division did not exceed its jurisdiction. In coming to this conclusion we have had regard to the following provisions of the *Immigration Act* [subsection 67(2)] (as am.

entendre et juger sur des questions de droit et de fait, y compris des questions de compétence.

Le juge des requêtes était d'avis que, bien que la décision du 10 septembre 1990 fût de nature interlocutoire, elle était assujettie au contrôle de la Section de première instance parce que la section du statut, en se prononçant comme elle l'a fait, avait outrepassé sa compétence ou ne l'avait pas exercée. Comme le juge l'a dit, à la page 241 du recueil:

Comme la décision porte sur une simple question de procédure qui ne dépend pas nécessairement de la sensibilité, de l'expérience acquise ni des larges pouvoirs conférés à la Commission pour la conduite d'instances dans un champ exceptionnel du droit, il n'est pas nécessaire de traiter avec des marques de déférence spéciales la décision rendue par la Commission sur la question. Par conséquent, la question de savoir si le paragraphe 67(1) fera effectivement obstacle à une révision par cette Cour ne pourra être tranchée en définitive que lorsque l'on saura si la Commission, en rendant sa décision, a outrepassé sa compétence, ne l'a pas exercée ou a porté atteinte à un principe de justice naturelle, comme le prétend la requérante.

L'appelant conteste l'ordonnance de l'instance inférieure en invoquant l'absence de compétence de la Section de première instance. En effet, l'avocate de l'appelant prétend que le pouvoir de déterminer s'il y a lieu de reprendre l'audience relève uniquement et exclusivement de la section du statut en application du paragraphe 67(1), et que la Section de première instance n'était pas en droit d'intervenir. Elle soutient également que la section du statut n'a pas excédé sa compétence lorsqu'elle a décidé de reprendre l'audience parce que sa décision sur le fond n'avait pas encore été rendue. Elle fait également valoir que, à tout le moins, une décision de ce genre ne saurait être examinée par la Section de première instance en vertu de l'article 18, à moins qu'on ne rapporte la preuve qu'elle était manifestement déraisonnable: *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614, le juge Sopinka, aux pages 628 et 629.

Sans nous prononcer sur la question de savoir si la Section de première instance avait compétence pour rendre l'ordonnance dont appel, laquelle question est essentielle selon nous, nous sommes tous d'avis, avec égards, que le présent appel doit être accueilli au motif que la section du statut n'a pas outrepassé sa compétence. En parvenant à cette conclusion, nous avons tenu compte des dispositions suivantes de la

*idem*), section 68 (as am. *idem*), section 69.1 (as enacted *idem*):

67. . . .

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

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

68. (1) The Refugee Division shall sit at such times and at such places in Canada as are considered necessary by the Chairman for the proper conduct of its business.

(2) The Refugee Division shall deal with all proceedings before it as informally and expeditiously as the circumstances and the considerations of fairness permit.

(3) The Refugee Division is not bound by any legal or technical rules of evidence and, in any proceedings before it, it may receive and base a decision on evidence adduced in the proceedings and considered credible or trustworthy in the circumstances of the case.

(4) The Refugee Division may, in any proceedings before it, take notice of any facts that may be judicially noticed and, subject to subsection (5), of any other generally recognized facts and any information or opinion that is within its specialized knowledge.

(5) Before the Refugee Division takes notice of any facts, information or opinion, other than facts that may be judicially noticed, in any proceedings, the Division shall notify the Minister, if present at the proceedings, and the person who is the subject of the proceedings of its intention and afford them a reasonable opportunity to make representations with respect thereto.

69.1 . . .

(5) At the hearing into a claim, the Refugee Division

(a) shall afford the claimant a reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations; and

(9) The Refugee Division shall determine whether or not the claimant is a Convention refugee and shall render its decision as soon as possible after completion of the hearing and send a written notice of the decision to the claimant and the Minister.

Counsel for the respondent also relies on section 6 of the *Convention Refugee Determination Division Rules*, SOR/89-103, which reads:

*Loi sur l'immigration* [paragraphe 67(2) (mod., *idem*), article 68 (mod., *idem*), article 69.1 (édicte, *idem*)]:

67. . . .

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

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

68. (1) La section du statut siège au Canada aux lieux, dates et heures choisis par le président en fonction de ses travaux.

(2) Dans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent, la section du statut fonctionne sans formalisme et avec célérité.

(3) La section du statut n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve. Elle peut recevoir des éléments qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder sur eux sa décision.

(4) La section du statut peut admettre d'office les faits ainsi admissibles en justice de même que, sous réserve du paragraphe (5), les faits généralement reconnus et les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation.

(5) Sauf pour les faits qui peuvent être admis d'office en justice, la section du statut informe le ministre, s'il est présent à l'audience, et la personne visée par la procédure de son intention d'admettre d'office des faits, renseignements ou opinions et leur donne la possibilité de présenter leurs observations à cet égard.

69.1 . . .

(5) À l'audience, la section du statut est tenue de donner à l'intéressé . . . la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations,

(9) La section du statut rend sa décision sur la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention le plus tôt possible après l'audience et la notifie à l'intéressé et au ministre par écrit.

L'avocate de l'intimée s'appuie également sur l'article 6 des *Règles de la section du statut de réfugié*, DORS/89-103, qui est ainsi rédigé:

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

In general, the provisions of section 68 endow the Refugee Division with powers and duties in relation to any "proceedings" before it. It is apparent that a distinction has thus been drawn by Parliament between "proceedings" and a "hearing" before the Refugee Division which is to be conducted in the manner required by section 69.1 of the Act. A "hearing" is but a step, albeit an important step, in any "proceedings" which is a wider term encompassing the entire matter before the Refugee Division including the hearing of the claim itself.

The respondent submits that the Motions Judge was correct in making the order below because the decision of September 10, 1990, has undesirable implications for the process by which claims for refugee status are determined by the Refugee Division. A claimant who has already testified at a hearing in support of a claim, will be faced with having to meet a new assertion to the effect that the basis of his or her fear has been removed because of a change of conditions in the country of origin. This would cause prejudice to a claimant because it might encourage the Refugee Division to delay its decisions rather than render them "as soon as possible" as the statute requires. If, instead, the Refugee Division, basing its decision on the evidence it has already heard, ruled in favour of a claimant, the Minister would still be able to initiate proceedings pursuant to subsection 69.2(1) of the Act in light of the change of conditions. That subsection reads:

**69.2 (1)** The Minister may make an application to the Refugee Division for a determination whether any person who was determined under this Act or the regulations to be a Convention refugee has ceased to be a Convention refugee.

On the other hand, as the appellant points out, the purpose of the legislation is to extend the protection

6. Les présentes règles ne sont pas exhaustives et lorsque, au cours d'une procédure, survient une question non prévue par les présentes règles, la section du statut peut prendre les mesures voulues pour la régler dans les meilleurs délais, y compris une instruction approfondie de l'affaire.

En général, les dispositions de l'article 68 confèrent à la section du statut des pouvoirs et lui impose des obligations se rapportant à toutes procédures («*proceedings*») intentées devant elle. Il est manifeste que le législateur a ainsi fait une distinction entre procédures («*proceedings*») et une audience («*hearing*») devant la section du statut, laquelle audience doit être tenue de la manière requise par l'article 69.1 de la Loi. Une «audience» n'est qu'une étape, si importante soit-elle, dans une procédure («*proceeding*») qui est un terme d'une portée plus grande embrassant l'affaire tout entière dont est saisie la section du statut, notamment l'audition de la revendication elle-même.

L'intimée soutient que le juge des requêtes a eu raison de rendre l'ordonnance dont appel, parce que la décision du 10 septembre 1990 entraîne des conséquences peu souhaitables pour le processus qui régit la détermination du statut de réfugié par la section du statut. Un demandeur qui a déjà témoigné à une audience pour étayer une revendication devra faire face à une nouvelle prétention selon laquelle sa crainte n'a plus raison d'être en raison d'un changement de conditions dans le pays d'origine. Cette situation porterait atteinte au droit d'un demandeur, parce qu'elle pourrait encourager la section du statut à retarder ses décisions plutôt que de les rendre «le plus tôt possible» comme l'exige la loi. Si la section du statut, fondant sa décision sur les éléments de preuve qu'elle a déjà entendus, se prononçait plutôt en faveur d'un demandeur, le ministre serait toujours en mesure d'entamer les procédures prévues au paragraphe 69.2(1) de la Loi étant donné le changement de conditions intervenu. Ce paragraphe est ainsi conçu:

**69.2 (1)** Le ministre peut, par avis, demander à la section du statut de déterminer s'il y a ou non perte du statut de réfugié au sens de la Convention par une personne qui s'est vu reconnaître ce statut aux termes de la présente loi ou de ses règlements.

D'autre part, comme le souligne l'appellant, la Loi vise à accorder la protection du statut de «réfugié au

of "Convention refugee" status only to those claimants who may be found by the Refugee Division to fall within the definition on the basis of evidence adduced and of such facts as are noticed pursuant to subsections 68(4) and (5) of the Act. That being so, it is argued that evidence as to change of conditions should be addressed in the same proceedings rather than be left to be addressed in new proceedings initiated by the Minister subsequent to the Refugee Division's determination. It seems to us that there is force to these submissions.

Nor, in our view, was the Refugee Division *functus officio*. It had yet to make a determination of the claim. Until it did, the proceedings were still pending and finality had not been reached. In order to arrive at its decision, the Refugee Division could exercise the powers conferred by and under the statute provided it did so properly by giving the respondent an opportunity to be heard at the reconvened hearing. That it did. Inquiry into any change of conditions in the respondent's homeland comes within the general mandate of the Refugee Division in determining the claim. The Division should be allowed to complete its statutory task.

In our view the issue has already been implicitly decided for this Court in *Lawal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 404, where Hugessen J.A. held for the Court that the only way for the Refugee Division, after the end of a hearing but before decision, to consider new evidence beyond that of which it might take judicial notice was by reopening the hearing, and that it should do so. This Court's decision in *Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 288, relied on by the Motions Judge, applies only where the Refugee Division has already reached a decision. In summary, we can see no basis for finding that the Refugee Division lacked jurisdiction or exceeded its jurisdiction by deciding to reconvene the hearing into the respondent's claim to be a Convention refugee in order to hear evidence of any change of conditions in Panama. In short, no sound reason has been shown to exist for allowing any interference with the decision to reconvene.

sens de la Convention» seulement aux demandeurs dont la section du statut peut conclure qu'ils sont visés par la définition compte tenu des éléments de preuve produits et des faits qui sont admis conformément aux paragraphes 68(4) et (5) de la Loi. Cela étant, il est allégué que la preuve du changement de conditions devrait être examinée dans le cadre des mêmes procédures plutôt que dans de nouvelles procédures engagées par le ministre ultérieurement à la décision de la section du statut. Il nous semble que ces arguments soient fondés.

Nous estimons que la section du statut n'était pas non plus dessaisie de ses fonctions. Elle n'avait pas encore statué sur la revendication. Jusqu'à ce qu'elle l'ait fait, les procédures étaient toujours pendantes et il n'y avait pas encore irrévocabilité. Pour rendre sa décision, la section du statut pouvait exercer les pouvoirs qu'elle tenait de la Loi, pourvu qu'elle le fit de façon appropriée en donnant à l'intimée la possibilité de se faire entendre à la reprise de l'audience, ce qui a été fait. Il relève du mandat général de la section du statut, lorsqu'elle se prononce sur une revendication, de faire enquête sur le changement de conditions survenu dans le pays d'origine de l'intimée. On devrait lui permettre de remplir cette fonction que lui confère la Loi.

À notre avis, la question a déjà été implicitement tranchée pour cette Cour dans l'affaire *Lawal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. 404, où le juge Hugessen, J.C.A., a statué au nom de la Cour que la section du statut, après la fin d'une audience mais avant sa décision, ne pouvait examiner de nouveaux éléments de preuve outre ceux qu'il lui était loisible d'admettre d'office qu'en rouvrant l'audience, et qu'elle devait le faire. L'arrêt rendu par cette Cour dans l'affaire *Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 288, sur laquelle le juge des requêtes s'est appuyé, s'applique seulement lorsque la section du statut est déjà parvenue à une décision. En résumé, nous estimons nullement fondée la conclusion que la section du statut n'avait pas compétence ou a outrepassé sa compétence lorsqu'elle a décidé de reprendre l'audience portant sur la revendication de l'intimée pour entendre des éléments de preuve concernant un changement de conditions au Panama.

For the foregoing reasons the appeal will be allowed with costs, the order of the Trial Division dated December 17, 1991, will be set aside and the respondent's claim for Convention refugee status will be referred back to the Refugee Division for a continuation of the hearing pursuant to its decision of September 10, 1990, for determination in accordance with the provisions of the *Immigration Act* and the regulations made thereunder.

En bref, rien ne justifie que la Cour modifie la décision de reprendre l'audience.

Par ces motifs, l'appel sera accueilli avec dépens, l'ordonnance en date du 17 décembre 1991 de la Section de première instance sera annulée, et la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention faite par l'intimée sera renvoyée à la section du statut pour que celle-ci en poursuive l'audition conformément à sa décision du 10 septembre 1990, en vue d'une décision conforme aux dispositions de la *Loi sur l'immigration* et de son règlement d'application.

T-1478-87

T-1478-87

**Newterm Limited** (*Plaintiff*)**Newterm Limited** (*demanderesse*)

v.

c.

**Mys Budyonnogo and Murmanskrybprom**  
(*First defendants*)

a

**Mys Budyonnogo et Murmanskrybprom**  
(*premiers défendeurs*)

and

et

**Newfoundland Dockyard Company** (*Second defendant*)

b

**Newfoundland Dockyard Company** (*seconde défenderesse*)*INDEXED AS: NEWTERM LTD. v. MYS BUDYONNOGO (THE) (T.D.)*

c

*RÉPERTORIÉ: NEWTERM LTD. c. MYS BUDYONNOGO (LE) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Reed J.—Halifax, April 14; Vancouver, May 22, 1992.

Section de première instance, juge Reed—Halifax, 14 avril; Vancouver, 22 mai 1992.

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Motions to strike out statement of claim for want of jurisdiction — Court's maritime jurisdiction under Federal Court Act, s. 22 at issue — Ship being spraypainted while moored at dock — Damage caused by paint drifting onto 400 cars stored nearby — Whether damage caused by ship "in collision or otherwise" within meaning of s. 22 — That particular cause of action outside enumerated categories of s. 22(2) not determinative of jurisdiction — Test in ITO case applied — Case law reviewed — Operational test should be applied in determining whether damage "caused by a ship" for maritime law purposes — Claim within scope of s. 22(1) as fed by s. 2(1).*

d

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Requêtes en radiation de la déclaration pour défaut de compétence — Compétence maritime de la Cour en vertu de l'art. 22 de la Loi sur la Cour fédérale — Peinture par pulvérisation d'un navire amarré dans un bassin — Dommages causés par les éclaboussures de peinture sur 400 voitures entreposées à proximité — S'agit-il de dommages «causés par un navire, notamment par collision» au sens de l'art. 22? — Le fait qu'une cause d'action donnée ne relève pas d'une des catégories énumérées à l'art. 22(2) n'est pas déterminant quant à la compétence — Application du critère de l'arrêt ITO — Examen de la jurisprudence — Il convient d'adopter un critère fonctionnel afin de décider s'il s'agit, aux fins du droit maritime, de dommages «causés par un navire» — Demande relevant de l'art. 22(1) dont l'art. 2(1) constitue le fondement.*

e

f

*Maritime law — Torts — Whether paint drifting onto parked cars when defendant ship being spraypainted damage "caused by a ship" under Federal Court Act, s. 22(2)(d) — "Damage caused by a ship" when resulting from actions of crew acting under directions of master and integrally related to operation of ship — Activity giving rise to damage herein having close, practical relationship to navigation of vessel and shipping — Plaintiff's claim within Canadian maritime law, supported by constitutionally valid federal law.*

g

h

*Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Il s'agit de savoir si des éclaboussures de peinture sur des voitures entreposées résultant de la pulvérisation du navire défendeur constituent des dommages «causés par un navire» au sens de l'art. 22(2)d) de la Loi sur la Cour fédérale — Les dommages sont «causés par un navire» lorsqu'ils sont le fait de l'équipage agissant sur les instructions du capitaine et sont étroitement reliés à l'exploitation du navire — En l'espèce, les activités ayant donné lieu aux dommages ont un rapport étroit avec la conduite du navire et le transport maritime — La réclamation de la demanderesse relève du droit maritime canadien et s'appuie sur une loi fédérale valide sur le plan constitutionnel.*

Defendants moved under Rule 419 to strike out the statement of claim for want of jurisdiction. Whilst the crew of the defendant ship were spray painting the vessel, moored at the second defendant's dock, paint drifted onto some 400 new cars which were stored nearby, causing damage in the amount of \$200,000. The issue was whether the damage was "caused by a ship either in collision or otherwise" within the meaning of paragraph 22(2)(d) of the *Federal Court Act* and whether the Federal Court had jurisdiction to try this case.

i

j

Les défendeurs se sont portés requérants en vertu de la Règle 419 en vue d'obtenir la radiation de la déclaration pour défaut de compétence. Alors que l'équipage travaillait à la peinture par pulvérisation du navire défendeur amarré dans le bassin de la seconde défenderesse, de la peinture a éclaboussé environ 400 voitures neuves entreposées à proximité, causant des dommages au montant de 200 000 \$. La question en litige était de savoir s'il s'agissait de dommages «causés par un navire, notamment par collision» au sens de l'alinéa 22(2)d) de

*Held*, the motions should be dismissed.

The starting point for any assessment of the scope of Federal Court jurisdiction over maritime matters was the decision of the Supreme Court of Canada in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.* Section 22 of the *Federal Court Act*, which confers jurisdiction on the Federal Court in maritime matters, has two different aspects. First, subsection 22(1) is general in scope while subsection 22(2) is merely illustrative or explanatory. Thus, a finding that a particular cause of action does not fall within any of the enumerated categories of subsection 22(2) is not determinative of the Court's jurisdiction. Second, section 22 is the statutory grant of jurisdiction which satisfies the first requirement of the *ITO* tests. The federal law which nourishes that grant of jurisdiction is subsection 2(1) of the *Federal Court Act* and various other federal statutes such as the *Canada Shipping Act*. To succeed in their motion to strike, the first defendants would have to demonstrate that plaintiff's cause of action does not come within either the grant of statutory jurisdiction set out in section 22 or the law which nourishes that grant of jurisdiction.

There is no basis for the distinction suggested by counsel for the first defendants between the decisions in *Toronto Harbour Commissioners v. The Ship Robert C. Norton et al.*, where no act of navigation was involved, and in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Canadian Stevedoring Co. et al.*, where one was. The decision in the *Toronto Harbour Commissioners* case, in so far as it relates to the Federal Court's maritime jurisdiction is no longer good law in light of the Supreme Court decision in *ITO*. A functional or operational test should be adopted in determining when damage can be said to be "caused by a ship" for maritime law purposes. When a ship is afloat, any damage resulting from actions of the crew acting under directions of her master, if those actions are integrally related to the operation of the ship, should be classified as "damage caused by a ship". As in the *ITO* case, the activity which allegedly gave rise to the damage herein was an integral part of the activity of shipping and had a close, practical relationship to the navigation of the vessel and shipping. That activity was integrally connected to maritime matters since it was performed by the crew on the ship and in relation to the ship presumably under the direction of the master for the purpose of enabling the ship to carry on its navigation operations.

As to the second defendant's argument relating to the constitutional validity of the plaintiff's claim, it was too late to object to it as being unrelated to maritime law in that the claim had been pleaded over and discoveries held. At the very least, the plaintiff would be entitled to amend to plead the claim with more specificity to make it clear that it was based on maritime law. This was a remedy the second defendant has not sought.

la *Loi sur la Cour fédérale* et si la Cour fédérale avait compétence pour connaître de cette affaire.

*Jugement*: Il y a lieu de rejeter les requêtes.

Le point de départ de toute analyse de la portée de la compétence de la Cour fédérale en matière maritime est l'arrêt de la Cour suprême *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*. L'article 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui confère compétence à la Cour fédérale en matière maritime, comporte deux aspects. En premier lieu, le paragraphe 22(1) a une portée générale alors que le paragraphe 22(2) est simplement illustratif ou explicatif. Aussi la conclusion suivant laquelle une cause d'action donnée ne relève pas d'une des catégories énumérées au paragraphe 22(2) n'est pas déterminante quant à la compétence de la Cour. En second lieu, l'article 22 représente l'attribution de compétence correspondant à la première condition exigée suivant les critères de l'arrêt *ITO*. La règle de droit fédérale qui constitue le fondement de cette attribution de compétence est le paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* ainsi que diverses autres lois fédérales, telle la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Pour que leur requête en radiation soit accueillie, les premiers défendeurs doivent établir que la cause d'action de la demanderesse ne relève ni de l'attribution de compétence faite à l'article 22 ni des règles de droit constituant le fondement de cette attribution de compétence.

La distinction que cherche à établir l'avocat des premiers défendeurs entre les arrêts *Toronto Harbour Commissioners v. The Ship Robert C. Norton et al.*, où aucun acte de navigation n'était en cause, et *MacMillan Bloedel Ltd. v. Canadian Stevedoring Co. et al.*, où tel était le cas, ne repose sur aucun fondement. Dans la mesure où il traite de la compétence maritime de la Cour fédérale, l'arrêt *Toronto Harbour Commissioners* ne représente plus correctement l'état du droit compte tenu de l'arrêt *ITO* de la Cour suprême. Il convient d'adopter un critère fonctionnel afin de décider si les dommages, aux fins du droit maritime, ont été «causés par un navire». Lorsqu'un navire est sur l'eau, tout dommage résultant du fait de l'équipage agissant sur les instructions du capitaine, si ces agissements sont étroitement liés au fonctionnement du navire, doit être considéré comme ayant été «causé par un navire». Comme dans l'arrêt *ITO*, l'activité qui aurait donné lieu au dommage faisait partie intégrante des transports maritimes et avait un rapport étroit avec la conduite du navire et le transport maritime. Cette activité était entièrement liée aux affaires maritimes étant donné qu'elle a été exécutée par l'équipage du navire, sur les instructions présumées du capitaine, en liaison avec le navire et en vue d'en assurer la navigabilité.

Quant au moyen qu'invoque la seconde défenderesse relativement à la validité constitutionnelle de la demande de la demanderesse, il était trop tard, après contestation liée et communication de la preuve, pour s'y opposer au motif qu'elle ne relevait pas du droit maritime. À tout le moins, la demanderesse aurait le droit d'amender sa demande de façon à faire clairement ressortir qu'elle s'appuie sur le droit maritime. Or c'était un redressement que la seconde défenderesse n'a pas fait valoir.

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Admiralty Act*, R.S.C. 1952, c. 1, s. 18(2),(3).  
*Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9.  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. <sup>a</sup> by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91, 101.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 22.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 341(a), 419, <sup>b</sup> 474 (as am. by SOR/79-57, s. 14).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## FOLLOWED:

*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 S.C.R. 779; (1991), 80 D.L.R. (4th) 58; 123 N.R. 1.

## NOT FOLLOWED:

*Toronto Harbour Commissioners v. The Ship Robert C. Norton et al.*, [1964] Ex.C.R. 498.

## CONSIDERED:

*Westview Sable Fish Co. et al. v. The Ship "Neekis"* (1986), 31 D.L.R. (4th) 709; 6 F.T.R. 235 (F.C.T.D.); *MacMillan Bloedel Ltd. v. Canadian Stevedoring Co. et al.*, [1969] 2 Ex.C.R. 375.

## REFERRED TO:

*The Minerva*, [1933] P. 224; *Outhouse, Delma C. et al. v. Str. Thorshavn*, [1935] Ex.C.R. 120; [1935] 4 D.L.R. 628; *Currie v. M'Knight*, [1897] A.C. 97 (H.L.); *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330.

MOTIONS brought by the first defendants and the second defendant to have the statement of claim struck out for want of jurisdiction. Motions dismissed.

## COUNSEL:

*John F. Roil, Q.C.*, for plaintiff.  
*James C. Oakley* for first defendants.  
*Edward A. Gores* for second defendant.

## SOLICITORS:

*O'Reilly, Noseworthy*, St. John's, for plaintiff.  
*Noonan, McGrath, Oakley, Orr*, St. John's, for first defendants.

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*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, 101.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 22.  
*Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9.  
*Loi sur l'amirauté*, S.R.C. 1952, ch. 1, art. 18(2),(3).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 341a), 419, 474 (mod. par DORS/79-57, art. 14).

## JURISPRUDENCE

<sup>c</sup> DÉCISIONS SUIVIES:

*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779; (1991), 80 D.L.R. (4th) 58; 123 N.R. 1.

## DÉCISION NON SUIVIE:

*Toronto Harbour Commissioners v. The Ship Robert C. Norton et al.*, [1964] R.C.É. 498.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Westview Sable Fish Co. et autres c. Le navire «Neekis»* (1986), 31 D.L.R. (4th) 709; 6 F.T.R. 235 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *MacMillan Bloedel Ltd. v. Canadian Stevedoring Co. et al.*, [1969] 2 R.C.É. 375.

## DÉCISIONS CITÉES:

*The Minerva*, [1933] P. 224; *Outhouse, Delma C. et al. v. Str. Thorshavn*, [1935] R.C.É. 120; [1935] 4 D.L.R. 628; *Currie v. M'Knight*, [1897] A.C. 97 (H.L.); *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330.

<sup>g</sup> REQUÊTES des premiers défendeurs et de la seconde défenderesse en vue d'obtenir la radiation de la déclaration pour défaut de compétence. Requête rejetée.

<sup>h</sup>

## AVOCATS:

*John F. Roil, c.r.*, pour la demanderesse.  
*James Oakley*, pour les premiers défendeurs.  
*Edward A. Gores*, pour la seconde défenderesse.

<sup>i</sup>

## PROCUREURS:

*O'Reilly, Noseworthy*, St. John's, pour la demanderesse.  
*Noonan, McGrath, Oakley, Orr*, St. John's, pour les premiers défendeurs.

<sup>j</sup>



*Edward A. Gores*, Halifax, for second defendant.

*Edward A. Gores*, Halifax, pour la seconde défenderesse.

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

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

REED J.: Both the first defendants and the second defendant bring motions to have the plaintiff's statement of claim struck out as against them, albeit for different reasons. Both argue that this Court has no jurisdiction to hear the plaintiff's claim.

LE JUGE REED: Les premiers défendeurs et la seconde défenderesse ont tous bien que pour des motifs différents, présenté des requêtes en vue d'obtenir la radiation de la déclaration de la demanderesse. Ils soutiennent que cette Cour n'a pas compétence pour connaître de cette demande.

*Mys Budyonnogo* and *Murmanskrybprom* ("the first defendants") argue that the claim as against them does not come within the scope of the Court's maritime jurisdiction as set out in section 22 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]. They also adopt the second defendant's argument.

*Mys Budyonnogo* et *Murmanskrybprom* («les premiers défendeurs») font valoir que la demande ne relève pas, quant à eux, de la compétence de la Cour en matière maritime telle que définie à l'article 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7]. Ils font également leur l'argumentation de la seconde défenderesse.

Newfoundland Dockyard Company ("the second defendant") argues that this Court has jurisdiction to hear the plaintiff's claim as against the first defendants but that it has no jurisdiction to hear the plaintiff's claim as against the second defendant. It argues that the plaintiff's claim as against the second defendant is a matter of "property and civil rights within the province" and therefore a matter within provincial legislative jurisdiction.

La Newfoundland Dockyard Company («la seconde défenderesse») soutient pour sa part que cette Cour a compétence pour connaître de la demande que la demanderesse fait valoir à l'encontre des premiers défendeurs, mais qu'elle n'a pas compétence à l'égard de la demande dirigée contre elle. À son avis en effet, la réclamation de la demanderesse à son endroit s'inscrit dans la catégorie «la propriété et les droits civils dans la province» et ressortit donc à la compétence législative provinciale.

Both the first and second defendants framed their motions under *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], Rule 419:

Les premiers défendeurs et la seconde défenderesse fondent leurs requêtes sur la Règle 419 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663]:

*Rule 419.* (1) The Court may at any stage of an action order any pleading or anything in any pleading to be struck out, with or without leave to amend, on the ground that

*Règle 419.* (1) La Cour pourra, à tout stade d'une action ordonner la radiation de tout ou partie d'une plaidoirie avec ou sans permission d'amendement, au motif

(a) it discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be,

a) qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou de défense, selon le cas,

(b) it is immaterial or redundant,

b) qu'elle n'est pas essentielle ou qu'elle est redondante,

(c) it is scandalous, frivolous or vexatious,

c) qu'elle est scandaleuse, futile ou vexatoire,

(d) it may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action,

d) qu'elle peut causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action,

(e) it constitutes a departure from a previous pleading, or

e) qu'elle constitue une déviation d'une plaidoirie antérieure, ou

(f) it is otherwise an abuse of the process of the Court, and may order the action to be stayed or dismissed or judgment to be entered accordingly.

f) qu'elle constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour, et elle peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence.

The argument before me however went beyond what is normally addressed under Rule 419(1)(a)—the paragraph usually relied upon when challenging jurisdiction—in that certain admissions additional to the facts stated in the statement of claim were accepted by all counsel as relevant. The substance of the plaintiff's statement of claim is found in paragraphs 4 to 6:

4. That on or about the 23rd day of June, 1987, the First Defendant ship allowed paint and other noxious substances to emanate from the vessel which was moored in the Second Defendant's facility at Berth 37 in the Port of St. John's, Province of Newfoundland, thereby causing damage to motor vehicles stored on the premises of the Plaintiff situated at St. John's aforesaid, for which motor vehicles the Plaintiff is responsible for the maintenance.

5. By virtue of the negligence of the servants and agents of the Defendant ship and/or the Second Defendant, in allowing the paint and other noxious substances to emanate from the Defendant ship and/or the Second Defendant's facility, the Plaintiff has suffered damages, particulars of which are as follows:

Damage to 402 Automobiles	\$200,000.00
---------------------------	--------------

6. The Plaintiff's claim is against the Defendants for damage caused by the Defendant ship and/or the Second Defendant in the amount of Two hundred thousand dollars (\$200,000.00).

Since the filing of the statement of claim on June 30, 1987, the first defendants filed their defence on July 30, 1987, and an amended defence on September 28, 1987; the second defendant filed its defence on October 15, 1987; there have been third party actions and counterclaims; discoveries have been held.

All counsel now agree that what occurred on June 23, 1987, was that the crew of the vessel, *Mys Budyonngo* were engaged in spray painting part of the vessel and equipment thereon while the vessel was moored at the second defendant's dock. (There were no other noxious substances emanating from the vessel, other than the paint.) Some of the paint drifted onto approximately 400 new cars which were stored nearby awaiting trans-shipment to dealers.

Counsel for the first defendants argues that these facts are sufficient to demonstrate that the damage, if any, caused by the spray paint to the cars cannot be classified as having been caused by a ship and there-

L'argumentation qui m'a été présentée, toutefois, va au-delà de celle qu'on fait normalement valoir dans le cadre de la Règle 419(1)(a)—alinéa sur lequel repose habituellement la contestation de la compétence de la Cour—en ce que les avocats ont tous reconnu la pertinence de certains aveux s'ajoutant aux faits énoncés dans la déclaration. Les éléments essentiels de celle-ci se retrouvent aux paragraphes 4 à 6:

[TRADUCTION] 4. Le ou vers le 23 juin 1987, de la peinture et d'autres substances nocives se sont échappées du navire premier défendeur alors qu'il était amarré au poste de mouillage 37 des installations de la seconde défenderesse, dans le port de St. John's, à Terre-Neuve, causant ainsi des dommages aux véhicules moteurs entreposés sur les terrains de la demanderesse situés dans ladite ville de St. John's et de l'entretien desquels la demanderesse est responsable.

5. En raison de la négligence des préposés et mandataires du navire défendeur et/ou de la seconde défenderesse qui ont laissé de la peinture ou d'autres substances nocives s'échapper du navire défendeur et/ou des installations de la seconde défenderesse, la demanderesse a subi les dommages suivants:

Dommages causés à 402 automobiles	200 000 \$
-----------------------------------	------------

6. La demanderesse réclame des défendeurs la somme de deux cent mille dollars (200 000 \$) pour les dommages causés par le navire défendeur et/ou la seconde défenderesse.

Après le dépôt de la déclaration le 30 juin 1987, les premiers défendeurs ont produit leur défense le 30 juillet 1987, ainsi qu'une défense amendée le 28 septembre 1987; la seconde défenderesse a quant à elle produit sa défense le 15 octobre 1987; il y a eu des mises en cause et demandes reconventionnelles de même que des interrogatoires au préalable.

Les avocats s'entendent maintenant tous sur les faits survenus le 23 juin 1987, savoir que l'équipage du navire *Mys Budyonngo* travaillait à la peinture par pulvérisation d'une partie du navire et de l'équipement qui s'y trouvait alors que le navire était amarré dans le bassin de la seconde défenderesse. (Hormis la peinture, il n'y a pas eu émanation d'autres substances nocives.) Environ 400 voitures neuves qui étaient entreposées à proximité en attendant leur expédition aux distributeurs ont été éclaboussées par la peinture.

L'avocat des premiers défendeurs allègue que ces faits suffisent à établir que le dommage ainsi causé aux voitures par la peinture ne peut être considéré comme ayant été causé par un navire et qu'en consé-

fore this Court has no jurisdiction. The second defendant, as has been noted argued that the claim against it is based on a negligence claim which is grounded in law falling within provincial not maritime (or federal) jurisdiction.

It may be that the present motions should more properly have been brought under either Rule 341(a) or Rule 474 [as am. by SOR/79-57, s. 14] of the *Federal Court Rules*, rather than under Rule 419, but in any event I will deal with the arguments which have been made.

### Section 22 of the *Federal Court Act*

It is agreed that the starting point for any assessment of the scope of this Court's jurisdiction over maritime matters is the Supreme Court decision in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752. In that case, it was held that for the Federal Court to have jurisdiction over a proceeding there must be: (i) a statutory grant of jurisdiction to the Court by Parliament; (ii) an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction; and (iii) the law on which the case is based must be "a law of Canada" as that phrase is used in section 101 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 federal law which nourishes the grant of jurisdiction must be constitutionally valid).

In maritime matters, jurisdiction is conferred on the Federal Court by section 22 of the *Federal Court Act*:

22. (1) The Trial Division has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

quence cette Cour n'a pas compétence. Quant à la seconde défenderesse, elle soutient, avons-nous dit, que l'action dirigée contre elle est fondée sur la négligence, domaine de droit relevant non pas de la compétence maritime (ou fédérale), mais de la compétence provinciale.

Peut-être aurait-il convenu que les présentes requêtes soient présentées en vertu des Règles 341(a) ou 474 [mod. par DORS/79-57, art. 14] des *Règles de la Cour fédérale*, plutôt qu'en vertu de la Règle 419. Quoi qu'il en soit, je vais disposer des arguments qui ont été présentés.

### Article 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*

Il est reconnu que le point de départ de toute analyse de la portée de la compétence de cette Cour en matière maritime est l'arrêt de la Cour suprême *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autres*, [1986] 1 R.C.S. 752. Dans cette affaire, on a jugé que pour que la Cour fédérale puisse connaître d'une action, les conditions suivantes doivent être remplies: (i) il faut qu'il y ait attribution de compétence à la Cour par une loi du Parlement; (ii) il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence; et (iii) la loi invoquée dans l'affaire doit être une «loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'article 101 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] (la loi fédérale qui constitue le fondement de l'attribution de la compétence doit être valide sur le plan constitutionnel).

En matière maritime, la Cour fédérale tire sa compétence de l'article 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*:

22. (1) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les cas—opposant notamment des administrés—où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d'une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, sauf attribution expresse contraire de cette compétence.

(2) Without limiting the generality of subsection (1), it is hereby declared for greater certainty that the Trial Division has jurisdiction with respect to any one or more of the following:

(a) any claim with respect to title, possession or ownership of a ship or any part interest therein or with respect to the proceeds of sale of a ship or any part interest therein;

(b) any question arising between co-owners of a ship with respect to possession, employment or earnings of a ship;

(c) any claim in respect of a mortgage or hypothecation of, or charge on, a ship or any part interest therein or any charge in the nature of bottomry or respondentia for which a ship or part interest therein or cargo was made security;

(d) any claim for damage or for loss of life or personal injury caused by a ship either in collision or otherwise;

(e) any claim for damage sustained by, or for loss of, a ship including, without restricting the generality of the foregoing, damage to or loss of the cargo or equipment of, or any property in or on or being loaded on or off, a ship;

(f) any claim arising out of an agreement relating to the carriage of goods on a ship under a through bill of lading or in respect of which a through bill of lading is intended to be issued, for loss or damage to goods occurring at any time or place during transit;

(m) any claim in respect of goods, materials or services wherever supplied to a ship for the operation or maintenance of the ship, including, without restricting the generality of the foregoing, claims in respect of stevedoring and lighterage;

(n) any claim arising out of a contract relating to the construction, repair or equipping of a ship;

(o) any claim by a master, officer or member of the crew of a ship for wages, money, property or other remuneration or benefits arising out of his employment;

(p) any claim by a master, charterer or agent of a ship or shipowner in respect of disbursements, or by a shipper in respect of advances, made on account of a ship;

(q) any claim in respect of general average contribution;

(r) any claim arising out of or in connection with a contract of marine insurance; and

(s) any claim for dock charges, harbour dues or canal tolls including, without restricting the generality of the foregoing, charges for the use of facilities supplied in connection therewith.

(3) For greater certainty, it is hereby declared that the jurisdiction conferred on the Court by this section is applicable

(a) in relation to all ships, whether Canadian or not and wherever the residence or domicile of the owners may be;

(2) Il demeure entendu que, sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), la Section de première instance a compétence dans les cas suivants:

a) une demande portant sur les titres de propriété ou la possession, en tout ou en partie, d'un navire ou sur le produit, en tout ou en partie, de la vente d'un navire;

b) un litige entre les co-propriétaires d'un navire quant à la possession ou à l'affectation d'un navire ou aux recettes en provenant;

c) une demande relative à un prêt à la grosse ou à une hypothèque, un privilège ou une sûreté maritimes grevant tout ou partie d'un navire ou sa cargaison;

d) une demande d'indemnisation pour décès, dommages corporels ou matériels causés par un navire, notamment par collision;

e) une demande d'indemnisation pour l'avarie ou la perte d'un navire, notamment de sa cargaison ou de son équipement ou de tout bien à son bord ou en cours de transbordement;

f) une demande d'indemnisation, fondée sur une convention relative au transport par navire de marchandises couvertes par un connaissement direct ou devant en faire l'objet, pour la perte ou l'avarie de marchandises en cours de route;

m) une demande relative à des marchandises, matériels ou services fournis à un navire pour son fonctionnement ou son entretien, notamment en ce qui concerne l'acconage et le gabarage;

n) une demande fondée sur un contrat de construction, de réparation ou d'équipement d'un navire;

o) une demande formulée par un capitaine, un officier ou un autre membre de l'équipage d'un navire relativement au salaire, à l'argent, aux biens ou à toute autre forme de rémunération ou de prestations découlant de son engagement;

p) une demande d'un capitaine, affréteur, mandataire ou propriétaire de navire relative aux débours faits pour un navire, et d'un expéditeur concernant des avances faites pour un navire;

q) une demande relative à la contribution à l'avarie commune;

r) une demande fondée sur un contrat d'assurance maritime ou y afférente;

s) une demande de remboursement des droits de bassin, de port ou de canaux, notamment des droits perçus pour l'utilisation des installations fournies à cet égard.

(3) Il est entendu que la compétence conférée à la Cour par le présent article s'étend:

a) à tous les navires, canadiens ou non, quel que soit le lieu de résidence ou le domicile des propriétaires;

(b) in relation to all aircraft where the cause of action arises out of paragraphs (2)(j) to (l), whether those aircraft are Canadian or not and wherever the residence or domicile of the owners may be;

(c) in relation to all claims, whether arising on the high seas or within the limits of the territorial, internal or other waters of Canada or elsewhere and whether those waters are naturally navigable or artificially made so, including, without restricting the generality of the foregoing, in the case of salvage, claims in respect of cargo or wreck found on the shore of those waters; and

(d) in relation to all mortgages or hypothecations of, or charges by way of security on, a ship, whether registered or not, or whether legal or equitable, and whether created under foreign law or not. [Underlining added.]

It is important to note two aspects of section 22. The first is that subsection 22(1) is general in scope and subsection 22(2) merely an illustrative or explanatory listing of the kinds of matters which fall within subsection 22(2). Thus, a finding that a particular cause of action does not fall within any of the enumerated categories of subsection 22(2) is not determinative of this Court's jurisdiction.

The second aspect to note is that section 22 is the statutory grant of jurisdiction which fills the first requirement of the *ITO* tests. Section 22 is not the federal law which nourishes that grant of jurisdiction. That requirement is fulfilled by subsection 2(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1] of the *Federal Court Act*<sup>1</sup> and by various other federal statutes such as the *Canada Shipping Act* [R.S.C., 1985, c. S-9].

Subsection 2(1) of the *Federal Court Act* provides:

2. (1) . . .

“Canadian maritime law” means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*, chapter A-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970, or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this Act or any other Act of Parliament;

<sup>1</sup> *ITO*, at pp. 772-773.

b) à tous les aéronefs, canadiens ou non, quel que soit le lieu de résidence ou le domicile des propriétaires, lorsque le droit d'action découle des alinéas (2)j) à l);

c) à toutes les demandes, que les faits y donnant lieu se soient produits en haute mer ou dans les limites des eaux territoriales, intérieures ou autres du Canada ou ailleurs et que ces eaux soient naturellement ou artificiellement navigables, et notamment, dans le cas de sauvetage, aux demandes relatives aux cargaisons ou épaves trouvées sur les rives de ces eaux;

d) à toutes les hypothèques ou tous les privilèges donnés en garantie sur un navire—enregistrés ou non et reconnus en droit ou en équité—qu'ils relèvent du droit canadien ou du droit étranger. [Soulignement ajouté.]

Il importe de souligner deux aspects de l'article 22. Le premier est que le paragraphe 22(1) a une portée générale et que le paragraphe 22(2) n'est qu'une énumération, à titre illustratif ou explicatif, de catégories de sujets relevant du paragraphe 22(2). La conclusion qu'une cause d'action donnée ne relève pas d'une des catégories énumérées au paragraphe 22(2) n'est donc pas déterminante quant à la compétence de cette Cour.

Le second aspect qu'il convient de souligner est que l'article 22 représente l'attribution de compétence correspondant à la première condition exigée selon les critères de l'arrêt *ITO*. Ce n'est pas la règle de droit fédérale qui constitue le fondement de cette attribution de compétence. Cette condition est remplie par le paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1] de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>1</sup> ainsi que par diverses autres lois fédérales, telle la *Loi sur la marine marchande du Canada* [L.R.C. (1985), ch. S-9].

Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* dispose:

2. (1) . . .

«droit maritime canadien» Droit—compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale—dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté, aux termes de la *Loi sur l'amirauté*, chapitre A-1 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.

<sup>1</sup> *ITO*, aux p. 772 et 773.

To succeed in their motion to strike, the first defendants must demonstrate that the plaintiff's cause of action does not come within either the grant of statutory jurisdiction set out in section 22 or does not come within the law which nourishes that grant of jurisdiction. Also, if the law which allegedly nourishes the grant of jurisdiction is *ultra vires* the legislative authority of Parliament because it does not relate to a subject matter set out in section 91 of the *Constitution Act, 1867* the motion to strike should be granted.

The first defendants argue that the facts which have been established cannot lead to a conclusion that the claim in question comes within this Court's jurisdiction because the damage (if any) was not "caused by a ship". Counsel argues that in order for there to be "damage caused by a ship", the ship must be the instrumentality of the damage and there must be some act or manoeuvre of navigation involved. He agrees that, if some part of the ship had fallen off and fallen on top of the cars, this would be damage caused by a ship: see, for example, *The Minerva*, [1933] P. 224 and *MacMillan Bloedel Ltd. v. Canadian Stevedoring Co. et al.*, [1969] 2 Ex.C.R. 375. He agrees that if oil or smoke had escaped from the ship and damage had thereby been caused that this would be damage caused by the ship: see, for example *Out-house, Delma C. et al. v. Str. Thorshavn*, [1935] Ex.C.R. 120. It is argued, however, that in this case the actions were the actions of the crew not the ship.

Heavy reliance is placed by counsel for the first defendants on this Court's decision in *Westview Sable Fish Co. et al. v. The Ship "Neekis"* (1986), 31 D.L.R. (4th) 709 (F.C.T.D.). That case concerned an action *in rem* and the setting aside of a warrant for arrest, not this Court's general admiralty jurisdiction. That case dealt with damage caused to a plaintiff as a result of fishing traps allegedly being taken by the crew of the defendant ship and used by that crew for their own fishing activities. The Court concluded at page 711 that there was no *in rem* jurisdiction because there was no damage related to navigation which could in some way sustain an action *in rem*:

Pour que leur requête en radiation soit accueillie, les premiers défendeurs doivent établir que la cause d'action de la demanderesse ne relève ni de l'attribution de compétence faite à l'article 22 ni des règles de droit constituant le fondement de cette attribution de compétence. Il y a lieu, en outre, d'accueillir la requête si la règle de droit censée constituer le fondement de l'attribution de compétence est *ultra vires* de l'autorité législative du Parlement parce qu'elle ne se rapporte pas à une catégorie de sujets énumérée à l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Les premiers défendeurs soutiennent qu'on ne peut conclure des faits établis que la demande relève de la compétence de cette Cour puisque les dommages, si dommages il y a, n'ont pas été «causés par un navire». Leur avocat fait valoir que pour qu'il y ait dommages «causés par un navire», le navire doit avoir été l'instrument du dommage et qu'il doit y avoir eu un acte ou une manoeuvre quelconque de navigation. Il convient que si une partie du navire était tombée, en se détachant, sur le toit des voitures, il s'agirait là d'un dommage causé par un navire: voir, par exemple les arrêts *The Minerva*, [1933] P. 224 et *MacMillan Bloedel Ltd. v. Canadian Stevedoring Co. et al.*, [1969] 2 R.C.É. 375. Il reconnaît que si de l'huile ou de la fumée s'était échappée du navire et que des dommages avaient ainsi été causés, il s'agirait encore là de dommages causés par un navire: voir, par exemple, *Outhouse, Delma C. et al. v. Str. Thorshavn*, [1935] R.C.É. 120. En l'espèce, soutient-il toutefois, il s'agissait du fait de l'équipage et non de celui du navire.

L'avocat des premiers défendeurs a attaché beaucoup d'importance à l'arrêt de cette Cour *Westview Sable Fish Co. et autres c. Le navire «Neekis»* (1986), 31 D.L.R. (4th) 709 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Il s'agissait dans cette affaire d'une action *in rem* et de l'annulation d'un mandat de saisie, et non de la compétence générale de cette Cour en matière d'amirauté. La demanderesse y réclamait des dommages-intérêts pour l'appropriation et l'utilisation d'engins de pêche par les membres d'équipage du navire défendeur. La Cour a conclu, à la page 711, qu'elle n'avait pas compétence quant à l'action *in rem* en raison de l'absence de dommages liés à la navigation susceptibles de donner de quelque façon ouverture à une action *in rem*:

“The ultimate goal of the navigating of the ship is the principle upon which the extraordinary remedy of the action *in rem* must find its basis.” In these particular circumstances I am not satisfied that the allegations contained in the statement of claim can sustain this approach. Based on all the authorities there is no basis for a maritime lien and an action *in rem* arising from the entanglement of nets, cutting of lines or the conversion of gear. The plaintiff undoubtedly has an action against those who stole his fishing nets but the actions can only proceed *in personam* against those who committed the acts. [Underlining added.]

Counsel for the second defendant and counsel for the plaintiff argue that the *Westview Sable* case is one which is very dependent on its particular facts. It is argued that, clearly, in the mind of the presiding judge, the situation was one in which the crew had stolen the fishing gear in question and in that sense were off on a frolic of their own. They argue that drawing a distinction between lumber falling off a ship, oil escaping or the paint which drifted in this case is an artificial one. They argue that no ship ever causes damage except as a result of the actions of its crew under the directions of its master and that the spray painting activity in question was of this nature. What is more, the painting was being done in order to ensure the ship’s continued seaworthiness and thus it was integrally related to the operation of the ship.

Counsel for the first defendants argues that if there is not some more direct physical linkage to navigation than exists here, damage which is caused, for example, by a ship being pulled over land, and falling off a lorry would be “damage caused by a ship”, or damage resulting from the painting of a ship in dry dock by dry dock employees would be “damage caused by a ship”. Counsel for the first defendants argues that the proper distinction can be ascertained by comparing the decisions in *Toronto Harbour Commissioners v. The Ship Robert C. Norton, et al.*, [1964] Ex.C.R. 498 and *MacMillan Bloedel Ltd. v. Canadian Stevedoring Co., et al.*, [1969] 2 Ex.C.R. 375. In the first case a cargo of scrap iron which had been unloaded from a ship onto a pier was too heavy for the pier and the pier collapsed. (I find no description in that case as to whether the cargo was unloaded by stevedores or by the ship’s crew acting under direction of the master.) It was held that the damage

[TRADUCTION] «L’objectif ultime qui est de faire naviguer le navire est le principe sur lequel doit se fonder le recours extraordinaire de l’action *in rem*». Je ne suis pas convaincu, en l’espèce, que les allégations contenues dans la déclaration peuvent aller dans ce sens. Selon la jurisprudence qui prévaut, l’existence d’un privilège maritime et d’une action *in rem* découlant de l’enchevêtrement de filets, du sectionnement de lignes ou de l’appropriation illicite d’appareils n’est pas fondée. La demanderesse a, sans aucun doute, un droit d’action contre ceux qui volent ses filets de pêche, mais cette action ne peut être intentée que *in personam* contre les auteurs de ces actes. [Soulignement ajouté.]

L’avocat de la seconde défenderesse et celui de la demanderesse font valoir que l’arrêt *Westview Sable* est un cas d’espèce très particulier. Ils soutiennent qu’aux yeux du président de l’audience, il était très clair que les membres d’équipage avaient volé les engins de pêche en cause et qu’ils avaient en ce sens agi de leur propre initiative. À leur avis, il est artificiel d’établir une distinction entre la chute de bois d’un navire, la fuite d’huile ou les éclaboussures de peinture en l’espèce. Ils expliquent qu’aucun navire ne peut en soi causer de dommages, sinon par suite des agissements de son équipage sur les instructions du capitaine, et que la peinture par pulvérisation faisait partie de ces agissements. Qui plus est, la peinture était appliquée en vue d’assurer la navigabilité permanente du navire et était donc entièrement liée à son fonctionnement.

L’avocat des premiers défendeurs allègue qu’il faudrait un lien physique plus direct que celui qui existe en l’espèce. Ainsi, le dommage causé par un navire remorqué sur la terre ferme et tombant d’un camion serait «causé par un navire», de même que le dommage résultant de la peinture d’un navire en cale sèche par les employés de la cale. Selon lui, la distinction qu’il convient d’établir ressort de la comparaison des arrêts *Toronto Harbour Commissioners v. The Ship Robert C. Norton, et al.*, [1964] R.C.É 498 et *MacMillan Bloedel Ltd. v. Canadian Stevedoring Co., et al.*, [1969] 2 R.C.É. 375. Dans le premier cas, un quai s’était effondré sous le poids d’une cargaison de ferraille qui y avait été déchargée d’un navire. (Rien dans l’arrêt n’indique si la cargaison avait été déchargée par des manutentionnaires ou par l’équipage du navire agissant sur les instructions du capitaine.) On a jugé que le dommage n’était pas un «dommage causé par un navire» au sens du para-

was not “damage done by a ship” under subsection 18(2) of the *Admiralty Act*<sup>2</sup> [R.S.C. 1952, c. 1]. In *MacMillan Bloedel* damage was caused as a result of a ship rolling from side to side as it was being loaded. Lumber was thereby thrown from the ship’s deck on to the wharf causing damage to the wharf. It was held that the claim related to “damage done by a ship” and was properly a matter within the jurisdiction of the Exchequer Court. In reaching his decision, President Jackett in the *MacMillan Bloedel* case said the following at pages 386-387:

The function of a freight vessel is to receive goods, carry them and discharge them. During all of the time that it is performing such functions, a ship is afloat in water and must be so managed and controlled as to make possible the achievement of her function.

If this is so, there seems to be no reason why an action against the person who is alleged to have been in charge of loading the vessel would not equally fall within that provision. As I read the allegations . . . In effect, according to the allegation, this defendant was in the same position as the master or the chief officer would have been if one of them had been in charge of the loading of the vessel.

It is argued that the distinction between the *Toronto Harbour Commissioners* case and the *MacMillan Bloedel* case is that in the first no act of navigation was involved while in the second, one was. I have trouble accepting that distinction. On reading the *Toronto Harbour Commissioners* case it is not clear to me exactly who was in control of the loading of the scrap metal onto the pier. If in both cases the loading or unloading was under the charge of the master (or similar person in control) and the crew, then it is difficult to see why a distinction should exist. In any event, that decision in so far as it relates to this Court’s maritime jurisdiction is clearly no longer good law in the light of the Supreme Court decision in *ITO*.

<sup>2</sup> In addition it was held that the claim did not come within s. 18(3) of the *Admiralty Act* as “relating to the carriage of goods in a ship”, since it related to what had been unloaded from a ship rather than carried in a ship. It was held that the Court had no jurisdiction to hear the claim (either against the ship or against the Warehouse Metals Ltd. those having control over the placing of the cargo on the pier).

graphe 18(2) de la *Loi sur l’amirauté*<sup>2</sup> [S.R.C. 1952, ch. 1]. Dans l’affaire *MacMillan Bloedel*, le dommage avait été causé par le roulis du navire au moment du chargement. Du bois était tombé du pont du navire, endommageant le quai. On a jugé que la demande se rapportait à un «dommage causé par un navire» et relevait à bon droit de la compétence de la Cour de l’Échiquier. En rendant sa décision, le président Jackett s’est exprimé ainsi aux pages 386 et 387:

[TRADUCTION] Le cargo est un navire destiné à la réception des marchandises, à leur transport ainsi qu’à leur déchargement. En tout temps lorsqu’il sert à ces diverses utilisations, le navire est sur l’eau et doit être exploité et surveillé de telle sorte qu’il puisse servir à ces fins.

S’il en est ainsi, il ne semble y avoir aucune raison pour qu’une action formée contre la personne censément responsable du chargement du navire ne soit pas également visée par cette disposition. Si je comprends bien les allégations . . . Suivant les allégations en effet, le défendeur se trouvait dans la même position que celle où se serait trouvé le capitaine ou le second si l’un d’eux avait été responsable du chargement du navire.

On allègue que l’affaire *Toronto Harbour Commissioners* se distingue de l’affaire *MacMillan Bloedel* en ce qu’aucun acte de navigation n’était en cause dans la première contrairement à la seconde. Cette distinction me semble difficilement acceptable. À la lecture de l’arrêt *Toronto Harbour Commissioners* en effet, l’identité du responsable du déchargement de la ferraille sur le quai ne m’apparaît pas évidente. Si, dans les deux cas, le chargement ou le déchargement était sous la responsabilité du capitaine (ou de la personne assumant la même autorité) et de l’équipage, il est difficile de voir en quoi une distinction est justifiée. En tout état de cause, dans la mesure où elle traite de la compétence maritime de cette Cour, cette décision ne représente plus correctement l’état du droit compte tenu de l’arrêt *ITO* de la Cour suprême.

<sup>2</sup> On a aussi jugé que la demande ne relevait pas du paragraphe 18(3) de la *Loi sur l’amirauté* comme étant «relatives au transport de marchandises dans un navire», vu qu’elle se rapportait davantage à des marchandises déchargées d’un navire qu’à des marchandises transportées dans un navire. On a estimé que la Cour n’avait pas compétence pour connaître de la demande (que ce soit contre le navire ou contre la société Warehouse Metals Ltd. qui était responsable de la mise en place des marchandises sur le quai).



It also can be noted that the *Toronto Harbour Commissioners* case and some of the earlier United Kingdom cases<sup>3</sup>, which are often cited, were decided by reference to a statutory provision which referred to “damage done by a ship”. While the distinction does at first glance seem slight, that wording may have a more restrictive scope than the present paragraph 22(2)(d): “damage” caused by a ship either in collision or otherwise [underlining added]. I place little reliance however on this.

In any event, it seems to me that counsel for the plaintiff and the second defendant are right in suggesting that one should adopt a functional or operational test in determining when damage can be said to be “caused by a ship” for maritime law purposes. When the ship is afloat, the damage is the result of actions of the crew acting under directions of its master and those actions are integrally related to the operation of the ship, then the damage should be classified as “damage caused by a ship”. This is an attractive formulation of the appropriate distinction.

While I have canvassed counsel’s arguments respecting “damage caused by a ship”, I am not convinced that I have to decide that particular issue in order to dispose of this application. As was noted at the beginning of these reasons, the motion before me relates to the maritime jurisdiction of this Court, not whether or not an *in rem* action lies. For the purposes of deciding the former, in my view, all that I need decide is whether or not the claim in question comes within the scope of subsection 22(1) as fed by subsection 2(1). I am convinced that it does. In the *ITO* case, Mr. Justice McIntyre wrote, at page 774:

<sup>3</sup> For example, *Currie v. M’Knight*, [1897] A.C. 97 (H.L.), (at pp. 106-107):

I think it is of the essence of the rule that the damage in respect of which a maritime lien is admitted must be either the direct result of the natural consequence of a wrongful act or manœuvre of the ship to which it attaches. Such an act or manœuvre is necessarily due to the want of skill or negligence of the persons by whom the vessel is navigated; but it is, in the language of maritime law, attributed to the ship because the ship in their negligent or unskilful hands is the instrument which causes the damage.

Soulignons également que l’affaire *Toronto Harbour Commissioners* et certaines affaires antérieures du Royaume-Uni<sup>3</sup> souvent citées, ont été tranchées eu égard à une disposition législative où il était question, dans le texte anglais, de «*damage done by a ship*». Bien qu’au premier abord la différence puisse sembler mince, il se peut que cette formulation soit plus restrictive que l’actuel alinéa 22(2)d) où il est question de dommages «*causés par un navire*», notamment [c’est moi qui souligne] par collision. J’attache toutefois peu d’importance à ce point.

Quoi qu’il en soit, il me semble que l’avocat de la demanderesse et celui de la seconde défenderesse ont raison de préconiser l’adoption d’un critère fonctionnel afin de décider si des dommages ont été, aux fins du droit maritime, «causés par un navire». Lorsqu’un navire est sur l’eau et que le dommage résulte du fait de l’équipage agissant sur les instructions du capitaine, lesquels agissements sont entièrement liés au fonctionnement du navire, le dommage doit alors être considéré comme ayant été «causé[ . . . ] par un navire». Voilà une formulation intéressante de la distinction qu’il convient d’établir.

Bien que j’aie examiné les prétentions des avocats relativement aux dommages «causés par un navire», je ne suis pas convaincue qu’il me faille trancher cette question afin de disposer de la présente requête. Comme je l’ai souligné au début de ces motifs, la question dont je suis saisie concerne la compétence de cette Cour en matière maritime, et non celle de savoir s’il y a ouverture à une action *in rem*. Pour trancher la première question, le seul point sur lequel je dois statuer est à mon avis de savoir si la demande en cause relève du paragraphe 22(1) dont le paragraphe 2(1) constitue le fondement. Or, j’ai la con-

<sup>3</sup> Par exemple, *Currie v. M’Knight*, [1897] A.C. 97 (H.L.), (aux p. 106 et 107):

[TRADUCTION] J’estime que l’élément essentiel de la règle est que le dommage à l’égard duquel un privilège maritime est admis doit être le résultat direct ou la conséquence naturelle de la manœuvre ou de l’acte fautifs du navire auquel ils se rattachent. Cet acte ou cette manœuvre sont forcément imputables à l’inhabilité ou à la négligence des personnes responsables de la conduite du navire; mais, en termes de droit maritime, la responsabilité en incombe au navire parce que c’est lui qui, entre leurs mains négligentes ou inexpérimentées, cause le dommage.

viction que tel est bien le cas. Dans l'arrêt *ITO*, le juge McIntyre a écrit à la page 774:

I would agree that the historical jurisdiction of the Admiralty courts is significant in determining whether a particular claim is a maritime matter within the definition of Canadian maritime law in s. 2 of the *Federal Court Act*. I do not go so far, however, as to restrict the definition of maritime and admiralty matters only to those claims which fit within such historical limits. An historical approach may serve to enlighten, but it must not be permitted to confine. In my view the second part of the s. 2 definition of Canadian maritime law was adopted for the purpose of assuring that Canadian maritime law would include an unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters. As such, it constitutes a statutory recognition of Canadian maritime law as a body of federal law dealing with all claims in respect of maritime and admiralty matters. Those matters are not to be considered as having been frozen by *The Admiralty Act, 1934*. On the contrary, the words "maritime" and "admiralty" should be interpreted within the modern context of commerce and shipping.

The *ITO* case involved the negligence of a stevedore-terminal operator in the short term storing of goods within the port area pending delivery to the consignee. It was held that this was an integral part of carrying on the activity of shipping and had a "close, practical relationship" to the performance of the "contract of carriage". Similarly in this case the activity which allegedly gave rise to damage is an integral part of the activity of shipping and has a close, practical relationship to the navigation of the vessel and shipping.

Mr. Justice Iacobucci in *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 S.C.R. 779 referred to the *ITO* decision as follows [at pages 795-796]:

Reduced to their essentials for purposes of this appeal, the reasoning and conclusions of McIntyre J. were as follows (at pp. 774-776):

(1) The second part of the s. 2 definition of Canadian maritime law provides an unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters which should not be historically confined or frozen, and "maritime" and "admiralty" should be interpreted within the modern context of commerce and shipping.

(2) Canadian maritime law is limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*, such that, in determining whether or not any particular case involves a maritime or admiralty matter, encroachment on what is in pith and substance a matter falling within s. 92 of the *Constitution Act* is to be avoided.

Je suis d'accord pour dire que la compétence historique des cours d'amirauté est importante pour déterminer si une demande particulière est une matière maritime au sens qu'en donne la définition du droit maritime canadien que l'on trouve à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Je n'irais pas cependant jusqu'à limiter la définition de matière maritime et d'amirauté aux seules demandes qui cadrent avec ces limites historiques. Une méthode historique peut servir à éclairer, mais ne saurait autoriser à limiter. À mon avis, la seconde partie de la définition que donne l'art. 2 du droit maritime canadien a été adoptée afin d'assurer que le droit maritime canadien comprenne une compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté. À ce titre, elle constitue une reconnaissance légale du droit maritime canadien comme ensemble de règles de droit fédérales portant sur toute demande en matière maritime et d'amirauté. On ne saurait considérer ces matières comme ayant été figées par la *Loi d'amirauté, 1934*. Au contraire, les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau.

L'affaire *ITO* mettait en cause la négligence dont aurait fait preuve un manutentionnaire acconier dans l'entrepôt à court terme de marchandises à l'intérieur de la zone portuaire, en attendant leur livraison au destinataire. On a jugé que la manutention était partie intégrante des transports maritimes et qu'elle avait un «rapport étroit» avec l'exécution du «contrat de transport». De même en l'espèce, l'activité qui aurait donné lieu au dommage fait partie intégrante des transports maritimes et a un rapport étroit avec la conduite du navire et le transport maritime.

Le juge Iacobucci s'est reporté en ces termes à l'affaire *ITO* dans l'arrêt *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779 [aux pages 795 et 796]:

Réduits à leurs éléments essentiels aux fins du présent pourvoi, le raisonnement et les conclusions du juge McIntyre sont les suivants (aux pages 774 à 776):

(1) La seconde partie de la définition du droit maritime canadien à l'article 2 prévoit une compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté, qu'une méthode historique ne saurait autoriser à limiter ni à figer; au contraire, les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau.

(2) Le droit maritime canadien n'est limité que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*, de sorte qu'en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime ou d'amirauté, on doit éviter d'empiéter sur ce qui constitue, de par son caractère véritable, une matière relevant de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle*.

(3) The test for determining whether the subject matter under consideration is within maritime law requires a finding that the subject matter is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal competence.

(4) The “connecting factors” with maritime law were the proximity of the terminal operation to the port of Montréal, the connection between the terminal operator in activities within the port area and the contract of carriage by sea, and the fact that the storage in issue in the case was short term pending final delivery to the consignee, Miida.

McIntyre J. then concluded that the claims of Miida were within the Federal Court’s jurisdiction.

Applying the principles and approach of *ITO* to the case at bar, one must begin by asking whether the claims made by Monk are so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal competence. [Underlining added.]

In the *Monk* case it was held that an action for the recovery of costs as a result of an excess quantity of cargo being delivered, demurrage costs and the costs of shore cranes used to unload cargo was within the ambit of Canadian maritime law and the Federal Court’s jurisdiction. The activities to which the claims related were integrally connected to maritime matters.

Similarly, in the present case, the activity which gave rise to the statement of claim was integrally connected to maritime matters. It was performed by the crew on the ship and in relation to the ship presumably under the direction of the master for the purpose of enabling the ship to carry on its navigation operations.

### Constitutional Validity

The second defendant argues that the plaintiff’s claim as against it, is not within Canadian maritime law and is not supported by constitutionally valid federal law. If I understand counsel for the second defendant correctly, he argues that the claim as against his client is based on *Rylands v. Fletcher* [(1868), L.R. 3 H.L. 330] and the law of nuisance as it relates to adjoining landowners.

Counsel for the plaintiff readily admits that if the plaintiff’s claim were based on those premises, he

(3) Le critère permettant d’établir si la question examinée relève du droit maritime exige de conclure que cette question est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale.

<sup>a</sup> (4) Les «facteurs de liaison» dont dépend la nature maritime de l’espèce sont la proximité du port de Montréal des activités d’acconage, le rapport qui existe entre les activités de l’acconier dans la zone portuaire et le contrat de transport maritime, et le fait que l’entreposage en cause était à court terme en attendant la livraison finale des marchandises à la destinataire, Miida.

Le juge McIntyre a alors conclu que les demandes de Miida relevaient de la compétence de la Cour fédérale.

<sup>c</sup> Lorsque l’on applique à l’espèce les principes et l’approche adoptés dans l’arrêt *ITO*, on doit tout d’abord se demander si les prétentions de Monk sont entièrement liées aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale. [Soulignement ajouté.]

<sup>d</sup> Dans l’arrêt *Monk*, on a jugé qu’une action en recouvrement du coût résultant de la livraison d’un excédent de marchandises, des surestaries et du coût des grues utilisées pour décharger la cargaison relevait du droit maritime canadien et de la compétence de la Cour fédérale parce que les activités auxquelles elle se rapportait étaient entièrement liées aux affaires maritimes.

<sup>f</sup> De même en l’espèce, l’activité qui a donné lieu à la déclaration était entièrement liée aux affaires maritimes. Elle a été exécutée par l’équipage du navire, sur les instructions présumées du capitaine, en liaison avec le navire et en vue d’en assurer la navigabilité.

### Validité constitutionnelle

<sup>h</sup> La seconde défenderesse fait valoir que la déclaration que la demanderesse dirige contre elle ne relève pas du droit maritime canadien et n’est pas fondée sur une loi fédérale qui soit valide sur le plan constitutionnel. Si je ne m’abuse, l’avocat de la seconde défenderesse soutient que la demande formée contre sa cliente s’appuie sur l’arrêt *Rylands v. Fletcher* [(1868), L.R. 3 H.L. 330] et le droit de la nuisance en ce qu’elle met en cause des propriétaires voisins.

<sup>j</sup> L’avocat de la demanderesse est prêt à reconnaître que si la réclamation de la demanderesse était ainsi

would not be pursuing a claim under Canadian maritime law. He argues, however, that this is not the basis of the plaintiff's claim. He argues that the claim is based on the assumption that the second defendant had some control over the defendant ship (for example, by telling it where to berth to undertake the painting activity). He argues that it is only as a result of a connection to the ship that a claim is being made against the second defendant. He admits that the statement of claim is somewhat sparse in this regard:

5. By virtue of the negligence of the servants and agents of the Defendant ship and/or the Second Defendant, in allowing the paint and other noxious substances to emanate from the Defendant ship and/or the Second Defendant's facility, the Plaintiff has suffered damages, particulars of which are as follows:

Damage to 402 Automobiles	\$200,000.00
---------------------------	--------------

Counsel states that this is not a pleading which he would wish to see preserved in the precedent files of his firm. Nevertheless, that claim has now been pleaded over by both parties; discoveries have been held; particulars have not been demanded.

In my view, in the light of counsel for the plaintiff's explanation, it is too late to object to the claim as disclosing on its face no claim against the second defendant based on maritime law. At the very least the plaintiff would be entitled to amend to plead the claim with more specificity so that it was clear that it was based on maritime law. This is a remedy the second defendant has not sought.

For the reasons given the motions to strike out the plaintiff's statement of claim will be dismissed.

fondée, elle ne relèverait pas du droit maritime canadien. Il soutient toutefois que tel n'est pas le fondement de la demande qui s'appuie plutôt sur le postulat que la seconde défenderesse avait un certain contrôle sur le navire défendeur (par exemple en lui indiquant où accoster pour pulvériser la peinture). Il prétend que ce n'est qu'en raison d'un lien avec le navire qu'une réclamation est adressée à la seconde défenderesse. Il reconnaît que la déclaration est quelque peu laconique à cet égard:

[TRADUCTION] 5. En raison de la négligence des préposés et mandataires du navire défendeur et/ou de la seconde défenderesse qui ont laissé de la peinture ou d'autres substances nocives s'échapper du navire défendeur et/ou des installations de la seconde défenderesse, la demanderesse a subi les dommages suivants:

Domages causés à 402 automobiles	200 000 \$
----------------------------------	------------

Cet acte de procédure n'est pas de ceux, dit l'avocat, qu'il souhaiterait voir conserver dans les dossiers de modèles de son étude. Néanmoins, les deux parties ont maintenant lié contestation sur cette demande, des interrogatoires ont été tenus au préalable et il n'y a pas eu de requêtes pour détails.

À mon avis, compte tenu des explications de l'avocat de la demanderesse, il est trop tard pour faire opposition à la demande au motif qu'elle ne révélerait contre la seconde défenderesse aucune cause fondée sur le droit maritime. À tout le moins, la demanderesse aurait le droit d'amender sa demande de façon à ce qu'il ressorte clairement qu'elle s'appuie sur le droit maritime. Or c'est un redressement que la seconde défenderesse n'a pas fait valoir.

Pour ces motifs, il y a lieu de rejeter les requêtes en radiation de la déclaration de la demanderesse.

A-935-88

A-935-88

**Giosue Canepa (Appellant)****Giosue Canepa (appellant)**

v.

c.

**The Minister of Employment and Immigration  
(Respondent)****Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration  
(intimé)***INDEXED AS: CANEPA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT  
AND IMMIGRATION) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CANEPA c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET  
DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*Court of Appeal, Mahoney, MacGuigan and Linden  
J.J.A.—Toronto, May 25; Ottawa, June 8, 1992.Cour d'appel, juges Mahoney, MacGuigan et Linden,  
J.C.A.—Toronto, 25 mai; Ottawa, 8 juin 1992.

*Immigration — Deportation — Appellant permanent resident in Canada since age 5 — Repeatedly convicted of break, enter and theft — Deportation order issued as person described under s. 27(1) — Arguing common law category of "denizen" giving immigrant establishing "sufficiently substantial connection with Canada" de facto citizenship — "Denizen" more akin to citizen — No precedent for de facto status — No breach of Charter, ss. 7, 12 — Board entitled to note crimes committed in neighbourhood where grew up without prior notice to appellant — Knowledge of streets common to any Torontonian — "Having regard to all the circumstances" including person in total context, i.e. good of society as well as that of individual.*

*Immigration — Expulsion — L'appellant est un résident permanent du Canada depuis l'âge de 5 ans — À maintes reprises, il a été déclaré coupable d'introduction par effraction et de vol — Une mesure d'expulsion a été prise puisqu'il est une personne visée à l'art. 27(1) — Prétention selon laquelle la qualité reconnue en common law de «demi-naturalisé» (denizen) confère à l'immigrant qui établit un «lien suffisamment important avec le Canada» le statut de citoyen de fait — Un «demi-naturalisé» (denizen) se rapproche plus du citoyen — Aucun précédent n'appuie le statut de fait — Aucune violation des art. 7 et 12 de la Charte — La Commission peut prendre connaissance des crimes commis à proximité de l'endroit où l'appellant a grandi sans avis préalable à ce dernier — Connaissance des rues commune à tout Torontois — «Compte tenu des circonstances de l'espèce» comprend la personne dans son contexte global, c'est-à-dire le bien de la société et celui de la personne en particulier.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Appellant permanent resident in Canada since age 5 — Repeatedly convicted of break, enter and theft — Deportation order issued as person described under Immigration Act, 1976 s. 27(1) — Deportation neither cruel and unusual nor punishment — To determine whether cruel and unusual treatment, challenged sanction to be assessed from perspective of person subjected to it, balancing gravity of offence with circumstances of offence and personal characteristics of offender — If sanction so grossly disproportionate as to outrage decency, prima facie violation of s. 12 — Immigration Appeal Board correctly taking equitable, not legalistic approach.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — L'appellant est résident permanent du Canada depuis l'âge de 5 ans — À maintes reprises, il a été déclaré coupable d'introduction par effraction et de vol — Une mesure d'expulsion a été prise puisqu'il est une personne visée à l'art. 27(1) de la Loi sur l'immigration de 1976 — L'expulsion n'est pas une peine cruelle et inusitée — Pour déterminer s'il s'agit d'un traitement cruel et inusité, la sanction contestée doit être appréciée dans l'optique de la personne à qui elle a été infligée, en soupesant la gravité de l'infraction d'une part et les circonstances particulières de l'infraction et les caractéristiques personnelles du contrevenant d'autre part — Si la sanction est à ce point exagérément disproportionnée qu'elle irait à l'encontre de ce qui est acceptable, elle constitue à première vue une violation de l'art. 12 — La Commission d'appel de l'Immigration a, à juste titre, adopté une position équitable plutôt que légale.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Appellant permanent resident in Canada since age 5 — Repeatedly convicted of serious offences against rights of property — Deportation order issued as person described under s. 27(1) — Arguing Charter, s. 7 conferring intermediate status of de facto citizen — S. 27 qualifications on right of permanent resident to remain in Canada not contravening princi-*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'appellant est un résident permanent du Canada depuis l'âge de 5 ans — À maintes reprises, il a été déclaré coupable d'infractions graves contre les droits de propriété — Une mesure d'expulsion a été prise puisqu'il est une personne visée à l'art. 27(1) — Prétention selon laquelle l'art. 7 de la Charte confère un statut intermédiaire de citoyen de fait — Les*

*ples of fundamental justice — Deportation for serious offences not deprivation of liberty.*

This was an appeal from the decision of the Immigration Appeal Board dismissing an appeal from a deportation order. The appellant, who had come to Canada with his family as a permanent resident at the age of five, has a substantial record of convictions for breaking, entering and theft for which sentences ranging from one day to two years less a day have been imposed. He never applied for Canadian citizenship, and in 1985 was the subject of a report under *Immigration Act, 1976*, subparagraphs 27(1)(d)(i) and (ii). At the ensuing inquiry, an adjudicator found that he was a permanent resident described in subsection 27(1) and issued a deportation order under subsection 32(2). Paragraph 72(1) provided for an appeal from a removal order "having regard to all the circumstances of the case".

The appellant argued that Charter, sections 7 and 12 confer the intermediate status of "non-expellable aliens" or "*de facto* citizens" on immigrants who have established a "sufficiently substantial connection" with Canada, i.e. those who have been admitted as permanent residents at a very early age, who have developed a deep-rooted connection with Canada by taking their schooling here, and who have no continuing ties with their native lands. It was also contended that there was a common-law basis for such a category in the "denizens" distinguished by Blackstone from "aliens" and "natives". Blackstone defined a "denizen" as "an alien born, but who has obtained *ex donatione regis* letters patent to make him an English subject".

It was further argued that the Board erred in law in taking judicial notice of the fact that several of the appellant's crimes were committed in the neighbourhood where he had grown up. It was submitted that this was a matter requiring strict proof, since it was not information of a general nature acquired in common with members of the general public. The Court was urged to find that the Board had a duty to inform the appellant that it intended to take judicial notice of the information so that he could adequately respond. Finally, the appellant suggested that the Board's statement that it was required to "weigh the interests of Canadian society against the interests of the individual" was a different test than that mandated by paragraph 72(1)(b), viz. whether "having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada".

*Held*, the appeal should be dismissed.

Arguments as to a violation of Charter, sections 7 and 12 were precluded by authority. The Supreme Court of Canada held in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* that the subsection 27(1) qualifications on the right of permanent residents to remain in Canada do not contravene the fundamental principles of justice in section 7.

*restrictions imposées au droit du résident permanent de demeurer au Canada à l'art. 27 ne portent pas atteinte aux principes de justice fondamentale — L'expulsion résultant d'infractions graves n'est pas une atteinte à la liberté.*

Il s'agit d'un appel de la décision de la Commission d'appel de l'Immigration qui a rejeté un appel formé contre une mesure d'expulsion. L'appellant, qui est arrivé au Canada à l'âge de cinq ans avec sa famille à titre de résident permanent, possède un dossier lourd de déclarations de culpabilité relativement à des introductions par effraction et à des vols, pour lesquels des peines s'étalant d'un jour à deux ans moins un jour ont été imposées. Il n'a jamais demandé la citoyenneté canadienne et, en 1985, il a été l'objet d'un rapport prévu aux sous-alinéas 27(1)d(i) et (ii) de la *Loi sur l'immigration de 1976*. À l'enquête subséquente, l'arbitre ayant conclu qu'il était un résident permanent visé au paragraphe 27(1), il a pris une mesure d'expulsion en vertu du paragraphe 32(2). Le paragraphe 72(1) prévoit un appel d'une mesure de renvoi «compte tenu des circonstances de l'espèce».

L'appellant a prétendu que les articles 7 et 12 de la Charte confèrent le statut intermédiaire d'«étranger ne pouvant être expulsé» ou de «citoyen de fait» aux immigrants qui ont établi un «lien suffisamment important» avec le Canada, soit ceux qui ont été admis à titre de résidents permanents à un très jeune âge, qui ont développé des liens profonds avec le Canada en étudiant ici, et qui n'ont aucun lien soutenu avec leur terre natale. L'appellant a également soutenu que la common law offrait un fondement à cette catégorie dans le terme «demi-naturalisé» (*denizen*) que Blackstone distingue des «étrangers» et des «citoyens d'origine». Blackstone définit ainsi le terme «demi-naturalisé» (*denizen*): [TRADUCTION] «étranger d'origine ayant obtenu *ex donatione regis* des lettres patentes qui lui confèrent la qualité de sujet britannique».

L'appellant a également prétendu que la Commission avait commis une erreur de droit en prenant connaissance judiciaire du fait que plusieurs des crimes de l'appellant avaient été commis à proximité de l'endroit où il a grandi. Selon l'appellant, cette question nécessitait une preuve stricte puisqu'il ne s'agissait pas d'un renseignement de nature générale acquis en commun avec le grand public. L'appellant a demandé à la Cour de conclure que la Commission avait le devoir de l'informer de son intention de prendre connaissance judiciaire du renseignement pour qu'il puisse y répondre correctement. Enfin, l'appellant a donné à entendre que la déclaration de la Commission selon laquelle elle doit «suspenser les intérêts de la société canadienne et ceux de la personne en cause» est un critère différent de celui prescrit par l'alinéa 72(1)b), c'est-à-dire la question de savoir si «compte tenu des circonstances de l'espèce, [la personne] ne devrait pas être renvoyée du Canada».

*Arrêt*: l'appel devrait être rejeté.

Les moyens fondés sur la violation des articles 7 et 12 de la Charte sont écartés par la jurisprudence. La Cour suprême du Canada a conclu, dans l'arrêt *Chiarelli v. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, que les restrictions imposées au droit des résidents permanents de demeurer au Canada au paragraphe 27(1) ne portent pas atteinte aux principes de justice

Moreover, the Federal Court of Appeal has held that deportation for serious offences is not a deprivation of liberty under section 7.

The Supreme Court of Canada also held in *Chiarelli* that deportation is neither a punishment nor cruel and unusual contrary to Charter, section 12. The Federal Court has also held that deportation is not a punishment. Assuming that the question of whether deportation under subsection 32(2) is cruel and unusual treatment is still open, according to Gonthier J. in *R. v. Goltz*, the challenged sanction should first be looked at from the perspective of the person subjected to it, "balancing the gravity of the offence in itself with the particular circumstances of the offence and the personal characteristics of the offender". If the challenged provision would impose on the offender a sanction so "grossly disproportionate as to outrage decency in those real and particular circumstances, then it will amount to a *prima facie* violation of s. 12." The Appeal Board's reasons indicated a careful and balanced examination of the appellant's claim to remain in Canada from an equitable rather than a legal point of view. It was the very kind of inquiry mandated in *Goltz*. The deportation order provided for by subsection 32(2) is only an apparent minimum. The provision by paragraph 72(1)(b) for an appeal on equitable grounds renders the order a reversible one, depending upon an assessment of the appellant's personal merits and demerits. That is what the statute mandates, and this is the treatment the appellant received. Deportation of the appellant is not cruel and unusual treatment.

A *denizen*, like a naturalized person, is more properly analogized to a present-day citizen than to a non-citizen immigrant. There is nothing here of a *de facto*, as opposed to a *de jure* status, and so there is no precedent for the *de facto* category contended for, even if Blackstone could *ipso facto* be considered good law today.

The Board did not go beyond the common knowledge of any informed Torontonian of the City streets. It merely drew an inference from this common knowledge, which it was entitled to do without notice.

"Having regard to all the circumstances of the case" does not mean that a tribunal should abstract the appellant from the society in which he lives. It does not refer only to the circumstances of the person, but rather to the circumstances of the case, which must include the person in his total context, and bring into play the good of society as well as that of the individual.

fondamentale mentionnés à l'article 7. De plus, la Cour d'appel fédérale a décidé que l'expulsion résultant d'infractions graves n'est pas une atteinte à la liberté au sens de l'article 7.

<sup>a</sup> La Cour suprême du Canada a également conclu, dans l'arrêt *Chiarelli*, que l'expulsion n'était ni une peine, ni cruelle et inusitée au sens de l'article 12 de la Charte. La Cour fédérale a également conclu que l'expulsion n'était pas une peine. Si on présume que la question de savoir si l'expulsion prévue au paragraphe 32(2) constitue un traitement cruel et inusité est toujours sans réponse, selon le juge Gonthier, dans l'arrêt *R. c. Goltz*, la sanction contestée devrait d'abord être étudiée dans l'optique de la personne à qui elle a été infligée, «en soupesant la gravité de l'infraction elle-même d'une part et les circonstances particulières de cette infraction et les caractéristiques personnelles du contrevenant d'autre part». Si la disposition contestée inflige une sanction à ce point «exagérément disproportionnée qu'elle irait à l'encontre de ce qui est acceptable dans ces circonstances réelles et particulières, elle constituera alors à première vue une violation de l'art. 12». Les motifs de la Commission d'appel, qui ont révélé un examen prudent et équilibré de la demande de l'appelant de demeurer au Canada, se placent sur le plan équitable plutôt que légal. Il s'agit précisément du genre d'examen ordonné dans l'arrêt *Goltz*. La mesure d'expulsion prévue au paragraphe 32(2) n'est qu'un minimum apparent. Le fait que l'alinéa 72(1)b prévoit un appel pour des motifs d'équité rend la mesure révoquable, dépendamment de l'appréciation des mérites et des torts personnels de l'appelant. C'est ce que la Loi ordonne, et c'est le traitement qui a été infligé à l'appelant. L'expulsion de l'appelant n'est pas un traitement cruel et inusité.

<sup>f</sup>

Un demi-naturalisé (*denizen*), au même titre qu'une personne naturalisée, se rapproche plus du citoyen actuel que de l'immigrant non-citoyen. Rien ici ne relève du statut de fait par opposition au statut de droit, et il n'existe donc aucun précédent appuyant la catégorie de fait avancée, même si Blackstone pouvait par le fait même être considéré comme une bonne source de droit aujourd'hui.

<sup>h</sup>

La Commission n'est pas allée au-delà de la connaissance générale de tout Torontois bien informé des rues de Toronto. Elle a simplement tiré une conclusion de ce fait notoire, ce qu'elle avait le droit de faire sans avis.

<sup>i</sup>

La phrase «compte tenu des circonstances de l'espèce» ne signifie pas qu'un tribunal devrait détacher l'appelant de la société au sein de laquelle il vit. Elle ne renvoie pas seulement aux circonstances de la personne, mais plutôt aux circonstances de l'affaire, ce qui doit inclure la personne dans son contexte global et faire intervenir le bien de la société et celui de la personne en particulier.

<sup>j</sup>

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] ss. 1, 7, 12. *a*

*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 27(1)(d)(i),(ii), 32(2), 45(1), 47(3), 72(1)(b) (as am. by S.C. 1988, c. 35, s. 18).

*International Covenant on Civil and Political Rights*, [1976] Can. T.S. No. 47. *b*

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Chiarelli v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1992), 16 Imm. L.R. (2d) 1 (S.C.C.); *Hoang v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; 120 N.R. 193 (F.C.A.); *Hurd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 594; (1988), 90 N.R. 31 (C.A.); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 299; (1990), 67 D.L.R. (4th) 697; 42 Admin. L.R. 189; 10 Imm. L.R. (2d) 137; 107 N.R. 107 (C.A.); *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; (1991), 61 B.C.L.R. (2d) 145; 67 C.C.C. (3d) 481; 8 C.R. (4th) 82. *c*

## CONSIDERED:

*R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; (1987), 40 D.L.R. (4th) 435; [1987] 5 W.W.R. 1; 15 B.C.L.R. (2d) 273; 34 C.C.C. (3d) 97; 58 C.R. (3d) 193; 31 C.R.R. 193; 75 N.R. 321; *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; *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 581; (1991), 85 D.L.R. (4th) 166 (C.A.); *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 104 N.R. 50 (C.A.); *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577; (1991), 7 C.R. (4th) 117; 128 N.R. 81. *d*

## REFERRED TO:

*Berrehab*, 3/1987/126/177; *Djeraud*, 34/1990/225/289; *Moustaquim*, 31/1989/191/291; *Gonzalez v. Minister of Employment and Immigration*, [1981] 2 F.C. 781 (C.A.). *e*

## AUTHORS CITED

Sprague, William C. *Abridgement of Blackstone's Commentaries*, 3rd ed., Detroit, Michigan, 1895.

APPEAL from the Immigration Appeal Board's dismissal of an appeal against a deportation order. Appeal dismissed. *f*

## LOI 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, 7, 12.

*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 27(1)d(i),(ii), 32(2), 45(1), 47(3), 72(1)b) (mod. par L.C. 1988, ch. 35, art. 18).

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, [1976] R.T. Can. n° 47. *b*

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 16 Imm. L.R. (2d) 1 (C.S.C.); *Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; 120 N.R. 193 (C.A.F.); *Hurd c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 594; (1988), 90 N.R. 31 (C.A.); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 299; (1990), 67 D.L.R. (4th) 697; 42 Admin. L.R. 189; 10 Imm. L.R. (2d) 137; 107 N.R. 107 (C.A.); *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; (1991), 61 B.C.L.R. (2d) 145; 67 C.C.C. (3d) 481; 8 C.R. (4th) 82. *c*

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; (1987), 40 D.L.R. (4th) 435; [1987] 5 W.W.R. 1; 15 B.C.L.R. (2d) 273; 34 C.C.C. (3d) 97; 58 C.R. (3d) 193; 31 C.R.R. 193; 75 N.R. 321; *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; *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 581; (1991), 85 D.L.R. (4th) 166 (C.A.); *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 104 N.R. 50 (C.A.); *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577; (1991), 7 C.R. (4th) 117; 128 N.R. 81. *d*

## DÉCISIONS CITÉES:

*Berrehab*, 3/1987/126/177; *Djeraud*, 34/1990/225/289; *Moustaquim*, 31/1989/191/291; *Gonzalez c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1981] 2 C.F. 781 (C.A.). *e*

## i DOCTRINE

Sprague, William C. *Abridgement of Blackstone's Commentaries*, 3rd ed., Detroit, Michigan, 1895.

APPEL contre le rejet par la Commission d'appel de l'Immigration d'un appel formé contre une mesure d'expulsion. Appel rejeté. *f*



## COUNSEL:

*Pia Zambelli and Barbara Jackman* for appellant.  
*Neelam Jolly* for respondent.

## SOLICITORS:

*Hoppe, Jackman & Associates*, Montréal, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

MACGUIGAN J.A.: The appellant was born in Italy in 1962 and came to Canada as a permanent resident with his family at the age of five. As a teenager, he became a drug addict, and, to support his addiction, turned to a life of crime. Between 1978 and 1987, he was convicted of 37 offences, 27 of them for breaking and entering and theft. His sentences ranged from one day to two years less a day.

He never applied for Canadian citizenship, and in 1985 was the subject of a report under subparagraphs 27(1)(d)(i) and (ii) of the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52 ("the Act") as a person convicted of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment both of (i) more than six months has been imposed and (ii) five years or more may be imposed. At the ensuing inquiry an adjudicator made a deportation order against him under subsection 32(2) of the Act.

These provisions of the Act are as follows:<sup>1</sup>

27. (1) Where an Immigration officer or peace officer has in his possession information indicating that a permanent resident is a person who

(d) has been convicted of an offence under any Act of Parliament for which a term of imprisonment of

- (i) more than six months has been imposed, or
- (ii) five years or more may be imposed,

<sup>1</sup> The identically-numbered provisions of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, are almost identical in wording.

## AVOCATS:

*Pia Zambelli et Barbara Jackman* pour l'appellant.  
*Neelam Jolly* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Hoppe, Jackman & Associates*, Montréal, pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Né en Italie en 1962, l'appellant est arrivé au Canada à l'âge de cinq ans avec sa famille à titre de résident permanent. Adolescent, il est devenu toxicomane, et pour subvenir à cette dépendance, il est entré dans la voie du crime. Entre 1978 et 1987, il a été déclaré coupable de 37 infractions, dont 27 pour introduction par effraction et vol. Les peines imposées s'étaient étalées d'un jour à deux ans moins un jour.

L'appellant n'a jamais demandé la citoyenneté canadienne et, en 1985, il a été l'objet d'un rapport prévu aux sous-alinéas 27(1)d(i) et (ii) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52 («la Loi») en qualité de personne déclarée coupable d'une infraction prévue par une loi du Parlement pour laquelle (i) il a été condamné à plus de six mois de prison ou il (ii) est passible d'au moins cinq ans de prison. À l'enquête subséquente, l'arbitre a pris une mesure d'expulsion contre lui en vertu du paragraphe 32(2) de la Loi.

Ces dispositions législatives sont ainsi libellées<sup>1</sup>:

27. (1) Tout agent d'immigration ou agent de la paix, en possession de renseignements indiquant qu'un résident permanent

d) déclaré coupable d'une infraction prévue par une loi du Parlement

- (i) a été condamné à plus de six mois de prison, ou
- (ii) est passible d'au moins cinq ans de prison,

<sup>1</sup> Le libellé des dispositions de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 qui portent les mêmes numéros est presque identique.

he shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of such information.

doit adresser un rapport écrit et circonstancié au sous-ministre à ce sujet.

32. . . .

(2) Where an adjudicator decides that a person who is the subject of an inquiry is a permanent resident described in subsection 27(1), he shall, subject to subsections 45(1) and 47(3), make a deportation order against that person.

32. . . .

(2) L'arbitre, après avoir conclu que la personne faisant l'objet d'une enquête est un résident permanent visé au paragraphe 27(1), doit, sous réserve des paragraphes 45(1) et 47(3), en prononcer l'expulsion.

The appellant appealed the deportation order to the Immigration Appeal Board ("the Board") which dismissed his appeal on March 30, 1988, because the deportation order was in accordance with the law, and because, having regard to all the circumstances of the case, there were insufficient grounds why the appellant should not be removed from Canada.

L'appelant a formé un appel contre la mesure d'expulsion devant la Commission d'appel de l'Immigration («la Commission») qui l'a rejeté le 30 mars 1988 pour le motif que la mesure d'expulsion était conforme à la loi et que compte tenu des circonstances de l'affaire, les motifs visant à ne pas renvoyer l'appelant du Canada étaient insuffisants.

I

I

In this Court the appellant's argument was based principally on the notion that sections 7 and 12 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]] confer the intermediate status of "non-expellable aliens" or "*de facto* citizens" on immigrants who have established a "sufficiently substantial connection" with Canada. Such persons were said to be those who have been admitted as permanent residents at a very early age, who have developed a deep-rooted connection with Canada by taking their schooling here, and who have no continuing ties with their native lands.

Devant cette Cour, l'appelant a appuyé sa thèse principalement sur la notion selon laquelle les articles 7 et 12 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]] confèrent le statut intermédiaire d'«étranger ne pouvant être expulsé» ou de «citoyen de fait» aux immigrants qui ont établi un «lien suffisamment important» avec le Canada. Il s'agirait des personnes ayant été admises à titre de résidentes permanentes à un très jeune âge, ayant développé des liens profonds avec le Canada en étudiant ici, et n'ayant aucun lien soutenu avec leur terre natale.

It was contended that there was even a common-law basis for such a category in the "denizens" distinguished by Blackstone from "aliens" and "natives": Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, [abridgement] 3rd ed. by W. C. Sprague, 1895, at page 65, defines a denizen as "an alien born, but who has obtained *ex donatione regis* letters patent to make him an English subject: a high and incommunicable branch of the royal prerogative." However, even though naturalization is recognized by Blackstone as a separate process under the control of Parliament, it is clear that a denizen, like a naturalized person, is more properly to be analogized to a present-day citizen rather than to a non-citizen immigrant. Both denizens and naturalized persons were incapable of being members of the Privy Council or

L'appelant a soutenu que même la common law offrait un fondement à cette catégorie dans le terme «demi-naturalisé» (*denizen*) que Blackstone distingue des «étrangers» et des «citoyens d'origine»: Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, [abridgement] 3<sup>e</sup> éd. par W.C. Sprague, 1895, à la page 65, définit ainsi le terme «demi-naturalisé» (*denizen*): [TRADUCTION] «étranger d'origine ayant obtenu *ex donatione regis* des lettres patentes qui lui confèrent la qualité de sujet britannique: un volet élevé et intransmissible de la prérogative royale». Toutefois, bien que, selon Blackstone, la naturalisation soit un processus distinct relevant du Parlement, il est évident qu'un demi-naturalisé (*denizen*), au même titre qu'une personne naturalisée, se rapproche plus du citoyen actuel que de l'immigrant non-

of Parliament, or of holding any office of trust or any grant of lands from the Crown. Both were so created by a formal act, the former by a high and incommunicable branch of the royal prerogative, the latter by an Act of Parliament. There is nothing at all here of a *de facto*, as opposed to a *de jure* status, and so there is no precedent whatsoever for the *de facto* category contended for in the case at bar, even if Blackstone could *ipso facto* be considered good law today. The appellant's case, if it is to be supported, must be founded on the Charter.

Sections 7 and 12 of the Charter read as follows:

7. Everyone has the 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.

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

At the hearing before us, the Court was unanimously of the view that section 7 of the Charter could provide no foundation for such a claim and the respondent was excused from replying to the section 7 argument. We were of that view because of the recent decision of the Supreme Court in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1992), 16 Imm. L.R. (2d) 1, where Sopinka J. concluded for the full Court (at pages 20-21):

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. At common law an alien has no right to enter or remain in the country . . . .

The distinction between citizens and non-citizens is recognized in the *Charter*. While permanent residents are given the right to move to, take up residence in, and pursue the gaining of a livelihood in any province, in s. 6(2), only citizens are accorded the right "to enter, remain in and leave Canada," in s. 6(1).

Thus, Parliament has the right to adopt an immigration policy and to enact legislation prescribing the conditions under which non-citizens will be permitted to enter and remain in

citoyen. Les personnes demi-naturalisées (*denizen*) et les personnes naturalisées étaient incapables de siéger au Conseil privé ou au Parlement, ou de détenir un poste de confiance ou une concession de terrains de la Couronne. Les deux catégories ont été créées par un acte formel, la première par un volet élevé et intransmissible de la prérogative royale, et la deuxième par une loi du Parlement. Rien ici ne relève du statut de fait par opposition au statut de droit, et il n'existe donc aucun précédent appuyant la catégorie de fait avancée en l'espèce, même si Blackstone pouvait par le fait même être considéré comme une bonne source de droit aujourd'hui. La thèse de l'appelant, si elle doit être accueillie, doit se fonder sur la Charte.

Les articles 7 et 12 de la Charte sont ainsi libellés:

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.

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

À l'audience, la Cour étant unanimement d'avis que l'article 7 de la Charte n'offrait aucun fondement à une telle prétention, elle a fait grâce à l'intimé de répondre au moyen fondé sur l'article 7. Notre opinion repose sur la décision récente de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 16 Imm. L.R. (2d) 1 où le juge Sopinka a conclu au nom du banc plénier de la Cour (aux pages 45 et 46):

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 . . .

La distinction entre citoyens et non-citoyens est reconnue dans la *Charte*. Bien que le par. 6(2) accorde aux résidents permanents le droit de se déplacer dans tout le pays, d'établir leur résidence et de gagner leur vie dans toute province, seuls les citoyens ont le droit «de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir,» que garantit le par. 6(1).

Le Parlement a donc le droit d'adopter une politique en matière d'immigration et de légiférer en prescrivant les conditions à remplir par les non-citoyens pour qu'il leur soit permis

Canada. It has done so in the *Immigration Act*. Section 5 of the Act provides that no person other than a citizen, permanent resident, Convention refugee or Indian registered under the *Indian Act* has a right to come to or remain in Canada. The qualified nature of the rights of non-citizens to enter and remain in Canada is made clear by s. 4 of the Act. Section 4(2) provides that permanent residents have a right to remain in Canada *except* where they fall within one of the classes in s. 27(1). One of the conditions Parliament has imposed on a permanent resident's right to remain in Canada is that he or she not be convicted of an offence for which a term of imprisonment of five years or more may be imposed. This condition represents a legitimate, non-arbitrary choice by Parliament of a situation in which it is not in the public interest to allow a non-citizen to remain in the country. The requirement that the offence be subject to a term of imprisonment of five years indicates Parliament's intention to limit this condition to more serious types of offences. It is true that the personal circumstances of individuals who breach this condition may vary widely. The offences which are referred to in s. 27(1)(d)(ii) also vary in gravity, as may the factual circumstances surrounding the commission of a particular offence. However, there is one element common to all persons who fall within the class of permanent residents described in subsection 27(1)(d)(ii). They have all deliberately violated an essential condition under which they were permitted to remain in Canada. In such a situation, there is no breach of fundamental justice in giving practical effect to the termination of their right to remain in Canada. In the case of a permanent resident, deportation is the only way in which to accomplish this. There is nothing inherently unjust about a mandatory order. The fact of a deliberate violation of the condition imposed by s. 27(1)(d)(ii) is sufficient to justify a deportation order. It is not necessary, in order to comply with fundamental justice, to look beyond this fact to other aggravating or mitigating circumstances.

The Supreme Court has therefore squarely decided that the qualifications on the right of permanent residents to remain in Canada which Parliament has imposed in the classes of subsection 27(1) of the Act do not contravene the fundamental principles of justice in section 7.

Moreover, although the Supreme Court, in deciding the issue on the basis of fundamental justice, left open the question whether deportation for serious offences can be conceptualized as a deprivation of liberty under section 7, this Court has already decided that it cannot, and is bound by its previous decisions: *Hoang v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; *Hurd v.*

d'entrer au Canada et d'y demeurer. C'est ce qu'il a fait dans la *Loi sur l'immigration*, dont l'art. 5 dispose que seuls les citoyens canadiens, les résidents permanents, les réfugiés au sens de la Convention ou les Indiens inscrits conformément à la *Loi sur les Indiens* ont le droit d'entrer au Canada et d'y demeurer. La nature limitée du droit des non-citoyens d'entrer au Canada et d'y demeurer se dégage nettement de l'art. 4 de la Loi. Suivant le par. 4(2), les résidents permanents ont le droit de demeurer au Canada, *sauf* s'ils relèvent d'une des catégories énumérées au par. 27(1). L'une des conditions auxquelles le législateur fédéral a assujéti le droit d'un résident permanent de demeurer au Canada est qu'il ne soit pas déclaré coupable d'une infraction punissable d'au moins cinq ans de prison. Cette condition traduit un choix légitime et non arbitraire fait par le législateur d'un cas où il n'est pas dans l'intérêt public de permettre à un non-citoyen de rester au pays. L'exigence que l'infraction donne lieu à une peine de cinq ans d'emprisonnement indique l'intention du législateur de limiter cette condition aux infractions relativement graves. Les circonstances personnelles de ceux qui manquent à cette condition peuvent certes varier énormément. La gravité des infractions visées au sous-al. 27(1)d(ii) varie également, comme le peuvent aussi les faits entourant la perpétration d'une infraction en particulier. Toutes les personnes qui entrent dans la catégorie des résidents permanents mentionnés au sous-al. 27(1)d(ii) ont cependant un point commun: elles ont manqué volontairement à une condition essentielle devant être respectée pour qu'il leur soit permis de demeurer au Canada. En pareil cas, mettre effectivement fin à leur droit d'y demeurer ne va nullement à l'encontre de la justice fondamentale. Dans le cas du résident permanent, seule l'expulsion permet d'atteindre ce résultat. Une ordonnance impérative n'a rien d'intrinsèquement injuste. La violation délibérée de la condition prescrite par le sous-al. 27(1)d(ii) suffit pour justifier une ordonnance d'expulsion. Point n'est besoin, pour se conformer aux exigences de la justice fondamentale, de chercher, au-delà de ce seul fait, des circonstances aggravantes ou atténuantes.

La Cour suprême a donc clairement décidé que les restrictions imposées par le Parlement au droit des résidents permanents de demeurer au Canada dans les catégories énumérées au paragraphe 27(1) de la Loi ne portent pas atteinte aux principes de justice fondamentale mentionnés à l'article 7.

De plus, bien que la Cour suprême, en se fondant sur la justice fondamentale pour trancher la question, ait laissé pendante la question de savoir si l'expulsion résultant de la perpétration d'infractions graves peut être perçue comme une atteinte à la liberté en vertu de l'article 7, notre Cour, qui a déjà tranché dans la négative, se trouve liée par ses décisions antérieures: *Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immi-*

*Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 594.

In our view at the hearing, therefore, arguments as to a violation of section 7 were precluded by authority.

We found the same to be true as well of section 12 of the Charter with respect to cruel and unusual punishment.

Again, the issue has been decided by the Supreme Court in *Chiarelli*, where Sopinka J. wrote (at pages 21-22):

(b) Section 12

The respondent alleges a violation of s. 12 for essentially the same reasons that he claims s. 7 is infringed. He submits that the combination of s. 27(1)(d)(ii) and 32(2) constitutes cruel and unusual punishment because they require that deportation be ordered without regard to the circumstances of the offence or the offender. He submits that in the case at bar the deportation order is grossly disproportionate to all the circumstances and, further, that the legislation in general is grossly disproportionate, having regard to the many "relatively less serious offences" which are covered by s. 27(1)(d)(ii).

I agree with Pratte J.A. that deportation is not imposed as a punishment. In *Reference re Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269, 59 C.C.C. 301, [1933] 2 D.L.R. 348, Duff C.J.C. observed that deportation provisions were "not concerned with the penal consequences of the acts of individuals" (at p. 278 [S.C.R.]). See also *Hurd v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), [1989] 2 F.C. 594, 90 N.R. 31 (C.A.), at pp. 606-607 [S.C.R.] [sic], and *Hoang v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* . . . Deportation may, however, come within the scope of a "treatment" in s. 12. The *Oxford (Concise) Dictionary* (1990) defines treatment as "a process or manner of behaving towards or dealing with a person or thing . . ." It is unnecessary, for the purposes of this appeal, to decide this point, since I am of the view that the deportation authorized by ss. 27(1)(d)(ii) and 32(2) is not cruel and unusual.

The general standard for determining an infringement of s. 12 was set out by Lamer J., as he then was, in the following passage in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, [1987] 5 W.W.R. 1, 75 N.R. 321, 15 B.C.L.R. (2d) 273, 58 C.R. (3d) 193, 34 C.C.C. (3d) 97, 40 D.L.R. (4th) 435, 31 C.R.R. 193 [at p. 1072 S.C.R.]:

"The criterion which must be applied in order to determine whether a punishment is cruel and unusual within the meaning of s. 12 of the *Charter* is, to use the words of Laskin C.J.

*gration*) (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; *Hurd v. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 594.

À notre avis donc, à l'audience, les moyens fondés sur la violation de l'article 7 étaient écartés par la jurisprudence.

Nous avons conclu dans le même sens en ce qui concerne l'article 12 de la Charte relativement à la peine cruelle et inusitée.

Encore une fois, la question a été tranchée par la Cour suprême dans l'arrêt *Chiarelli* où le juge Sopinka a dit (aux pages 46 à 48):

(b) L'article 12

Invoquant essentiellement les mêmes raisons qu'il a avancées pour fonder son allégation d'une infraction à l'art. 7, l'intimé prétend que l'art. 12 a été violé. Selon lui, le sous-al. 27(1)(d)(ii) et le par. 32(2), pris ensemble, constituent une peine cruelle et inusitée en ce qu'ils exigent que l'expulsion soit ordonnée indépendamment des circonstances de l'infraction ou du contrevenant. Il soutient que l'expulsion prononcée en l'espèce est exagérément disproportionnée aux circonstances et que, en outre, la loi en général est exagérément disproportionnée eu égard aux nombreuses [TRADUCTION] «infractions relativement moins graves» visées au sous-al. 27(1)(d)(ii).

Comme le juge Pratte, j'estime que l'expulsion n'est pas prononcée à titre de peine. Dans *Reference re Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269, 59 C.C.C. 301; [1933] 2 D.L.R. 348, le juge en chef Duff fait remarquer que les dispositions en matière d'expulsion [TRADUCTION] «ne portent pas sur les conséquences pénales des actes de particuliers» (à la p. 278 [S.C.R.]). Voir aussi l'arrêt *Hurd v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), [1989] 2 C.F. 594, 90 N.R. 31 (C.A.), aux p. 606 et 607 [R.C.S.] [sic] et *Hoang v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* . . . Il se peut toutefois que l'expulsion constitue un «traitement» au sens de l'art. 12. En effet, selon la définition qu'en donne le *Petit Robert* (1990), le terme «traitement» désigne un «[c]omportement à l'égard de quelqu'un; actes traduisant ce comportement.» C'est toutefois là un point qu'il n'est pas nécessaire de trancher aux fins du présent pourvoi puisque, à mon avis, l'expulsion autorisée par le sous-al. 27(1)(d)(ii) et le par. 32(2) n'est ni cruelle ni inusitée.

La norme générale à appliquer pour déterminer s'il y a violation de l'art. 12 est énoncée par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans le passage suivant tiré de l'arrêt *R. v. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, [1987] 5 W.W.R. 1, 75 N.R. 321, 15 B.C.L.R. (2d) 273, 58 C.R. (3d) 193, 34 C.C.C. (3d) 97, 40 D.L.R. (4th) 435, 31 C.C.C. 193, à la p. 1072 [R.C.S.]:

«Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* consiste, pour reprendre les termes utilisés par le juge en

in *Miller and Cockriell*, *supra*, at p. 668, 'whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency'. In other words, though the state may impose punishment, the effect of that punishment must not be grossly disproportionate to what would have been appropriate."

The deportation of a permanent resident who has deliberately violated an essential condition of his or her being permitted to remain in Canada by committing a criminal offence punishable by imprisonment of five years or more, cannot be said to outrage standards of decency. On the contrary it would tend to outrage such standards if individuals granted conditional entry into Canada were permitted, without consequence, to violate those conditions deliberately.

There can be no question that the Supreme Court here held that deportation is not a cruel and unusual punishment under section 12 of the Charter because it is neither a punishment nor cruel and unusual. Moreover, this Court has held in *Hoang*, *supra*, and *Hurd*, *supra*, and *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 299, that it is not correctly conceptualized as a punishment. As far as this Court is concerned, the issue appears to be still open as to cruel and unusual treatment.

## II

It may be thought to have been equally firmly decided by the Supreme Court that the deportation occurring under subsection 32(2) of the Act is not cruel and unusual treatment. Certainly the Court found it not to be cruel and unusual. But it was argued by the appellant that this decision must be read in the light of *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045 and *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485.<sup>2</sup> In *Smith* the Supreme Court, in striking down a seven-year minimum sentencing provision, held that "[t]he test for review under s. 12 of the *Charter* is one of gross disproportionality, because it is aimed at punishments that are more than merely excessive" (*per* Lamer J., as he then was, at page 1072).

Lamer J. continued (at pages 1073-1074):

<sup>2</sup> In light of the sufficiency of Canadian law on the subject, I do not find it necessary to refer to the American jurisprudence cited by the appellant.

chef Laskin à la page 688 de l'arrêt *Miller et Cockriell*, précité, à se demander «si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine.» En d'autres termes, bien que l'État puisse infliger une peine, l'effet de cette peine ne doit pas être exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié.»

L'expulsion d'un résident permanent qui, en commettant une infraction criminelle punissable d'au moins cinq ans de prison, a délibérément violé une condition essentielle pour qu'il lui soit permis de demeurer au Canada, ne saurait être considérée comme incompatible avec la dignité humaine. Au contraire, c'est précisément le fait de permettre que les personnes ayant pu entrer au Canada sous condition violent délibérément et impunément ces conditions qui tendrait vers l'incompatibilité avec la dignité humaine.

De toute évidence, la Cour suprême a conclu que l'expulsion n'était pas une peine cruelle et inusitée au sens de l'article 12 de la Charte puisqu'elle n'est ni une peine ni cruelle et inusitée. En outre, notre Cour a conclu dans les arrêts *Hoang* et *Hurd*, précités, et *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 299, que l'expulsion est injustement conçue comme une peine. En ce qui concerne notre Cour cependant, la question paraît demeurer pendante quant au traitement cruel et inusité.

## II

On peut croire que la Cour suprême a également fermement décidé que l'expulsion prévue au paragraphe 32(2) de la Loi n'est pas un traitement cruel et inusité. Certes, la Cour a conclu que cette mesure n'était ni cruelle ni inusitée. Mais, selon l'appellant, cette décision doit être interprétée compte tenu des arrêts *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045 et *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485<sup>2</sup>. Dans l'arrêt *Smith*, la Cour suprême, en déclarant invalide une disposition prévoyant une peine minimale de sept ans d'emprisonnement, a conclu que «[l]e critère applicable à l'examen en vertu de l'art. 12 de la *Charte* est celui de la disproportion exagérée, étant donné qu'il vise les peines qui sont plus que simplement excessives» (motifs du juge Lamer, tel était alors son titre, à la page 1072).

Le juge Lamer a ajouté ceci (aux pages 1073 et 1074):

<sup>2</sup> Compte tenu de l'abondance du droit canadien sur le sujet, je ne crois pas nécessaire de recourir à la jurisprudence américaine citée par l'appellant.

In assessing whether a sentence is grossly disproportionate, the court must first consider the gravity of the offence, the personal characteristics of the offender and the particular circumstances of the case in order to determine what range of sentences would have been appropriate to punish, rehabilitate or deter this particular offender or to protect the public from this particular offender. The other purposes which may be pursued by the imposition of punishment, in particular the deterrence of other potential offenders, are thus not relevant at this stage of the inquiry. This does not mean that the judge or the legislator can no longer consider general deterrence or other penological purposes that go beyond the particular offender in determining a sentence, but only that the resulting sentence must not be grossly disproportionate to what the offender deserves. If a grossly disproportionate sentence is "prescribed by law", then the purpose which it seeks to attain will fall to be assessed under s. 1. Section 12 ensures that individual offenders receive punishments that are appropriate, or at least not grossly disproportionate, to their particular circumstances, while s. 1 permits this right to be overridden to achieve some important societal objective.

One must also measure the effect of the sentence actually imposed. If it is grossly disproportionate to what would have been appropriate, then it infringes s. 12. The effect of the sentence is often a composite of many factors and is not limited to the quantum or duration of the sentence but includes its nature and the conditions under which it is applied. Sometimes by its length alone or by its very nature will the sentence be grossly disproportionate to the purpose sought. Sometimes it will be the result of the combination of factors which, when considered in isolation, would not in and of themselves amount to gross disproportionality. For example, twenty years for a first offence against property would be grossly disproportionate, but so would three months of imprisonment if the prison authorities decide it should be served in solitary confinement. Finally, I should add that some punishments or treatments will always be grossly disproportionate and will always outrage our standards of decency: for example, the infliction of corporal punishment, such as the lash, irrespective of the number of lashes imposed, or, to give examples of treatment, the lobotomisation of certain dangerous offenders or the castration of sexual offenders.

The approach of Lamer C.J.C. was expressly approved by Gonthier J., speaking for the majority in *Goltz*, where the Court upheld a minimum sentence of seven days' imprisonment for driving while prohibited. He said (at pages 505-506):

There are two aspects to the analysis of invalidity under s. 12. One aspect involves the assessment of the challenged penalty or sanction from the perspective of the person actually subjected to it, balancing the gravity of the offence in itself

En vérifiant si une peine est exagérément disproportionnée, la cour doit d'abord prendre en considération la gravité de l'infraction commise, les caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances particulières de l'affaire afin de déterminer quelles peines auraient été appropriées pour punir, réhabiliter ou dissuader ce contrevenant particulier ou pour protéger le public contre ce dernier. Ainsi, les autres objectifs que peut viser l'imposition d'une peine, en particulier la dissuasion d'autres contrevenants en puissance, sont sans importance à cette étape de l'analyse. Cela signifie non pas que le juge ou le législateur ne peut plus, en déterminant une peine, prendre en considération la dissuasion générale ou d'autres objectifs pénologiques qui vont au-delà du contrevenant particulier, mais seulement que la peine qui résulte ne doit pas être exagérément disproportionnée à ce que mérite le contrevenant. Si une peine exagérément disproportionnée est prescrite «par une règle de droit», alors l'objectif qu'elle vise devra faire l'objet d'une évaluation en vertu de l'article premier. L'article 12 a pour effet d'assurer que chaque contrevenant se voie infliger une peine appropriée, ou tout au moins non exagérément disproportionnée, à sa situation particulière, alors que l'article premier permet de passer outre à ce droit afin de réaliser un objectif social important.

Il faut également évaluer l'effet de la peine qui est effectivement infligée. Si cet effet est exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié, alors elle viole l'art. 12. L'effet de la peine est souvent le produit de plusieurs facteurs et ne se limite pas à l'importance ou à la durée de cette peine, mais comprend sa nature et les circonstances dans lesquelles elle est imposée. C'est parfois en raison de sa seule longueur ou de sa nature même que la peine est exagérément disproportionnée à l'objectif poursuivi. Dans d'autres cas, c'est le résultat d'une combinaison de facteurs qui pris isolément n'engendreraient pas en soi une disproportion exagérée. À titre d'exemple, une peine de vingt années pour une première infraction contre la propriété serait exagérément disproportionnée, mais il en serait de même d'une peine de trois mois d'emprisonnement dans le cas où les autorités pénitentiaires décideraient qu'elle doit être purgée dans une cellule d'isolement. Enfin, je dois ajouter que certaines peines ou certains traitements seront toujours exagérément disproportionnés et incompatibles avec la dignité humaine: par exemple, l'imposition d'un châtement corporel comme la peine du fouet, sans égard au nombre de coups de fouet imposés ou, à titre d'exemple de traitement, la lobotomie de certains criminels dangereux, ou la castration d'auteurs de crimes sexuels.

Le juge Gonthier exprimant l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Goltz*, a maintenu une sentence minimale de sept ans d'emprisonnement pour conduite durant une interdiction, a expressément approuvé le point de vue du juge en chef Lamer. Il a dit (aux pages 505 et 506):

L'analyse de l'invalidité faite en vertu de l'art. 12 comporte deux aspects. L'un d'eux concerne l'appréciation de la peine ou de la sanction contestée dans l'optique de la personne à qui elle a en fait été infligée, en soutesant la gravité de l'infraction

with the particular circumstances of the offence and the personal characteristics of the offender. If it is concluded that the challenged provision provides for and would actually impose on the offender a sanction so excessive or grossly disproportionate as to outrage decency in those real and particular circumstances, then it will amount to a *prima facie* violation of s. 12 and will be examined for justifiability under s. 1 of the *Charter*. There may be no need to examine hypothetical situations or imaginary offenders. This was not the case in *Smith*, and for that reason the Court was obliged to examine other reasonably imaginable circumstances in which the challenged law might violate s. 12.

If the particular facts of the case do not warrant a finding of gross disproportionality, there may remain another aspect to be examined, namely, a *Charter* challenge or constitutional question as to the validity of a statutory provision on grounds of gross disproportionality as evidenced in reasonable hypothetical circumstances, as opposed to far-fetched or marginally imaginable cases. (See generally C. Robertson, "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness" in R. Sharpe, *Charter Litigation* (1987).)

The appellant also buttressed his argument by an appeal to article 7 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, [[1976] Can. T.S. No. 47], a convention which Canada has ratified, and to the jurisprudence under the European Convention on Human Rights: *Berrehab* (31/1987/126/177), *Djeraud* (34/1990/225/289), and *Moustaquim* (31/1989/191/291), decided by the European Court of Human Rights. Canada is not a party to the European Convention, but presumably decisions of the European Court on a human rights charter similar to Canada's have some persuasive value. The Supreme Court has also decided in *National Corn Growers Assn v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at page 1371, that "it is reasonable to make reference to an international agreement at the very outset of the inquiry to determine if there is any ambiguity, even latent, in the domestic legislation" (*per* Gonthier J.).

I am prepared to assume, for the sake of argument, that the issue as to whether deportation under subsection 32(2) of the *Immigration Act, 1976* constitutes cruel and unusual treatment under section 12 of the *Charter*, is still open to us, and that the question

elle-même d'une part et les circonstances particulières de cette infraction et les caractéristiques personnelles du contrevenant d'autre part. Si l'on décide que la disposition contestée prévoit, et infligerait en réalité au contrevenant, une sanction à ce point excessive ou exagérément disproportionnée qu'elle irait à l'encontre de ce qui est acceptable dans ces circonstances réelles et particulières, elle constituera alors à première vue une violation de l'art. 12 et fera l'objet d'un examen visant à déterminer si elle peut se justifier aux termes de l'article premier de la *Charte*. Il peut ne pas s'avérer nécessaire d'étudier des situations hypothétiques ou des contrevenants imaginaires. Tel n'a pas été le cas dans l'affaire *Smith*. C'est pourquoi la Cour s'est trouvée dans l'obligation d'examiner d'autres circonstances raisonnablement imaginables dans lesquelles la disposition contestée pourrait violer l'art. 12.

Si les faits particuliers de l'espèce ne justifient pas une conclusion de disproportion exagérée, il peut y avoir un autre aspect à examiner, savoir, une contestation fondée sur la *Charte* ou une question constitutionnelle concernant la validité d'une disposition législative fondée sur la disproportion exagérée démontrée par des circonstances hypothétiques raisonnables, par opposition à des situations invraisemblables ou difficilement imaginables. (Voir d'une manière générale C. Robertson, «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness», dans R. Sharpe, *Charter Litigation* (1987).)

L'appelant a étayé sa thèse en recourant à l'article 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, [[1976] R.T. Can. n° 47], une convention ratifiée par le Canada, et à la jurisprudence découlant de la Convention européenne des droits de l'homme: *Berrehab* (31/1987/126/177), *Djeraud* (34/1990/225/289), et *Moustaquim* (31/1989/191/291), où la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée. Bien que le Canada ne soit pas partie à la Convention européenne, les décisions de la Cour européenne portant sur une charte des droits de la personne semblable à celle du Canada est présumée revêtir une certaine valeur de persuasion. La Cour suprême a également décidé dans l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, à la page 1371, qu'«il est raisonnable de se référer à une convention internationale dès l'ouverture de l'enquête pour déterminer si la loi nationale renferme une ambiguïté, fût-elle latente» (motifs du juge Gonthier).

Je suis disposé à présumer, pour les fins de la discussion, que la question de savoir si l'expulsion prévue au paragraphe 32(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976* constitue un traitement cruel et inusité au sens de l'article 12 de la *Charte*, est toujours sans



should first be looked at from the perspective of the person subjected to it, as specified by Gonthier J. in *Goltz*.

If in that perspective this deportation order under subsection 32(2) of the Act were found to contravene section 12, and the statutory provisions were not saved by section 1 of the Charter, presumably the deportation order would receive a “constitutional exemption” or “reading out”, leaving subsection 32(2) in force, as proposed by this Court in *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 581; and *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209, although the notion of constitutional exemption was queried by McLachlin J. in *R. v. Seaboyer; R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pages 627-630.

Turning, then, to subsection 32(2) of the Act, I set forth again the provision itself:

32. . . .

(2) Where an adjudicator decides that a person who is the subject of an inquiry is a permanent resident described in subsection 27(1), he shall, subject to subsections 45(1) and 47(3), make a deportation order against that person.

Subsection 45(1) and subsection 47(3) relate to Convention refugee claimants and so have no application to the case at bar.

Subsection 32(2) must be read in conjunction with subsection 72(1) of the 1976 Act [as am. by S.C. 1988, c. 35, s. 18] (now subsection 70(1)) which reads as follows:

72. (1) Subject to subsection (3), where a removal order or conditional removal order is made against a permanent resident or against a person lawfully in possession of a valid returning resident permit issued to that person pursuant to the regulations, that person may appeal to the Appeal Division on either or both of the following grounds, namely,

(a) on any ground of appeal that involves a question of law or fact, or mixed law and fact; and

(b) on the ground that, having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada.

In order to judge the process to which the appellant was subjected, it is necessary to set forth the unanimous reasons of the three members of the Appeal

réponse et qu'elle devrait d'abord être étudiée dans l'optique de la personne visée, comme l'a précisé le juge Gonthier dans l'arrêt *Goltz*.

Si, dans cette optique, on concluait que la mesure d'expulsion prise en vertu du paragraphe 32(2) de la Loi contrevient à l'article 12, et que les dispositions statutaires ne se justifient pas en vertu de l'article premier de la Charte, on présume que la mesure d'expulsion recevrait une «exemption constitutionnelle» ou qu'on en ferait «abstraction», ce qui laisserait le paragraphe 32(2) en vigueur, comme l'a suggéré cette Cour dans les arrêts *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 581; et *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209, bien que la notion d'exemption constitutionnelle soit mise en doute par le juge McLachlin dans l'arrêt *R. c. Seaboyer; R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577 aux pages 627 à 630.

Voici à nouveau le libellé du paragraphe 32(2) de la Loi, sur lequel je porte maintenant mon attention:

32. . . .

(2) L'arbitre, après avoir conclu que la personne faisant l'objet d'une enquête est un résident permanent visé au paragraphe 27(1), doit, sous réserve des paragraphes 45(1) et 47(3), en prononcer l'expulsion.

Les paragraphes 45(1) et 47(3) renvoyant aux demandeurs de statut de réfugié au sens de la Convention, ils n'ont aucune application en l'espèce.

Le paragraphe 32(2) doit être lu conjointement avec le paragraphe 72(1) de la Loi de 1976 [mod. par L.C. 1988, ch. 35, art. 18] (maintenant le paragraphe 70(1)), ainsi libellé:

72. (1) Sous réserve du paragraphe (3), toute personne frappée d'une ordonnance de renvoi ou de renvoi conditionnel et qui est soit un résident permanent, soit un titulaire de permis de retour valable et délivré conformément aux règlements, peut interjeter appel devant la section d'appel en invoquant l'un des deux motifs suivants ou les deux:

a) un moyen d'appel comportant une question de droit ou de fait ou une question mixte de droit et de fait;

b) le fait que, compte tenu des circonstances de l'espèce, elle ne devrait pas être renvoyée du Canada.

Pour évaluer le processus auquel l'appelant a été assujéti, il est nécessaire de citer une certaine partie des motifs unanimes des trois membres de la Section

Division of the Immigration Appeal Board at some length (Appeal Book, at pages 279-281):

The appellant gave evidence, as did his parents, three other relatives and his Probation Officer. The evidence was positive in terms of his success in kicking his drug habit, his improved attitude towards work and the miraculous turn around in his life. There was evidence tendered, too, of the emotional distress and dislocation his removal from Canada would cause to his closely-knit family.

The evidence before the Board is that the appellant has officially resided at his parents' home for almost all his life, except for a period when he had a relationship with a girlfriend. During his long period of criminal activity he left and returned home intermittently, finally returning to reside permanently at his parents' home about two years prior to the appeal hearing. His father testified that he had first hand knowledge of his son's drug habits, but his mother said that she did not, although she had learned from the police about it. Neither of them had been able to exercise the necessary control over their son to curb either his drug abuse or his criminal conduct. Given his periods of incarceration, the work record of the appellant is understandably spotty; there was evidence that he was now working as a general labourer in the construction field but he was hoping for a better paying job so he could one day buy a house and a car.

The appellant had been ordered by the court to take drug counselling but had excused himself from the program because he felt that he had overcome his drug problem and did not need the assistance of a drug counselling agency. No independent evidence was therefore available from any such agency to corroborate evidence with respect to his success in overcoming his drug problem.

The onus is on the appellant to show why, in all the circumstances of the case, he ought not to be removed from Canada. Quite apart from the appalling criminal record of the appellant, there is the fact that even after the deportation order was made he went out and committed a further criminal offence, namely, trafficking in cocaine. Furthermore, the Board takes judicial notice of the fact that several of the break and entering offences for which he was convicted involved homes in the St. Clair Avenue area of Toronto, around the neighbourhood where the appellant grew up and associated with bad company. The scenario emerging from the record is that of an appellant fairly terrorizing his neighbourhood over a prolonged period. The Board considers it a reasonable inference to draw from the evidence that, considering the appellant's comings and goings, his association with friends in his neighbourhood, the large number of offences and convictions and the prolonged time span of his activities, he could not help but have achieved some notoriety among his peers.

In these cases the Board is required to carefully weigh the interests of Canadian society against the interests of the individual. The Board cannot but be cognizant of the devastating

d'appel de la Commission d'appel de l'Immigration (Dossier d'appel aux pages 279 à 281):

[TRADUCTION] L'appelant, ses parents, trois autres membres de sa famille et son agent de probation ont témoigné. Selon les témoignages, l'appelant a réussi à se défaire de sa dépendance de la drogue, son comportement à l'égard du travail s'est amélioré et il a miraculeusement changé sa vie. On a également témoigné de l'affliction et du bouleversement émotifs que son expulsion du Canada causerait à sa famille étroitement liée.

Selon la preuve soumise à la Commission, l'appelant a officiellement résidé chez ses parents presque toute sa vie, à l'exception d'une période où il entretenait une relation avec une amie. Au cours de la longue période où il s'adonnait à des activités criminelles, il quittait la maison de ses parents et y revenait par intervalles pour finalement s'y fixer de façon permanente environ deux ans avant l'audition de l'appel. Dans son témoignage, son père a déclaré qu'il tenait de première main la consommation de drogues de son fils, mais sa mère a mentionné qu'il n'en était rien pour elle, bien qu'elle l'ait appris de la police. Ni l'un ni l'autre n'ont réussi à exercer la maîtrise nécessaire sur leur fils pour qu'il réprime sa consommation de drogues ou son comportement criminel. Compte tenu de ses périodes d'emprisonnement, le dossier de travail de l'appelant est naturellement irrégulier; la preuve a démontré qu'il travaillait maintenant à titre d'ouvrier non spécialisé dans le domaine de la construction, mais qu'il espère obtenir un emploi plus rémunérateur afin, un jour, d'acquérir une maison et une automobile.

La Cour avait ordonné à l'appelant de recourir à des services de consultation en matière de drogues, mais ce dernier a quitté le programme, croyant avoir surmonté sa dépendance et ne pas avoir besoin de l'aide d'une agence de consultation en matière de drogues. Aucune preuve indépendante d'une telle agence n'est donc venue confirmer sa prétention selon laquelle il aurait réussi à surmonter sa toxicomanie.

Il incombe à l'appelant de démontrer la raison pour laquelle, compte tenu des circonstances de l'affaire, il ne doit pas être expulsé du Canada. Outre son dossier criminel effroyable, l'appelant a commis, même après la mesure d'expulsion prise contre lui, une autre infraction criminelle, soit le trafic de la cocaïne. De plus, la Commission prend connaissance judiciaire du fait que plusieurs des infractions d'introduction par effraction dont il a été déclaré coupable visaient des maisons des environs de la rue St-Clair à Toronto, à proximité de l'endroit où l'appelant a grandi et où il a fréquenté de mauvais compagnons. Il ressort du dossier que l'appelant a carrément terrorisé son voisinage pendant une longue période. Selon la Commission, il est raisonnable de conclure à partir de la preuve que vu les allées et venues de l'appelant, ses fréquentations dans son voisinage, le nombre important de ses infractions et de ses déclarations de culpabilité et la longue période au cours de laquelle il s'est adonné à ses activités, l'appelant n'a pu qu'acquiescer une certaine réputation au sein de ses pairs.

Dans ce genre d'affaire, la Commission doit soigneusement soupeser les intérêts de la société canadienne et ceux de la personne en cause. La Commission ne peut que savoir l'effet

effect of the drug culture on the health, financial resources, and the moral fibre of Canadian society. Although the appellant was in the past helped his parents financially when they needed it, they are not dependent on him. Although he has no close relatives in Italy he is a toughened street-wise twenty-six-year-old adult who is in no different a predicament than many immigrants are when they emigrate to Canada. Although he is not now fluent in Italian, he has resided in a family setting where Italian is spoken and he ought to be able to achieve reasonable facility in that language soon after his return to Italy.

In summary therefore: the appellant's lengthy drug-related criminal record and the particular circumstances surrounding it, his commission of a serious drug offence even after the deportation order, the absence of dependants, the less-than-convincing evidence that he has completely overcome his drug dependency and that he would not revert to criminal activity, and the lack of any redeeming features of his twenty years in Canada, far outweigh the distress and dislocation which removal would undoubtedly cause to the appellant and his family.

The foregoing indicates a careful and balanced examination of the appellant's claim to remain in Canada from an equitable rather than a legal point of view. It seems to me that it is the very kind of inquiry mandated by Gonthier J. in *Goltz* [at page 505], involving an "assessment of the challenged penalty or sanction from the perspective of the person actually subjected to it, balancing the gravity of the offence in itself with the particular circumstances of the offence and the personal characteristics of the offender." I find nothing "grossly disproportionate as to outrage decency in those real and particular circumstances."

It must be remembered that *Smith* and *Goltz* were both criminal cases involving minimum sentences from which there was no possible relief. The deportation order provided for by subsection 32(2) is only an apparent minimum. In fact, the provision by paragraph 70(1)(b) of the present Act for an appeal on equitable grounds renders the order in effect a reversible one, depending precisely upon an assessment of the appellant's personal merits and demerits. That is what the statute mandates, and this is the treatment the appellant received. In my view, it is far from cruel and unusual treatment, and so cannot contravene section 12.

dévastateur de la culture de la drogue sur la santé, les ressources financières et la fibre morale de la société canadienne. Bien que dans le passé, l'appelant ait aidé ses parents financièrement lorsque ceux-ci en avaient besoin, ils ne dépendent pas de lui. Il n'a aucun parent proche en Italie, mais il est un homme de la rue, endurci, âgé de vingt-six ans, qui se trouve dans la même situation que de nombreux immigrants qui émigrent au Canada. Il ne parle pas l'italien couramment, mais il a résidé dans un environnement familial où l'italien est parlé et il devrait pouvoir acquérir une certaine facilité à parler cette langue peu après son retour en Italie.

En résumé, donc: le long dossier criminel de l'appelant en matière de drogues et les circonstances particulières l'entourant, la perpétration d'une infraction grave en matière de drogues même après la mesure d'expulsion, l'absence de personnes à charge, la preuve moins que convaincante qu'il a surmonté complètement sa dépendance de la drogue et qu'il ne retournerait pas à ses activités criminelles et l'absence de qualités qui rachètent sa conduite pendant ses vingt ans au Canada l'emportent de loin sur l'affliction et le bouleversement que l'expulsion causerait certainement à l'appelant et à sa famille.

Ces motifs, qui révèlent un examen prudent et équilibré de la demande de l'appelant de demeurer au Canada, se placent sur le plan équitable plutôt que légal. Il me semble qu'il s'agit précisément du genre d'examen que le juge Gonthier a ordonné dans l'arrêt *Goltz* [à la page 505], et qui suppose «l'appréciation de la peine ou de la sanction contestée dans l'optique de la personne à qui elle a en fait été infligée, en soupesant la gravité de l'infraction elle-même d'une part et les circonstances particulières de cette infraction et les caractéristiques personnelles du contrevenant d'autre part». Je n'y vois rien de si «exagérément disproportionné [que cela] irait à l'encontre de ce qui est acceptable dans ces circonstances réelles et particulières».

Il ne faut pas oublier que les arrêts *Smith* et *Goltz* étaient tous deux relatifs à des affaires criminelles où les peines minimales étaient sans appel. La mesure d'expulsion prévue au paragraphe 32(2) n'est qu'un minimum apparent. Le fait que l'alinéa 70(1)(b) de la présente Loi prévoit un appel pour des motifs d'équité rend la mesure révoquable, compte tenu précisément de l'appréciation des mérites et des torts personnels de l'appelant. C'est ce que la loi ordonne, et c'est le traitement qui a été infligé à l'appelant. À mon avis, loin d'être un traitement cruel et inusité, il ne peut donc porter atteinte à l'article 12.

## III

The appellant raised two other objections to the Board's decision, one as to judicial notice, and one as to the Board's failure to address its mind to the proper question to be answered on the appeal.

The argument as to judicial notice referred to the Board's taking "judicial notice of the fact that several of the break and entering offences for which he was convicted involved homes in the St. Clair Avenue area of Toronto, around the neighbourhood where the appellant grew up and associated with bad company." This led to the inference that, not only was the appellant a criminal, but that he had in fact been terrorizing his own neighbourhood and community over a prolonged period. It was contended that the Board erred in law by taking judicial notice of a matter of which strict proof was necessary, since it was not information of a general nature acquired in common with members of the general public. It was said that this was a denial of natural justice, and that the Board had a duty to inform the appellant that it intended to take judicial notice of the information so that he could adequately respond: *Gonzalez v. Minister of Employment and Immigration*, [1981] 2 F.C. 781 (C.A.).

Whether or not the Board correctly used the term "judicial notice", it seems to me that it did not go beyond the common knowledge of any informed Torontonians of the City streets. The Board merely drew an inference from this common knowledge, which it was entitled to do without notice.

The second objection had to do with the Board's statement that "in these cases the Board is required to carefully weigh the interests of Canadian society against the interests of the individual." This, it is submitted, is a different test from that mandated by statute, viz., whether "having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada."

## III

L'appelant a soulevé deux autres objections à l'encontre de la décision de la Commission, la première portant sur la connaissance judiciaire et l'autre sur le défaut de la Commission de se pencher sur la question devant être tranchée en appel.

La prétention relative à la connaissance judiciaire repose sur le fait que la Commission a pris «connaissance judiciaire du fait que plusieurs des infractions d'introduction par effraction dont il a été déclaré coupable visaient des maisons des environs de la rue St. Clair à Toronto, à proximité de l'endroit où l'appelant a grandi et où il a fréquenté de mauvais compagnons.» De ce qui précède, on a conclu que non seulement l'appelant était un criminel, mais qu'il avait en fait terrorisé son propre voisinage et sa collectivité pendant de nombreuses années. L'appelant a soutenu que la Commission avait commis une erreur de droit en prenant connaissance judiciaire d'une question qui nécessitait une preuve stricte, puisqu'il ne s'agissait pas d'un renseignement de nature générale acquis en commun avec le grand public. L'appelant a soutenu qu'il s'agissait d'un déni de justice naturelle et que la Commission avait le devoir de l'informer de son intention de prendre connaissance judiciaire du renseignement pour qu'il puisse y répondre correctement: *Gonzalez c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1981] 2 C.F. 781 (C.A.).

Que la Commission ait ou non utilisé le terme «connaissance judiciaire» correctement, il me semble qu'elle n'est pas allée au-delà de la connaissance générale de tout Torontois bien informé des rues de Toronto. La Commission a simplement tiré une conclusion de ce fait notoire, ce qu'elle avait le droit de faire sans avis.

La deuxième objection concerne la déclaration de la Commission selon laquelle «dans ce genre d'affaire, la Commission doit soigneusement soupeser les intérêts de la société canadienne et ceux de la personne en cause». Il s'agit, soutient l'appelant, d'un critère différent de celui prescrit par la loi, c'est-à-dire la question de savoir si «compte tenu des circonstances de l'espèce, [la personne] ne devrait pas être renvoyée du Canada».

I cannot accept that the phrase “having regard to all the circumstances of the case” means that a tribunal should, to make such a judgment, abstract the appellant from the society in which he lives. The statutory language does not refer only to the circumstances of the person, but rather to the circumstances of the case. That must surely be taken to include the person in his total context, and to bring into play the good of society as well as that of the individual person. I cannot accept that the social considerations had been taken account of once and for all by the order of deportation itself. In my view paragraph 70(1)(b) of the Act requires that they be considered again, but this time along with every extenuating circumstance that can be adduced in favour of the deportee. Both the law and the treatment received under it in my view meet the standards of section 12.

## IV

In the result the appeal must be dismissed.

MAHONEY J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

Je ne peux croire que la phrase «compte tenu des circonstances de l'espèce» signifie qu'un tribunal devrait, pour tirer une telle conclusion, détacher l'appelant de la société au sein de laquelle il vit. Le libellé législatif ne renvoie pas seulement aux circonstances de la personne, mais plutôt aux circonstances de l'affaire. Cette expression comprend certainement la personne dans son contexte global et elle fait intervenir le bien de la société et celui de la personne en particulier. Je ne peux concevoir que les considérations d'ordre social aient été envisagées de façon définitive par la mesure d'expulsion elle-même. À mon avis, l'alinéa 70(1)b) de la Loi exige qu'elles soient considérées de nouveau, mais cette fois-ci, de pair avec toutes les circonstances atténuantes pouvant être invoquées en faveur de l'expulsé. Tant la loi que le traitement infligé par son application répondent, à mon avis, aux normes de l'article 12.

## IV

En conséquence, l'appel doit être rejeté.

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

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

A-143-91

A-143-91

**Jean-Charles St-Onge (Appellant)****Jean-Charles St-Onge (appelant)**

v.

c.

**The Commissioner of Official Languages  
(Respondent)****Le commissariat aux langues officielles (intimé)***INDEXED AS: ST-ONGE v. CANADA (OFFICE OF THE  
COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES) (CA.)**RÉPERTORIÉ: ST-ONGE c. CANADA (COMMISSARIAT AUX  
LANGUES OFFICIELLES) (CA.)*Court of Appeal, Marceau, Desjardins and Décary  
J.J.A.—Ottawa, May 19 and June 30, 1992.Cour d'appel, juges Marceau, Desjardins et Décary,  
J.C.A.—Ottawa, 19 mai et 30 juin 1992.

*Official languages — Appeal from Trial Judge's dismissal of application for relief from Commissioner of Official Languages' decision — Appellant complaining about inadequate French language services by PSC in Toronto — Complaint rejected by Commissioner as no breach of Official Languages Act — Commissioner's discretion to refuse or cease to investigate complaint under Act, s. 58(4)(c) limited to cases not involving contravention or failure to comply with spirit and intent of Act — Commissioner erred in not considering appellant's difficulty in establishing oral contact in French with PSC and in not taking spirit and intent of Act into account.*

*Langues officielles — Appel à l'encontre d'un jugement rendu par un juge de première instance qui a rejeté une demande de redressement à l'égard d'une décision du commissaire aux langues officielles — L'appelant s'est plaint de la pauvreté du service offert en français par les bureaux de la Commission de la fonction publique du Canada à Toronto — Le commissaire a rejeté la plainte au motif qu'il n'y avait pas infraction à la Loi sur les langues officielles — Le pouvoir discrétionnaire du commissaire, en vertu de l'art. 58(4)c) de la Loi, de refuser ou de cesser d'instruire une plainte est circonscrite aux cas où l'objet de la plainte ne constitue pas une contravention de la loi ou une violation de son esprit et de l'intention du législateur — Le commissaire a commis une erreur en ignorant la difficulté que l'appelant a eue à avoir une prise de contact orale en français avec les bureaux de la Commission et en ne tenant pas compte de l'esprit de la Loi et de l'intention du législateur.*

This was an appeal from a judgment of the Trial Division dismissing appellant's application for relief from a decision of the Commissioner of Official Languages. In applying for employment in civil engineering at the Toronto office of the Public Service of Canada, the appellant realized that the person responsible for hiring engineers was not bilingual. He complained to the Commissioner about the difficulty he had experienced in obtaining oral communication in French; it was only after having had to speak English to several officials that he was put through to the Director General who spoke French. The appellant felt that he had been disadvantaged in not being able to communicate directly with the person responsible for recruiting people in his specialty. The Commissioner rejected the complaint, there having been no breach of the *Official Languages Act*. Appellant then applied to the Trial Division for a declaratory judgment requiring the Commissioner to make recommendations to the Toronto offices of the Public Service Commission that employment application acknowledgment letters written in French be signed by an official able to speak that language and that French language services be available at all times. The Trial Judge observed that the Federal Court only exceptionally has jurisdiction to intervene in decisions of an administrative nature made in accordance with legislation; His Lordship concluded that the Commissioner's decision was within the statutory and discretionary powers conferred on him by the Parliament of Canada and that in exercising these pow-

Il s'agit d'un appel de la décision rendue par la Section de première instance rejetant la demande de redressement de l'appelant à l'égard d'une décision du Commissaire aux langues officielles. Ayant postulé un emploi en génie civil auprès du bureau de la Fonction publique du Canada à Toronto, l'appelant s'est rendu compte que le responsable de l'embauche des ingénieurs n'était pas bilingue. Il s'est plaint auprès du commissaire de la difficulté qu'il avait eue à obtenir une communication active en français; ce n'est qu'après avoir dû parler anglais à plusieurs préposés qu'il fut finalement dirigé vers le directeur général avec qui il put s'entretenir en français. L'appelant s'est senti désavantagé, n'ayant pu communiquer directement avec la personne responsable du recrutement des gens spécialisés dans son domaine. Le commissaire a rejeté la plainte au motif qu'il n'y avait pas infraction à la *Loi sur les langues officielles*. L'appelant s'est ensuite adressé à la Section de première instance afin d'obtenir un jugement déclaratoire ordonnant non seulement que le Commissaire aux langues officielles en vienne à formuler une recommandation auprès du bureau de la Commission de la fonction publique à Toronto de façon à ce que les accusés de réception envoyés en français soient signés par un agent de ressourcement qui puisse parler le français, mais également que le service actif en français soit disponible en tout temps. Le juge de première instance a observé que ce n'est que par exception que la Cour fédérale avait compétence pour intervenir dans des décisions d'ordre

ers, the Commissioner had committed no error of law or fact that could justify judicial intervention.

*Held* (Marceau J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

*Per* Desjardins and Décaré J.J.A.: It was unfortunate that the Trial Judge had made reference to Chicoutimi and Saskatoon in that it is not possible to compare areas where there is no significant demand for one or other of the official languages with an area such as Toronto where a significant demand does exist and where Parliament, by section 22 of the *Official Languages Act*, has expressly imposed greater obligations on the offices of federal institutions and thereby conferred more extensive rights on the public in communicating with them and receiving their services. In *Canada (Attorney General) v. Viola*, the Federal Court of Appeal clearly explained the nature and object of the *Official Languages Act*, pointing out that it is an extension of the rights and guarantees recognized in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In fact, section 22 of the Act essentially reproduces paragraph 20(1)(a) of the Charter, which suggests that the Courts should interpret it in the same way as this provision of the Charter would be interpreted. The appellant's rights to receive service in French in Toronto are not lessened by the fact that he would have to work in English if he were to obtain the employment sought. The phrase "the spirit and intent of this Act", noted in subsection 58(4), is also found in subsection 56(1) which gives the Commissioner the duty to take all actions and measures within his authority to ensure recognition of the status of each of the official languages and compliance with the spirit and intent of the Act in the administration of the affairs of federal institutions. An unusual power to intervene has been conferred on the Commissioner who, when receiving a complaint, is expressly ordered by Parliament to get to the heart of the matter and not simply to examine the technical legality of the actions taken by the government department against which the complaint is laid.

The Commissioner had made two errors. First, he did not investigate the appellant's complaint relating to his difficulty in establishing oral communication in French with the Public Service Commission of Canada. He only noted the letter of May 17, 1990 and the telephone conversation with the Director in French on June 14, 1990, but he did not inquire into the legality of what occurred between these two incidents. Second, the Commissioner did not take the spirit and intent of the Act into account. In accordance with his duty as stated in subsection 56(1) of the Act and the power of investigation conferred on him by subsection 58(4), he should have determined whether the Public Service of Canada office in Toronto, as a federal institution in a place where there was a significant demand for the use of French, had complied with the spirit and intent of the Act in its communications with and service to the appellant.

administratif prises en vertu de la loi; le juge a conclu que la décision prise par le commissaire relevait des pouvoirs législatifs et discrétionnaires que le Parlement canadien lui avait accordés, et que dans l'exercice de ces pouvoirs, le commissaire n'avait commis aucune erreur de droit ou de fait de nature à justifier son intervention.

*Arrêt* (le juge Marceau, J.C.A., dissident): l'appel devrait être accueilli.

Les juges Desjardins et Décaré, J.C.A.: Il est malencontreux que le juge de première instance ait parlé des régions de Chicoutimi et de Saskatoon en ce qu'il ne saurait être question de comparer des régions, où il n'existe pas de demande importante, à des régions, telles Toronto, où il existe une demande importante et où le Parlement a expressément, par l'article 22 de la *Loi sur les langues officielles*, imposé davantage d'obligations aux bureaux des institutions fédérales et, du même coup, reconnu davantage de droits au public lorsqu'il communique avec eux ou reçoit des services. Dans *Canada (Procureur général) c. Viola*, la Cour d'appel fédérale a clairement expliqué la nature et l'objet de la *Loi sur les langues officielles*, indiquant qu'elle est l'expression de la reconnaissance des droits et garanties reconnus dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. En fait, l'article 22 de la Loi est essentiellement la reproduction de l'alinéa 20(1)a) de la Charte, ce qui invite les tribunaux à l'interpréter de la même manière que serait interprétée cette disposition de la Charte. Les droits de l'appelant de recevoir des services en français, à Toronto, ne sont pas réduits du simple fait qu'il devrait travailler en anglais s'il obtenait l'emploi sollicité. L'expression «l'esprit de la loi et l'intention du législateur», figurant au paragraphe 58(4), se retrouve également au paragraphe 56(1) qui donne au commissaire la mission de prendre, dans le cadre de sa compétence, toutes les mesures visant à assurer la reconnaissance du statut de chacune des langues officielles et de faire respecter l'esprit de la loi et l'intention du législateur en ce qui touche l'administration des affaires des institutions fédérales. Le commissaire se voit reconnaître un pouvoir d'intervention tout à fait inhabituel et le Parlement lui dicte expressément, lorsqu'il reçoit une plainte, d'aller au fond des choses et de ne pas se contenter d'examiner la légalité technique des mesures prises par l'administration qui fait l'objet de la plainte.

Le commissaire a commis deux erreurs. Premièrement, il ne s'est pas enquis du volet de la plainte de l'appelant qui avait trait à sa difficulté à entrer en contact oralement en français avec la Commission de la fonction publique du Canada. Le commissaire n'a fait que le constat de la lettre du 17 mai 1990 et de la conversation téléphonique en français avec le directeur, le 14 juin 1990, mais il ne s'est pas enquis de la légalité de ce qui s'est passé entre ces deux incidents. Deuxièmement, le commissaire n'a pas tenu compte de l'esprit de la loi et de l'intention du législateur. Il incombait au commissaire, en vertu de son obligation énoncée au paragraphe 56(1) de la Loi et en vertu du pouvoir d'enquête que lui confère le paragraphe 58(4) de la Loi, de déterminer si le bureau de la Commission de la fonction publique du Canada à Toronto, comme institution fédérale dans un lieu où l'emploi de la langue française fait l'objet d'une demande importante, avait respecté l'esprit de la

*Per Marceau J.A. (dissenting):* For this Court to be able to allow the appeal, two conditions must be met. First, it must be possible to read the application as being one for an order in the nature of *mandamus* to force the Commissioner to reopen his inquiry into the complaint made by the applicant. Second, it must be possible to say that, as a public official, the Commissioner acted without regard to a duty imposed on him by law. As to the first condition, it is very doubtful that a court of appeal could criticize a Trial Judge for not undertaking so extensive a transformation of the application before him. However, it is the second condition which seems more clearly absent. This Court could not assume that the Commissioner was concerned only with the formal and express requirements of the Act simply because he spoke in his letter of a "breach of the . . . Act". One must rely on a stronger factual basis to conclude that a public official disregarded his mandate and failed in his duty. As this Court and the Trial Court are courts of law, the Commissioner's statement that he had ascertained that no "breach of the . . . law" had been committed must be taken as conclusive by them.

The Trial Judge was correct in concluding that it was not his function to become involved in the good faith exercise by the Commissioner of the discretionary powers conferred on him by the Act. This is why the Act expressly provides that a complaint to the Commissioner and the action he may take on it temporarily suspend but do not in any way abrogate the right of action which the complainant may have against the federal institution which has allegedly not recognized his rights. The Commissioner, provided he is acting in good faith, is responsible to Parliament, not to the courts of law.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 20(1)(a).

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

*Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 3(1), 22, 27, 35, 36, 50, 56(1), 58(4), 77.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373; (1990), 123 N.R. 83 (C.A.).

APPEAL from a judgment of the Trial Division ((1991), 44 F.T.R. 81) dismissing appellant's application for relief from a decision rendered by the Commissioner of Official Languages. Appeal allowed.

loi et l'intention du législateur lors de ses communications avec l'appelant et de la prestation de services à ce dernier.

Le juge Marceau, J.C.A. (dissent): Pour que cette Cour puisse maintenir l'appel, deux conditions sont requises. D'une part, il faut pouvoir lire la demande comme en étant une visant l'obtention d'une ordonnance de la nature d'un *mandamus* pour forcer le commissaire à reprendre son enquête sur la plainte que le requérant a soumise. D'autre part, il faut être en mesure d'affirmer que le commissaire, en tant qu'officier public, a agi au mépris d'un devoir que la loi lui impose. Quant à la première condition, il est fort douteux qu'une cour d'appel puisse reprocher à un juge de première instance de ne pas avoir procédé à une transformation aussi substantielle de la demande qui était devant lui. C'est la seconde condition, toutefois, qui semble le plus clairement absente. La Cour ne peut présumer que le commissaire s'en est rapporté uniquement aux exigences formelles et expresses de la Loi pour la seule raison qu'il ne parle dans sa lettre que «d'infraction à la Loi». Pour considérer qu'un officier public a faussé son mandat et manqué à son devoir, il faut une base factuelle plus solide. Cette Cour et la Cour de première instance étant des cours de justice, elles doivent considérer l'affirmation du commissaire selon laquelle il s'était assuré qu'aucune «infraction à la Loi» n'avait été commise comme étant décisive.

Le juge de première instance a eu raison de conclure qu'il ne lui revenait pas de s'immiscer dans l'exercice de bonne foi par le commissaire des pouvoirs discrétionnaires que la Loi lui accorde. C'est pour cela que la Loi prévoit formellement qu'une plainte au commissaire et le traitement qu'elle peut recevoir de sa part suspendent temporairement mais n'abrogent nullement le recours judiciaire que le plaignant peut avoir contre l'institution fédérale qui n'aurait pas respecté ses droits. Le commissaire, dans la mesure où il agit de bonne foi, relève du Parlement et non des cours de justice.

#### 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. 20(1)a).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.

*Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31, art. 3(1), 22, 27, 35, 36, 50, 56(1), 58(4), 77.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373; (1990), 123 N.R. 83 (C.A.).

APPEL d'une décision de la Section de première instance ((1991), 44 F.T.R. 81) rejetant la demande de redressement de l'appelant à l'égard d'une décision rendue par le Commissaire aux langues officielles. Appel accueilli.



## COUNSEL:

*J. Aidan O'Neill* for respondent.

## APPEARANCE:

Jean-Charles St-Onge on his own behalf.

## SOLICITORS:

*Johnston & Buchan*, Ottawa, for respondent.

## APPELLANT ON HIS OWN BEHALF:

Jean-Charles St-Onge, Timmins, Ontario.

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

MARCEAU J.A. (*dissenting*): I am sorry, but I am unable to accept the approach taken by my colleagues and, with respect, I must differ from them. In my opinion, this case is not one in which the Court can intervene, and the following is briefly why I think so.

The factual details are not that important. What must be borne in mind is that the decision by the Trial Division [(1991), 44 F.T.R. 81] which is on appeal was one dismissing an application made pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], the purpose of which was stated in the originating notice as follows:

[TRANSLATION] The applicant would like to obtain relief in respect of a decision made by the Office of the Commissioner of Official Languages so as to give effect to the new *Official Languages Act*. The applicant would like the original decision made by the office to be rejected and replaced by a new decision that is more fair and more in keeping with the present Act.

For this Court to be able to allow the appeal, quash the decision to dismiss and order the Commissioner of Official Languages to reconsider the appellant's complaint, two conditions must obviously be met. First, it must be possible to read the application as being one for an order in the nature of *mandamus* to force the Commissioner to reopen his inquiry into the complaint made by the applicant. Second, it must be possible to say that, as a public official, the Commissioner acted without regard to a duty imposed on him by law. As to the first condition, I will simply say that in my opinion it is very doubtful that a court of appeal could complain about a trial judge not undertaking so extensive a transformation of the applica-

## AVOCAT:

*J. Aidan O'Neill* pour l'intimé.

## A COMPARU:

Jean-Charles St-Onge en son nom personnel.

## PROCUREURS:

*Johnston & Buchan*, Ottawa, pour l'intimé.

## L'APPELANT EN SON NOM PERSONNEL:

Jean-Charles St-Onge, Timmins (Ontario).

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

LE JUGE MARCEAU, J.C.A. (*dissident*): Je regrette, mais je suis incapable d'accepter le point de vue de mes collègues et je veux, avec égards, m'en dissocier. À mon avis, ce cas n'en est pas un où la Cour peut intervenir et voici brièvement pourquoi je pense ainsi.

Le détail des faits importe peu. Ce qu'il faut bien avoir à l'esprit, c'est que cette décision de la Section de première instance dont est appel [(1991), 44 F.T.R. 81] en était une de rejet d'une requête faite en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] dont l'objet était exprimé comme suit dans l'avis introductif:

Le requérant voudrait obtenir un redressement contre une décision prise par l'office du Commissariat aux langues officielles afin que la nouvelle Loi sur les langues officielles soit respectée. Le requérant voudrait que la décision originale prise par le Commissariat soit rejetée et remplacée par une nouvelle décision plus équitable et respectueuse de la présente Loi. (sic)

Pour que cette Cour puisse maintenir l'appel, casser la décision de rejet et ordonner au commissaire aux langues officielles de reconsidérer la plainte de l'appelant, deux conditions sont évidemment requises. D'une part, il faut pouvoir lire la demande comme en étant une visant l'obtention d'une ordonnance de la nature d'un *mandamus* pour forcer le commissaire à reprendre son enquête sur la plainte que le requérant a soumise. D'autre part, il faut être en mesure d'affirmer que le commissaire, en tant qu'officier public, a agi au mépris d'un devoir que la loi lui impose. Quant à la première condition, je me contenterai de dire qu'à mon avis, il est fort douteux qu'une cour d'appel puisse reprocher à un juge de

tion before him. However, it is the second condition which seems more clearly absent.

As we have seen, the matter starts with the content of a letter sent by the Commissioner to the appellant on August 31, 1990, in answer to a complaint made by the latter under the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31. Once again, it reads:

[TRANSLATION] After carefully reviewing all the information you sent us, we have concluded that this case indicates no breach of the *Official Languages Act*. The Act requires federal agencies to use the preferred official language of their clients and this is what the P.S.C. did in the letter sent to you in French on May 17 and in your telephone conversation of June 14 with the Director.

We will therefore not be taking any further action on your complaint.

From the fact that the Commissioner speaks in his letter of reply only of a breach of the Act the appellant concluded that he failed to go beyond the strict wording of the provisions contained in the Act. He suggested that in doing so the Commissioner erred, as he should not only have considered whether the services in French had in fact been rendered as expressly required by the legislation, which certainly was the case, but also whether the problems that the appellant said he encountered in obtaining a proper telephone conversation in French were not an infringement of the spirit and intent of the Act, within the meaning of subsections 56(1) and 58(4) of the Act, which read:

56. (1) It is the duty of the Commissioner to take all actions and measures within the authority of the Commissioner with a view to ensuring recognition of the status of each of the official languages and compliance with the spirit and intent of this Act in the administration of the affairs of federal institutions, including any of their activities relating to the advancement of English and French in Canadian society.

58. . . .

(4) The Commissioner may refuse to investigate or cease to investigate any complaint if in the opinion of the Commissioner

- (a) the subject-matter of the complaint is trivial;
- (b) the complaint is frivolous or vexatious or is not made in good faith, or

première instance de ne pas avoir procédé à une transformation aussi substantielle de la demande qui était devant lui. C'est la seconde condition, toutefois, qui m'apparaît le plus clairement absente.

a

On part, comme on l'a vu, du contenu de la lettre que le commissaire faisait parvenir à l'appelant, le 31 août 1990, en réponse à la plainte que ce dernier avait soumise en vertu de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31. Je le rappelle:

b

Après avoir étudié attentivement toutes les données que vous nous avez transmises, nous concluons qu'il n'y a pas dans ce dossier d'infraction à la Loi sur les langues officielles. La Loi exige des organismes fédéraux qu'ils utilisent la langue officielle préférée de leurs clients et c'est ce que la CFP a fait dans la lettre en français qu'elle vous adressait le 17 mai et lors de votre conversation téléphonique du 14 juin avec le directeur.

c

Nous ne donnerons donc pas suite à votre plainte.

d

De ce que le commissaire ne parle, dans sa lettre de réponse, que d'infraction à la Loi, on en conclut qu'il a omis d'aller au-delà du libellé strict des prescriptions que celle-ci contient. Et en cela, dit-on, il a eu tort, car il devait se demander non seulement si les services en français avaient bien été rendus comme l'exigent formellement les dispositions législatives, ce qui était certes le cas, mais aussi si les difficultés que l'appelant disait avoir eues à obtenir une conversation téléphonique valable en français ne constituaient pas une violation de l'esprit de la Loi et de l'intention du législateur, au sens des paragraphes 56(1) et 58(4) de la Loi qui se lisent:

e

f

g

56. (1) Il incombe au commissaire de prendre, dans le cadre de sa compétence, toutes les mesures visant à assurer la reconnaissance du statut de chacune des langues officielles et à faire respecter l'esprit de la présente loi et l'intention du législateur en ce qui touche l'administration des affaires des institutions fédérales, et notamment la promotion du français et de l'anglais dans la société canadienne.

h

i 58. . . .

(4) Le commissaire peut, à son appréciation, refuser ou cesser d'instruire une plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants:

j

- a) elle est sans importance;
- b) elle est futile ou vexatoire ou n'est pas faite de bonne foi;

(c) the subject-matter of the complaint does not involve a contravention or failure to comply with the spirit and intent of this Act, or does not for any other reason come within the authority of the Commissioner under this Act.

First, as this Court is an appellate court, I do not think it can assume, regardless of the findings of fact made by the Trial Judge, that the Commissioner was concerned only with the formal and express requirements of the Act simply because he spoke in his letter of a “breach of the . . . Act”. To conclude that a public official disregarded his mandate and failed in his duty and that a court order should be made to compel him to correct the mistake, I think that a stronger factual basis is necessary.

Second, as this Court and the Trial Court are courts of law, it seems to me that the Commissioner’s statement that he had ascertained that no “breach of the . . . Act” had been committed must be taken as conclusive by them. It is certainly usual for a court of law to refer to what may be called the “spirit of the Act” and the “legislative intent” to resolve problems of legislative interpretation, but these concepts are not for the court something apart from the Act which can be given effect beyond what Parliament has expressly provided. The situation may be different for the Commissioner himself, because of the function of supervision, encouragement, criticism, promotion and development which he is called on to perform and the latitude which Parliament intended he should have in exercising his powers of recommendation. I think this is what explains the fact that Parliament thought of expressly referring to the aforementioned sections; but this was intended for the Commissioner alone, to support his action, not for courts of law that might be called on to assess the legality of his acts and positions taken by him.

My colleagues quote a long passage from the decision of this Court in *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373, at pages 386-387, to indicate the special nature of the *Official Languages Act*. I think they passed over rather quickly the last part of this citation:

c) son objet ne constitue pas une contravention à la présente loi ou une violation de son esprit et de l’intention du législateur ou, pour toute autre raison, ne relève pas de la compétence du commissaire.

<sup>a</sup> D’une part, cette Cour étant une cour d’appel, il ne me paraît pas possible qu’elle puisse présumer, sans égard aux conclusions de fait du juge de première instance, que le commissaire s’en est rapporté uniquement aux exigences formelles et expresses de la Loi pour la seule raison qu’il ne parle dans sa lettre que «d’infraction à la Loi». Pour considérer qu’un officier public a faussé son mandat et manqué à son devoir et qu’un ordre de cour doit être émis pour le forcer à s’amender, il faut, je pense, une base factuelle plus solide.

<sup>d</sup> D’autre part, cette Cour et la Cour de première instance étant des cours de justice, il me semble que l’affirmation du commissaire à l’effet qu’il s’était assuré qu’aucune «infraction à la Loi» n’avait été commise, doit être tenue, pour elles, comme étant décisive. Sans doute est-il normal pour une cour de justice de se référer à ce qu’on peut appeler «l’esprit de la loi» et «l’intention du législateur» pour résoudre des difficultés d’interprétation de dispositions législatives, mais ces notions ne se présentent pas pour elle comme des réalités séparées de la loi auxquelles effet peut être donné par delà ce que le Parlement aurait formellement prescrit. Il peut en être autrement du commissaire lui-même, à cause du rôle de surveillance, d’encouragement, de critique, de promotion et d’évolution qu’on lui demande de remplir et de la latitude qu’on veut qu’il ait dans l’exercice de ses pouvoirs de recommandation. Et c’est ce qui explique, je crois, qu’on ait pensé s’y référer formellement aux articles cités ci-haut. Mais on l’a fait à l’adresse du commissaire seul, pour appuyer son action, non à l’adresse des cours de justice susceptibles d’être appelées à vérifier la légalité de ses gestes et de ses prises de position.

<sup>i</sup> Mes collègues citent un long passage de la décision de notre Cour dans *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373, aux pages 386 et 387 dans le but de souligner le caractère spécial de cette *Loi sur les langues officielles*. Il me semble qu’ils ont passé un peu rapidement sur la dernière partie de cette citation:

To the extent, finally, that it is legislation regarding language rights, which have assumed the position of fundamental rights in Canada but are nonetheless the result of a delicate social and political compromise, it requires the courts to exercise caution and to “pause before they decide to act as instruments of change”, as Beetz J. observed in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Education et al.*:

... legal rights as well as language rights belong to the category of fundamental rights,

. . . .

Unlike language rights which are based on political compromise, legal rights tend to be seminal in nature because they are rooted in principle.

. . . .

This essential difference between the two types of rights dictates a distinct judicial approach with respect to each. More particularly, the courts should pause before they decide to act as instruments of change with respect to language rights. [My emphasis.]

I believe that the Trial Judge dealt quite correctly with the application that was before him. I think he was right to conclude that it was not his function to become involved in the good faith exercise by the Commissioner of the discretionary powers conferred on him by the Act, both as regards the accepting of a complaint to assess its validity and the decision whether to pursue it and undertake any inquiry and also as to his decision on the merits of the complaint and whether action should be taken regarding it. Indeed, it seems to me this is why the Act takes the trouble to expressly provide that a complaint to the Commissioner and the action he may take on it temporarily suspend but do not in any way abrogate the right of action which the complainant may have against the federal institution which has allegedly not recognized his rights (section 77 of the Act). I feel that the system intends that the Commissioner, provided he is acting in good faith, is responsible for his action or inaction solely to Parliament and not to the courts of law. Finally, I feel that the reasons given by the Trial Judge in support of his refusal are substantially correct and I adopt them.

I would dismiss the appeal.

\* \* \*

Dans la mesure, enfin, où elle constitue une loi relative à des droits linguistiques qui, au Canada, ont pris valeur de droits fondamentaux mais n'en demeurent pas moins le fruit d'un compromis social et politique fragile, elle invite les tribunaux à faire preuve de prudence, et à «hésiter à servir d'instruments de changement» ainsi que le rappelait le juge Beetz dans *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et autre c. Association of Parents for Fairness in Education et autre*:

... les garanties juridiques ainsi que les droits linguistiques relèvent de la catégorie des droits fondamentaux.

. . . .

À la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes.

. . . .

Cette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon distincte d'aborder chacun. Plus particulièrement, les tribunaux devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques. [J'ai souligné.]

Je crois que le juge de première instance a très correctement traité de la demande qui était devant lui. Je crois qu'il a eu raison de penser qu'il ne lui revenait pas de s'immiscer dans l'exercice de bonne foi par le commissaire des pouvoirs discrétionnaires que la Loi lui accorde, tant au niveau de la réception d'une plainte pour en apprécier la valeur et décider de l'opportunité d'entreprendre ou de poursuivre quelque enquête, qu'au niveau de sa disposition pour juger de son bien ou mal-fondé et de la nécessité ou non d'agir à son sujet. C'est pour cela d'ailleurs, il me semble, que la Loi prend la peine de prévoir formellement qu'une plainte au commissaire et le traitement qu'elle peut recevoir de sa part suspendent temporairement mais n'abrogent nullement le recours judiciaire que le plaignant peut avoir contre l'institution fédérale qui n'aurait pas respecté ses droits (article 77 de la Loi). Le système veut, je pense, que le commissaire, dans la mesure où il agit de bonne foi, soit responsable de son action ou inaction uniquement au Parlement et non aux cours de justice. Je crois, enfin, que les motifs que le juge de première instance a formulés au soutien de son refus sont substantiellement corrects et je les fais miens.

Je rejetterais l'appel.

\* \* \*

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

DESJARDINS AND DÉCARY J.J.A.: The appellant is appealing from a judgment rendered by a Trial Judge who dismissed his application for relief from a decision rendered by the Commissioner of Official Languages on August 31, 1990.

On June 15, 1990, the appellant complained to the Commissioner of Official Languages about the poor quality of the service offered in French by the Public Service Commission of Canada offices in Toronto, serving the Ontario region which covers the town of Timmins where the appellant lives.

The appellant had inquired about the possibility of applying for a job in civil engineering with the Public Service of Canada offices in Toronto and on May 17, 1990, received a letter in French signed by Peter Corner, Resourcing Officer, telling him that he had the necessary certificates and qualifications and that his application for employment had been entered in the Public Service Commission national index for consideration when a position became vacant. The appellant tried to contact the person who signed the letter by telephone, as the latter was solely responsible for civil engineering opportunities with the Public Service offices in Toronto. What happened then is described by the appellant in the complaint he made to the Commissioner:<sup>1</sup>

[TRANSLATION] After I had made several calls it was finally explained that Mr. Peter Corner, who is solely responsible for hiring engineers for the Public Service, is not bilingual. Some of the Public Service employees had tried to make me think he was bilingual.

The Director of Personnel, Stephen Bickerstaffe, called the appellant back on June 14, 1990 to tell him there were no openings for civil engineers in the Public Service. This conversation was held in French since Stephen Bickerstaffe is bilingual, but as he was not responsible for civil engineering opportunities, the only person who could have discussed available positions and positions that might be available was Peter Corner. In his complaint to the Commissioner, the appellant explained that he felt he had been put at a disadvantage as he could not communicate directly with the person responsible for recruiting people in

<sup>1</sup> A.B., at p. 12.

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

LES JUGES DESJARDINS ET DÉCARY, J.C.A.: L'appelant se pourvoit à l'encontre d'un jugement rendu par un juge de première instance qui a rejeté sa demande de redressement à l'égard d'une décision rendue le 31 août 1990 par le commissaire aux langues officielles.

Le 15 juin 1990, l'appelant s'est plaint auprès du commissaire aux langues officielles de la pauvreté du service offert en français par les bureaux de la Commission de la fonction publique du Canada à Toronto lesquels desservent la région de l'Ontario qui recouvre la ville de Timmins où habite l'appelant.

S'étant enquis de la possibilité de postuler un emploi en génie civil auprès des bureaux de la fonction publique du Canada à Toronto, l'appelant a reçu, le 17 mai 1990, une lettre en français signée Peter Corner, agent de ressource, l'avisant qu'il possédait les titres et les qualifications requises et que sa demande d'emploi avait été inscrite dans le répertoire national de la Commission de la fonction publique pour être étudiée dès qu'un poste deviendrait vacant. L'appelant tenta de rejoindre par téléphone le signataire de la lettre, le seul responsable des ouvertures en génie civil aux bureaux de la fonction publique de Toronto. Ce qui arriva alors est décrit par lui-même dans la plainte qu'il formula auprès du commissaire<sup>1</sup>:

Après plusieurs appels, faits par moi-même, on m'a finalement expliqué que monsieur Peter Corner, le seul responsable à engager les ingénieurs pour la fonction publique, n'est pas bilingue. Quelques-uns des employés à la fonction publique avaient essayé de me faire croire qu'il était bilingue.

Le directeur du personnel, Stephen Bickerstaffe, rappela l'appelant le 14 juin 1990 pour lui dire qu'il n'y avait pas d'ouverture pour des ingénieurs civils dans la fonction publique. Cette conversation fut tenue en français puisque Stephen Bickerstaffe est bilingue, mais comme il n'était pas responsable pour les ouvertures en génie civil, la seule personne en mesure de discuter des postes disponibles et des postes pouvant le devenir était Peter Corner. Dans sa plainte au commissaire, l'appelant explique qu'il s'est senti désavantagé, n'ayant pas pu communiquer directement avec la personne responsable du recrute-

<sup>1</sup> D.A., à la p. 12.

his special field, and had to go through third persons who had no connection with the hiring departments.

On August 31, 1990 the Commissioner of Official Languages sent the appellant his answer to the complaint;<sup>2</sup>

[TRANSLATION] After carefully reviewing all the information you sent us, we have concluded that this case indicates no breach of the *Official Languages Act*. The Act requires federal agencies to use the preferred official language of their clients and this is what the PSC did in the letter sent to you in French on May 17 and in your telephone conversation of June 14 with the Director.

We will therefore not be taking any further action on your complaint. [Emphasis added.]

At that point the appellant, who is representing himself, applied to the Trial Division for a declaratory judgment directing not only that the Commissioner of Official Languages make a recommendation to the Public Service Commission office in Toronto that acknowledgments of receipt sent in French be signed by a resourcing officer who could speak French, but also that active service in French be available at all times and that a replacement be available in the event of absences.<sup>3</sup>

The Trial Judge observed that this Court only exceptionally has jurisdiction to intervene in decisions of an administrative nature made in accordance with legislation. Subsection 58(4) of the *Official Languages Act*<sup>4</sup> (the "Act") provides:

58. . . .

(4) The Commissioner may refuse to investigate or cease to investigate any complaint if in the opinion of the Commissioner

(a) the subject-matter of the complaint is trivial;

(b) the complaint is frivolous or vexatious or is not made in good faith; or

(c) the subject-matter of the complaint does not involve a contravention or failure to comply with the spirit and intent

<sup>2</sup> A.B., at p. 15.

<sup>3</sup> A.B., at p. 102.

<sup>4</sup> R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31.

ment des gens spécialisés dans son domaine, et ayant dû passer par des tierces personnes qui n'avaient aucun rattachement avec les ministères embaucheurs.

Le 31 août 1990, le commissaire aux langues officielles faisait parvenir à l'appelant sa réponse à la plainte<sup>2</sup>:

Après avoir étudié attentivement toutes les données que vous nous avez transmises, nous concluons qu'il n'y a pas dans ce dossier d'infraction à la *Loi sur les langues officielles*. La Loi exige des organismes fédéraux qu'ils utilisent la langue officielle préférée de leurs clients et c'est ce que la CFP a fait dans la lettre en français qu'elle vous adressait le 17 mai et lors de votre conversation téléphonique du 14 juin avec le directeur.

Nous ne donnerons donc pas suite à votre plainte. [Nous soulignons.]

C'est alors que l'appelant, qui se représente lui-même, s'adressa à la Section de première instance afin d'obtenir un jugement déclaratoire ordonnant non seulement que le commissaire aux langues officielles en vienne à formuler une recommandation auprès du bureau de la Commission de la fonction publique à Toronto de façon à ce que les accusés de réception envoyés en français soient signés par un agent de ressourcement qui puisse parler le français, mais également que le service actif en français soit disponible en tout temps et qu'un remplaçant soit disponible en cas d'absence<sup>3</sup>.

Le premier juge observa que ce n'était que par exception que cette Cour avait compétence pour intervenir dans des décisions d'ordre administratif prises selon des dispositions statutaires. Le paragraphe 58(4) de la *Loi sur les langues officielles*<sup>4</sup> (la «Loi») prévoit en effet:

58. . . .

(4) Le commissaire peut, à son appréciation, refuser ou cesser d'instruire une plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) elle est sans importance;

b) elle est futile ou vexatoire ou n'est pas faite de bonne foi;

c) son objet ne constitue pas une contravention à la présente loi ou une violation de son esprit et de l'intention du législa-

<sup>2</sup> D.A., à la p. 15.

<sup>3</sup> D.A., à la p. 102.

<sup>4</sup> L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31.

of this Act, or does not for any other reason come within the authority of the Commissioner under this Act. [Emphasis added.]

On the basis of section 22<sup>5</sup> the Trial Judge concluded that while the Act requires that services be provided in either official language, it does not purport to specify in what ways or by what methods the government must provide its services. The Act thus does not indicate any percentage of bilingual public servants or their categories or particular duties in each of the many public departments throughout the country. The Trial Judge went on to observe that the Act allows the Commissioner to examine, analyse or investigate in any area to ensure that service is adequate and especially that no offences are committed, but the Commissioner is not bound by the representations of any individual who complains that service is inadequate or the federal employer is at fault. The Trial Judge added that the Court could take judicial notice of certain aspects of reality in an institution as large as the federal Public Service and that, while the Act requires services to be in the individual's language of choice, it is readily understandable that Chicoutimi, Quebec is not Saskatoon, Saskatchewan and that the situation cuts both ways in either language. However, he noted that the fundamental rule is still the same, that is to provide the individual with public services in the language of his choice. He concluded that the Commissioner's decision was one which was within the statutory and discretionary powers conferred on the Commissioner by the Parliament of Canada, and that in exercising the powers so conferred the Commissioner had committed no error

<sup>5</sup> S. 22 of the *Official Languages Act*:

22. Every federal institution has the duty to ensure that any member of the public can communicate with and obtain available services from its head or central office in either official language, and has the same duty with respect to any of its other offices or facilities

(a) within the National Capital Region; or

(b) in Canada or elsewhere, where there is significant demand for communications with and services from that office or facility in that language. [Emphasis added.]

The expression "federal institution" defined in s. 3(1) of the Act includes "any board, commission . . . established to perform a governmental function by or pursuant to an Act of Parliament . . ."

teur ou, pour toute autre raison, ne relève pas de la compétence du commissaire. [Nous soulignons.]

a Le premier juge s'appuya sur l'article 22<sup>5</sup> pour conclure que si la Loi impose des services dans une langue de choix quelconque, elle ne prétend pas spécifier les façons ou méthodes suivant lesquelles l'autorité publique doit mettre ses services en vigueur. b Ainsi, la Loi n'indique pas le pourcentage de fonctionnaires bilingues ou leur catégorie, ou leur fonction particulière dans chacun des multiples ministères publics dans tous les coins du pays. Toujours selon le premier juge, la Loi permet au commissaire d'étudier, c d'analyser et de faire enquête pour s'assurer que le service est adéquat ou qu'aucune infraction ne soit commise, mais le commissaire n'est pas lié par les représentations d'un citoyen quelconque se plaignant d des services inadéquats ou que l'employeur fédéral était en faute. Le premier juge ajouta que la Cour pouvait prendre connaissance judiciaire d'une certaine réalité dans un service aussi vaste que la fonction publique fédérale et que si la Loi exige des services dans la langue du choix du citoyen, on pouvait e facilement reconnaître que Chicoutimi (Québec) n'était pas Saskatoon (Saskatchewan), et que la situation dans une langue ou dans l'autre avait deux tranchants. Il reconnut, cependant, que le principe fondamental demeurerait le même, à savoir celui d'assurer au f citoyen des services publics dans la langue de son choix. Il conclut que la décision prise par le commissaire en était une qui relevait de ses pouvoirs statutaires et discrétionnaires que le Parlement canadien g lui avait accordés, et que dans l'exercice des pouvoirs

<sup>5</sup> L'art. 22 de la *Loi sur les langues officielles*:

22. Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que le public puisse communiquer avec leur siège ou leur administration centrale, et en recevoir les services, dans l'une ou l'autre des langues officielles. Cette obligation vaut également pour leurs bureaux—auxquels sont assimilés, pour l'application de la présente partie, tous autres lieux où ces institutions offrent des services—situés soit dans la région de la capitale nationale, soit là où, au Canada comme à l'étranger, l'emploi de cette langue fait l'objet d'une demande importante. [Nous soulignons.]

L'expression «institutions fédérales», définie au paragraphe 3(1) de la Loi, comprend «tout organisme— . . . commission . . .—chargé de fonctions administratives sous le régime d'une loi fédérale . . . »

of law or fact that could justify the Court's intervention.

In this Court, the appellant relied primarily on the part of his complaint that concerned the difficulty he had in obtaining oral communication in French when he first contacted the Commission's offices in Toronto. He told the Court that it was not until after he had been obliged to speak in English to several employees that he was finally put through to the Director General of the Commission's office, with whom he was able to speak in French.

The appellant cited section 27 of the Act, which comes under the heading "Communications with and Services to the Public" and which reads as follows:

27. Wherever in this Part there is a duty in respect of communications and services in both official languages, the duty applies in respect of oral and written communications and in respect of any documents or activities that relate to those communications or services. [Emphasis added.]

The respondent acknowledged that paragraph 58(4)(c) of the Act is so worded that the Commissioner's discretion to refuse or cease to investigate a complaint is limited to cases where the subject-matter of the complaint does not involve a contravention or failure to comply with the spirit and intent of the Act. The respondent further admitted that Toronto was a place where there is a significant demand for the use of French as provided for in section 22 of the Act, which to begin with, distinguishes the Toronto area from the two areas, Chicoutimi and Saskatoon, to which the Trial Judge somewhat unfortunately referred. There could be no question of comparing the legal position of areas in which there is no significant demand with that of areas such as Toronto where a significant demand exists and where Parliament, by section 22 of the Act, has expressly imposed greater obligations on the offices of federal institutions and thereby conferred more extensive rights on the public in communicating with them and receiving their services.

In *Canada (Attorney General) v. Viola*,<sup>6</sup> this Court said the following:

<sup>6</sup> [1991] 1 F.C. 373, at pp. 386-387.

ainsi conférés, le commissaire n'avait commis aucune erreur de droit ou de fait de nature à justifier son intervention.

Devant nous, l'appelant a surtout insisté sur cette partie de sa plainte qui a trait à la difficulté qu'il a eue à obtenir une communication active en français, lors de ses premiers contacts avec les bureaux de la Commission à Toronto. Ce n'est, nous a-t-il dit, qu'après avoir dû parler anglais à plusieurs préposés qu'il fut finalement dirigé vers le directeur général du bureau de la Commission avec qui il put s'entretenir en français.

L'appelant invoque l'article 27 de la Loi, lequel fait partie du chapitre intitulé «Communications avec le public et prestation des services» et qui se lit comme suit:

27. L'obligation que la présente partie impose en matière de communications et services dans les deux langues officielles à cet égard vaut également, tant sur le plan de l'écrit que de l'oral, pour tout ce qui s'y rattache. [Nous soulignons.]

L'intimé a reconnu que l'alinéa 58(4)c) de la Loi est ainsi rédigé que la discrétion du commissaire de refuser ou de cesser d'instruire une plainte est circonscrite au cas où l'objet de la plainte ne constitue pas une contravention de la loi, ou une violation de son esprit et de l'intention du législateur. L'intimé a également reconnu que Toronto était un lieu où l'emploi de la langue française fait l'objet d'une demande importante selon que le prévoit l'article 22 de la Loi, ce qui, au départ, distingue la région de Toronto des deux régions, Chicoutimi et Saskatoon, auxquelles réfère malencontreusement le juge de première instance. Il ne saurait être question, en effet, de comparer la situation juridique de régions, où il n'existe pas de demande importante, à celle de régions, telle Toronto, où il existe une demande importante et où le Parlement a expressément, par l'article 22 de la Loi, imposé davantage d'obligations aux bureaux des institutions fédérales et, du même coup, reconnu davantage de droits au public lorsqu'il communique avec eux et en reçoit des services.

Dans *Canada (Procureur général) c. Viola*,<sup>6</sup> notre Cour s'est exprimée ainsi:

<sup>6</sup> [1991] 1 C.F. 373, aux p. 386 et 387.



The 1988 *Official Languages Act* is not an ordinary statute. It reflects both the Constitution of the country and the social and political compromise out of which it arose. To the extent that it is the exact reflection of the recognition of the official languages contained in subsections 16(1) and (3) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it follows the rules of interpretation of that Charter as they have been defined by the Supreme Court of Canada. To the extent also that it is an extension of the rights and guarantees recognized in the Charter, and by virtue of its preamble, its purpose as defined in section 2 and its taking precedence over other statutes in accordance with subsection 82(1), it belongs to that privileged category of quasi-constitutional legislation which reflects "certain basic goals of our society" and must be so interpreted "as to advance the broad policy considerations underlying it." To the extent, finally, that it is legislation regarding language rights, which have assumed the position of fundamental rights in Canada but are nonetheless the result of a delicate social and political compromise, it requires the courts to exercise caution and to "pause before they decide to act as instruments of change", as Beetz J. observed in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Education et al.*:

... legal rights as well as language rights belong to the category of fundamental rights,

Unlike language rights which are based on political compromise, legal rights tend to be seminal in nature because they are rooted in principle.

This essential difference between the two types of rights dictates a distinct judicial approach with respect to each. More particularly, the courts should pause before they decide to act as instruments of change with respect to language rights.

We feel it is important to note that section 22 of the Act essentially reproduces paragraph 20(1)(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,<sup>7</sup> which suggests that the Court should interpret it in the same

<sup>7</sup> S. 20(1)(a) 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]] reads as follows:

20. (1) Any member of the public in Canada has the right to communicate with, and to receive available services from, any head or central office of an institution of the Parliament or government of Canada in English or French, and has the same right with respect to any other office of any such institution where

(a) there is a significant demand for communications with and services from that office in such language....

La *Loi sur les langues officielles* de 1988 n'est pas une loi ordinaire. Elle reflète à la fois la Constitution du pays et le compromis social et politique dont il est issu. Dans la mesure où elle est l'expression exacte de la reconnaissance des langues officielles inscrite aux paragraphes 16(1) et 16(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle obéira aux règles d'interprétation de cette Charte telles qu'elles ont été définies par la Cour suprême du Canada. Dans la mesure, par ailleurs, où elle constitue un prolongement des droits et garanties reconnus dans la Charte, et de par son préambule, de par son objet défini en son article 2, de par sa primauté sur les autres lois établies en son paragraphe 82(1), elle fait partie de cette catégorie privilégiée de lois dites quasi-constitutionnelles qui expriment «certains objectifs fondamentaux de notre société» et qui doivent être interprétées «de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui (les) sous-tendent.» Dans la mesure, enfin, où elle constitue une loi relative à des droits linguistiques qui, au Canada, ont pris valeur de droits fondamentaux mais n'en demeurent pas moins le fruit d'un compromis social et politique fragile, elle invite les tribunaux à faire preuve de prudence, et à «hésiter à servir d'instruments de changement» ainsi que le rappelait le juge Beetz dans *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et autre c. Association of Parents for Fairness in Education et autres*:

... les garanties juridiques ainsi que les droits linguistiques relèvent de la catégorie des droits fondamentaux.

À la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes.

Cette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon distincte d'aborder chacun. Plus particulièrement, les tribunaux devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques.

Il nous apparaît important de noter que l'article 22 de la Loi est essentiellement la reproduction de l'alinéa 20(1)(a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>7</sup>, ce qui invite la Cour à l'interpréter de la

<sup>7</sup> L'art. 20(1)(a) 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]] se lit ainsi:

20. (1) Le public a, au Canada, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services; il a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas:

a) l'emploi du français ou de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;

way as this provision of the Charter would be interpreted.

Further, it appears from section 31 of the Act that the provisions of Part IV, dealing with the language of communications with and services to the public (including sections 22 and 27), prevail over inconsistent provisions of Part V, dealing with the language of work. It follows, in our opinion, that under Part IV the rights of the public in an area such as Toronto where demand is considered to be significant are not diminished by the fact that that area has not been "designated" bilingual with respect to the language of work under sections 35 and 36 of the Act. In other words, the appellant's rights to receive service in French in Toronto are not lessened merely by the fact that the appellant would have to work in English if he were to obtain the employment sought.

The phrase "the spirit and intent of this Act", noted in subsection 58(4) of the Act, is also found in subsection 56(1) of the Act which gives the Commissioner the duty to take all actions and measures within his authority to ensure recognition of the status of each of the official languages and compliance with the spirit and intent of the Act in the administration of the affairs of federal institutions.<sup>8</sup> The spirit and intent of the Act bring us to the preamble of the *Official Languages Act*, in particular the following paragraph:<sup>9</sup>

And Whereas the Constitution of Canada also provides for guarantees relating to the right of any member of the public to communicate with, and to receive available services from, any institution of the Parliament or government of Canada in either official language;

<sup>8</sup> S. 56(1) of the *Official Languages Act* reads as follows:

56. (1) It is the duty of the Commissioner to take all actions and measures within the authority of the Commissioner with a view to ensuring recognition of the status of each of the official languages and compliance with the spirit and intent of this Act in the administration of the affairs of federal institutions, including any of their activities relating to the advancement of English and French in Canadian society.

<sup>9</sup> A.B., at p. 34.

même manière que serait interprétée cette disposition de la Charte.

De plus, il appert de l'article 31 de la Loi que les dispositions de la partie IV, qui porte sur la langue des communications avec le public et de la prestation des services (dont les articles 22 et 27), l'emportent sur les dispositions incompatibles de la partie V, qui porte sur la langue de travail. Il s'ensuit à notre avis que les droits du public, en vertu de la partie IV, dans une région comme Toronto où la demande est jugée importante, ne sont pas diminués du fait que, par ailleurs, en ce qui a trait à la langue de travail, cette même région n'ait pas été «désignée» bilingue en vertu des articles 35 et 36 de la Loi. En d'autres termes, les droits de l'appelant de recevoir les services en français, à Toronto, ne sont pas moindres du simple fait que l'appelant, s'il obtenait l'emploi sollicité, devrait travailler en anglais.

L'expression «l'esprit de la loi et l'intention du législateur», notée au paragraphe 58(4) de la Loi, se retrouve également au paragraphe 56(1) de la Loi qui donne au commissaire la mission de prendre, dans le cadre de sa compétence, toutes les mesures visant à assurer la reconnaissance du statut de chacune des langues officielles et à faire respecter l'esprit de la Loi et l'intention du législateur en ce qui touche l'administration des affaires des institutions fédérales<sup>8</sup>. L'esprit de la Loi et l'intention du législateur nous ramènent au préambule de la *Loi sur les langues officielles* notamment le paragraphe suivant<sup>9</sup>:

Attendu:

qu'elle prévoit en outre des garanties quant au droit du public à l'emploi de l'une ou l'autre de ces langues pour communiquer avec les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services;

<sup>8</sup> L'art. 56(1) de la *Loi sur les langues officielles* se lit ainsi:

56. (1) Il incombe au commissaire de prendre, dans le cadre de sa compétence, toutes les mesures visant à assurer la reconnaissance du statut de chacune des langues officielles et à faire respecter l'esprit de la présente loi et l'intention du législateur en ce qui touche l'administration des affaires des institutions fédérales, et notamment la promotion du français et de l'anglais dans la société canadienne.

<sup>9</sup> D.A., à la p. 34.

This duty imposed on a deputy-head<sup>10</sup> to ensure that the spirit and intent of the Act are complied with in a given case is exceptional. A quite unusual power to intervene has been conferred on the Commissioner and, when he receives a complaint, Parliament has expressly ordered him to get to the heart of the matter and not simply to examine the technical legality of the actions taken by the government department against which the complaint is laid.

We have no choice but to conclude that, in his decision of August 31, 1990, the Commissioner made two errors.

First, as to whether there was a contravention of the Act, he did not investigate the aspect of the appellant's complaint relating to his difficulty in establishing oral contact in French with the Public Service Commission of Canada, which obliged him to make several telephone calls before he could finally get hold of someone who could answer his questions in the language of his choice. The Commissioner only noted the letter of May 17, 1990 and the telephone conversation with the Director in French on June 14, 1990—as to which there was no need for him to intervene, since the Commissioner concluded to his satisfaction that these two incidents did not involve a contravention of the Act and no basis for intervention had been suggested. However, he did not inquire into the legality of what occurred between these two incidents. The Court must accordingly return the file to him so he can undertake such an examination.

Second, in considering the matter the Commissioner did not take the spirit and intent of the Act into account. In accordance with his duty as stated in subsection 56(1) of the Act and the power of investigation conferred on him by subsection 58(4) of the Act, the Commissioner should have determined whether the Public Service of Canada office in Toronto, as a federal institution in a place where there was a significant demand for the use of French, had complied with the spirit and intent of the Act in its communications with and service to the appellant.

Cette responsabilité qui est attribuée à un administrateur général<sup>10</sup> de vérifier si l'esprit de la Loi et l'intention du législateur ont été respectés dans un cas donné, est exceptionnelle. Le commissaire se voit reconnaître un pouvoir d'intervention tout à fait inhabituel et le Parlement lui dicte expressément, lorsqu'il reçoit une plainte, d'aller au fond des choses et de ne pas se contenter d'examiner la légalité technique du comportement de l'administration qui fait l'objet de la plainte.

Force nous est de constater que, dans sa décision du 31 août 1990, le commissaire a commis deux erreurs.

D'une part, en ce qui a trait à l'aspect contravention à la Loi, il ne s'est pas enquis de ce volet de la plainte de l'appelant qui avait trait à sa difficulté à entrer en contact oralement en français avec la Commission de la fonction publique du Canada, ce qui l'obligea à faire plusieurs appels téléphoniques avant de finalement rejoindre quelqu'un qui pouvait donner réponse à ses questions dans la langue de son choix. Le commissaire n'a fait que le constat de la lettre du 17 mai 1990 et de la conversation téléphonique en français avec le directeur, le 14 juin 1990—ce sur quoi il n'y a pas lieu d'intervenir, le commissaire ayant jugé à sa satisfaction que ces deux incidents ne constituaient pas contravention à la Loi et aucun motif d'intervention n'ayant été mis de l'avant. Il ne s'est cependant pas enquis de la légalité de ce qui s'est passé entre ces deux incidents. Nous devons en conséquence lui retourner le dossier pour qu'il entreprenne cet examen.

D'autre part, le commissaire n'a pas tenu compte dans son appréciation du dossier, de l'esprit de la Loi et de l'intention du législateur. Il importait au commissaire, en vertu de sa mission exprimée au paragraphe 56(1) de la Loi et en vertu du pouvoir d'enquête que lui confère le paragraphe 58(4) de la Loi, de déterminer si le bureau de la Commission de la fonction publique du Canada à Toronto, comme institution fédérale dans un lieu où l'emploi de la langue française fait l'objet d'une demande importante, avait respecté l'esprit de la Loi et l'intention du législateur lors de ses communications avec l'appelant et de la prestation de ses services à ce dernier.

<sup>10</sup> S. 50 of the *Official Languages Act*.

<sup>10</sup> Art. 50 de la *Loi sur les langues officielles*.

The Trial Judge ignored this aspect of the appellant's complaint, relating to his initial oral contact with the Commission offices in Toronto, and the failure by the Commissioner of Official Languages to take the spirit and intent of the Act into account when he considered the matter.

For all these reasons, we would allow the appeal, reverse the judgment rendered by the Trial Division on February 11, 1991, and rendering the judgment which should have been rendered, would return the matter to the Commissioner of Official Languages for it to be decided by him in accordance with these reasons.

We would award the appellant court costs both in this Court and in the Trial Division.

Le premier juge a ignoré cet aspect de la plainte de l'appelant, qui a trait à sa prise de contact orale avec les bureaux de la Commission à Toronto, ainsi que l'omission faite par le commissaire aux langues officielles de tenir compte de l'esprit de la Loi et de l'intention du législateur lorsqu'il a évalué le dossier.

Pour toutes ces raisons, nous accueillerions l'appel, nous infirmerions le jugement rendu par la Section de première instance, le 11 février 1991, et, rendant le jugement que celle-ci aurait dû rendre, nous retournerions l'affaire au commissaire aux langues officielles pour qu'il la décide conformément aux présents motifs.

Nous accorderions à l'appelant les frais judiciaires autant dans cette Cour que devant la Section de première instance.

A-333-92

A-333-92

**The Minister of National Revenue (Appellant)****Le ministre du Revenu national (appellant)**

v.

c.

**United Terminals Limited (Respondent)**

a

**United Terminals Limited (intimée)****INDEXED AS: UNITED TERMINALS LTD. v. M.N.R. (C.A.)****RÉPERTORIÉ: UNITED TERMINALS LTD. c. M.R.N. (C.A.)**

Court of Appeal, Mahoney, Stone J.J.A. and Gray D.J.—Toronto, June 12, 1992.

b

Cour d'appel, juges Mahoney et Stone, J.C.A., juge suppléant Gray—Toronto, 12 juin 1992.

*Practice — Discovery — Examination for discovery — Appeal from Trial Judge's orders, in action, arising out of issue of licence for sufferance warehouse, ordering M.N.R. or named official to attend to be examined for discovery, and named official to attend to be cross-examined on affidavit of documents sworn by him and filed on behalf of M.N.R. — Appeal dismissed — No rule of law exempting "federal board, commission or other tribunal" (M.N.R.), party to action, from discovery — Though Minister of Crown not lightly to be required to make discovery, open to Trial Judge to conclude imposition on valuable ministerial time warranted herein as case extraordinary within meaning of CAE Industries Ltd. v. The Queen — Also open to Trial Judge to conclude rule of deliberative secrecy of administrative tribunal ought to be lifted in circumstances.*

c

*Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Appel interjeté à l'encontre d'ordonnances rendues par le juge de première instance, dans une action découlant de l'octroi d'un agrément pour un entrepôt d'attente; ces ordonnances obligeaient le M.N.R., ou un fonctionnaire nommé à comparaître pour être interrogé au préalable, et obligeaient un fonctionnaire nommé à comparaître pour qu'il soit contre-interrogé sur l'affidavit de documents fait sous serment et déposé au nom du M.N.R. —*

d

*Appel rejeté — Aucune règle de droit n'exempte un «office fédéral» (le M.N.R.), partie à une action, des interrogatoires préalables — Bien qu'un ministre ne puisse être contraint à la légère à se soumettre à un interrogatoire préalable, le juge de première instance pouvait conclure qu'il était justifié en l'espèce de contraindre le ministre à prendre de son temps précieux, puisqu'il s'agissait d'une affaire qui sortait de l'ordinaire, au sens de l'arrêt CAE Industries Ltd. c. La Reine — Il était également loisible au juge de première instance de conclure que la règle du secret des délibérations d'un tribunal administratif devait être levée en l'espèce.*

e

*Couronne — Pratique — Il peut être ordonné à un ministre de comparaître pour être interrogé au préalable dans une action à laquelle il est partie — Il existait une preuve selon laquelle le ministre avait personnellement octroyé un agrément pour un entrepôt d'attente contrairement aux conseils de ses fonctionnaires, d'après qui il était illégal de le faire — Il était loisible au juge de première instance de conclure qu'il était justifié de contraindre le ministre à prendre de son temps précieux, puisqu'il s'agissait d'une affaire qui sortait de l'ordinaire, au sens de l'arrêt CAE Industries Ltd. c. La Reine — Il était également loisible au juge de première instance de conclure que la règle du secret des délibérations d'un tribunal administratif devait être levée en l'espèce.*

f

*Crown — Practice — Minister of Crown can be ordered to attend to be examined for discovery in action in which party — Evidence Minister personally issued sufferance warehouse licence against officials' advice to do so unlawful — Open to Trial Judge to conclude imposition on valuable ministerial time warranted as case extraordinary within meaning of CAE Industries Ltd. v. The Queen — Also open to Trial Judge to conclude rule of deliberative secrecy of administrative tribunal ought to be lifted in circumstances.*

g

h

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 24.* i
- Customs Sufferance Warehouses Regulations, SOR/86-1065, s. 3(3).*
- Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18(3) (as enacted *idem*, s. 4), 18.4(2) (as enacted *idem*, s. 5).*
- Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1601(2) (as enacted by SOR/92-43, s. 19).* j

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18(3) (édicte, *idem*, art. 4), 18.4(2) (édicte, *idem*, art. 5).*
- Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 24.*
- Règlement sur les entrepôts d'attente des douanes, DORS/86-1065, art. 3(3).*
- Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 1601(2) (édicte par DORS/92-43, art. 19).*

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*CAE Industries Ltd. v. The Queen*, [1977] 1 F.C. 380; (1976), 69 D.L.R. (3d) 153; 13 N.R. 502 (C.A.); *Québec (Commission des affaires sociales) v. Tremblay*, No. a 21651, judgment dated 16/4/92, S.C.C., not yet reported.

APPEAL from Trial Division orders as to discovery, dated March 3, 1992, requiring (1) that the defendant Minister of National Revenue or a named official attend to be examined for discovery and (2) that a named official attend to be cross-examined on the affidavit of documents sworn by him and filed on behalf of the Minister of National Revenue. Appeal dismissed. c

## COUNSEL:

*Roslyn J. Levine* and *Robert F. Goldstein* for appellant. d  
*Christopher Du Vernet* and *Ernest A. Du Vernet, Q.C.*, for respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Du Vernet, Stewart, Fenn*, Toronto, for respondent. f

*The following are the reasons for judgment of the Court rendered orally by*

MAHONEY J.A.: This appeal is from two orders as to discovery made March 3, 1992, in an action, not an application for judicial review, in which the Minister of National Revenue is the defendant. The orders required (1) that the Honourable Elmer MacKay, sometime Minister of National Revenue, or in circumstances set out, the Honourable Otto Jelinek, presently Minister of National Revenue, or, in further circumstances set out, a named official of the Department, attend to be examined for discovery on behalf of the defendant and (2) that a named official attend to be cross-examined on the affidavit of documents sworn by him and filed on behalf of the defendant. i

The principal argument, pertinent to both orders, is that the defendant, being "a federal board, commis-

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*CAE Industries Ltd. c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 380; (1976), 69 D.L.R. (3d) 153; 13 N.R. 502 (C.A.); *Québec (Commission des affaires sociales) c. Tremblay*, N° 21651, jugement en date du 16-4-92, C.S.C., encore inédit.

APPEL à l'encontre d'ordonnances d'interrogatoire préalable, rendues par la Section de première instance, en date du 3 mars 1992, obligeant à comparaître (1) le ministre du Revenu national, défendeur, ou un fonctionnaire nommé, pour être interrogé au préalable et (2) un fonctionnaire nommé, pour qu'il soit contre-interrogé sur l'affidavit de documents fait sous serment par lui et déposé au nom du ministre de Revenu national. Appel rejeté.

## AVOCATS:

*Roslyn J. Levine* et *Robert F. Goldstein* pour l'appelant.  
*Christopher Du Vernet* et *Ernest A. Du Vernet, c.r.*, pour l'intimée.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*Du Vernet, Stewart, Fenn*, Toronto, pour l'intimée.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par*

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Le présent appel est interjeté à l'encontre de deux ordonnances d'interrogatoire préalable rendues le 3 mars 1992 dans une action, et non pas dans une demande de contrôle judiciaire, où le ministre du Revenu national est constitué défendeur. Les ordonnances obligeaient à comparaître au nom du défendeur, selon le cas, (1) l'honorable Elmer MacKay, en sa qualité d'ancien ministre du Revenu national, l'honorable Otto Jelinek, l'actuel ministre du Revenu national, ou un fonctionnaire nommé du ministère pour être interrogé au préalable et (2) un fonctionnaire nommé pour qu'il soit contre-interrogé sur l'affidavit de documents fait sous serment et déposé au nom du défendeur.

Le principal argument invoqué à l'encontre des deux ordonnances est que le défendeur, un «office

sion or other tribunal” as defined in the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1)], is not, as a matter of law, required to make discovery in an action to which it is party. It is said that the action is, in essence, an application for judicial review although necessarily brought by way of an action, as the Rules of Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] then required, because of the injunctive relief sought. The appellant notes that, with the coming into force of subsection 18(3) [as enacted *idem*, s. 4] of the *Federal Court Act*, on February 1, 1992, the relief sought can now only be sought by application and not by action.

However, the simultaneously proclaimed subsection 18.4(2) [as enacted *idem*, s. 5] provides:

18.4 . . .

(2) The Trial Division may, if it considers it appropriate, direct that an application for judicial review be treated and proceeded with as an action.

and Rule 1601(2) [as enacted by SOR/92-43, s. 19] now provides:

Rule 1601. . . .

(2) Where the Trial Division, under subsection 18.4(2) of the Act, directs that an application for judicial review be treated and proceeded with as an action, the rules relating to actions shall apply in respect of the application.

There is, and was at the time the orders were made, clearly no rule of law exempting a tribunal, party to an action, from discovery. That said, a tribunal *per se*, and a Minister of the Crown is not lightly to be required to make discovery.

The action arises out of the issue of a licence for the operation of a sufferance warehouse. The *Customs Act*<sup>1</sup> provides:

24. (1) Subject to the regulations, the Minister may, where he deems it necessary or desirable to do so, issue to any person qualified under the regulations a licence for the operation of any place

(a) as a sufferance warehouse for the examination of imported goods that have not been released,

<sup>1</sup> R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1.

fédéral» au sens de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1)], n'est pas tenu, sur le plan juridique, de se soumettre à un interrogatoire préalable dans une action à laquelle il est partie. Il est déclaré que l'action est essentiellement une demande de contrôle judiciaire, bien qu'elle ait nécessairement été introduite par voie d'action, comme les *Règles de la Cour fédérale*, [C.R.C., ch. 663] l'exigeaient à l'époque, à cause de l'injonction demandée. L'appelant note que, depuis l'entrée en vigueur du paragraphe 18(3) [édicte, *idem*, art. 4] de la *Loi sur la Cour fédérale*, le 1<sup>er</sup> février 1992, la réparation demandée doit dorénavant être obtenue par voie de demande et non par voie d'action.

Cependant, le paragraphe 18.4(2) [édicte, *idem*, art. 5], édicte en même temps, dispose:

d 18.4 . . .

(2) La Section de première instance peut, si elle l'estime indiqué, ordonner qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action.

e En outre, la Règle 1601(2) [édicte par DORS/92-43, art. 19] prévoit maintenant ce qui suit:

Règle 1601. . . .

(2) Si la Section de première instance ordonne, conformément au paragraphe 18.4(2) de la Loi, qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action, les règles relatives aux actions s'appliquent.

Comme c'est le cas actuellement, à l'époque où les ordonnances ont été rendues, il n'existait manifestement aucune règle de droit qui exemptait un office, partie à une action, des interrogatoires préalables. Cela dit, il ne faut pas contraindre à la légère un office, à proprement parler, ou un ministre à se soumettre à un interrogatoire préalable.

L'action découle de l'octroi d'un agrément d'exploitation pour un entrepôt d'attente. La *Loi sur les douanes*<sup>1</sup> dispose:

i 24. (1) Sous réserve des règlements, le ministre peut, à son appréciation, octroyer à toute personne qui remplit les conditions réglementaires l'agrément d'exploiter un emplacement:

a) soit comme entrepôt d'attente, en vue de la visite des marchandises importées non dédouanées,

<sup>1</sup> L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1.

The *Customs Sufferance Warehouses Regulations* [SOR/86-1065] provide:

3....

(3) The Minister shall not issue a licence to an applicant unless he is satisfied that

(d) the volume and nature of business in the area in which the applicant proposes to operate a sufferance warehouse is such that a sufferance warehouse is needed to serve the importers in that area;

There was evidence, which the learned Trial Judge was entirely entitled to accept, that although the decision whether or not to issue a licence is ordinarily delegated to an official, the then minister, the Honourable Elmer MacKay, personally directed that tenders for a licence be invited notwithstanding the advice of his officials that to issue one would contravene paragraph 3(3)(d). The licence was issued shortly thereafter by the Honourable Otto Jelinek who had, in the interval, succeeded to the portfolio.

We are all of the view that it was open to the Trial Judge to conclude that this is an extraordinary case within the contemplation of *CAE Industries Ltd. v. The Queen*,<sup>2</sup> in which an imposition on valuable ministerial time is warranted. We are further of the view that it was open to him to conclude that the rule of deliberative secrecy of an administrative tribunal ought to be lifted in the circumstances.<sup>3</sup>

It follows that we have not been persuaded that the Trial Judge erred in law or followed a wrong principle in making either of the orders. The appeal will be dismissed with costs.

Le *Règlement sur les entrepôts d'attente des douanes* [DORS/86-1065] dispose:

3....

(3) Le ministre n'octroie un agrément que s'il est convaincu de ce qui suit:

d) le volume et la nature du commerce dans la région où l'entrepôt doit être situé justifient l'établissement d'un entrepôt d'attente pour desservir les importateurs de cette région;

Il existait une preuve, que le juge de première instance avait tout à fait le droit d'accepter, selon laquelle le ministre de l'époque, l'honorable Elmer MacKay, avait personnellement demandé qu'un appel d'offres soit lancé pour un agrément, malgré les conseils de ses fonctionnaires qui lui disaient que l'octroi d'un tel agrément contreviendrait à l'alinéa 3(3)d) du Règlement et bien que la décision d'octroyer, ou non, un agrément soit normalement déléguée à un fonctionnaire. L'honorable Otto Jelinek, qui est devenu le nouveau ministre dans l'intervalle, a octroyé l'agrément peu de temps après.

Nous sommes tous d'avis qu'il était loisible au juge de première instance de conclure qu'il s'agit, en l'espèce, d'une affaire qui sort de l'ordinaire, visée par l'arrêt *CAE Industries Ltd. c. La Reine*<sup>2</sup>, dans laquelle il est justifié de contraindre le ministre à prendre de son temps précieux. Nous sommes également d'avis qu'il était loisible au juge de conclure que la règle du secret des délibérations d'un tribunal administratif devait être levée en l'espèce<sup>3</sup>.

Nous n'avons donc pas été convaincus que le juge de première instance ait commis une erreur de droit ou qu'il ait suivi un principe erroné lorsqu'il a prononcé l'une ou l'autre des ordonnances. L'appel sera rejeté avec dépens.

<sup>2</sup> [1977] 1 F.C. 380 (C.A.), at p. 386.

<sup>3</sup> *c.f. Québec (Commission des affaires sociales) v. Tremblay*, decision of the Supreme Court of Canada dated April 16, 1992, No. 21651, not yet reported.

<sup>2</sup> [1977] 1 C.F. 380 (C.A.), à la p. 386.

<sup>3</sup> Voir *Québec (Commission des affaires sociales) c. Tremblay*, arrêt encore inédit de la Cour suprême du Canada, en date du 16 avril 1992, n° 21651.



92-T-185

92-T-185

**Transito Membreno-Garcia (Applicant)****Transito Membreno-Garcia (requérant)**

v.

c.

**Minister of Employment and Immigration (Respondent)****Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)***INDEXED AS: MEMBRENO-GARCIA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: MEMBRENO-GARCIA c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Reed J.—Ottawa, June 11 and 18, 1992.

Section de première instance, juge Reed—Ottawa, 11 et 18 juin 1992.

*Immigration — Deportation — Application for stay of deportation order pending outcome of Federal Court Act, s. 18 application to have negative credible basis finding quashed — Deportation order issued day adjudicator and Board member finding refugee status claim without credible basis — Application for leave to commence s. 18 proceedings filed within 3 months of issuance of deportation order and credible basis finding — Present application founded on applicant's fear of death or torture and imprisonment if returned to El Salvador — Application allowed — Not necessary to attack deportation order directly: sufficient to attack underpinning decision finding no credible basis for refugee status claim — If credible basis decision invalid, deportation order invalid as well — Court having jurisdiction to grant stay where deemed appropriate to ensure Court process not rendered nugatory by execution of order — New Federal Court Act, s. 18.2 enabling Trial Division, on application for judicial review, to make such interim orders as considered appropriate pending final disposition of application — Criteria to determine whether stay appropriate: arguable case, irreparable harm, balance of convenience, all met — With respect to balance of convenience, usual public interest considerations not in issue — Though risk granting stay might become practice thwarting efficient operation of immigration legislation, justifiable where stay criteria all met, and where no delay in challenging decision or in seeking stay of deportation order once leave granted — Stay request at last minute normally refused as "time-buying" manoeuvre.*

*Immigration — Expulsion — Demande de sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion en attendant l'issue d'une demande fondée sur l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale en vue d'annuler la décision portant que la revendication n'avait pas un minimum de fondement — La mesure d'expulsion a été prononcée le jour où l'arbitre et le membre de la Commission ont conclu que la revendication du statut de réfugié n'avait pas un minimum de fondement — La demande d'autorisation pour intenter un recours fondé sur l'art. 18 a été déposée dans les trois mois de la mesure d'expulsion et de la décision portant que la revendication n'avait pas un minimum de fondement — La présente demande est fondée sur la crainte du requérant d'être tué ou torturé et emprisonné s'il était renvoyé au Salvador — Demande accueillie — Il n'est pas nécessaire de contester directement la mesure d'expulsion: il suffit de contester la décision sous-jacente portant que la revendication du statut de réfugié n'a pas un minimum de fondement — Si la décision portant que la revendication n'a pas un minimum de fondement est invalide, la mesure d'expulsion l'est aussi — La Cour est compétente pour accorder un sursis si elle juge opportun de le faire afin d'empêcher que l'exercice d'un recours devant la Cour ne soit rendu inutile par l'exécution de la mesure — En vertu du nouvel art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale, la Section de première instance peut, lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire, prendre les mesures provisoires qu'elle estime indiquées avant de rendre sa décision définitive — Tous les critères qui permettent de décider s'il est indiqué de surseoir à l'exécution ont été remplis: cause soutenable, préjudice irréparable et prépondérance des inconvénients — En ce qui a trait à la prépondérance des inconvénients, les considérations habituelles relatives à l'intérêt public ne sont pas en cause — Bien que le fait d'accorder un sursis risque de devenir une pratique qui contrecarre l'application efficace de la législation en matière d'immigration, il est légitime de le faire lorsque tous les critères en matière de sursis ont été remplis et lorsque le requérant n'a pas tardé à contester la décision ou à demander un sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion une fois que l'autorisation a été accordée — Une demande de sursis présentée à la dernière minute sera normalement refusée parce que considérée comme manœuvre dilatoire.*

APPLICATION for a stay of a deportation order pending the outcome of an application under section 18 of the *Federal Court Act* to quash the finding by a "credible basis" tribunal that the applicant's claim for Convention refugee status had no credible basis. *a*  
Application allowed.

DEMANDE de sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion en attendant l'issue d'une demande fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* en vue d'annuler la décision portant que la revendication, par le requérant, du statut de réfugié au sens de la Convention n'avait pas un minimum de fondement. Demande accueillie.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.2 (as enacted *idem*, s. 5).  
*Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (C.A.). *d*

##### DISTINGUISHED:

*Akyampong v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-533-91, Hugessen J.A., judgment dated 27/3/92, F.C.A., not yet reported; *Okyere-Antwi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-413-92, Hugessen J.A., judgment dated 27/3/92, F.C.A., not yet reported; *Lodge v. Minister of Employment and Immigration*, [1979] 1 F.C. 775; (1979), 94 D.L.R. (3d) 326; 25 N.R. 437 (C.A.); *Asumadu v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 113 N.R. 150 (F.C.A.); *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341. *f*

#### COUNSEL:

*Jonathan Chaplan* for applicant.  
*Howard A. Baker* for respondent. *g*

#### SOLICITORS:

*Jonathan Chaplan*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent. *h*

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

REED J.: The applicant filed for a stay of a deportation order which had been issued against him on February 27, 1992. This application was heard by tele- *j*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.2 (édicte, *idem*, art. 5). *c*  
*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Akyampong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-533-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 27-3-92, C.A.F., encore inédit; *Okyere-Antwi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-413-92, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 27-3-92, C.A.F., encore inédit; *Lodge c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 775; (1979), 94 D.L.R. (3d) 326; 25 N.R. 437 (C.A.); *Asumadu c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 113 N.R. 150 (C.A.F.); *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341. *e*

#### AVOCATS:

*Jonathan Chaplan* pour le requérant.  
*Howard A. Baker* pour l'intimé. *h*

#### PROCUREURS:

*Jonathan Chaplan*, Ottawa, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé. *i*

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

LE JUGE REED: Le requérant a demandé un sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion prise contre lui le 27 février 1992. Cette demande a été entendue par

phone conference on June 11, 1992, and an order issued with respect to which I indicated reasons would be filed in due course. The respondent argued that this Court had no jurisdiction to grant a stay in the present circumstances because the applicant does not attack the validity of the deportation order. Secondly, even if such jurisdiction exists, it is argued that the applicant has not demonstrated that the circumstances of his case meet the requirements for the issuance of a stay.

The applicant applied for refugee status on arrival in Canada on July 8, 1991. The foundation of this application is the applicant's fear that if he is returned to El Salvador he will be killed or tortured and imprisoned.

On February 27, 1992, it was decided by the adjudicator and the Board member presiding at the applicant's immigration inquiry that there was no credible basis to the applicant's claim for Convention refugee status. A deportation order was issued by the adjudicator on that same date. On May 21, 1992, Mr. Justice Cullen granted the applicant leave to commence proceedings pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4], by means of which he seeks to have the decision which found that there was no credible basis to his claim quashed. The applicant now seeks a stay of the deportation order pending the outcome of that appeal.

The respondent argues that there is no jurisdiction in this Court to grant a stay because the applicant does not challenge the validity of the deportation order. The applicant responds that the validity of that order is placed directly in question by attacking the validity of the no credible basis decision. The deportation order flows directly from that and indeed was issued the same day by the adjudicator who presided over the immigration inquiry which made the no credible basis decision.

The respondent's argument is based on the Federal Court of Appeal's decision of March 27, 1992 [not yet reported], in *Okyere Akyampong v. The Minister of Employment and Immigration*, (A-533-91)

voie de conférence téléphonique le 11 juin 1992. Une ordonnance a été rendue et j'ai fait savoir que les motifs de celle-ci seraient déposés en temps et lieu. L'intimé a plaidé que cette Cour n'avait pas compétence pour accorder un sursis en l'espèce, puisque le requérant ne contestait pas la validité de la mesure d'expulsion. En outre, même si une telle compétence existait, l'intimé plaide que le requérant n'a pas démontré qu'il remplissait les conditions en matière de sursis.

Le requérant a revendiqué le statut de réfugié à son arrivée au Canada le 8 juillet 1991. Sa revendication était fondée sur sa crainte d'être tué ou torturé et emprisonné s'il était renvoyé au Salvador.

Le 27 février 1992, l'arbitre et le membre de la Commission qui présidait l'enquête de l'immigration du requérant ont décidé que sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention n'avait pas un minimum de fondement. L'arbitre a prononcé une ordonnance d'expulsion le jour même. Le 21 mai 1992, le juge Cullen a autorisé le requérant à intenter un recours fondé sur 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]. Dans ce recours, le requérant demande l'annulation de la décision portant que sa revendication n'a pas un minimum de fondement. Le requérant demande maintenant un sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion en attendant l'issue de cet appel.

Selon l'intimé, cette Cour n'a pas compétence pour accorder un sursis parce que le requérant ne conteste pas la validité de la mesure d'expulsion. Le requérant réplique qu'il conteste directement la validité de cette mesure puisqu'il s'oppose à la décision portant que sa revendication n'a pas un minimum de fondement et que la décision a conduit directement à la mesure d'expulsion. De fait, l'arbitre qui avait présidé l'enquête de l'immigration d'où il était ressorti que la revendication n'avait pas un minimum de fondement avait pris cette mesure d'expulsion le jour même de la décision.

L'intimé s'appuie sur la décision de la Cour d'appel fédérale rendue le 27 mars 1992 [encore inédite] dans les affaires *Okyere Akyampong c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, (A-533-91) [répertorié:

[indexed as: *Akyampong v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*] and *Esther Okyere-Antwi v. The Minister of Employment and Immigration*, (A-413-92) [indexed as: *Okyere-Antwi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*]. I note that in those cases the defect found by the Federal Court of Appeal appears to have been a matter of improper pleading because leave to amend was given to allow the applicants to cure the defect.

In the present case, the originating notice of motion for which leave has been granted seeks to challenge the following:

... the decision of the Adjudicator, A. Micello dated February 27, 1992, such decision being communicated to the Applicant on February 27, 1992, whereby the Adjudicator ordered the Applicant deported from Canada, and to review and set aside the decision of the said Adjudicator and Immigration and Refugee Board Member, K. McMillan-Haver dated February 27, 1992, and communicated to the applicant on February 27, 1992, wherein the said Adjudicator and Board member determined that the Applicant did not have a credible basis to his claim to be a Convention Refugee.

Counsel for the respondent argues that this does not constitute a challenge to the validity of the deportation order as such. He argues that the *Okyere* decision requires a direct challenge to the validity of the deportation order itself distinct and apart from a challenge to the no credible basis decision. Such a challenge, for example, would exist if the applicant were arguing that the adjudicator had wrongfully exercised (his or her) discretion in issuing a deportation order rather than a departure notice. Departure notices are issued when the adjudicator believes that the applicant is likely to leave Canada voluntarily (to return in this case to El Salvador). It seems to me it puts the applicant in an entirely untenable position to expect him to argue that he can be expected to return voluntarily to a country where he says he expects to be killed or tortured and imprisoned. In any event, as I understand it, the example given is only one type of direct challenge that might be made to a deportation order.

I accept counsel for the applicant's argument that the kind of direct challenge, which counsel for the respondent describes, is not necessary. In the present

*Akyampong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*] et *Esther Okyere-Antwi c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, (A-413-92) [répertoire: *Okyere-Antwi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*]. Je note que, dans cet arrêt, l'irrégularité constatée par la Cour d'appel fédérale semble avoir été un vice des actes de procédure, puisque la Cour a autorisé les requérants à les modifier pour remédier à l'irrégularité.

En l'espèce, l'avis de requête introductif d'instance pour lequel l'autorisation a été accordée vise à contester ce qui suit:

[TRADUCTION] ... la décision de l'arbitre A. Micello, en date du 27 février 1992, communiquée le jour même au requérant, d'expulser celui-ci du Canada; examiner et annuler la décision de l'arbitre susmentionné et du membre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, K. McMillan-Haver, en date du 27 février 1992, communiquée le jour même au requérant, portant que sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention n'avait pas un minimum de fondement.

L'avocat de l'intimé prétend que ce qui précède ne constitue pas une contestation de la validité de la mesure d'expulsion comme telle. S'appuyant sur la décision *Okyere*, il fait valoir la nécessité de contester directement la validité de la mesure d'expulsion elle-même. Selon lui, il faut distinguer entre cette contestation et celle qui vise à attaquer la décision portant que la revendication n'a pas un minimum de fondement. Il aurait fallu, par exemple, que le requérant plaide que l'arbitre avait mal exercé son pouvoir discrétionnaire en prononçant une mesure d'expulsion au lieu de signifier un avis d'interdiction de séjour. Un tel avis est signifié lorsque l'arbitre croit que le demandeur est susceptible de quitter le Canada de son plein gré (en l'espèce, pour retourner au Salvador). Il me semble que ce serait placer le requérant dans une position tout à fait insoutenable si l'on s'attendait à ce qu'il se dise prêt à retourner, de son propre gré, dans un pays où, dit-il, il s'attend à être tué, ou torturé et emprisonné. De toute façon, si j'ai bien compris, il ne s'agit que d'un exemple parmi d'autres d'une contestation directe qui pourrait être faite à l'encontre d'une mesure d'expulsion.

L'avocat du requérant soutient que le genre de contestation directe décrit par l'avocat de l'intimé n'est pas nécessaire. J'accepte cet argument. En l'es-

case the deportation order flows from and is underpinned by the decision finding no credible basis to the applicant's claim for refugee status. If that decision is invalid, as having been made without proper regard to the evidence or as a result of some breach of the rules of natural justice, then, the deportation order is invalid as well. In my view, in such circumstances, a challenge has been made to the validity of the deportation order. It may be indirect, rather than direct but, I do not understand the Federal Court of Appeal's decision in the *Okyere* cases as requiring more than the type of challenge to the deportation order which exists in this case.

Counsel for the respondent cited in support of his argument *Lodge v. Minister of Employment and Immigration*, [1979] 1 F.C. 775 (C.A.) and *Asumadu v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 113 N.R. 150 (F.C.A.). In *Lodge*, the appellants sought a stay of a deportation order pending disposition of a complaint they had made under the *Canadian Human Rights Act* [S.C. 1976-77, c. 33]. The complaint alleged that the deportation proceedings in question amounted to a discriminatory practice. In *Asumadu*, the applicant applied for a stay of a deportation order pending completion of an inquiry as to whether the applicant might obtain an exemption, on humanitarian and compassionate grounds, from the requirement of the *Immigration Act, 1976* [S.C. 1976-77, c. 52], that a person must apply for landing from outside Canada.

In the *Lodge* decision, the Court stated that the principle to be applied was that applicable in deciding whether a permanent injunction should be granted to restrain a Minister of the Crown from performing a statutory duty. It was noted that the *Immigration Act* imposed a statutory duty on the Minister to execute a deportation order as soon as practicable after it was issued and that as long as the validity of that deportation order had not been successfully challenged, the Court should not interfere to prevent its execution. In the *Asumadu* case, the decisions were brief but I understand them to be based on the finding

pèce, la mesure d'expulsion est prononcée parce qu'il a été décidé que la revendication du statut de réfugié du requérant n'avait pas un minimum de fondement. La validité de la mesure en dépend. Si cette décision est invalide pour le motif qu'elle a été rendue sans tenir compte de la preuve, ou à cause d'une violation des règles de la justice naturelle, la mesure d'expulsion est elle aussi invalide. À mon avis, dans un tel cas, la validité de la mesure d'expulsion a fait l'objet d'une contestation. Il se peut que cette contestation soit indirecte plutôt que directe. Cependant, à mon sens, la décision de la Cour d'appel fédérale dans les affaires *Okyere* n'exige pas que la mesure d'expulsion soit plus directement contestée qu'elle ne l'est en l'espèce.

Au soutien de sa thèse, l'avocat de l'intimé a invoqué les arrêts *Lodge c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 775 (C.A.) et *Asumadu c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 113 N.R. 150 (C.A.F.). Dans l'affaire *Lodge*, les appelants avaient demandé le sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion en attendant qu'il soit statué sur une plainte formulée sous l'empire de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [S.C. 1976-77, ch. 33]. Dans leur plainte, ils alléguaient que les procédures d'expulsion prises contre eux constituaient un acte discriminatoire. Dans l'affaire *Asumadu*, le requérant avait demandé le sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion en attendant la fin d'une enquête qui visait à déterminer s'il pouvait être dispensé, pour des raisons d'ordre humanitaire, des exigences de la *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, ch. 52] voulant qu'une personne doive demander le droit d'établissement pendant qu'elle se trouve à l'extérieur du Canada.

Dans l'arrêt *Lodge*, la Cour a affirmé qu'il fallait appliquer le même principe que lorsqu'il s'agit de décider si une injonction permanente doit être accordée pour interdire à un ministre de la Couronne d'exécuter une fonction prévue par la loi. La Cour a noté que la *Loi sur l'immigration* imposait au ministre l'obligation légale d'exécuter une mesure d'expulsion dès que possible après son adoption. Tant que la validité de cette mesure d'expulsion n'avait pas été contestée avec succès, la Cour ne devait pas intervenir pour en empêcher l'exécution. Dans l'affaire *Asumadu*, les motifs étaient brefs. Cependant, à mon

that as long as the validity of a deportation order is not challenged, the Court should not prohibit its execution.

The *Lodge* case was decided before the Federal Court of Appeal decision in *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 and before the addition of section 18.2 to the *Federal Court Act*. The *Asumadu* case was decided the same day as *Toth* but by a different panel of the Court. In *Toth*, it was held that the Court had jurisdiction to grant a stay where such was deemed appropriate to ensure that a process before the Court was not rendered nugatory by execution of the order being stayed. A stay of a deportation order was granted pending disposition of an appeal of a decision of the Immigration Appeal Board. Since that time, the Trial Division's jurisdiction in this regard has been made even clearer. Section 18.2 was added to the *Federal Court Act*, by S.C. 1990, c. 8, s. 5:

**18.2.** On an application for judicial review, the Trial Division may make such interim orders as it considers appropriate pending the final disposition of the application.

The only requirement under section 18.2 is that the judge consider the interim order "appropriate". It may very well be that in the absence of at least an indirect attack on a deportation order, the Court would not consider a stay order appropriate. But, it seems clear that a direct challenge to the order, as counsel for the respondent describes it, is not necessary. Indeed, as already indicated, I do not think a "direct" challenge is what the Federal Court of Appeal required in the *Okyere* decision either. The Federal Court of Appeal of course did not refer to section 18.2 because that provision relates only to the Trial Division.

When then, will a stay order be "appropriate"? Both counsel argued that the criteria set out in *Toth* should be considered: did the applicant have an arguable case; would the applicant suffer irreparable harm if a stay was not granted; was the balance of convenience in the applicant's favour?

sens, ils étaient fondés sur la conclusion selon laquelle la Cour ne devait pas interdire l'exécution d'une mesure d'expulsion tant que la validité de celle-ci n'avait pas été contestée.

a

L'arrêt *Lodge* a été rendu avant la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d), 123, et avant l'ajout de l'article 18.2 à la *Loi sur la Cour fédérale*. L'arrêt *Asumadu* a été rendu le même jour que l'arrêt *Toth*, mais par une formation différente de la Cour. Dans l'arrêt *Toth*, il a été jugé que la Cour était compétente pour accorder un sursis si elle jugeait opportun de le faire afin d'empêcher qu'un moyen de contrainte ordonné par la Cour ne soit rendu inopérant par l'exécution de l'ordonnance à laquelle il est demandé sursis. La Cour a sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion en attendant l'issue de l'appel d'une décision de la Commission d'appel de l'immigration. Depuis cet arrêt, la compétence de la Section de première instance à cet égard a été précisée davantage. L'article 18.2 a été ajouté à la *Loi sur la Cour fédérale*, par L.C. 1990, ch. 8, art. 5:

c

d

e

**18.2.** La Section de première instance peut, lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire, prendre les mesures provisoires qu'elle estime indiquées avant de rendre sa décision définitive.

f

L'article 18.2 exige simplement que le juge estime la mesure provisoire «indiquée». Il se peut très bien qu'en l'absence de toute contestation d'une mesure d'expulsion, même indirecte, la Cour n'estimerait pas indiqué d'ordonner un sursis. Cependant, il semble clair qu'une contestation directe de la mesure, comme le voudrait l'avocat de l'intimé, ne soit pas nécessaire. En effet, comme je l'ai déjà mentionné, je ne crois pas que la Cour d'appel fédérale ait exigé une contestation «directe» dans l'arrêt *Okyere* non plus. Bien entendu, la Cour d'appel fédérale n'a pas tenu compte de l'article 18.2, puisque cette disposition n'intéresse que la Section de première instance.

h

i

Dans quels cas, donc, une ordonnance de sursis sera-t-elle «indiquée»? Les deux avocats ont fait valoir qu'il y a lieu d'examiner les critères énoncés dans l'arrêt *Toth*: le requérant avait-il une cause soutenable? subirait-il un préjudice irréparable si le sursis n'était pas accordé? la prépondérance des inconvénients le favorisait-elle?

j

In this case, leave having been given to appeal the no credible basis decision, counsel for the respondent conceded that the applicant had demonstrated an arguable case. He took the position however, that the applicant had not demonstrated irreparable harm because he had provided no objective evidence (i.e., no evidence other than his own testimony) that he was likely to be badly treated on return to El Salvador. The letter of a psychiatrist who described the applicant as suffering from a post-traumatic stress disorder syndrome and as exhibiting affects which are a typical defence against chronic fear, it is argued, should be ignored because it was written "to support . . . [the] efforts to help this young man from El Salvador". I find it hard to accept those arguments. I am prepared in this case to accept the applicant's affidavit evidence and on that basis it is hard to reach any other conclusion than that he will suffer irreparable harm if he is returned to El Salvador.

In so far as balance of convenience is concerned, counsel for the respondent relies on decisions such as *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110. In that case what was sought was an injunction suspending the operation of a law on the ground that it was unconstitutional. It was held that there is a strong public interest in having the law enforced and in refusing to grant an injunction preventing a public official from exercising his authority under a statute in the absence of a definitive decision declaring that statute *ultra vires*. Beetz J. stated at page 135:

Whether or not they are ultimately held to be constitutional, the law which litigants seek to suspend or from which they seek to be exempted by way of interlocutory injunction relief have been enacted by democratically-elected legislatures and are generally passed for the common good . . . It seems axiomatic that the granting of interlocutory injunction relief in most suspension cases and, up to a point, as will be seen later, in quite a few exemption cases, is susceptible temporarily to frustrate the pursuit of the common good.

And at page 146, the Court concluded:

It has been seen from what proceeds that suspension cases and exemption cases are governed by the same basic rule according to which, in constitutional litigation, an interlocutory stay of proceedings ought not to be granted unless the

En l'espèce, vu que le requérant a été autorisé à en appeler de la décision portant que sa revendication n'avait pas un minimum de fondement, l'avocat de l'intimé a admis que le requérant avait établi l'existence d'une cause soutenable. Cependant, selon lui, le requérant n'avait pas établi qu'il subirait un préjudice irréparable, puisqu'il n'avait pas fourni de preuve objective (c'est-à-dire aucune preuve autre que son propre témoignage) de ce qu'il allait vraisemblablement être maltraité à son retour au Salvador. L'intimé a soutenu qu'il ne fallait pas tenir compte de la lettre d'un psychiatre selon laquelle le requérant souffrait d'un état de stress post-traumatique et montrait des affects qui sont des mécanismes de défense caractéristiques contre la peur chronique, puisqu'elle avait été écrite [TRADUCTION] «pour aider ce jeune homme du Salvador dans ses démarches». Il m'est difficile d'accepter ces arguments. Dans le présent cas, je suis disposée à accepter la preuve par affidavit du requérant. Force m'est donc de conclure qu'il subira un préjudice irréparable s'il est renvoyé au Salvador.

En ce qui a trait à la prépondérance des inconvénients, l'avocat de l'intimé invoque des décisions comme *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110. Dans cette affaire, l'intimé demandait une injonction pour suspendre l'application d'une loi au motif qu'elle était inconstitutionnelle. La Cour a statué qu'il y avait un important intérêt public à ce que la loi soit appliquée et à ce que l'injonction empêchant un fonctionnaire d'exercer son pouvoir prévu dans une loi soit refusée en l'absence d'une décision définitive portant que cette loi était *ultra vires*. Le juge Beetz a affirmé ce qui suit à la page 135:

Qu'elles soient ou non jugées constitutionnelles, les lois dont les plaideurs cherchent à obtenir la suspension, ou de l'application desquelles ils demandent d'être exemptés par voie d'injonction interlocutoire, ont été adoptées par des législatures démocratiquement élues et visent généralement le bien commun . . . Il semble bien évident qu'une injonction interlocutoire dans la plupart des cas de suspension et, jusqu'à un certain point, comme nous allons le voir plus loin, dans un bon nombre de cas d'exemption, risque de contrecarrer temporairement la poursuite du bien commun.

À la page 146, la Cour a conclu en ces termes:

Il se dégage de ce qui précède que les cas de suspension et les cas d'exemption sont régis par la même règle fondamentale selon laquelle, dans les affaires constitutionnelles, une suspension interlocutoire d'instance ne devrait pas être accordée à

public interest is taken into consideration in the balance of convenience and weighted together with the interest of private litigants.

The reason why exemption cases are assimilated to suspension cases is the precedential value and exemplary effect of exemption cases. Depending on the nature of the cases, to grant an exemption in the form of a stay to one litigant is often to make it difficult to refuse the same remedy to other litigants who find themselves in essentially the same situation, and to risk provoking a cascade of stays and exemptions, the sum of which make them tantamount to a suspension case.

I do not think the test set out in decisions such as the *Metropolitan Stores Ltd.* case is relevant to the present situation. In that case, the validity of one section of a statute was under attack. Thus, an interlocutory injunction order in favour of one litigant impliedly would lead to similar orders respecting all individuals covered by the allegedly unconstitutional section of the statute. The section itself would in fact be rendered inoperative (be totally suspended) pending the determination of its validity.

In the present case the legislative provisions of the statute are not challenged. One decision by an adjudicative body operating under the statute with respect to one specific individual is being challenged. Rendering an injunction (or stay order) in such a case will not suspend the operation of any part of the legislation. Thus, the public interest considerations expressed in *Metropolitan Stores Ltd.* are not in issue.

What is in issue, however, when considering balance of convenience, is the extent to which the granting of stays might become a practice which thwarts the efficient operation of the immigration legislation. It is well known that the present procedures were put in place because a practice had grown up in which many cases, totally devoid of merit, were initiated in the court, indeed were clogging the court, for the sole purpose of buying the appellants further time in Canada. There is a public interest in having a system which operates in an efficient, expeditious and fair manner and which, to the greatest extent possible, does not lend itself to abusive practices. This is the

moins que l'intérêt public ne soit pris en considération dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients en même temps que l'intérêt des plaideurs privés.

Si les cas d'exemption sont assimilés aux cas de suspension, cela tient à la valeur jurisprudentielle et à l'effet exemplaire des cas d'exemption. Suivant la nature des affaires, du moment qu'on accorde à un plaideur une exemption sous la forme d'une suspension d'instance, il est souvent difficile de refuser le même redressement à d'autres justiciables qui se trouvent essentiellement dans la même situation et on court alors le risque de provoquer une avalanche de suspensions d'instance et d'exemptions dont l'ensemble équivaut à un cas de suspension de la loi.

Je ne crois pas que le critère exposé dans les décisions comme l'arrêt *Metropolitan Stores Ltd.* soit pertinent en l'espèce. Dans cette affaire, la validité d'un article de loi était contestée. Par conséquent, le fait de décerner une injonction interlocutoire en faveur d'une partie conduirait implicitement à trancher de la même manière dans le cas de tous les particuliers visés par l'article de loi dont l'inconstitutionnalité était alléguée. Cet article lui-même serait effectivement rendu inopérant, c'est-à-dire que son effet serait totalement suspendu, en attendant qu'il soit statué sur sa validité.

En l'espèce, les dispositions de la loi ne sont pas contestées. Le requérant conteste une décision rendue par un organisme doté du pouvoir de statuer agissant en vertu de la loi dans le cas d'un individu en particulier. Le fait d'accorder une injonction (ou une ordonnance de sursis) dans un tel cas n'aura pas pour effet de rendre inopérante une partie de la loi. Par conséquent, les considérations relatives à l'intérêt public exprimées dans l'arrêt *Metropolitan Stores Ltd.* ne sont pas en cause.

Cependant, d'après la prépondérance des inconvénients, il faut se demander à quel point le fait d'accorder des sursis risque de devenir une pratique qui contrecarre l'application efficace de la législation en matière d'immigration. Chacun sait que la procédure actuelle a été mise en place parce qu'une pratique s'était développée par laquelle de très nombreuses demandes, tout à fait dénuées de fondement, étaient introduites devant la Cour et encombraient les rôles, uniquement pour permettre aux appelants de demeurer plus longtemps au Canada. Il y va de l'intérêt public d'avoir un régime qui fonctionne de façon efficace, rapide et équitable, et qui, dans la mesure du



public interest which in my view must be weighed against the potential harm to the applicant if a stay is not granted.

I am not convinced that granting stays in all cases such as the present, where there is clearly an arguable case and where the whole foundation of the applicant's claim is based on the proposition that irreparable harm will occur to him if he is returned to the country from which he came, would so undercut the operation of the immigration system as to be detrimental to the public interest which exists in seeing that the system operates fairly and efficiently.

In this regard the situation may be quite different from that which exists, for example, when applicants seek humanitarian and compassionate reviews, especially on the eve of the execution of a deportation order and then argue that a stay should be granted because of the uncompleted nature of that review. This is the kind of situation in which there is potential for creating a practice which undermines the orderly operation of the legislative scheme.

In any event, it would not be appropriate to try to canvas all situations in which the public interest in maintaining a fair and effective system might outweigh or dictate the refusal of stays. One significant factor however would likely always be the degree of delay which has occurred, if any, in prosecuting the applicant's appeal.

If the applicant has known of the decision which underlies the challenge to the deportation order (or departure notice) for some time and has not sought leave to commence a section 18 proceeding until the very last moment, then, there is reason to assume that the seeking of leave and the deportation order is primarily a "time-buying" manoeuvre. If all the relevant material has been filed with respect to the leave application and the date of deportation is known then counsel for the applicant (or the applicant as the case may be) should alert the Federal Court Registry so that the file can be placed before a judge for disposition, as soon as possible, so that the Court is not faced with requests for stays on the eve of the execution of a deportation order. In my view, the bringing

possible, ne se prête pas aux abus. Tel est, à mon avis, l'intérêt public qu'il faut soulever par rapport au préjudice que pourrait éventuellement subir le requérant si un sursis n'était pas accordé.

a

Je ne suis pas convaincue que le fait d'accorder des sursis dans tous les cas comme celui-ci, où il existe manifestement une cause soutenable et où la revendication du requérant est entièrement fondée sur la proposition qu'il subira un préjudice irréparable s'il est renvoyé dans son pays d'origine, nuirait au fonctionnement du régime d'immigration au point d'être contraire à l'intérêt public voulant que le régime fonctionne de façon équitable et efficace.

b

À cet égard, la situation peut être tout à fait différente de celle où, par exemple, un requérant demande que son cas soit examiné à la lumière de considérations d'ordre humanitaire, surtout la veille de l'exécution d'une mesure d'expulsion, puis plaide qu'il y a lieu d'accorder un sursis du fait que l'examen n'est pas encore terminé. Une telle situation risque de donner lieu à une pratique susceptible de miner la bonne application de la loi.

c

De toute manière, il ne convient pas de tenter de répertorier tous les cas où l'intérêt public voulant que soit maintenu un régime juste et efficace pourrait l'emporter sur l'opportunité d'accorder un sursis, de sorte qu'il y aurait lieu de le refuser. Cependant, il est probable qu'un facteur important, dans presque tous les cas, serait le temps qui s'est écoulé, le cas échéant, avant que le requérant n'interjette appel.

d

Si le requérant avait connaissance, déjà depuis un certain temps, de la décision sous-jacente à la contestation de la mesure d'expulsion (ou de l'avis d'interdiction de séjour), mais n'a cherché à obtenir l'autorisation d'intenter un recours fondé sur l'article 18 qu'au tout dernier moment, il y a donc lieu de présumer que la demande d'autorisation en vue de contester la mesure d'expulsion constitue principalement une manœuvre dilatoire. Si tous les éléments pertinents ont été déposés à l'égard de la demande d'autorisation et si la date d'expulsion est connue, l'avocat du requérant (ou le requérant lui-même, selon le cas) devrait avertir le greffe de la Cour fédérale pour que le dossier puisse être soumis à un juge pour jugement, le plus tôt possible, afin que la Cour ne soit pas

e

f

g

h

i

j

of a request for a stay at the very last minute is often in itself reason to refuse the request.

In the present case, the applicant has demonstrated an arguable case. The foundation of that case rests on the proposition that he will suffer irreparable harm if returned to El Salvador. There has been no delay in challenging the decision in question or in seeking a stay of the deportation order once leave was granted. I am convinced that the balance of convenience lies with the applicant. Any harm to the fair and orderly operation of the immigration system if all applicants in similar circumstances to this applicant had the deportation orders stayed, will be outweighed by the potential harm to the applicant.

For the reasons given an order staying the deportation order issued.

saisie de demandes de sursis la veille de l'exécution d'une mesure d'expulsion. À mon avis, le fait de présenter une demande de sursis à la toute dernière minute constitue en soi, dans bien des cas, un motif <sup>a</sup> pour refuser la demande.

En l'espèce, le requérant a établi qu'il avait une cause soutenable. Il a prétendu qu'il subira un préjudice irréparable s'il est renvoyé au Salvador. Il n'a pas tardé à contester la décision en cause ou à demander un sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion une fois que l'autorisation a été accordée. Je suis convaincue que la prépondérance des inconvénients favorise le requérant. Le préjudice qu'il pourrait subir l'emporterait sur toute atteinte au fonctionnement juste et ordonné du régime d'immigration qui pourrait se produire si tous les requérants, dans le même cas que lui, obtenaient un sursis à l'exécution des mesures d'expulsion prises contre eux. <sup>b</sup> <sup>c</sup> <sup>d</sup>

Par ces motifs, la Cour ordonne le sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion.

A-560-91

Alcan Aluminium Limited, Minister of the Environment, Minister of Indian Affairs and Northern Development, Minister of Fisheries and Oceans, and Minister of Transport (*Appellants*)

v.

Carrier-Sekani Tribal Council, Marvin Charlie, Chief of the Cheslatta Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Cheslatta Indian Band, Maureen Ogen, Chief of the Broman Lake Indian Band, on behalf of herself and all other members of the Broman Lake Indian Band, Geoffrey Thomas, Chief of the Stoney Creek Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Stoney Creek Indian Band, Peter Quaw, Chief of the Fort George Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Fort George Indian Band, Ernie Nooski, Chief of the Fraser Lake Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Fraser Lake Indian Band, Robert Michell, Chief of the Stellaquo Indian Band, on behalf of herself [*sic*] and all other members of the Stellaquo Indian Band, Leonard Thomas, Chief of the Necoslie Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Necoslie Indian Band, Edward John, Chief of the Tl'azt'en Nation Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Tl'azt'en Nation, Roy French, Chief of the Takla Lake Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Takla Lake Indian Band, Wilf Adam, Chief of the Lake Babine Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Lake Babine Indian Band, Robert Charlie, Chief of the Burns Lake Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Burns Lake Indian Band (*Respondents*)

A-561-91

Alcan Aluminium Limited, Minister of the Environment, Minister of Indian Affairs and

A-560-91

Alcan Aluminium Limitée, le ministre de l'Environnement, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, le ministre des Pêches et des Océans et le ministre des Transports (*appelants*)

c.

*b* Le Conseil de la tribu Carrier-Sekani, Marvin Charlie, chef de la bande indienne Cheslatta, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Cheslatta, Maureen Ogen, chef de la bande indienne de Broman Lake, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Broman Lake, Geoffrey Thomas, chef de la bande indienne de Stoney Creek, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Stoney Creek, Peter Quaw, chef de la bande indienne de Fort George, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Fort George, Ernie Nooski, chef de la bande indienne de Fraser Lake, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Fraser Lake, Robert Michell, chef de la bande indienne Stellaquo, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Stellaquo, Leonard Thomas, chef de la bande indienne Necoslie, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Necoslie, Edward John, chef de la bande indienne Tl'azt'en Nation, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Tl'azt'en Nation, Roy French, chef de la bande indienne de Takla Lake, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Takla Lake, Wilf Adam, chef de la bande indienne de Lake Babine, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Lake Babine, Robert Charlie, chef de la bande indienne de Burns Lake, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Burns Lake (*intimés*)

A-561-91

*j* Alcan Aluminium Limitée, le ministre de l'Environnement, le ministre des Affaires

**Northern Development, Minister of Fisheries and Oceans, and Minister of Transport (Appellants)**

**indiennes et du Nord canadien, le ministre des Pêches et des Océans et le ministre des Transports (appelants)**

v.

a c.

**Save the Bulkley Society, Nechako Neyenkut Society, United Fishermen and Allied Worker's Union, B.C. Wildlife Federation, The Steelhead Society of British Columbia, Canadian Association of Smelter and Allied Workers (Respondents)**

**La Save the Bulkley Society, la Nechako Neyenkut Society, le Syndicat des pêcheurs et travailleurs assimilés, la B.C. Wildlife Federation, The Steelhead Society of British Columbia, l'Association canadienne des travailleurs de fonderie et ouvriers assimilés (intimés)**

**INDEXED AS: CARRIER-SEKANI TRIBAL COUNCIL v. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: CONSEIL DE LA TRIBU CARRIER-SEKANI c. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (C.A.)**

Court of Appeal, Heald, Marceau, and Linden J.J.A. — Vancouver, December 16, 17, 18, 19 and 20, 1991, and April 8, 9 and 10, 1992; Ottawa, May 8, 1992.

Cour d'appel, juges Heald, Marceau et Linden, J.C.A. — Vancouver, 16, 17, 18, 19 et 20 décembre 1991 et 8, 9 et 10 avril 1992; Ottawa, 8 mai 1992.

*Environment — Kemano Completion Project (KCP) for expansion of hydro-electric facility on Nechako River to supply Alcan smelter at Kitimat — Whether subject to Environmental Assessment Review Process Guidelines Order (EARPGO) — Order in council declaring project not subject to EARPGO — Ministers of Transport and Fisheries and Oceans giving clearances under Navigable Waters Protection Act and Fisheries Act — Supreme Court deciding in Oldman River case EARPGO applying where exercise of ministerial power or duty legally necessary to execution of project — Ministerial exemptions not such power or duty — Finding of fact not constituting exercise of regulatory power.*

*Environnement — Travaux d'achèvement du projet Kemano (travaux KCP) destinés à accroître la capacité de la centrale hydro-électrique sur la rivière Nechako pour alimenter une fonderie d'Alcan à Kitimat — Il échet d'examiner si ces travaux sont soumis à l'application du Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (Décret sur les lignes directrices) — Arrêté portant que le Décret sur les lignes directrices ne s'applique pas aux travaux KCP — Arrêtés d'exemption pris par le ministre des Transports en application de la Loi sur la protection des eaux navigables et de la Loi sur les pêches — Décision par la Cour suprême par l'arrêt Oldman River que le Décret sur les lignes directrices s'applique dans les cas où l'exercice du pouvoir ou de l'obligation ministériel est nécessaire à la mise à exécution du projet — Les exemptions ministérielles ne représentent pas l'exercice de pareil pouvoir ou obligation — Une conclusion sur les faits ne constitue pas un exercice de pouvoir réglementaire.*

*Judicial review — Equitable remedies — Declarations — Motions Judge holding order in council ultra vires on application for certiorari against named ministers — Granting orders of certiorari and mandamus upon hearing of preliminary motion to strike — Decision declaratory in nature — Declaration against order in council only available by action against Attorney General — Certiorari remedy for administrative actions, not legislative enactments — Granting orders without hearing substantive defence denial of right to be heard.*

*Contrôle judiciaire — Recours en equity — Jugements déclaratoires — Saisi de la requête en certiorari contre les ministres nommés, le juge des requêtes a invalidé l'arrêté — Délivrance d'ordonnances de certiorari et de mandamus après instruction des exceptions — Décision déclaratoire de par sa nature — Il ne peut être question de jugement déclaratoire contre l'arrêté que dans le cadre d'une action intentée contre le procureur général — Le certiorari est un recours contre des mesures administratives, non pas contre des textes législatifs — D'accorder les ordonnances recherchées sans entendre les défenses au fond revient à priver les appelants du droit de se faire entendre.*

*Constitutional law — Governor in Council enacting by subsequent order in council EARPGO not applying to specific project — Whether subsequent order ultra vires — Delegate empowered to enact subordinate legislation able to dispense*

*Droit constitutionnel — Arrêté pris par le gouverneur en conseil après la promulgation du Décret sur les lignes directrices pour en exempter un projet spécifique — Il échet d'examiner si cet arrêté est inconstitutionnel — Faute de disposition*

from such legislation in absence of directory language in enabling statute.

This was an appeal and cross-appeal from a Trial Division decision granting applications for *certiorari* and *mandamus*.

In 1967, Alcan dammed the Nechako River in west-central British Columbia to furnish electricity for its smelter at Kitimat. In 1979, the Department of Fisheries and Oceans brought an action against Alcan in the Supreme Court of British Columbia, in which the Attorney General of British Columbia was joined, to enforce water flows through the dam. That litigation was settled in 1987. Pursuant to the Settlement Agreement, the Governor in Council passed regulations directing the Minister of Fisheries and Oceans to exercise, consistently with the Agreement, his discretion to approve Alcan's works on the Nechako and enacting (by SOR/90-729) that the Environmental Assessment Review Process Guidelines Order did not apply to the subsequent phase of those works, called the Kemano Completion Project (KCP). The Minister of Fisheries and Oceans issued an opinion, under subsection 20(10) of the *Fisheries Act*, that the water flows anticipated from the KCP would be sufficient for the safety and spawning of fish. The Minister of Transport issued exemption and approval orders under the *Navigable Waters Protection Act*.

The respondents seek to have the KCP subjected to a full environmental review. They had brought an action in Federal Court in April, 1988, but have taken no steps to move it forward since Alcan filed its statement of defence in May, 1989. The instant proceedings were commenced in October, 1990 by originating motions. The applications were for *certiorari* and *mandamus* against the execution of the Agreement, the ministerial approvals, and, by subsequent amendment to the applications, SOR/90-729. The appellants brought motions to strike. After the hearing on the preliminary motions, the Motions Judge dismissed the motions to strike and granted the principal applications.

*Held*, the appeals should be allowed, the cross-appeal denied.

The cross-appeal is from the Motions Judge's failure to make the rights guaranteed to native peoples under section 35 of the *Constitution Act, 1982* a ground for the relief granted; but an appeal can only be against a decision, and not the reasons for the decision.

The *vires* of an order in council can only be attacked in an action against the Attorney General. The Ministers named in the applications do not represent the Governor in Council. An order giving effect to the challenge mounted against the order in council—that it is *ultra vires* and contrary to the Constitution—is declaratory in nature, and the summary procedure of

contraire de la loi d'habilitation, l'autorité investie du pouvoir réglementaire peut exempter de l'application d'un règlement qu'elle a pris elle-même.

Il y a en l'espèce appel et appel incident contre la décision rendue par la Section de première instance sous forme d'ordonnances de *certiorari* et de *mandamus*.

En 1967, Alcan a construit un barrage sur la rivière Nechako dans la région centre-ouest de la Colombie-Britannique en vue d'alimenter en électricité sa fonderie à Kitimat. En 1979, le ministère des Pêches et des Océans a intenté contre Alcan une action devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, action à laquelle a été joint le Procureur général de cette province, en vue d'assurer un certain débit de l'eau déversée par ce barrage. L'affaire a été réglée à l'amiable en 1987. En exécution de l'entente de règlement, le gouverneur en conseil a pris un décret portant obligation pour le ministre des Pêches et des Océans d'exercer, conformément à cette entente, ses pouvoirs discrétionnaires pour approuver les travaux d'Alcan sur la Nechako, et un arrêté (DORS/90-729) portant que le Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement ne s'appliquait pas à la seconde phase de ces travaux, c'est-à-dire les travaux d'achèvement du projet Kemano (*Kemano Completion Project* ou KCP). Le ministre des Pêches et des Océans a émis, en application du paragraphe 20(10) de la *Loi sur les pêches*, l'opinion que le débit postérieur aux travaux KCP serait suffisant pour assurer la sécurité et le frai des poissons. De son côté, le ministre des Transports a pris divers arrêtés d'exemption et d'approbation en application de la *Loi sur la protection des eaux navigables*.

Les intimés cherchent à soumettre les travaux KCP à un examen en règle des répercussions environnementales. Ils avaient intenté une action devant la Cour fédérale en avril 1988, mais n'ont pris aucune mesure pour y donner suite après que Alcan eut déposé sa défense en mai 1989. Les procédures en cours ont été intentées en octobre 1990 par voie de requêtes en *certiorari* et en *mandamus* contre la signature de l'entente de règlement, contre les approbations ministérielles et, par modification subséquente des requêtes, contre l'arrêté DORS/90-729. Les appelants y ont opposé plusieurs exceptions, lesquelles, après audition, ont été rejetées par le juge des requêtes qui a aussi fait droit aux requêtes.

*Arrêt*: les appels devraient être accueillis, l'appel incident rejeté.

L'appel incident porte sur le défaut, de la part du juge des requêtes, de citer comme motif d'accueil des demandes les droits que garantit aux peuples autochtones l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*; cependant, il ne peut y avoir appel que contre une décision, non pas contre les motifs de cette décision.

Un arrêté du gouverneur en conseil ne peut être attaqué en justice que par action intentée contre le procureur général. Les ministres nommés dans les demandes ne représentent pas le gouverneur en conseil. Une ordonnance faisant droit à l'attaque contre la constitutionnalité d'un arrêté est déclaratoire de par sa nature, et la procédure sommaire de la requête introduc-

originating motion cannot be used to seek a declaration, but only to apply for a prerogative writ, such as *certiorari*. *Certiorari* is a remedy for the review of administrative decisions, not legislative acts. While the respondents argue that what is challenged is the recommendation which resulted in the adoption of the order, that recommendation cannot be challenged independently of the order, the only legal instrument to which effect can be given.

The hearing before the Motions Judge was devoted entirely to the preliminary motions to strike. Appellants' counsel did not address, and was not given an opportunity to address, the substantive issues raised by the originating applications. This deprived the appellants of their right to place before the Court all their means of defence. The Motions Judge was not entitled to grant the orders sought before the appellants had been afforded a full opportunity to present their case.

None of the challenged ministerial actions constituted decisions capable of bringing the project within the purview of the EARP guidelines. The EARPGO requirements apply to "proposals", defined to mean any "initiative . . . for which the Government of Canada has a decision-making responsibility". The applicable law is *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, recently decided by the Supreme Court of Canada. The Court held that the Guidelines are not brought into play whenever there is some potential environmental effect on a matter of federal jurisdiction. They apply in all cases where Parliament has conferred upon a federal minister the power and duty to give or refuse permission to carry on a work, or to regulate the way in which it will be carried on, ministerial permission being a pre-condition to the execution of the work. The signing of the Settlement Agreement by the Minister of Fisheries and Oceans was not such an exercise of power. The decision to settle was an executive decision of the Governor in Council, effected by order in council. Similarly, the issuance of an opinion that the volume of water to be released was sufficient for the downstream fishery was not an approval of proposed works, but a direction as to how existing and proposed works should be operated to satisfy the statutory obligations on the owner, so that the Minister would not consider it his duty to intervene. The declarations of exemption under the *Navigable Waters Protection Act* were based on the Minister of Transport's finding of fact that the works would not interfere substantially with navigation, and the legal consequence of that fact is that the Minister has no regulatory power or duty under the Act. The making of a finding of fact is not an exercise of regulatory power.

Order in council SOR/90-729 is, on its face, a bar to the relief sought by the respondents. Whether the order in council be characterized as an amendment to the EARP Guidelines or as a clarification of their scope, it was clearly authorized by

tive d'instance ne peut servir qu'en vue d'un bref de prérogative, comme le bref de *certiorari*, et non pas d'un redressement par voie de jugement déclaratoire. Le bref de *certiorari* est un recours pour le contrôle des décisions administratives, non pas des textes législatifs. Les intimés soutiennent que ce qu'ils contestent, c'est la recommandation qui a abouti à l'adoption de l'arrêté, mais cette recommandation ne saurait être contestée indépendamment de l'arrêté, qui est le seul instrument légal auquel on puisse donner effet.

L'audition présidée par le juge des requêtes était exclusivement consacrée à l'instruction des exceptions. L'avocat des appelants n'a pas répondu aux points soulevés dans les requêtes introductives d'instance, et n'a pu le faire. Il s'ensuit que les appelants ont été privés du droit de soumettre à la Cour tous leurs moyens de défense. Le juge des requêtes n'était pas en droit de rendre les ordonnances en question avant que les appelants pussent faire pleinement valoir leurs arguments.

Aucune des mesures ministérielles attaquées n'était une décision de nature à faire tomber les travaux KCP dans le champ d'application du Décret sur les lignes directrices. Celui-ci s'applique aux «propositions», lesquelles s'entendent de «toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décision». Les règles applicables ont été définies par le récent arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, par lequel la Cour suprême du Canada a conclu que le Décret sur les lignes directrices ne reçoit pas application chaque fois qu'un projet peut comporter des répercussions environnementales sur un domaine de compétence fédérale. Ce texte s'applique dans tous les cas où la loi prévoit pour un ministre fédéral le pouvoir et l'obligation de donner ou de refuser la permission de construire un ouvrage, ou d'imposer des conditions sous lesquelles cet ouvrage pourrait être construit, le promoteur n'ayant pas le droit de commencer sans l'autorisation ministérielle préalable. La signature de l'entente de règlement par le ministre des Pêches et des Océans ne représentait pas l'exercice du pouvoir susmentionné. La décision de règlement représentait l'exercice du pouvoir exécutif du gouverneur en conseil, sous forme de décret. De même, l'opinion émise que le débit d'eau prévu était suffisant pour les pêcheries en aval ne constituait pas une approbation du projet, mais une instruction sur la manière dont celui-ci devait être mis à exécution pour satisfaire aux conditions que la loi imposait au propriétaire, afin que le ministre ne se voie pas dans l'obligation d'intervenir. Les déclarations d'exemption faites en application de la *Loi sur la protection des eaux navigables* étaient strictement fondées sur une conclusion sur les faits tirée par le ministre des Transports, savoir que les ouvrages visés ne gênaient pas sérieusement la navigation, et les conséquences de droit à tirer de cet état de choses sont que le ministre n'a ni pouvoir ni obligation de réglementation dans le cadre de cette loi. Une conclusion sur les faits n'est pas une décision rendue dans l'exercice du pouvoir réglementaire.

L'arrêté DORS/90-729 fait, par son libellé même, obstacle au redressement recherché par les intimés. Qu'on voie dans cet arrêté une modification apportée au Décret sur les lignes directrices ou une clarification de sa portée, il était clairement auto-

Parliament under section 6 of the *Department of the Environment Act*. The power to adopt regulations necessarily includes the power to clarify or vary them. While a minister has no power to dispense from the operation of the law, a delegate empowered to make subordinate legislation may dispense from the rule he makes, in the absence of directory language in the statute. Just as the original Guidelines could have been enacted with an exempting provision for the Project, the same result may equally be achieved by a later regulation. If the purpose of the Act has not been breached, there can be no question of bad faith in the enactment of SOR/90-729. It cannot be said that the Government was in breach of its fiduciary duty toward aboriginal peoples without knowing the exact content of that duty. There is nothing in the record to indicate that the Government's duty to the aboriginals could be fulfilled only by the application of the EARP Guidelines to the KCP. The doctrine of legitimate expectation does not apply as there is no promise from someone in authority on which reliance was placed by the respondents. Furthermore, the doctrine applies only to administrative procedure; it has no bearing on the validity of a legislative enactment.

risé par la loi, en application de l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*. Le pouvoir d'adopter des règlements s'entend forcément aussi du pouvoir de les clarifier ou modifier. Si un ministre n'a pas le pouvoir de passer outre à l'application de la loi, une autorité investie du pouvoir réglementaire est habilitée, sauf disposition contraire de la loi, à exempter quelqu'un de l'application d'un règlement qu'elle a pris elle-même. Si le Décret sur les lignes directrices avait pu comporter une disposition qui exemptait les travaux KCP, le même résultat pourrait être aussi atteint au moyen d'un texte réglementaire subséquent. S'il n'y a pas contravention à l'objectif de la loi, on ne saurait parler de mauvaise foi en ce qui concerne la promulgation de l'arrêté DORS/90-729. On ne peut pas dire que le gouvernement a manqué à son obligation fiduciaire envers les autochtones, sans connaître le contenu exact de cette obligation. Rien dans le dossier ne permet de conclure que le gouvernement ne pouvait remplir cette obligation qu'en appliquant le Décret sur les lignes directrices aux travaux KCP. La doctrine de l'attente légitime ne s'applique pas en l'espèce puisque aucune autorité n'a fait une promesse sur laquelle se seraient fondés les intimés. D'ailleurs, cette doctrine ne s'applique qu'aux questions de procédure administrative; elle n'a aucun rapport avec la question de la validité d'un texte législatif.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.*

*Department of the Environment Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 14, s. 6 (as am. by S.C. 1978-79, c. 13, s. 14).*

*Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10, ss. 4, 5, 6.*

*Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.*

*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 321.1 (as enacted by SOR/88-221, s. 7; as am. by SOR/90-846, s. 8; SOR/92-43, s. 4), 419, 1203 (as am. by SOR/79-57, s. 20).*

*Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, ss. 20(10), 33.1 (as enacted by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 17, s. 3; S.C. 1976-77, c. 35, s. 8).*

*Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 22(3), 37.*

*Government Organization Act, 1979, S.C. 1978-79, c. 13, s. 6.*

*Kemano Completion Project Guidelines Order, SOR/90-729.*

*Kenney Dam and Skins Lake Spillway Orders Regulations, SOR/87-723.*

*Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22, ss. 5(2), 10(2).*

*Utilities Commission Act, S.B.C. 1980, c. 60.*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Arrêté sur les lignes directrices visant les travaux d'achèvement du projet Kemano, DORS/90-729.*

*Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.*

*Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.*

*Loi de 1979 sur l'organisation du gouvernement, S.C. 1978-79, ch. 13, art. 6.*

*Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 5(2), 10(2).*

*Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), ch. E-10, art. 4, 5, 6.*

*Loi sur le ministère de l'Environnement, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 14, art. 6 (mod. par S.C. 1978-79, ch. 13, art. 14).*

*Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 20(10), 33.1 (édicé par S.R.C. 1970 (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 17, art. 3; S.C. 1976-77, ch. 35, art. 8).*

*Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 22(3), 37. Règlement sur les ordonnances relatives au barrage Kenney et au déversoir du lac Skins, DORS/87-723.*

*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 321.1 (édicé par DORS/88-221, art. 7; mod. par DORS/90-846, art. 8; DORS/92-43, art. 4), 419, 1203 (mod. par DORS/79-57, art. 20).*

*Utilities Commission Act, S.B.C. 1980, ch. 60.*

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; [1992] 2 W.W.R. 193; (1992), 7 C.E.L.R. (N.S.) 1. <sup>a</sup>

## REFERRED TO:

*Attorney General of Canada et al. v. Aluminum Co. of Canada et al.; B.C. Wildlife Federation, Intervenor* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495; [1987] 3 W.W.R. 193; 10 B.C.L.R. (2d) 371; 26 Admin. L.R. 18; 15 C.P.C. (2d) 289 (B.C.C.A.); rev'g [1987] 1 C.N.L.R. 10; (1986), 15 C.P.C. (2d) 8 (B.C.S.C.). <sup>b</sup>

## AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

APPEAL AND CROSS-APPEAL from an order of the Trial Division (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 265, allowing applications for *certiorari* and *mandamus*. Appeal allowed, cross-appeal dismissed. <sup>d</sup>

## COUNSEL:

*Brian J. Wallace, Q.C.* and *Ron A. Skolrood* for appellant Alcan Aluminium Limited. <sup>f</sup>

*H.J. Wruck, Q.C.* and *Valerie Osborne* for appellants Minister of the Environment, Minister of Indian Affairs and Northern Development, Minister of Fisheries and Oceans, and Minister of Transport. <sup>g</sup>

*Arthur Pape* and *John Rogers* for respondent Carrier-Sekani Tribal Council. <sup>g</sup>

*Martin L. Palleson* for respondent Save the Bulkley Society. <sup>h</sup>

## SOLICITORS:

*Lawson, Lundell, Lawson*, Vancouver, for appellant Alcan Aluminium Limited.

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants Minister of the Environment, Minister of Indian Affairs and Northern Development, Minister of Fisheries and Oceans, and Minister of Transport. <sup>i</sup>

*Pape & Salter*, Vancouver, for respondent Carrier-Sekani Tribal Council. <sup>j</sup>

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; [1992] 2 W.W.R. 193; (1992), 7 C.E.L.R. (N.S.) 1.

## DÉCISION CITÉE:

*Attorney General of Canada et al. v. Aluminum Co. of Canada et al.; B.C. Wildlife Federation, Intervenor* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495; [1987] 3 W.W.R. 193; 10 B.C.L.R. (2d) 371; 26 Admin. L.R. 18; 15 C.P.C. (2d) 289 (C.A.C.-B.); infirmant [1987] 1 C.N.L.R. 10; (1986), 15 C.P.C. (2d) 8 (C.S.C.-B.).

## c DOCTRINE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

APPEL ET APPEL INCIDENT d'une ordonnance de la Section de première instance (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 265, qui faisait droit à des requêtes en *certiorari* et en *mandamus*. Appel accueilli, appel incident rejeté. <sup>e</sup>

## AVOCATS:

*Brian J. Wallace, c.r.* et *Ron A. Skolrood* pour l'appelante Alcan Aluminium Limitée.

*H.J. Wruck, c.r.* et *Valerie Osborne* pour les appelants ministre de l'Environnement, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, ministre des Pêches et des Océans, et ministre des Transports.

*Arthur Pape* et *John Rogers* pour l'intimé Conseil de la tribu Carrier-Sekani.

*Martin L. Palleson* pour l'intimée Save the Bulkley Society.

## PROCUREURS:

*Lawson, Lundell, Lawson*, Vancouver, pour l'appelante Alcan Aluminium Limitée.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les appelants ministre de l'Environnement, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, ministre des Pêches et des Océans, et ministre des Transports.

*Pape & Salter*, Vancouver, pour l'intimé Conseil de la tribu Carrier-Sekani.



*Ferguson, Gifford, Vancouver, for respondent  
Save the Bulkley Society.*

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARCEAU J.A.: Two appeals and a cross-appeal are before the Court. They are all directed against a decision of a Motions Judge in the Trial Division issuing various orders in the nature of *certiorari* and *mandamus*. At the root of the proceedings is the construction of the so-called Kemano Completion Project, the second phase of Alcan Aluminium Limited's ("Alcan") hydro-electric generation facilities and aluminum reduction facilities in west-central British Columbia. Several parties are involved in the proceedings. On one side, with Alcan, are four ministers of the federal Crown: Environment, Fisheries and Oceans, Transport, Indian and Northern Affairs ("appellant Ministers"), who are said to have illegally allowed the Project to proceed. On the other side stand the Carrier-Sekani Tribal Council and the Chiefs of eleven Carrier Indian bands representing themselves and their members ("the Tribal Council"), together with a coalition of environmental and fishing interests led by the Save the Bulkley Society ("the Save the Bulkley Society"), who attack the Ministers' actions and seek a federal environmental review of the Project. The issues are numerous and complex and, to be properly addressed, they need to be carefully put in context. This will require a complete review of the facts that have led to the litigation and a history of the proceedings themselves.

#### Factual Background

##### The Existing Facilities

In 1950, Alcan reached an agreement with the Government of British Columbia relating to the construction of hydro-electric and aluminum reduction facilities in west-central British Columbia. The company was given the right to store and direct water flows in the Nechako and Nanika Rivers. Prior to commencing construction of the first phase of its project, the company held discussions with the federal Department of Fisheries that culminated in 1952 with

*Ferguson, Gifford, Vancouver, pour l'intimée  
Save the Bulkley Society.*

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

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: La Cour est saisie de deux appels et d'un appel incident, tous formés contre la décision rendue par un juge des requêtes de la Section de première instance sous forme de diverses ordonnances de *certiorari* et de *mandamus*. Le litige a son origine dans les travaux d'achèvement du projet dit Kemano, c'est-à-dire la seconde phase de la construction d'une centrale hydro-électrique et d'une aluminerie d'Alcan Aluminium Limitée («Alcan») dans la région centre-ouest de la Colombie-Britannique. Plusieurs parties sont en cause. D'un côté se trouvent, avec Alcan, quatre ministres de la Couronne fédérale: Environnement, Pêches et Océans, Transports, Affaires indiennes et Nord canadien («les ministres appelants»), qui auraient illégalement autorisé la mise à exécution du projet. De l'autre côté, se trouvent le Conseil de la tribu Carrier-Sekani et les chefs de onze bandes indiennes Carrier qui agissent en leur nom propre et au nom des membres de leurs bandes respectives («le Conseil tribal»), avec une coalition d'écologistes et de défenseurs de pêcheries menée par la Save the Bulkley Society («la Save the Bulkley Society»), qui attaquent les actions des ministres et cherchent à forcer un examen fédéral des répercussions environnementales du projet. Les points litigieux sont nombreux et complexes et, pour que la Cour puisse les instruire comme il convient, doivent être envisagés avec soin dans leur contexte. Il faut donc reprendre tous les faits qui sont à l'origine du litige ainsi que l'historique de l'instance elle-même.

#### Les faits de la cause

##### Les installations existantes

En 1950, Alcan a conclu avec le gouvernement de la Colombie-Britannique un accord sur la construction d'une centrale hydro-électrique et d'une aluminerie dans la région centre-ouest de la province. Cet accord lui donnait le droit d'accumuler et de redistribuer les eaux des rivières Nechako et Nanika. Avant de commencer les travaux de construction de la première phase du projet, la compagnie a eu avec le ministère fédéral des Pêches des discussions à l'issue

the Minister's determination that minimum water flows could be met by the release of 100 cubic feet per second into the Nechako River through a spillway to be dug at Skins Lake.

Work was completed in 1967. The essential feature of these primary facilities was a dam (the Kenney Dam) controlling the flow of the eastward running Nechako River which permitted the storage of a large quantity of water in a reservoir (the Nechako Reservoir) and the diversion of some of it westward to a powerhouse at Kemano whose function was to supply electricity to an aluminum smelter plant at Kitimat.

#### The Project of Expansion of the Facilities

During the 1970's, Alcan developed a plan for the second phase of its facility which called for the expansion of its capacity to store and divert water from both the Nechako and Nanika Rivers. The plan came to be known as the Kemano Completion Project or the KCP.

#### The Dispute with the Federal Authorities

In 1979, the federal Department of Fisheries and Oceans became concerned about the level of water released into the Nechako River from the existing facilities, particularly through the Skins Lake spillway. When Alcan disputed the validity of the Department's analysis, the Attorney General of Canada commenced an action in the Supreme Court of British Columbia and obtained a mandatory injunction forcing the company to meet certain water flows. Alcan opposed the action and filed a counterclaim. The Attorney General of British Columbia was then joined as a defendant. As time passed, Alcan, in 1983, determined to go ahead with the KCP in spite of the pending action, applied for an energy project certificate pursuant to the provincial *Utilities Commission Act*, S.B.C. 1980, c. 60. Alcan later postponed its application and, in an attempt to come to a full agreement with the federal authorities, submitted,

desquelles le ministre a conclu en 1952 que le débit minimal des eaux pouvait être maintenu par déversement de 100 pieds cubes par seconde dans la rivière Nechako par un déversoir à creuser au lac Skins.

<sup>a</sup>

Les travaux ont été terminés en 1967. Le principal élément de ces premières installations était un barrage (le barrage Kenney) qui contrôlait le débit de la rivière Nechako coulant vers l'est et permettait l'accumulation d'une grande quantité d'eau dans un réservoir (le réservoir Nechako) et le détournement d'une partie de cette eau vers l'ouest, vers une centrale installée à Kemano et alimentant une fonderie d'aluminium à Kitimat.

<sup>c</sup>

#### Le projet d'expansion des installations

<sup>d</sup>

Durant les années 1970, Alcan a mis au point un plan pour la seconde phase d'aménagement qui consistait à accroître sa capacité à retenir et à détourner l'eau des deux rivières Nechako et Nanika. Ce plan devait être connu par la suite sous le nom de travaux d'achèvement du projet Kemano ou travaux KCP [*Kemano Completion Project*].

<sup>f</sup>

#### Le différend avec les autorités fédérales

<sup>g</sup>

En 1979, le ministère fédéral des Pêches et des Océans a commencé à s'inquiéter au sujet du débit de l'eau déversée par les installations existantes dans la rivière Nechako, en particulier par le déversoir du lac Skins. Alcan ayant contesté la validité de l'analyse de ce ministère, le procureur général du Canada a intenté une action en Cour suprême de la Colombie-Britannique et obtenu une ordonnance mandatoire pour forcer la compagnie à assurer un certain débit. Alcan a produit une défense et intenté une demande reconventionnelle. Le procureur général de la Colombie-Britannique a été alors constitué codéfendeur. Après un certain temps, Alcan, en 1983, déterminée à poursuivre les travaux KCP malgré l'action en instance, a demandé la délivrance d'un certificat de projet de production d'énergie en application de la loi provinciale dite *Utilities Commission Act*, S.B.C. 1980, ch. 60. Elle a par la suite sursis à sa demande

<sup>j</sup>

for the Department's consideration, water flow studies it itself had conducted.

While the litigants were attempting to resolve their dispute, other parties indicated an interest in the matter. In 1984, the Tribal Council advised the Minister of Indian Affairs that the management of the Nechako River system would be a central issue in their forthcoming land claim negotiations. In June 1985, after Alcan filed a revised counterclaim, the Tribal Council even sought to be added as a party to the pending action but were eventually denied by the British Columbia Court of Appeal on the ground that the litigation dealt with a constitutional question, the resolution of which could not impair the legal position of the Indians.<sup>1</sup>

The action finally came to trial in August 1987. The main issue was the scope of the Minister of Fisheries and Oceans' power to control flows on the Nechako River under the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14; there were also some subsidiary issues, such as the quantity of water actually released and the level of flow required for the protection of the fish.

#### The Settlement of the Litigation

On September 14, 1987, at the beginning of the third week of the trial, the three parties to the action, the Queen in Right of Canada, the Queen in Right of British Columbia and Alcan, reached an agreement ("the Settlement Agreement") that effectively terminated the litigation. Alcan gave up the rights conferred on it in 1950 to dam and direct the flow into the Nanika River watershed as well as its rights to certain portions of the flow of the Nechako River; it also undertook to construct facilities that would enhance water quality in the river and promote the preservation of fish. In return, Alcan ensured the establishment of clear standards for the local fisheries

<sup>1</sup> *Attorney General of Canada et al. v. Aluminum Co. of Canada et al.*; *B.C. Wildlife Federation, Intervenor* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495 (B.C.C.A.); rev'g [1987] 1 C.N.L.R. 10 (B.C.S.C.).

et, pour parvenir à un plein accord avec les autorités fédérales, a soumis à l'examen du ministère des études de débit qu'elle avait effectuées elle-même.

<sup>a</sup> Pendant que les deux côtés essayaient de résoudre leur différend, d'autres parties ont manifesté leur intérêt dans l'affaire. En 1984, le Conseil tribal a informé le ministre des Affaires indiennes que la gestion du système de la rivière Nechako serait l'une des questions centrales dans les négociations à venir sur leurs revendications territoriales. En 1985, après que Alcan eut déposé sa demande reconventionnelle révisée, le Conseil tribal a même essayé de se constituer partie dans l'action pendante, mais la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté sa demande par ce motif que le litige portait sur une question constitutionnelle, dont la solution ne pouvait compromettre la position juridique des Indiens<sup>1</sup>.

<sup>d</sup> L'action vint à procès en août 1987. Le principal point litigieux portait sur l'étendue du pouvoir qu'avait le ministre des Pêches et des Océans de contrôler le débit de la rivière Nechako, dans le cadre de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14; il y avait aussi certaines questions subsidiaires, comme la quantité d'eau effectivement déversée et le débit nécessaire pour la protection des poissons.

#### Le règlement à l'amiable du litige

<sup>e</sup> Le 14 septembre 1987, à l'ouverture de la troisième semaine du procès, les trois parties en cause, la Reine du chef du Canada, la Reine du chef de la Colombie-Britannique et Alcan, ont conclu une entente («l'entente de règlement») qui mit effectivement fin au litige. Alcan renonça aux droits qu'elle s'était vu accorder en 1950 pour retenir l'eau par un barrage et la déverser dans le bassin hydraulique de la rivière Nanika, ainsi qu'à son droit d'accumuler une partie du débit de la rivière Nechako; elle s'engagea aussi à construire des installations qui amélioreraient la qualité de l'eau de la rivière et contribueraient à la préservation des poissons. En contre-partie, Alcan a

<sup>1</sup> *Attorney General of Canada et al. v. Aluminum Co. of Canada et al.*; *B.C. Wildlife Federation, Intervenor* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495 (C.A.C.-B.); infirmant [1987] 1 C.N.L.R. 10 (C.S.C.-B.).

resource, something it needed to complete its expansion; and, to that effect, an opinion was immediately issued by the Minister of Fisheries and Oceans, pursuant to subsection 20(10) of the *Fisheries Act* [R.S.C. 1970, c. F-14], stating that, provided certain remedial measures were taken, current water flows and the flows associated with KCP in the Nechako River would be sufficient for the safety and spawning of fish.<sup>2</sup> It was also agreed that a committee formed by representatives of each of the three parties would have the responsibility of supervising and managing water flows on the Nechako River.

On December 10, 1987, the Governor in Council issued orders in council P.C. 1987-2481 and 1987-2482 [*Kenney Dam and Skins Lake Spillway Orders Regulations*, SOR/87-723]. The first order, passed pursuant to section 6 of the *Government Organization Act*, 1979 [S.C. 1978-79, c. 13], approved the Settlement Agreement; the second order, passed pursuant to paragraph 33.1(3)(b) [as enacted by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 17, s. 3; S.C. 1976-77, c. 35, s. 8] (now paragraph 37(3)(b)) of the *Fisheries Act*, directed the Minister to exercise his powers under subsection 33.1(2) [as enacted *idem*] (now subsection 37(2)) of the Act in a manner consistent with the Settlement Agreement and the written opinion he had given under subsection 20(10) of the said Act.

#### The Aftermath of the Settlement Agreement

On April 14, 1988, an action was commenced in the Federal Court by the Save the Bulkley Society and other plaintiffs, directed against Her Majesty the Queen in Right of Canada, the Minister of Fisheries and Oceans and the Attorney General of Canada, challenging the validity of the Settlement Agreement. An amendment to the statement of claim filed on June 8, 1988 alleged that the Settlement Agreement was invalid on the grounds *inter alia* that it constituted an unlawful delegation and/or fettering of the Minister of Fisheries and Oceans' discretion under the *Fisheries Act*. Alcan obtained approval to be

<sup>2</sup> This is one of the Ministers' actions to be reviewed, so I will come back to it later.

obtenu que des normes précises fussent définies au sujet des ressources halieutiques locales, ce dont elle avait besoin pour pouvoir mener à bien son expansion; à cet effet, le ministre des Pêches et des Océans a immédiatement émis, en application du paragraphe 20(10) de la *Loi sur les pêcheries* [S.R.C. 1970, ch. F-14], l'opinion que, sous réserve de certaines mesures correctives, le débit actuel et le débit postérieur aux travaux KCP dans la rivière Nechako seraient suffisants pour assurer la sécurité et le frai des poissons<sup>2</sup>. Il était aussi entendu qu'un comité formé de représentants de chacune des trois parties serait chargé de contrôler et de gérer le débit de la rivière Nechako.

Le 10 décembre 1987, le gouverneur en conseil a pris les décrets C.P. 1987-2481 et 1987-2482 [*Règlement sur les ordonnances relatives au barrage Kenney et au déversoir du lac Skins*, DORS/87-723]. Le premier, pris en application de l'article 6 de la *Loi de 1979 sur l'organisation du gouvernement* [S.C. 1978-79, ch. 13], portait approbation de l'entente de règlement; le second, pris en application de l'alinéa 33.1(3)(b) [édicte par S.R.C. 1970 (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 17, art. 3; S.C. 1976-77, ch. 35, art. 8] de la *Loi sur les pêcheries* (alinéa 37(3)(b)) de l'actuelle *Loi sur les pêches*, portait obligation pour le ministre d'exercer les pouvoirs qu'il tenait du paragraphe 33.1(2) [édicte *idem*] (paragraphe 37(2) nouveau) de la *Loi* de manière conforme à l'entente de règlement et à l'opinion qu'il avait émise par écrit en application du paragraphe 20(10) de la même *Loi*.

#### Les suites de l'entente de règlement

Le 14 avril 1988, la Save the Bulkley Society et d'autres demandeurs ont intenté en Cour fédérale une action contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le ministre des Pêches et des Océans et le procureur général du Canada, pour contester la validité de l'entente de règlement. Selon une modification apportée à la déclaration et déposée le 8 juin 1988, l'entente de règlement était invalide par ce motif entre autres qu'elle constituait une délégation et/ou diminution illégale des pouvoirs discrétionnaires que le ministre des Pêches et des Océans tenait de la *Loi sur les pêches*. Alcan, ayant été constituée défenderesse, a

<sup>2</sup> Il s'agit là de l'une des actions du ministre que la Cour doit examiner; j'y reviendrai plus loin.

added as a defendant in the litigation and filed its statement of defence on May 5, 1989. Since then, the plaintiffs have taken no further steps in the action.

On August 10, 1988, Alcan, now in possession of the necessary provincial authorization, announced its intention to proceed with the expansion of its power generating facilities. In due course, construction of the KCP commenced in the fall of 1988.

Certain of the works associated with the KCP involved construction in or across navigable waters. With respect to those works, the Minister of Transport issued, during 1988 and 1989, a series of "exemption orders" pursuant to subsection 5(2) of the *Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22. One other work called for modifications to the existing spillway, and with respect to it the Minister of Transport also issued an "approval" under subsection 10(2) of the same Act.<sup>3</sup>

On October 12, 1990, the Governor in Council passed, as recommended by the Minister of the Environment on October 4, 1990, the *Kemano Completion Project Guidelines Order* ("SOR/90-729"). This order provided that the environmental regulations, enacted pursuant to section 6 of the *Department of the Environment Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 14; as am. by S.C. 1978-79, c. 13, s. 14; now R.S.C., 1985, c. E-10], by order in council SOR/84-467 and called the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (the "EARP Guidelines" or the "Guidelines Order") did not apply to the KCP. It is often referred to as the "Exemption Order".

Construction of the KCP proceeded as planned until June 1991 when, as a result of the decision rendered by the Motions Judge in the present proceedings, Alcan moved to suspend work until such time as the appeal litigation is finally settled. By then, a large part of the project had been completed.

#### Procedural Background

The proceedings now before the Court were commenced in October 1990. The Save the Bulkley Soci-

déposé sa défense le 5 mai 1989. Depuis, les demandeurs n'ont pris aucune autre mesure pour donner suite à leur action.

Le 10 août 1988, Alcan, munie de l'autorisation provinciale nécessaire, annonça son intention d'entreprendre l'expansion de ses installations de production d'électricité. Les travaux de construction KCP ont finalement commencé à l'automne 1988.

Certains travaux KCP consistaient en constructions dans le lit ou en travers d'eaux navigables. À l'égard de ces travaux, le ministre des Transports a pris, en 1988 et 1989, divers «arrêtés d'exemption» en application du paragraphe 5(2) de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22. D'autres travaux nécessitaient la modification du déversoir existant et, à cet égard, le ministre des Transports a aussi délivré une «approbation» en application du paragraphe 10(2) de la même Loi<sup>3</sup>.

Le 12 octobre 1990, le gouverneur en conseil, sur recommandation en date du 4 octobre 1990 du ministre de l'Environnement, a pris l'*Arrêté sur les lignes directrices visant les travaux d'achèvement du projet Kemano* («DORS/90-729»). Aux termes de cet arrêté, le règlement sur l'environnement, pris en application de l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 14; mod. par S.C. 1978-79, ch. 13, art 14; maintenant L.R.C. (1985), ch. E-10], c'est-à-dire le décret DORS/84-467 intitulé *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* («Décret sur les lignes directrices») ne s'appliquait pas aux travaux KCP. Cet arrêté est communément connu sous le nom d'«arrêté d'exemption».

Les travaux KCP se sont poursuivis comme prévu jusqu'en juin 1991, date à laquelle, par suite de la décision rendue par le juge des requêtes dans cette procédure, Alcan a suspendu les travaux jusqu'à ce que l'appel fût définitivement tranché. À ce moment-là, une grande partie du projet avait été terminé.

#### Historique de la procédure

L'instance dont la Cour est ici saisie fut intentée en octobre 1990. La Save the Bulkley Society a été la

<sup>3</sup> They too will be discussed later.

<sup>3</sup> Je reviendrai aussi sur ces mesures.

ety were the first to file their originating motion on October 5; the Tribal Council filed theirs on October 11. Both groups, dissatisfied with the response of the Ministers to their requests for a full environmental review of the KCP, were moving against the Ministers seeking orders quashing the Settlement Agreement and the aforementioned ministerial actions taken under the *Fisheries Act* and the *Navigable Waters Protection Act* and enjoining a full environmental review of the KCP, pursuant to the EARP Guidelines. On November 5, 1990, the parties consented to a hearing on February 26, 1991.

There was no reference to SOR/90-729, the Exemption Order, in the applications and Alcan was not a party to them. On January 17, 1991, both the Tribal Council and the Save the Bulkley Society (the respondents herein) amended their respective originating motions with a view to adding to the list of orders sought one quashing SOR/90-729. A few days later, Alcan made an application to be joined as a respondent, which was granted.

In answer to the originating motions, Alcan and the Ministers (the appellants herein) filed a number of preliminary motions contending that the applications should be struck or, at least, that the hearing be postponed. On February 18, 1991, the Motions Judge, before whom the matter came, determined that it was preferable to adjourn the hearing to a special session to be held on February 26, 1991, at the outset of which the preliminary objections would be dealt with.

Accordingly, on February 26, 1991, the Motions Judge had before him the two originating motions for prerogative relief made by the Save the Bulkley Society and the Tribal Council and the two preliminary motions to quash or postpone of the Ministers and Alcan.

première à présenter sa requête introductive d'instance le 5 octobre, suivie par le Conseil tribal qui a soumis la sienne le 11 octobre. Les uns et les autres, non satisfaits de la suite réservée par les ministres à leur demande d'un plein examen des répercussions environnementales des travaux KCP, réclamaient contre les ministres des ordonnances portant annulation de l'entente de règlement ainsi que des mesures ministérielles susmentionnées, prises en application de la *Loi sur les pêches* et de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, et ordonnant un examen en règle des répercussions environnementales des travaux KCP conformément au Décret sur les lignes directrices. Le 5 novembre 1990, les parties ont consenti à ce que l'affaire fût entendue le 26 février 1991.

Les demandes introduites ne faisaient nulle mention de l'arrêté d'exemption DORS/90-729, et ne citaient pas Alcan comme défenderesse. Le 17 janvier 1991, le Conseil tribal et la Save the Bulkley Society (les intimés en l'espèce) ont modifié leurs requêtes introductives d'instance respectives pour ajouter à la liste des ordonnances recherchées, une ordonnance portant annulation de l'arrêté DORS/90-729. Quelques jours après, Alcan a demandé à se constituer intimée, et sa demande a été accueillie.

Alcan et les ministres (les appelants en l'espèce) ont opposé aux requêtes introductives d'instance plusieurs exceptions faisant valoir qu'il y avait lieu de les radier ou, du moins, de surseoir à leur audition. Le 18 février 1991, le juge des requêtes saisi de l'affaire a décidé qu'il était préférable d'ajourner l'audition jusqu'à une séance spéciale à tenir le 26 février 1991, à l'ouverture de laquelle ces exceptions seraient examinées.

En conséquence, le 26 février 1991, le juge des requêtes avait devant lui les deux requêtes introductives d'instance, présentées par la Save the Bulkley Society et le Conseil tribal, qui concluaient aux mesures de redressement de prérogative, et les deux exceptions opposées par les ministres et Alcan, en vue de la radiation des demandes ou de l'ajournement de leur audition.

In the originating motions, the relief sought, in spite of some variations in the wording, was to the same effect:

- (a) An Order in the nature of *certiorari* quashing and setting aside the execution by the Minister of Fisheries and Oceans of the Settlement Agreement; a
- (b) An Order in the nature of *certiorari* quashing and setting aside the decision of the Minister of Fisheries and Oceans made pursuant to subsection 20(10) of the *Fisheries Act*;
- (c) An Order in the nature of *certiorari* quashing and setting aside the following Declarations of Exemption and an Approval issued by the Minister of Transport pursuant to the *Navigable Waters Protection Act*. b
  - (i) Declaration of Exemption dated June 22, 1989, File No. 8200-T-3489.1;
  - (ii) Declaration of Exemption dated July 24, 1989, File No. 8200-T-7558-1; c
  - (iii) Declaration of Exemption dated September 26, 1989, File No. 8200-T-7560-1;
  - (iv) Declaration of Exemption dated December 15, 1989, File No. 8200-T-2768.2; d
  - (v) Approval dated February 19, 1990, File No. 8200-4560.
- (d) An Order in the nature of *mandamus* requiring the respondent Ministers of Fisheries and Oceans, Transport, Indian Affairs and Northern Development, and Environment to comply with the EARP Guidelines and to subject the decisions noted in paragraphs (a) to (c) above to an environmental screening and assessment pursuant to section 10 of the EARP Guidelines. e
- (e) An Order in the nature of *certiorari* quashing and setting aside the Kemano Completion Project Guidelines Order SOR/90-729. f

In the preliminary motions, it was submitted principally that the relief sought by the Save the Bulkley Society and the Tribal Council was not available on the applications as they stood, the Ministers contending that none of the orders contemplated could be issued while Alcan only challenged one, namely that related to the quashing of order in council SOR/90-729. It was submitted, alternatively, that a trial on the issues should be heard, or at least an adjournment of this hearing granted, so as to permit Alcan and the Ministers to submit their own evidence addressing the allegations contained in the voluminous material filed in support of the originating motions. g

A transcript of the three-day hearing is on file. At its conclusion, judgment was reserved. j

Les requêtes introductives d'instance portaient les mêmes conclusions, à part quelques différences dans leur formulation:

- a) Ordonnance de *certiorari* invalidant la signature par le ministre des Pêches et Océans de l'entente de règlement;
- b) Ordonnance de *certiorari* portant annulation de la décision prise par le ministre des Pêches et Océans en application du paragraphe 20(10) de la *Loi sur les pêcheries*;
- c) Ordonnance de *certiorari* portant annulation des déclarations d'exemption et de l'approbation suivantes, faites par le ministre des Transports en application de la *Loi sur la protection des eaux navigables*: b
  - (i) Déclaration d'exemption en date du 22 juin 1989, numéro de dossier 8200-T-3489.1;
  - (ii) Déclaration d'exemption en date du 24 juillet 1989, numéro de dossier 8200-T-7558-1;
  - (iii) Déclaration d'exemption en date du 26 septembre 1989, numéro de dossier 8200-T-7560-1;
  - (iv) Déclaration d'exemption en date du 15 décembre 1989, numéro de dossier 8200-T-2768.2; c
  - (v) Approbation en date du 19 février 1990, numéro de dossier 8200-4560. d
- d) Ordonnance de *mandamus* portant obligation pour les ministres des Pêches et Océans, des Transports, des Affaires indiennes et du Nord canadien, et de l'Environnement, intimés, de se conformer au Décret sur les lignes directrices et de soumettre les décisions visées aux alinéas a) à c) ci-dessus à l'évaluation préalable et à l'évaluation initiale prévues à l'article 10 du Décret sur les lignes directrices. e
- e) Ordonnance de *certiorari* portant annulation de l'Arrêté sur les lignes directrices visant les travaux d'achèvement du projet Kemano, DORS/90-729. f

Les exceptions faisaient essentiellement valoir que la Save the Bulkley Society et le Conseil tribal ne pouvaient prétendre au redressement auquel elles concluaient dans leurs requêtes, les ministres soutenant qu'aucune des ordonnances recherchées ne pouvait être rendue alors que Alcan ne contestait qu'une seule conclusion, savoir celle qui visait à l'annulation de l'arrêté DORS/90-729. On soutenait aussi, à titre subsidiaire, qu'il devait y avoir un procès sur les points litigieux ou qu'à tout le moins, l'audition devait être ajournée, pour que Alcan et les ministres pussent rapporter les preuves en réponse aux allégations contenues dans la documentation volumineuse déposée à l'appui des requêtes introductives d'instance. g

On peut trouver dans le dossier la transcription de l'audition qui a duré trois jours et à l'issue de laquelle la décision a été remise à plus tard. j

On May 14, 1991, the learned Motions Judge handed down his decision: the preliminary motions to quash were denied and all the relief sought in the originating applications was granted. Appeals to this Court were immediately launched.

A cross-appeal, as I mentioned at the outset, was also filed with this Court. The Tribal Council regretted that the Motions Judge had not added to the grounds on which he had found the order in council SOR/90-729 to be *ultra vires* the additional alleged ground that it was inconsistent with some constitutionally protected rights of the native people pursuant to section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. It was extremely doubtful that such procedure was open to the cross-appellant as a cross-appeal must be directed at the decision itself, not the reasons therefor (see Rule 1203 of the Rules of the Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, as am. by SOR/79-57, s. 20]). Besides, in the appeals themselves, the validity of the judgment *a quo* would have to be confirmed with respect to all the grounds raised in the originating motions. In any event, the cross-appeal was never pursued independently of the appeals.

The appeal hearing lasted seven and a half days, five in December 1991 and two and a half in April 1992, during which every facet of all the legal problems arising were thoroughly addressed and discussed by a battery of first-class counsel. The written arguments covered hundreds of pages. Some of the discussion had to be reopened after the Supreme Court of Canada, on January 23, 1992, handed down its long awaited judgment in the case of *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)* [[1992] 1 S.C.R. 3] which was at the heart of all presentations and ought to be the primary governing authority for the disposition of the originating motions.

I see no reason, in these reasons for judgment, to review and discuss at length each and every submission made. After analysis and reflection, I have come to the view that—if I have grasped the facts properly and if my understanding of the legal principles

Le 14 mai 1991, le juge des requêtes a rendu sa décision: les exceptions furent rejetées et le redressement recherché dans les requêtes introductives d'instance accordé. La décision a été immédiatement portée en appel devant cette Cour.

Comme indiqué au début des présents motifs, il y a eu aussi appel incident par le Conseil tribal qui regrettait que le juge des requêtes n'eût pas ajouté aux motifs par lesquels il avait déclaré que l'arrêté DORS/90-729 constituait un excès de pouvoir, l'argument selon lequel ce texte était incompatible avec certains droits que garantit aux peuples autochtones l'article 35 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]]. Il est fort douteux que le contre-appelant puisse recourir à pareille procédure, attendu que le contre-appel doit porter sur la décision elle-même, non pas sur ses motifs (voir la Règle 1203 des Règles de la Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, mod. par DORS/79-57, art. 20]). En outre, il aurait fallu que dans le cadre des appels principaux, la validité du jugement attaqué fût confirmée au regard de tous les motifs invoqués dans les requêtes introductives d'instance. Quoi qu'il en soit, l'appel incident n'a été à aucun moment poursuivi indépendamment des appels principaux.

L'audition des appels a duré sept jours et demi, cinq jours en décembre 1991 et deux jours et demi en avril 1992, au cours desquels tous les points de droit qui se faisaient jour ont été analysés et débattus en détail par un groupe d'avocats de classe. L'argumentation écrite couvrait des centaines de pages. Certains de ces débats ont dû être repris après que la Cour suprême du Canada eut rendu le 23 janvier 1992 son arrêt, longtemps attendu, dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)* [[1992] 1 R.C.S. 3], arrêt qui se trouvait au cœur de tous les arguments et qui devait constituer l'autorité à suivre pour disposer des requêtes introductives d'instance.

Je ne vois aucune raison, dans les présents motifs de jugement, de reprendre et d'analyser en détail chacun des arguments présentés. Après analyse et réflexion, je suis parvenu à la conclusion—si j'ai bien saisi les faits et les principes juridiques en cause, en



involved, particularly the teachings of the Supreme Court in the *Oldman River* case, is correct—these appeals can be disposed of on the basis of arguments less complex and involved than the extended and knowledgeable presentation of counsel would make one believe. I intend to carefully limit myself to stating my conclusions and explaining clearly, but as briefly as possible, the approach and legal reasoning that support them.

The appellants place their several grounds of attack against the Motions Judge's decision under three general allegations. First, they say that the Motions Judge erred in refusing to strike out paragraph 5 of the originating motions. Second, they contend that, in deciding to immediately consider the originating motions, the Motions Judge denied them a full and fair hearing. Third, they submit that, in any event, the relief sought in the originating motions could not be granted. While each allegation may lead to the granting of the appeal, obviously each of them do not have the same scope and, thus, cannot lead to the same final disposition. Each must be analysed separately but, in view of my conclusion on the third one, I will deal with the first two quickly.

## I

Paragraph 5 of each of the originating motions sought an order quashing SOR/90-729. In the application of the Tribal Council, it reads as follows:

(5) To the extent necessary, an order in the nature of certiorari quashing and setting aside the Kemano Completion Project Guidelines Order, S.O.R./90-729, on the grounds that it is ultra vires Section 6 of the Department of the Environment Act; or it was made in bad faith because it breached fiduciary duties the Respondents owed to the Applicants, to comply with S.O.R./84-467 before taking decisions or actions which might adversely affect Applicants' rights or interests; or it is inconsistent with the recognition and affirmation of the Applicants' existing aboriginal rights in Section 35 of the Constitution Act, 1982.

particulier les conclusions de la Cour suprême dans *Oldman River*—que ces appels peuvent être tranchés à la lumière d'arguments moins complexes et moins élaborés que ne le ferait croire l'argumentation extensive et compétente des avocats en présence. Je me limiterai strictement à donner mes conclusions et à expliquer clairement, mais aussi brièvement que possible, la méthodologie et le raisonnement juridique que j'ai suivis pour y parvenir.

Les nombreux motifs invoqués par les appelants contre la décision du juge des requêtes se regroupent sous trois principales allégations. En premier lieu, les appelants soutiennent que le juge des requêtes a commis une erreur en refusant de radier le paragraphe 5 des requêtes introductives d'instance. En deuxième lieu, qu'en décidant d'instruire immédiatement ces requêtes, il les a privés d'une audition pleine et équitable. En troisième lieu, qu'en tout cas le redressement recherché dans les requêtes introductives d'instance ne pouvait être accordé. Bien que chacune de ces allégations puisse aboutir à l'accueil de l'appel, il est manifeste qu'elles n'ont pas la même portée et, par conséquent, ne peuvent aboutir au même jugement. Chaque allégation doit être examinée séparément et, étant donné la conclusion que je tire au sujet de la troisième allégation, je vais passer brièvement en revue les deux premières.

## I

Le paragraphe 5 de chacune des requêtes introductives d'instance conclut à ordonnance portant annulation de l'arrêté DORS/90-729. Voici ce qu'il porte dans la requête du Conseil tribal:

[TRADUCTION] (5) Dans la mesure où elle est nécessaire, ordonnance de certiorari portant annulation de l'Arrêté sur les lignes directrices visant les travaux d'achèvement du projet Kemano, DORS/90-729, par ce motif qu'il excède la compétence prévue à l'article 6 de la Loi sur le ministère de l'Environnement; ou qu'il a été pris de mauvaise foi en ce qu'il portait atteinte aux obligations fiduciaires que les intimés devaient aux requérants, savoir le devoir de se conformer au décret DORS/84-467 avant de prendre des décisions ou des mesures qui pourraient porter atteinte aux droits ou intérêts des requérants; ou qu'il va à l'encontre de la reconnaissance et de l'affirmation des droits autochtones existants des requérants, que garantit l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

In the application of the Save the Bulkley Society, the same relief was sought but set out differently:

(5) An order in the nature of *certiorari* quashing and setting aside the Kemano Completion Project Guidelines Order, SOR/90-729 for breach of the duty of fairness. <sup>a</sup>

The appellants contend that an order of the Governor in Council could be the subject of a judicial attack only in a proceeding directed against the Attorney General; that such an order passed in the exercise of a legislative function is not reviewable by *certiorari*; and that, in any event, the relief sought, which is really a declaration, is only available in proceedings commenced by way of action. <sup>b</sup>

I think that each of these three procedural objections has validity. There is no doubt that the Ministers against whom the proceedings are directed do not and cannot act as the legal representatives of the Governor in Council. The Deputy Attorney General appeared and acted for the respondent Ministers, as it was his legal responsibility to do, but he was not there on behalf of the Attorney General of Canada and even less so on behalf of the Cabinet and the Governor in Council. It is clear to me also that, however broad its scope may have become, *certiorari* is a common law remedy which was developed and still exists to review administrative determinations or decisions, not legislative prescriptions. And above all, it is well established that the summary procedure of originating motion can only be used to seek a prerogative writ, not a declaratory remedy. <sup>c</sup>

The respondents' reply that what is really challenged is the recommendation of the Minister of the Environment which resulted in the adoption of the order in council rather than the Order itself is, in my view, of no avail. The recommendation of the Minister has no force of law in itself and cannot be isolated and challenged independently of the order in council which is the only legal instrument to which effect can be given. Likewise, it is no answer to say that the objections are not substantive, as if we were dealing <sup>d</sup>

La requête de la Save the Bulkley Society conclut au même redressement, mais sous une formulation différente:

[TRADUCTION] (5) Ordonnance de *certiorari* portant annulation de l'Arrêté sur les lignes directrices visant les travaux d'achèvement du projet Kemano, DORS/90-729, pour violation de l'obligation d'équité.

Les appelants soutiennent qu'un arrêté du gouverneur en conseil ne pourrait être attaqué en justice que par procédure engagée contre le procureur général; qu'un arrêté de cet ordre, pris dans l'exercice d'une fonction législative, ne peut faire l'objet d'un recours en *certiorari*; et qu'en tout cas, le redressement recherché, qui est en fait un jugement déclaratoire, n'est possible qu'en cas d'instance engagée par voie d'action. <sup>e</sup>

Je pense que ces trois objections d'ordre procédural sont toutes fondées. Il est hors de doute que les ministres en cause n'agissent pas et ne peuvent pas agir en qualité de représentants en justice du gouverneur en conseil. Le sous-procureur général a comparu au nom des ministres intimés, conformément à ses responsabilités légales en la matière, mais non pas en qualité de représentant du procureur général du Canada et encore moins du Cabinet ou du gouverneur en conseil. Il est aussi hors de doute que, aussi étendu qu'il ait pu devenir, le bref de *certiorari* est un recours de common law qui a été conçu et qui existe toujours pour le contrôle des conclusions ou décisions administratives, non pas des prescriptions législatives. Et surtout, selon la règle établie de longue date, la procédure sommaire de la requête introductive d'instance ne peut servir qu'en vue d'un bref de prérogative, et non pas d'un redressement par voie de jugement déclaratoire. <sup>f</sup>

La réponse des intimés selon laquelle ce qu'ils contestent en fait, c'est la recommandation du ministre de l'Environnement qui a abouti à l'adoption de l'arrêté, et non pas cet arrêté lui-même, ne leur est, à mon avis, d'aucun secours. La recommandation du ministre n'a pas en soi force de loi et ne saurait être isolée et contestée indépendamment de l'arrêté, qui est le seul instrument légal auquel on puisse donner effet. De même, il ne servirait à rien de répliquer que les objections ne portent pas sur le fond, comme s'il <sup>g</sup>

with a usual motion to quash directed against a statement of claim and based on the contention that the allegations made reveal no reasonable cause of action. The objections are indeed of a procedural nature, but it would be a mistake to look at them as being merely technical as some basic requirements of the proper administration of justice are directly involved. The importance and possible consequences of a challenge to the validity of an order in council are too great to permit it to be done via a short-circuited route and without all the normal procedural safeguards. And finally, it is specious to argue that no formal declaration was sought or made. The order in council was being challenged on the basis that it was *ultra vires*, enacted in bad faith and contrary to section 35 of the Constitution; a court order giving effect to any such challenge is certainly declaratory in nature.

In my judgment, therefore, the objections raised by the appellants as to the availability of the relief sought in paragraph 5 of the amended originating motions are all valid. Does it follow that the Motions Judge had no choice but to strike out in both applications the impugned paragraph? I do not think so. The usual motion to strike made pursuant to Rule 419 of the Rules of the Court and directed against an action will normally lead to the dismissal of the proceeding. But, as pointed out before, the preliminary motions here were only analogous to Rule 419 motions; they were not based on the proposition that the respondents herein had obviously no right to obtain the relief they were seeking, but merely that they had resorted to an inappropriate procedure. If it was possible to correct the situation by ordering that certain measures be taken, and no doubt that was the case, the striking out of the impugned paragraph would not only be unnecessary but could amount to a wrong remedy. What remains undeniable, however, is that the appellants are entitled to say that the Motions Judge could not, on the sole basis of the procedure before him, grant, as he did, the relief sought in paragraph 5 of the two originating motions.

s'agissait en l'espèce d'une requête ordinaire en radiation d'une déclaration par ce motif que les allégations y contenues ne révèlent aucune cause raisonnable d'action. Les objections soulevées en l'espèce sont en effet d'ordre procédural, mais ce serait une erreur que de n'y voir qu'un simple argument de procédure, puisque certains impératifs de l'administration de la justice sont directement en jeu. L'importance et les conséquences possibles de la contestation de la validité d'un arrêté sont trop grandes pour que la Cour puisse l'entendre par procédure sommaire, sans les protections procédurales normales. Enfin, il est spécieux de soutenir qu'aucun jugement déclaratoire formel n'a été recherché ni rendu. L'arrêté était contesté par ce motif qu'il constituait un excès de pouvoir, qu'il a été pris de mauvaise foi et en violation de l'article 35 de la Constitution; une ordonnance judiciaire faisant droit à pareille attaque est certainement déclaratoire de par sa nature.

À mon avis donc, les objections soulevées par les appelants quant à l'admissibilité au redressement recherché au paragraphe 5 des requêtes introductives d'instance sont toutes fondées. S'ensuit-il que le juge des requêtes n'avait d'autre choix que de radier le paragraphe attaqué des deux requêtes? Je ne le pense pas. La requête en radiation habituelle, introduite sous le régime de la Règle 419 des Règles de la Cour et qui porte sur une action, aboutira normalement au rejet de cette action. Mais, comme indiqué plus haut, les exceptions formées en l'espèce ne ressemblaient qu'en apparence aux requêtes fondées sur la Règle 419; elles ne faisaient pas valoir que les intimés n'avaient manifestement pas droit au redressement qu'ils recherchaient, mais seulement qu'ils ont engagé la mauvaise procédure. S'il était possible de rectifier la situation en ordonnant que certaines mesures soient prises—et nul doute que c'était le cas en l'espèce—la radiation du paragraphe attaqué non seulement serait inutile, mais pourrait constituer une mauvaise mesure de réparation. Ce qui demeure cependant indéniable, c'est que les appelants sont fondés à faire valoir que le juge des requêtes ne pouvait pas, dans le cadre de la procédure dont il était saisi, accorder, comme il l'a fait, le redressement recherché au paragraphe 5 des deux requêtes introductives d'instance.

## II

The appellants, as I said, do not leave it at that. They submit that the Motions Judge could not grant, as he did, any of the relief sought in the originating motions without breaching the most basic principle of natural justice. They refer to the transcript of the proceedings to show that the hearing was devoted exclusively to the preliminary motions to strike, following a determination that the originating motions themselves would be referred to the Associate Chief Justice for scheduling, a referral which would have allowed them to file material and to cross-examine on the affidavits relied on by the respondents herein. They did not address the issues raised by the originating motions, they say, and they were given no opportunity to do so. What apparently happened is that, following the completion of the hearing and during the course of his deliberations, the learned Motions Judge came to the conclusion that he could deal with the substantive issues, despite not having heard from counsel in respect thereto, since all the material necessary to establish the factual background supporting the originating motions was already on file and to do so immediately would preclude further expensive and lengthy proceedings.

Counsel for the respondents do not deny that the issues raised by the originating motions were not squarely addressed at the oral hearing. They contend, however: first, that Alcan had dealt with these issues in their written submission filed prior to the hearing and that the federal Ministers had only themselves to blame if they had failed to do so contrary to the requirements of Rule 321.1 [as enacted by SOR/88-221, s. 7; SOR/90-846, s. 8; SOR/92-43, s. 4]; second, that the issues were almost entirely ones of law requiring little reference to factual material; and third, that the Motions Judge had the jurisdiction and the discretion to make immediate decisions and, in the context of the case as a whole, he had valid grounds to so exercise his discretion.

## II

Comme noté plus haut, les appelants ne s'en sont pas tenus là. Ils soutiennent que le juge des requêtes ne pouvait accorder, comme il l'a fait, le redressement recherché dans les requêtes introductives d'instance, sans violer le principe le plus fondamental de justice naturelle. Ils citent la transcription des débats pour montrer que l'audition était exclusivement consacrée à l'instruction des exceptions, à la suite de la décision que les requêtes introductives d'instance seraient soumises au juge en chef adjoint pour fixation de la date d'audition, alors que ce renvoi aurait dû leur permettre de déposer des documents et de procéder aux contre-interrogatoires au sujet des affidavits sur lesquels s'appuyaient les intimés en l'espèce. Ils n'ont pas répondu aux points soulevés dans les requêtes introductives d'instance, disent-ils, et n'ont pas pu le faire. Ce qui s'est manifestement produit, c'est qu'à l'issue de l'audition et durant la mise en délibéré, le juge des requêtes est parvenu à la conclusion qu'il pouvait examiner les questions de fond bien que n'ayant pas entendu l'argumentation des avocats en la matière, puisque tous les documents nécessaires pour établir les faits invoqués à l'appui de ces requêtes se trouvaient déjà dans le dossier, et que ce jugement immédiat permettrait d'éviter une longue procédure coûteuse.

Les avocats des intimés ne nient pas que les points soulevés dans les requêtes introductives d'instance n'étaient pas directement débattus lors de l'audition orale. Ils répliquent cependant: en premier lieu, que Alcan avait présenté ses conclusions en la matière dans son mémoire déposé avant l'audition et que les ministres fédéraux ne pouvaient s'en prendre qu'à eux-mêmes s'ils ne l'avaient pas fait, au mépris de la Règle 321.1 [éditée par DORS/88-221, art. 7; DORS/90-846, art. 8; DORS/92-43, art. 4]; en deuxième lieu, qu'il s'agissait presque entièrement de points de droit qui ne nécessitaient guère la référence aux faits matériels; et en troisième lieu, que le juge des requêtes avait la compétence et les pouvoirs discrétionnaires pour rendre des décisions sur-le-champ et, vu les faits de la cause pris dans leur ensemble, il avait des motifs valides pour exercer ses pouvoirs discrétionnaires de cette façon.

With respect, I disagree with counsel for the respondents. It seems clear to me, in reviewing the transcript, that the procedures adopted below may have had the effect of depriving the appellants of a complete and fair hearing. The *audi alteram partem* rule is, of course, too fundamental to be tampered with for the sake of saving time and money. The appellants are right when they say that the Motions Judge was not entitled to grant the orders sought in the originating motions before they had been afforded a full opportunity to present their case.

This natural justice argument acquired even further substance in the course of the appeal hearing. In their amended notices of motion, the respondents had listed among the several ministerial decisions for which they were seeking *certiorari* a certain Approval dated February 19, 1990 granted to Alcan pursuant to the *Navigable Waters Protection Act*. During the hearing in the court below, counsel for the respondents had agreed to delete that Approval from the list; they had been led to believe that the document was not relevant to the KCP by statements contained in an affidavit filed by Alcan. The formal Trial Division decision still refers to this particular Approval (probably because the written motions had not been formally amended), but it was common ground that the issue was not before the Motions Judge who, in fact, does not refer to it anywhere in his reasons. In the course of the appeal hearing, however, it was realized that there had been some misunderstanding by all concerned since, in fact, the particular Approval was actually linked to the KCP and counsel for the respondents asked the Court for leave to withdraw their agreement not to attack it so as to revive the issue. Counsel for Alcan were prepared not to oppose the withdrawal, but they advised that they intended to adduce evidence to show the circumstances in which the Approval was issued with a view to arguing alternatively, if necessary, that its issuance was borne of an abundance of caution; it was not necessary for the completion of the project.

Sauf le respect que je leur dois, je ne saurais partager l'avis des avocats des intimés. Il ressort de la transcription des débats que la procédure adoptée en première instance a pu avoir pour effet de priver les appelants d'une audition pleine et équitable. La règle «*audi alteram partem*» est certainement trop fondamentale pour qu'on puisse y déroger afin de gagner du temps et d'économiser de l'argent. Les appelants ont eu raison de soutenir que le juge des requêtes n'était pas en droit de rendre les ordonnances auxquelles concluaient les requêtes introductives d'instance avant qu'ils pussent faire pleinement valoir leurs arguments.

L'argument de justice naturelle est apparu encore plus concluant au fil de l'audition de l'appel. Dans leurs avis de requête modifiés, les intimés avaient inclus dans les différentes décisions ministérielles contre lesquelles ils concluaient à ordonnance de *certiorari*, une approbation donnée le 19 février 1990 à Alcan sous le régime de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Au cours de l'audition en première instance, les avocats des intimés avaient accepté de rayer cette approbation de la liste; les assertions contenues dans un affidavit déposé par Alcan les avaient portés à conclure que ce document n'avait aucun rapport avec les travaux KCP. Le dispositif de la décision de la Section de première instance fait toujours mention de cette approbation (probablement parce que les requêtes écrites n'avaient pas été officiellement modifiées), mais il était entendu que la question n'était pas soumise au juge des requêtes qui, en fait, n'en parle pas du tout dans ses motifs de décision. Au cours de l'audition d'appel cependant, il est apparu qu'il y avait eu un certain malentendu de la part de tous les intéressés puisque, en fait, cette approbation avait réellement un rapport avec les travaux KCP; les avocats des intimés ont demandé à la Cour la permission de retirer l'acceptation qu'ils avaient donnée de ne pas attaquer ce document et ce, afin d'en faire de nouveau un motif de contestation. Les avocats d'Alcan étaient disposés à ne pas s'opposer au retrait, mais faisaient savoir qu'ils se proposaient d'administrer des preuves établissant les circonstances dans lesquelles cette approbation a été accordée, afin de soutenir à titre subsidiaire, au besoin, que cette mesure avait été prise à titre de surcroît de précaution et qu'elle n'était pas nécessaire à l'achèvement du projet.

In light of these flaws, there is no doubt in my mind that this Court could not uphold the conclusions of the learned Motions Judge without depriving the appellants of their right to place before the Court all their means of defence.

### III

The appellants go even further. They submit that, in any event, on the face of the record as it stands, however unsatisfactory and incomplete it is, even adding the issue with respect to the February 19, 1990 Approval, the only conclusion the Motions Judge could reach was that the EARP Guidelines did not apply to any of the impugned ministerial actions identified in the applications as having been made in relation to the Kemano Completion Project, so that the remedies sought in the originating motions could not be granted. In my judgment, this final and decisive submission is also correct.

Indeed, as I see it: (a) none of the impugned ministerial actions which are said to have triggered the application of the EARP Guidelines to the KCP constituted decisions capable of bringing the KCP within the purview of the Guidelines; and (b) if there was any doubt to that effect, order in council SOR/90-729 would have definitely settled the matter.

(a) The actions were not decisions within the meaning of the Guidelines.

Section 6 of the EARP Guidelines provides that the requirements set out therein apply only to "proposals", a term which, pursuant to section 2, means "any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision-making responsibility". The Supreme Court of Canada, in its recent judgment in the *Oldman River* case, was called upon to determine, for the first time, the scope of application of the Guidelines by commenting on that definition of the term "proposal" given by section 2. In writing the reasons for a unanimous Court (Mr. Justice Stevenson dissented on other issues), Mr. Justice La Forest, after having rejected a suggestion that

Vu ces vices, il est hors de doute que la Cour ne saurait confirmer les conclusions du juge des requêtes, sans priver les appelants de leur droit de soumettre à la Cour tous leurs moyens de défense.

### III

Les appelants poussent encore plus loin leur argumentation. Ils soutiennent que de toute façon, à la lumière du dossier tel qu'il est en cet état de la cause, aussi incomplet et peu satisfaisant qu'il soit, et même s'il s'y ajoute la question de l'approbation du 19 février 1990, la seule conclusion que le juge des requêtes eût pu tirer était que le Décret sur les lignes directrices ne s'appliquait à aucune des décisions ministérielles relevées par les requêtes comme ayant été prises à l'égard des travaux d'achèvement du projet Kemano, et que par conséquent, il n'aurait pu accorder les redressements auxquels concluaient les requêtes introductives d'instance. Je conclus que cet argument final et décisif est aussi fondé.

En effet, je conclus: a) qu'aucune des mesures ministérielles attaquées comme ayant déclenché l'application du Décret sur les lignes directrices aux travaux KCP n'était une décision de nature à faire tomber ces derniers dans le champ d'application du Décret; et b) que s'il y avait un doute quelconque à ce sujet, l'arrêté DORS/90-729 aurait réglé la question une fois pour toutes.

a) Les mesures ministérielles en cause n'étaient pas des décisions au sens du Décret sur les lignes directrices.

L'article 6 du Décret sur les lignes directrices prévoit que celles-ci ne s'appliquent qu'aux «propositions», lesquelles, aux termes de l'article 2, s'entendent de «toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions». Dans son récent arrêt *Oldman River*, la Cour suprême du Canada a été appelée à délimiter, pour la première fois, le champ d'application du Décret sur les lignes directrices en interprétant la définition que donne l'article 2 du terme «proposition». Prononçant les motifs de la décision unanime de la Cour (sauf avis dissident du juge Stevenson sur d'autres questions), le juge La Forest,

the Guidelines could be applicable only to projects where the federal government would be the prominent or sole decision-making authority, wrote as follows, at pages 47-50:

That is not to say that the *Guidelines Order* is engaged every time a project may have an environmental effect on an area of federal jurisdiction. There must first be a "proposal" which requires an "initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility". (Emphasis added.) In my view the proper construction to be placed on the term "responsibility" is that the federal government, having entered the field in a subject matter assigned to it under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, must have an affirmative regulatory duty pursuant to an Act of Parliament which relates to the proposed initiative, undertaking or activity. It cannot have been intended that the *Guidelines Order* would be invoked every time there is some potential environmental effect on a matter of federal jurisdiction. Therefore, "responsibility" within the definition of "proposal" should not be read as connoting matters falling generally within federal jurisdiction. Rather, it is meant to signify a legal duty or obligation. Once such duty exists, it is a matter of identifying the "initiating department" assigned responsibility for its performance, for it then becomes the decision-making authority for the proposal and thus responsible for initiating the process under the *Guidelines Order*.

That there must be an affirmative regulatory duty for a "decision making responsibility" to exist is evident from other provisions found in the *Guidelines Order* which suggest that the initiating department must have some degree of regulatory power over the project. For example s. 12 provides:

12. Every initiating department shall screen or assess each proposal for which it is the decision making authority to determine if

(f) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unacceptable, in which case the proposal shall either be modified and subsequently rescreened or reassessed or be abandoned.

Again, s. 14 reads:

14. Where, in any case, the initiating department determines that mitigation or compensation measures could prevent any of the potentially adverse environmental effects of a proposal from becoming significant, the initiating department shall ensure that such measures are implemented.

Those provisions amplify the regulatory authority with which the Government of Canada must have clothed itself under an Act of Parliament before it will have the requisite decision-making responsibility.

après avoir rejeté l'argument que le Décret sur les lignes directrices ne pouvait s'appliquer qu'aux projets à l'égard desquels le gouvernement fédéral était la principale ou l'unique autorité décisionnelle, s'est prononcé en ces termes, aux pages 47 à 50:

Je ne veux pas dire pour autant que le *Décret sur les lignes directrices* reçoit application chaque fois qu'un projet peut comporter des répercussions environnementales sur un domaine de compétence fédérale. Il doit tout d'abord s'agir d'une «proposition» qui vise une «entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions». (Je souligne.) À mon avis, l'interprétation qu'il faut donner à l'expression «participe à la prise de décisions» est que le gouvernement fédéral, se trouvant dans un domaine relevant de sa compétence en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, doit avoir une obligation positive de réglementation en vertu d'une loi fédérale relativement à l'entreprise ou l'activité proposée. On n'a pas pu vouloir que le *Décret sur les lignes directrices* soit invoqué chaque fois qu'il existe certaines possibilités de répercussions environnementales sur un domaine de compétence fédérale. En conséquence, l'expression «participe à la prise de décisions» dans la définition du terme «proposition» ne devrait pas être interprétée comme ayant trait à des questions relevant généralement de la compétence fédérale. Cette expression signifie plutôt une obligation légale. Si cette obligation existe, il s'agit alors de déterminer qui est le «ministère responsable» en la matière, puisque c'est ce ministère qui exerce le pouvoir de décision à l'égard de la proposition et qui doit donc entamer le processus d'évaluation visé par le *Décret sur les lignes directrices*.

La nécessité d'une obligation positive de réglementation pour que le gouvernement du Canada «participe à la prise de décisions» ressort d'autres dispositions du *Décret sur les lignes directrices*, qui laissent entendre que le ministère responsable doit détenir un certain pouvoir de réglementation sur le projet. Par exemple, l'art. 12 dispose que:

12. Le ministère responsable examine ou évalue chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision, afin de déterminer:

f) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inacceptables, auquel cas la proposition est soit annulée, soit modifiée et soumise à un nouvel examen ou évaluation initiale.

L'article 14:

14. Le ministère responsable voit à la mise en application de mesures d'atténuation et d'indemnisation, s'il est d'avis que celles-ci peuvent empêcher que les effets néfastes d'une proposition sur l'environnement prennent de l'ampleur.

Ces dispositions amplifient le pouvoir de réglementation que doit avoir le gouvernement du Canada en vertu d'une loi fédérale avant de pouvoir participer à la prise de décisions.

Applying that interpretation to the present case, it will be seen that the Oldman River Dam project qualifies as a proposal for which the Minister of Transport alone is the initiating department. In my view the *Navigable Waters Protection Act* does place an affirmative regulatory duty on the Minister of Transport. Under that Act there is a legislatively entrenched regulatory scheme in place in which the approval of the Minister is required before any work that substantially interferes with navigation may be placed in, upon, over or under, through or across any navigable water. Section 5 gives the Minister the power to impose such terms and conditions as he deems fit on any approval granted, and if those terms are not complied with the Minister may order the owner to remove or alter the work. For these reasons I would hold that this is a "proposal" for which the Minister of Transport is an "initiating department".

There is, however, no equivalent regulatory scheme under the *Fisheries Act* which is applicable to this project. Section 35 prohibits the carrying on of any work or undertaking that results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat, and s. 40 lends its weight to that prohibition by penal sanction. The Minister of Fisheries and Oceans is given a discretion under s. 37(1) to request information from any person who carries on or proposes to carry on any work or undertaking that will or may result in the alteration, disruption or destruction of fish habitat. However, the purpose of making such a request is not to further a regulatory procedure, but is merely to assist the Minister in exercising an *ad hoc* delegated legislative power granted under s. 37(2) to allow an exemption from the general prohibition. That provision reads:

37. . . .

(2) If, after reviewing any material or information provided under subsection (1) and affording the persons who provided it a reasonable opportunity to make representations, the Minister or a person designated by the Minister is of the opinion that an offence under subsection 40(1) or (2) is being or is likely to be committed, the Minister or a person designated by the Minister may, by order, subject to regulations made pursuant to paragraph (3)(b), or, if there are no such regulations in force, with the approval of the Governor in Council,

(a) require such modifications or additions to the work or undertaking or such modifications to any plans, specifications, procedures or schedules relating thereto as the Minister or a person designated by the Minister considers necessary in the circumstances, or

(b) restrict the operation of the work or undertaking,

and, with the approval of the Governor in Council in any case, direct the closing of the work or undertaking for such period as the Minister or a person designated by the Minister considers necessary in the circumstances. [Emphasis added.]

In my view a discretionary power to request or not to request information to assist a Minister in the exercise of a leg-

Si on applique cette interprétation à l'espèce, on se rendra compte que le projet de barrage sur la rivière Oldman peut être qualifié de proposition dont le ministre des Transports seul est le ministère responsable. À mon avis, la *Loi sur la protection des eaux navigables* impose une obligation positive de réglementation au ministre des Transports. Cette loi a mis en place un mécanisme de réglementation qui prévoit qu'il est nécessaire d'obtenir l'approbation du ministre avant qu'un ouvrage qui gêne sérieusement la navigation puisse être placé dans des eaux navigables ou sur, sous, au-dessus ou à travers de telles eaux. L'article 5 accorde au ministre le pouvoir de fixer les modalités qu'il juge à propos lorsqu'il approuve un ouvrage; si le propriétaire ne se conforme pas aux modalités, le ministre peut lui ordonner d'enlever l'ouvrage ou de le modifier. Pour ces motifs, je conclurais qu'il s'agit ici d'une «proposition» dont le ministre des Transports est un «ministère responsable».

La *Loi sur les pêches* ne renferme cependant pas de disposition de réglementation équivalente qui serait applicable au projet. L'article 35 interdit d'exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson, et l'art. 40 assortit cette interdiction d'une sanction pénale. En vertu du par. 37(1), le ministre des Pêches et des Océans peut demander des renseignements à quiconque exploite ou se propose d'exploiter des ouvrages ou entreprises de nature à entraîner la détérioration, la perturbation ou la destruction de l'habitat du poisson. Toutefois, cette demande n'a pas pour objet la mise en œuvre d'une procédure de réglementation; elle aide simplement le ministre à exercer le pouvoir législatif spécial, qui lui a été délégué en vertu du par. 37(2), d'autoriser une exception à l'interdiction générale. En voici le libellé:

37. . . .

(2) Si, après examen des documents et des renseignements reçus et après avoir accordé aux personnes qui les lui ont fournis la possibilité de lui présenter leurs observations, il est d'avis qu'il y a infraction ou risque d'infraction au paragraphe 35(1) ou à l'article 36, le ministre ou son délégué peut, par arrêté et sous réserve des règlements d'application de l'alinéa (3)b) ou, à défaut, avec l'approbation du gouverneur en conseil:

a) soit exiger que soient apportées les modifications et adjonctions aux ouvrages ou entreprises, ou aux documents s'y rapportant, qu'il estime nécessaires dans les circonstances;

b) soit restreindre l'exploitation de l'ouvrage ou de l'entreprise.

Il peut en outre [*sic*], avec l'approbation du gouverneur en conseil dans tous les cas, ordonner la fermeture de l'ouvrage ou de l'entreprise pour la période qu'il juge nécessaire en l'occurrence. [Je souligne.]

À mon avis, le fait que le ministre possède le pouvoir discrétionnaire de demander des renseignements visant à l'aider dans



islative function does not constitute a decision-making responsibility within the meaning of the *Guidelines Order*. Whereas the Minister of Transport is responsible under the terms of the *Navigable Waters Protection Act* in his capacity as regulator, the Minister of Fisheries and Oceans under s. 37 of the *Fisheries Act* has been given a limited *ad hoc* legislative power which does not constitute an affirmative regulatory duty. For that reason, I do not think the application for mandamus to compel the Minister to act is well founded.

The key words in these passages are “affirmative regulatory duty” which appears to be used in contrast to the expression “*ad hoc* delegated legislative power”. Their exact meaning in the context in which they are used is not perfectly clear and counsel obviously were in complete disagreement as to their scope and content when came the time to apply them to the facts and legislation of the present case. Counsel for the appellants would have assigned to them quite a limited reach, arguing, for instance, that in the case of an “*ad hoc* delegated legislative power”, such as the one conferred on the Minister of Fisheries and Oceans by subsection 37(2) of the *Fisheries Act*, the EARP Guidelines would never be triggered. Counsel for the respondents, on the contrary, favoured an extended interpretation, seeking support in the strong words used by La Forest J. at the outset of his reasons in stressing the importance that the protection of the environment had acquired in today’s society.

My understanding of the judgment differs somewhat from that of counsel. I do not think that La Forest J. ever had in mind, in discussing the discretion of the Minister of Fisheries and Oceans to request information under section 37, the actual exercise of the powers he has under subsection 37(2) to impose modifications, additions or restrictions to a proposed work or undertaking. Nor do I think that the importance assigned today to the protection of the environment could have any bearing on whether an EARP review is triggered or not. The protection of the environment, in our country, is the responsibility of all levels of government, and the challenge it has become, to use the words of La Forest J., must be presumed to have been assumed by all levels of government with regard to their respective legislative authority; so it is not, in itself, the issue here. The significance of environmental protection cannot help

l’exercice d’une fonction législative ne signifie pas qu’il participe à la prise de décisions au sens du *Décret sur les lignes directrices*. Alors que le ministre des Transports a une responsabilité en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables* à titre d’autorité réglementante, le ministre des Pêches et des Océans a, en vertu de l’art. 37 de la *Loi sur les pêches*, un pouvoir législatif spécial limité qui ne constitue pas une obligation positive de réglementation. Pour ce motif, je ne crois pas que la demande de bref de *mandamus* visant à forcer le ministre à agir soit bien fondée.

Les mots clés dans les passages cités ci-dessus sont «obligation positive de réglementation», lesquels sont manifestement employés par opposition à «pouvoir législatif spécial». Leur signification exacte dans le contexte dans lequel ils sont employés n’est pas parfaitement claire et les avocats en présence étaient en désaccord total quant à leur portée et à leur contenu lorsqu’il s’agissait de les appliquer aux faits et aux dispositions législatives en cause. Les avocats des appelants n’y voient qu’une portée très limitée, faisant valoir par exemple qu’en cas de «pouvoir législatif spécial», tel celui que le ministre des Pêches et des Océans tient du paragraphe 37(2) de la *Loi sur les pêches*, le *Décret sur les lignes directrices* n’entrerait jamais en jeu. De leur côté, les avocats des intimés préconisent une large interprétation, en s’appuyant sur les propos catégoriques tenus par le juge La Forest à l’ouverture de ses motifs de jugement pour souligner l’importance qu’a prise la protection de l’environnement dans la société contemporaine.

Je n’interprète pas ce jugement tout à fait de la même façon que les avocats. Je ne pense pas que le juge La Forest ait jamais vu dans le pouvoir discrétionnaire du ministre des Pêches et des Océans de demander des renseignements conformément à l’article 37, l’exercice effectif des pouvoirs qu’il tient du paragraphe 37(2) pour imposer des modifications, adjonctions ou restrictions à l’ouvrage ou à l’entreprise. Je ne pense pas non plus que l’importance attachée de nos jours à la protection de l’environnement ait quelque effet que ce soit sur la question de savoir s’il y a déclenchement ou non de l’examen prévu au *Décret sur les lignes directrices*. Dans notre pays, la protection de l’environnement incombe à tous les ordres de gouvernement, et il faut présumer que le défi qu’elle est devenue, pour reprendre les termes employés par le juge La Forest, est relevé par tous les ordres de gouvernement dans le cadre de leur pouvoir

us determine which government is entitled to, and has the duty to, assume responsibility.

The propositions for which the judgment stands, as I read it, are the following. The EARP Guidelines must be given full application in all cases where Parliament has conferred on a federal minister the power and duty to give or refuse permission to carry on a work or to impose terms and conditions under which the work could be carried on, the promoter being precluded from acting without prior ministerial consent. The Guidelines have no application, however, when a minister, who has been conferred the power and duty to intervene in certain conditions, is still in the stage of supervising, controlling and verifying whether those conditions requiring his intervention actually exist. The environmental impact assessment mandated by the Guidelines Order is not meant to satisfy mere academic curiosity but to help a minister in the exercise of a duty to intervene and act positively with respect to the execution or completion of a project.

It is on the basis of these propositions that I have concluded that none of the impugned actions of the Ministers namely: i) the execution of the Settlement Agreement; ii) the decision pursuant to subsection 20(10) of the *Fisheries Act*; iii) the several declarations of exemption pursuant to subsection 5(2) of the *Navigable Waters Protection Act*; and finally iv) the Approval pursuant to subsection 10(2) of the *Navigable Waters Protection Act*, required the previous application of the Guidelines to the Project, because none was the result of a decision made in the exercise of a federal Minister's decision-making responsibility.

(i) The execution of the Settlement Agreement by the Minister of Fisheries and Oceans was not such an action. First, as we have seen, this was an agreement between Alcan, Her Majesty the Queen in right of Canada and Her Majesty the Queen in right of the

législatif respectif; elle n'est donc pas en soi le point litigieux en l'espèce. L'importance de la protection de l'environnement ne saurait nous aider à décider à quel gouvernement appartient et incombe la responsabilité en la matière.

Les principes sur lesquels se fonde le jugement cité ci-dessus sont, à mon avis, les suivants. Le Décret sur les lignes directrices doit s'appliquer sans réserve dans tous les cas où la loi prévoit pour un ministre fédéral le pouvoir et l'obligation de donner ou de refuser la permission de construire un ouvrage, ou d'imposer des conditions sous lesquelles cet ouvrage pourrait être construit, le promoteur n'ayant pas le droit de commencer sans l'autorisation ministérielle préalable. Le Décret sur les lignes directrices ne s'applique cependant pas dans le cas où le ministre, qui a le pouvoir et l'obligation d'intervenir sous certaines conditions, en est encore à surveiller, à contrôler et à vérifier s'il existe vraiment des conditions telles que son intervention est nécessaire. L'évaluation des répercussions sur l'environnement, dont le Décret sur les lignes directrices prévoit l'obligation, ne vise pas à satisfaire une simple curiosité intellectuelle, mais à aider un ministre dans l'exercice d'une attribution, qui consiste à intervenir et à prendre des mesures concrètes à l'égard de la mise en chantier ou de l'achèvement d'un projet.

C'est conformément à ces principes que j'ai conclu qu'aucune des actions attaquées des ministres, savoir: i) la signature de l'entente de règlement; ii) la décision prise en application du paragraphe 20(10) de la *Loi sur les pêcheries*; iii) les différentes déclarations d'exemption faites sous le régime du paragraphe 5(2) de la *Loi sur la protection des eaux navigables*; et enfin iv) l'approbation donnée en application du paragraphe 10(2) de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, ne nécessitait l'application préalable du Décret sur les lignes directrices au projet, car aucune de ces mesures n'était le résultat d'une décision prise dans l'exercice de la responsabilité décisionnelle d'un ministre fédéral.

(i) La signature de l'entente de règlement par le ministre des Pêches et des Océans n'était pas une décision de cette catégorie. Il s'agissait en premier lieu, comme noté plus haut, d'un accord entre Alcan, Sa Majesté la Reine du chef du Canada et Sa Majesté

Province of British Columbia which was aimed at, *inter alia*, settling litigation between Alcan and the federal Crown. The decision to settle was an executive decision taken by the Government of Canada. The Minister of Fisheries and Oceans simply signed the Agreement on behalf of the Crown. He prepared the decision, of course, and his influence in Cabinet would surely be an important factor given his potential future responsibility, but he did not exercise any independent decision-making authority with respect to it; an order in council, P.C. 1987-2481, approving the Settlement Agreement had to be passed.

Besides, the lawsuit which was being settled by the Agreement had been initiated, as indicated above, as a result of concerns raised by the federal fisheries officials about the level of water released into the Nechako River from the existing facilities and the main issue was the scope of the Minister's statutory and constitutional power to control flows on the Nechako River under the *Fisheries Act*. It was of course inevitable that, in determining the conditions of the settlement, not only the existing facilities but also their projected extension would be taken into account. But, that did not make the decision to enter into the Agreement one taken pursuant to any affirmative regulatory duty established under an Act of Parliament.

It is argued that, by virtue of the provisions of the Settlement Agreement, the Minister of Fisheries and Oceans has assumed some type of regulatory duty in relation to the KCP. That may be the case, but the duty would be new and assumed; it would not be a duty conferred under a federal statute, and the Agreement was obviously not entered into pursuant to any such duty. On the other hand, if the creation of a mechanism for the cooperative management of the fish and water resources of the Nechako River is, no doubt, one of the main aspects of the Agreement, such a mechanism simply provides a means of assisting the Minister in carrying out his general responsibilities in relation to fish. The mechanism does not by itself create an affirmative regulatory duty in the Minister. On the contrary, it is meant to render unnecessary the exercise of his power to intervene

la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et qui avait pour objet, entre autres, de régler à l'amiable le litige entre Alcan et la Couronne fédérale. La décision de règlement relevait du pouvoir exécutif du gouvernement du Canada. Le ministre des Pêches et des Océans n'a fait que signer l'entente au nom de la Couronne. Il a certes préparé la décision et son influence au sein du Cabinet a dû être un facteur important vu ses responsabilités éventuelles en la matière, mais il n'a exercé à cet égard aucun pouvoir décisionnel indépendant; il a fallu prendre un décret, C.P. 1987-2481, pour approuver l'entente de règlement.

Qui plus est, l'action en justice réglée par l'entente avait été intentée, comme indiqué plus haut, par suite des préoccupations des autorités fédérales des pêches au sujet de la quantité d'eau déversée par les installations existantes dans la rivière Nechako, et le principal point litigieux était la portée du pouvoir légal et constitutionnel du ministre de contrôler le débit de la rivière Nechako sous le régime de la *Loi sur les pêches*. Il était donc inévitable que pour se prononcer sur les conditions du règlement, il fallait tenir compte non seulement des installations existantes, mais aussi de l'expansion envisagée. La décision de conclure l'entente n'en devenait pas pour autant une décision prise dans l'exercice d'une obligation positive de réglementation prévue par une loi fédérale.

Les intimés font valoir qu'en vertu des dispositions de l'entente de règlement, le ministre des Pêches et des Océans a assumé une certaine obligation de réglementation à l'égard des travaux KCP. Il se peut qu'il en soit ainsi, mais cette obligation serait nouvelle et assumée; elle ne serait pas une obligation prévue par une loi fédérale, et l'entente n'a manifestement pas été conclue en exécution de pareille obligation. Par ailleurs, si la création d'un mécanisme de gestion coopérative des ressources halieutiques et hydrauliques de la rivière Nechako est indubitablement l'un des principaux éléments de l'entente, ce mécanisme ne représente qu'un moyen d'aider le ministre à remplir ses responsabilités générales en matière de pêcheries. Ce mécanisme ne crée pas en soi une obligation positive de réglementation chez le ministre. Au contraire, il vise à permettre d'éviter

and enforce special terms and conditions that may become warranted.

(ii) Similarly, the signing by the same Minister of Fisheries and Oceans of an opinion-letter pursuant to subsection 20(10) (now subsection 22(3)) of the *Fisheries Act*, was not a decision which could trigger the application of the Guidelines.

Subsection 22(3) provides as follows:

22. . . .

(3) The owner or occupier of any obstruction shall permit the escape into the river-bed below the obstruction of such quantity of water, at all times, as will, in the opinion of the Minister, be sufficient for the safety of fish and for the flooding of the spawning grounds to such depth as will, in the opinion of the Minister, be necessary for the safety of the ova deposited thereon.

This provision does not concern the approval or rejection of a proposal or project. Rather, it contemplates an obstruction already in place. Besides, in expressing his view as to the flows required to provide sufficient water for the safety of fish and the flooding of the spawning grounds, the Minister was not exercising an affirmative regulatory duty, but rather, stating the conditions under which he would not consider it to be his duty to intervene. In other words, the opinion-letter was not an approval but merely a direction as to how the project should proceed to satisfy the obligations imposed on the owner or occupier by the law.

(iii) It is also clear to me that the declarations of exemption issued by the Minister of Transport for certain elements of the KCP that required construction in, or across, navigable waters could not trigger the application of the Guidelines.

The section of the *Navigable Waters Protection Act* which was applicable is the following:

5. (1) No work shall be built or placed in, on, over, under, through or across any navigable water unless

(a) the work and the site and plans thereof have been approved by the Minister, on such terms and conditions as the Minister deems fit, prior to commencement of construction;

l'exercice de son pouvoir d'intervenir et d'imposer les modalités et conditions spéciales que les circonstances pourraient requérir.

(ii) De même, la signature par le même ministre des Pêches et des Océans d'une opinion en application du paragraphe 20(10) de la *Loi sur les pêcheries* (devenu le paragraphe 22(3) de la *Loi sur les pêches*) ne constituait pas une décision qui pourrait déclencher l'application du Décret sur les lignes directrices.

Voici ce que prévoit ce paragraphe 22(3):

22. . . .

(3) Le propriétaire ou l'occupant d'un obstacle veille à l'écoulement, dans le lit de la rivière en aval de l'obstacle, de la quantité d'eau qui, de l'avis du ministre, suffit à la sécurité du poisson et à la submersion des frayères à la profondeur nécessaire, selon le ministre, pour assurer la sécurité des oeufs qui y sont déposés.

Cette disposition ne concerne pas l'approbation ou le rejet d'une proposition ou d'un projet. Elle vise au contraire l'obstacle qui est déjà en place. D'ailleurs, en exprimant son avis sur la quantité d'eau nécessaire pour la sécurité du poisson et la submersion des frayères, le ministre ne s'acquittait pas d'une obligation positive de réglementation, mais ne faisait que définir les conditions dans lesquelles il ne se verrait pas dans l'obligation d'intervenir. Autrement dit, l'opinion émise n'était pas une approbation, mais juste une instruction sur la manière dont le projet devait être mis à exécution pour satisfaire aux obligations que la loi imposait au propriétaire ou à l'occupant.

(iii) Il est également clair à mes yeux que les déclarations d'exemption faites par le ministre des Transports à l'égard de certains éléments des travaux KCP qui devaient être construits dans le lit ou en travers d'eaux navigables ne pouvaient déclencher l'application du Décret sur les lignes directrices.

L'article applicable de la *Loi sur la protection des eaux navigables* est le suivant:

5. (1) Il est interdit de construire ou de placer un ouvrage dans des eaux navigables ou sur, sous, au-dessus ou à travers de telles eaux à moins que:

a) préalablement au début des travaux, l'ouvrage, ainsi que son emplacement et ses plans, n'aient été approuvés par le ministre selon les modalités qu'il juge à propos;

(b) the construction of the work is commenced within six months and completed within three years after the approval referred to in paragraph (a) or within such further period as the Minister may fix; and

(c) the work is built, placed and maintained in accordance with the plans, the regulations and the terms and conditions set out in the approval referred to in paragraph (a).

(2) Except in the case of a bridge, boom, dam or causeway, this section does not apply to any work that, in the opinion of the Minister, does not interfere substantially with navigation.

In providing in subsection 5(2) that, where a project does not interfere substantially with navigation, subsection 5(1) does not apply, Parliament has clearly indicated that the Minister has no regulatory duty or power in relation to works which do not interfere with navigation. This limitation is wholly in keeping with the federal jurisdiction under the Constitution, which only arises when there is an actual or eventual impact on navigation.

The declarations of exemption in question here were all strictly based on an acknowledgement that the works described would not interfere substantially with navigation. As a result, the approval provisions of subsection 5(1) were not applicable. We are strictly concerned here with a finding of fact. The word exemption may be misleading, although there is, in a sense, an exemption from the necessity of approval. In reality, a subsection 5(2) "exemption" is an acknowledgement based on a finding of fact. It may be that the finding of fact behind the acknowledgement was not accurate and could somehow be disputed. But obviously, the mere making of a finding of fact cannot be treated, in this context or in any other, as an exercise of regulatory power.

(iv) The same reasoning applies, it seems to me, to the Approval, dated February 19, 1990, granted by the Minister of Transport pursuant again to the *Navigable Waters Protection Act*, more precisely its subsection 10(2).

Section 10 of the *Navigable Waters Protection Act* reads thus:

b) la construction de l'ouvrage ne soit commencée dans les six mois et terminée dans les trois ans qui suivent l'approbation visée à l'alinéa a) ou dans le délai supplémentaire que peut fixer le ministre;

c) la construction, l'emplacement ou l'entretien de l'ouvrage ne soit conforme aux plans, aux règlements et aux modalités que renferme l'approbation visée à l'alinéa a).

(2) Sauf dans le cas d'un pont, d'une estacade, d'un barrage ou d'une chaussée, le présent article ne s'applique pas à un ouvrage qui, de l'avis du ministre, ne gêne pas sérieusement la navigation.

En prévoyant au paragraphe 5(2) que le paragraphe 5(1) ne s'applique pas aux ouvrages qui ne gênent pas sérieusement la navigation, le législateur a clairement indiqué que le ministre n'a ni obligation ni pouvoir de réglementation à l'égard des ouvrages de cette catégorie. Cette limitation est parfaitement conforme à la compétence réservée par la Constitution à l'autorité fédérale, laquelle compétence ne se fait jour qu'en cas d'obstacle réel ou éventuel à la navigation.

Les déclarations d'exemption en cause étaient toutes strictement fondées sur la constatation que les ouvrages visés ne gênaient pas sérieusement la navigation. Par suite, les dispositions du paragraphe 5(1) en matière d'approbation n'étaient pas applicables. Il s'agit strictement en l'espèce d'une conclusion sur les faits. Le mot exemption peut induire en erreur, bien qu'il y ait dans un certain sens exemption de la nécessité de l'approbation. En réalité, l'«exemption» en vertu du paragraphe 5(2) est une constatation fondée sur une conclusion sur les faits. Il se peut que la conclusion sur les faits servant de fondement à la constatation soit erronée et susceptible d'être contestée d'une façon ou d'une autre. Il est cependant hors de doute qu'une conclusion sur les faits, dans ce contexte ou dans tout autre contexte, ne saurait être considérée comme une décision rendue dans l'exercice du pouvoir réglementaire.

(iv) Le même raisonnement s'applique, à mon avis, à l'approbation donnée le 19 février 1990 par le ministre des Transports toujours en application de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, plus précisément de son paragraphe 10(2).

L'article 10 de la *Loi sur la protection des eaux navigables* porte ce qui suit:

10. (1) Any lawful work may be rebuilt or repaired if, in the opinion of the Minister, interference with navigation is not increased by the rebuilding or repairing.

(2) Any lawful work may be altered if

(a) plans of the proposed alteration are deposited with and approved by the Minister; and

(b) in the opinion of the Minister, interference with navigation is not increased by the alteration.

(3) For the purposes of sections 5, 6 and 12, a reference to the plans of a work shall be construed as including the plans of the alteration thereof referred to in subsection (2).

(4) Where, in the opinion of the Minister, an existing lawful work has become a danger to or an interference with navigation by reason of the passage of time and changing conditions in navigation of the navigable waters concerned, any rebuilding, repair or alteration of the work shall be treated in the same manner as a new work.

In my view, an approval under subsection (2) is of the same type as a subsection 5(2) exemption. It is true that, on the face of the enactment, the Minister has to make a decision of approval; but one should not be misled by the legislative technique. The decision under subsection 10(2) amounts to an acknowledgement that the alteration will not, as a fact, interfere substantially with navigation, with the result that the Minister will not have to exercise his power to intervene.

Thus, in my judgment, none of the impugned actions of the Minister could have drawn the application of the Guidelines to the Project.

#### (b) SOR/90-729: The Exemption Order

In any event, even if my analysis above is faulty, the "Exemption Order" would have settled the matter. SOR/90-729 expressly provides that the EARP Guidelines do not apply to the Kemano Project. It reads as follows:

P.C. 1990-2252 12 October, 1990

His Excellency the Governor in Council, on the recommendation of the Minister of the Environment, pursuant to section 6 of the Department of the Environment Act, is pleased hereby to approve the annexed Order establishing the Kemano Completion Project Guidelines, made by the Minister of the Environment on October 4, 1990.

10. (1) Un ouvrage légalement construit peut être reconstruit ou réparé si, de l'avis du ministre, la reconstruction ou réparation ne gêne pas la navigation davantage.

(2) Un ouvrage légalement construit peut être modifié si les conditions suivantes sont respectées:

a) les plans de la modification projetée sont déposés au bureau du ministre et approuvés par ce dernier;

b) de l'avis du ministre, la modification ne gêne pas la navigation davantage.

(3) Pour l'application des articles 5, 6 et 12, les plans de l'ouvrage s'entendent également des plans de la modification.

(4) La reconstruction, réparation ou modification d'un ouvrage existant et légalement construit qui, de l'avis du ministre, est devenu un danger ou un obstacle pour la navigation en raison du temps écoulé et de l'évolution des conditions de la navigation dans les eaux navigables en cause est considérée comme un nouvel ouvrage.

À mon avis, l'approbation donnée en application du paragraphe (2) ci-dessus est du même type que l'exemption prévue au paragraphe 5(2). Il est vrai que si l'on s'en tient à la lettre du texte, le ministre doit décider l'approbation, mais il ne faut pas se laisser obnubiler par la technique législative. La décision prévue au paragraphe 10(2) revient à constater le fait que la modification ne gênera pas sérieusement la navigation, en conséquence de quoi le ministre n'aura pas à exercer son pouvoir pour intervenir.

Ainsi donc, je conclus qu'aucun des actes attaqués des ministres n'aurait pu déclencher l'application du Décret sur les lignes directrices à l'égard du projet.

#### b) L'arrêté d'exemption DORS/90-729

À supposer même que mon analyse ci-dessus laisse à désirer, l'«arrêté d'exemption» aurait réglé la question de toute façon. L'arrêté DORS/90-729 prévoit expressément que le Décret sur les lignes directrices ne s'applique pas au projet Kemano. En voici le texte:

C.P. 1990-2252 12 octobre 1990

Sur avis conforme du ministre de l'Environnement et en vertu de l'article 6 de la Loi sur le ministère de l'Environnement, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil d'approuver l'Arrêté établissant les lignes directrices visant les travaux d'achèvement du projet Kemano, ci-après, pris par le ministre de l'Environnement, le 4 octobre 1990.

ORDER ESTABLISHING THE KEMANO  
COMPLETION PROJECT GUIDELINES

*Short Title*

1. This Order may be cited as the *Kemano Completion Project Guidelines Order*.

2. The *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* does not apply to the project known as the Kemano Completion Project and, in particular, to any decisions made as a result of the Settlement Agreement entered into by Her Majesty in right of Canada, Her Majesty in right of the Province of British Columbia and Alcan Aluminum Limited on September 14, 1987 and approved by the Governor in Council by Order in Council P.C. 1987-2481 of December 10, 1987.

This order in council was, on its face, an obvious bar to the relief sought by the respondents in their originating motions and the Motions Judge saw immediately that, in spite of his reservations about whether it was open to him to do so, he had to quash it, if his conclusions that the Guidelines were applicable were to be given effect. He said as follows (at page 300):

Paragraph 5 presents a more difficult problem in view of the Order in Council SOR/90-729, since there is considerable doubt by virtue of the jurisprudence whether it can be quashed in the present proceedings, if at all. The applicants insist that it is the recommendation of the Minister leading to the adoption of the Order in Council which they seek to quash, and, if it is quashed, then the Order in Council itself will be without effect. While I am prepared to quash the Minister's decision, it would appear that if nothing is said with respect to the Order in Council, it may well be subsequently relied on by respondents in order to defeat the order to be made herein to hold an environmental assessment review under the *EARP* process. This would result in subsequent time-consuming proceedings. In practice, therefore, in order to avoid this, it may be necessary not only to quash the Minister's recommendation that no review be made, but also the resulting Order in Council adopting this recommendation, so I will also grant *certiorari* with respect to para. 5 of the motions.

The learned Judge does not indicate the legal basis on which he relies to set the order in council aside. Elsewhere in his reasons, he vaguely addresses criticism with respect to its adoption and notes, with some irritation, that it was passed the day following

ARRÊTÉ ÉTABLISSANT LES LIGNES  
DIRECTRICES VISANT LES TRAVAUX  
D'ACHÈVEMENT DU PROJET KEMANO

*Titre abrégé*

1. Arrêté sur les lignes directrices visant les travaux d'achèvement du projet Kemano.

*Lignes directrices*

2. Le Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement ne s'applique pas au projet connu sous le nom des travaux d'achèvement du projet Kemano et notamment aux décisions prises conformément à l'Entente de règlement conclue par Sa Majesté du chef du Canada, Sa Majesté du chef de la province de la Colombie-Britannique et Alcan Aluminium Limitée le 14 septembre 1987 et approuvée par le gouverneur en conseil par le décret C.P. 1987-2481 du 10 décembre 1987.

Cet arrêté fait, par son libellé même, obstacle au redressement recherché par les intimés dans leurs requêtes introductives d'instance, et le juge des requêtes s'est immédiatement aperçu que, malgré ses réserves pour ce qui était de savoir s'il était en droit de le faire, il lui fallait invalider ce texte pour donner effet à sa conclusion que le Décret sur les lignes directrices était applicable en l'espèce. Voici la conclusion qu'il a tirée à ce sujet (à la page 300):

Le paragraphe 5 présente un problème plus difficile en ce qui concerne le décret DORS/90-729, car nous sommes dans une grande incertitude, vu la jurisprudence, au sujet de la possibilité de l'annuler dans les présentes procédures, si tant est que l'on puisse l'annuler. Les requérants maintiennent que c'est la recommandation du ministre qui a amené la prise du décret qu'ils veulent faire annuler et que si elle est annulée, le décret lui-même sera inopérant. Certes, je suis disposé à annuler la décision du ministre, mais il me semble que si je ne dis rien au sujet du décret, les intimés pourront sans aucun doute l'invoquer ultérieurement pour contrecarrer l'ordonnance rendue en l'espèce exigeant que soit mené un examen des évaluations environnementales en conformité avec le PÉEE. Ce qui entraînerait d'autres procédures qui prendraient du temps. Par conséquent, pour éviter ce résultat en pratique, il est peut-être nécessaire non seulement d'annuler la recommandation du ministre selon laquelle aucun examen ne devait être fait, mais encore d'annuler le décret en découlant, par lequel a été approuvée cette recommandation; j'accorderai donc aussi le *certiorari* relatif au paragraphe 5 des requêtes.

Le juge des requêtes ne dit pas sur quelle règle de droit il s'est fondé pour invalider l'arrêté. Autre part il en critique vaguement l'adoption et note, avec une certaine irritation, que l'arrêté fut pris le lendemain du dépôt des requêtes introductives d'instance. Mais

the filing of the originating motions. But in this central passage just quoted, while he gives an explanation as to why he feels it necessary to quash the order, he does not say on what ground he was doing so. The respondents, in defending the Judge's conclusion, reiterated what they had alleged in the proceedings, namely: that the order was *ultra vires* the powers conferred by the Act; that it was enacted in bad faith and contrary to section 35 of the Constitution; and finally that it was passed in disregard of the legitimate expectations of the respondents. Could any of these grounds be sustained? I think not.

Whether the order in council is characterized as an amendment to the EARP Guidelines enacted for the purpose of specifically exempting the Project from their application, or as a mere confirmation that the scope of the Guidelines did not extend to it, made with a view to clarifying the situation, it seems to me that, passed, as it was, pursuant to section 6 of the *Department of the Environment Act*, it was clearly authorized by Parliament. The power to adopt regulations or other legislative enactments necessarily includes the power to clarify, amend or vary those regulations or enactments subsequently, provided, of course, that the power is not exercised in a manner which would contravene the intentions of the legislature. But, I simply do not see how it could be said that the order in council is not in conformity with the duties and functions of the Minister of the Environment defined in section 4 of the *Department of the Environment Act* or was enacted without due regard to the prescriptions set out in section 5 of the said Act.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> I reproduce here ss. 4, 5 and 6 of the *Department of the Environment Act*:

4. (1) The powers, duties and functions of the Minister extend to and include all matters over which Parliament has jurisdiction, not by law assigned to any other department, board or agency of the Government of Canada, relating to

(a) the preservation and enhancement of the quality of the natural environment, including water, air and soil quality;

(b) renewable resources, including migratory birds and other non-domestic flora and fauna;

(c) water;

(d) meteorology;

(Continued on next page)

si, dans le passage crucial cité ci-dessus, il explique pourquoi il juge nécessaire d'annuler l'arrêté, il n'indique pas le fondement juridique de sa décision. En défendant la conclusion du juge des requêtes, les intimés réitérèrent ce qu'ils avaient allégué dans l'instance, savoir que l'arrêté excédait les pouvoirs prévus par la Loi; qu'il a été pris de mauvaise foi et en violation de l'article 35 de la Constitution; et enfin qu'il a été pris au mépris de l'attente légitime des intimés. L'un quelconque de ces motifs peut-il être accueilli? Je ne le pense pas.

Qu'on voie dans cet arrêté une modification apportée au Décret sur les lignes directrices pour en exempter expressément le projet, ou la simple confirmation que celui-ci ne tombe pas dans son champ d'application, c'est-à-dire un simple éclaircissement, il me semble que du fait qu'il a été pris en application de l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, il était clairement autorisé par la loi. Le pouvoir d'adopter des règlements et autres textes s'entend forcément aussi du pouvoir de les clarifier ou modifier, à condition bien entendu que ce pouvoir ne soit pas exercé de façon qui irait à l'encontre de la volonté du législateur. Cependant, il m'est impossible de voir comment on pourrait dire que l'arrêté en question va à l'encontre des fonctions du ministre, telles qu'elles sont définies à l'article 4 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, ou qu'il a été pris sans égard aux prescriptions de l'article 5 de la même Loi<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Voici les art. 4, 5 et 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*:

4. (1) Les pouvoirs et fonctions du ministre s'étendent d'une façon générale à tous les domaines de compétence du Parlement non attribués de droit à d'autres ministères ou organismes fédéraux et liés:

a) à la conservation et l'amélioration de la qualité de l'environnement naturel, notamment celle de l'eau, de l'air et du sol;

b) aux ressources naturelles renouvelables, notamment les oiseaux migrateurs et la flore et la faune sauvages en général;

c) aux eaux;

d) à la météorologie;

(Suite à la page suivante)



It was argued that there is a fundamental constitutional principle to the effect that a delegated legislative authority cannot dispense with the law unless power to do so has been formally conferred on it. A passage of Professor Hogg's treatise on the *Constitutional Law of Canada* (2nd ed., 1985), at page 631, was relied upon with the cases referred to therein. The passage is the following:

*(Continued from previous page)*

- (e) notwithstanding paragraph 4(2)(f) of the *Department of National Health and Welfare Act*, the enforcement of any rules or regulations made by the International Joint Commission, promulgated pursuant to the treaty between the United States of America and His Majesty, King Edward VII, relating to boundary waters and questions arising between the United States and Canada, in so far as they relate to the preservation and enhancement of the quality of the natural environment;
- (f) the coordination of the policies and programs of the Government of Canada respecting the preservation and enhancement of the quality of the natural environment;
- (g) national parks; and
- (h) national battlefields, historic sites and monuments.

(2) The powers, duties and functions of the Minister also extend to and include such other matters, relating to the environment and over which Parliament has jurisdiction, as are by law assigned to the Minister.

5. The Minister, in exercising his powers and carrying out his duties and functions under section 4, shall

- (a) initiate, recommend and undertake programs, and coordinate programs of the Government of Canada that are designed
  - (i) to promote the establishment or adoption of objectives or standards relating to environmental quality, or to control pollution,
  - (ii) to ensure that new federal projects, programs and activities are assessed early in the planning process for potential adverse effects on the quality of the natural environment and that a further review is carried out of those projects, programs and activities that are found to have probable significant adverse effects, and the results thereof taken into account, and
  - (iii) to provide to Canadians environmental information in the public interest;
- (b) promote and encourage the institution of practices and conduct leading to the better preservation and enhancement of environmental quality, and cooperate with provincial governments or agencies thereof, or any bodies, organizations or persons, in any programs having similar objects; and

*(Continued on next page)*

Les intimés soutiennent que, selon un principe fondamental de droit constitutionnel, une autorité investie du pouvoir réglementaire ne saurait déroger à la loi à moins qu'elle n'y soit formellement habilitée. Ils citent à l'appui un passage du traité de droit constitutionnel du professeur Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2<sup>e</sup> éd., 1985), à la page 631, ainsi que la jurisprudence qui y est invoquée. Voici ce passage:

*(Suite de la page précédente)*

- e) malgré l'alinéa 4(2)f) de la *Loi sur le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social*, à l'application, dans la mesure où ils touchent la conservation et l'amélioration de la qualité de l'environnement naturel, des règles ou règlements pris par la Commission mixte internationale et promulgués aux termes du traité signé entre les États-Unis d'Amérique et Sa Majesté le roi Édouard VII au sujet des eaux limitrophes et des questions d'intérêt commun pour les deux pays;
- f) à la coordination des plans et programmes du gouvernement fédéral en matière de conservation et d'amélioration de la qualité de l'environnement naturel;
- g) aux parcs nationaux;
- h) aux champs de bataille, lieux et monuments historiques nationaux.

(2) Les pouvoirs et fonctions du ministre s'étendent en outre aux autres domaines de compétence du Parlement liés à l'environnement et qui lui sont attribués de droit.

5. Dans le cadre des pouvoirs et fonctions que lui confère l'article 4, le ministre:

- a) lance, recommande ou entreprend à son initiative et coordonne à l'échelle fédérale des programmes visant à:
  - (i) favoriser la fixation ou l'adoption d'objectifs ou de normes relatifs à la qualité de l'environnement ou à la lutte contre la pollution;
  - (ii) faire en sorte que les nouveaux projets, programmes et activités fédéraux soient, dès les premières étapes de planification, évalués en fonction de leurs risques pour la qualité de l'environnement naturel, et que ceux d'entre eux dont on aura estimé qu'ils présentent probablement des risques graves fassent l'objet d'un réexamen dont les résultats devront être pris en considération;
  - (iii) fournir, dans l'intérêt public, de l'information sur l'environnement à la population;
- b) favorise et encourage des comportements tendant à protéger et à améliorer la qualité de l'environnement, et coopère avec les gouvernements provinciaux ou leurs organismes, ou avec tous autres organismes, groupes ou particuliers, à des programmes dont les objets sont analogues;

*(Suite à la page suivante)*

A corollary of cases such as *Entick v. Carrington* and *Roncarelli v. Duplessis* is that the Prime Minister (or Premier) or a Minister of the Crown or any other representative of the government has no power to suspend the operation of a law for a time, or to dispense with a law in favour of a particular person or group. These "suspending" and "dispensing" powers were asserted by the Stuart Kings, but were abolished by the Bill of Rights of 1688. From time to time, modern governments assert such powers, and the assertions are repudiated by the courts, who always add a stern admonition that the Crown is not above the law.<sup>21</sup>

And footnote 21 reads thus:

<sup>21</sup> *Fitzgerald v. Muldoon* [1976] 2 N.Z.L.R. 615 (N.Z. S.C.) (N.Z. Prime Minister may not suspend statutory obligation to contribute to state pension plan); *Re Anti-Inflation Act* [1976] 2 S.C.R. 373 (Lieutenant Governor in Council may not change law by agreement with Governor in Council); *Man. Govt. Employees Assn. v. Govt. of Man.* [1978] 1 S.C.R. 1123 (same decision); *R. v. Catagas* (1977) 81 D.L.R. (3d) 396 (Man. C.A.) (Minister may not dispense with Migratory Birds Convention Act in favour of native people.)

A misunderstanding must be avoided here. It is obvious that the will of Parliament is paramount and no administrative or executive authority is entitled to contravene it, whether directly or indirectly. But that does not mean that a delegate empowered to make subordinate law has no power to dispense from the law he makes. This could be so, I agree, if it appears that Parliament's intention was that the law to be made would be applicable to everyone. For example, had the word "must" been used in section 6 of the *Department of the Environment Act* instead of "may", an argument could have been made that the intention was to forbid any exemption. But this is not the case. And if the original Guidelines could have had a clause exempting the KCP, why could the same result

(Continued from previous page)

(c) advise the heads of departments, boards and agencies of the Government of Canada on all matters pertaining to the preservation and enhancement of the quality of the natural environment.

6. For the purposes of carrying out his duties and functions related to environmental quality, the Minister may, by order, with the approval of the Governor in Council, establish guidelines for use by departments, boards and agencies of the Government of Canada and, where appropriate, by corporations named in Schedule III to the *Financial Administration Act* and regulatory bodies in the exercise of their powers and the carrying out of their duties and functions.

[TRADUCTION] Un corollaire de la jurisprudence établie par des décisions telles que *Entick v. Carrington* et *Roncarelli v. Duplessis* est que le premier ministre fédéral (ou provincial) ou un ministre de la Couronne ou autre représentant du gouvernement n'a le pouvoir ni de suspendre l'application d'une loi pour une certaine période ni d'en exempter une personne ou un groupe donné. Les Stuart ont revendiqué ces pouvoirs de «suspension» et d'«exemption», mais le Bill of Rights les a abolis en 1688. Les gouvernements des temps modernes les revendiquent périodiquement, mais cette revendication est rejetée par les tribunaux judiciaires qui chaque fois ajoutent la sévère admonition que la Couronne n'est pas au-dessus de la loi<sup>21</sup>.

Et on peut lire à la note 21 en bas de la page:

<sup>21</sup> [TRADUCTION] *Fitzgerald v. Muldoon* [1976] 2 N.Z.L.R. 615 (N.Z. S.C.) (Le premier ministre de Nouvelle-Zélande ne peut suspendre l'obligation légale de contribution au régime de pension de l'État); *Re la Loi anti-inflation* [1976] 2 R.C.S. 373 (le lieutenant-gouverneur en conseil ne peut changer la loi avec l'accord du gouverneur en conseil); *Man. Govt. Employees Assn. c. Gouvernement du Manitoba* [1978] 1 R.C.S. 1123 (même conclusion); *R. v. Catagas* (1977) 81 D.L.R. (3d) 396 (C.A. Man.) (Le ministre ne peut exempter les autochtones de l'application de la Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs.)

Il faut mettre en garde contre un malentendu à ce propos. Il est évident que la volonté du Parlement est souveraine et qu'aucun pouvoir administratif ou exécutif ne peut y contrevenir, directement ou indirectement. Mais cela ne signifie pas qu'une autorité investie du pouvoir réglementaire n'est pas habilitée à exempter quelqu'un de l'application d'un règlement qu'elle a pris elle-même. Cela pourrait être le cas, j'en conviens, s'il est manifeste que selon la volonté du législateur, le règlement à prendre s'appliquerait à tout et chacun. Par exemple, l'auxiliaire «doit» eût-il été employé dans l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* au lieu de l'auxiliaire «peut», on pourrait soutenir que la volonté du législateur était d'interdire toute exemption. Mais tel n'est pas le cas

(Suite de la page précédente)

c) conseille les chefs des divers ministères ou organismes fédéraux en matière de conservation et d'amélioration de la qualité de l'environnement naturel.

6. Au titre de celles de ses fonctions qui portent sur la qualité de l'environnement, le ministre peut par arrêté, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des directives à l'usage des ministères et organismes fédéraux et, s'il y a lieu, à celui des sociétés d'État énumérées à l'annexe III de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et des organismes de réglementation dans l'exercice de leurs pouvoirs et fonctions.

not be achieved in two steps? Frequent use of this device could undermine the credibility of the Guidelines, but surely this is a matter for Parliament to resolve, not the Courts. It is obvious to me that SOR/90-729 cannot be said to have been passed in contravention of the intentions of Parliament.

On the other hand, the allegation that the order in council would have been passed in bad faith and contrary to section 35 of the Constitution, if relevant, which I doubt, remains totally unsubstantiated. If the purpose of the Act has not been breached, there can be no question of bad faith, and, on the evidence before the Court, section 35 of the Constitution can have no bearing whatsoever. To say that in passing the order in council, the Government was illegally breaching its fiduciary duty towards aboriginals, not only would one have to be aware of the precise content of that duty but, more particularly, be satisfied that the only way to fulfill that duty, in the circumstances, would be to confirm the application of the Guidelines to the Project. Of course, there is nothing in the record that could lead to such a conclusion.

Finally, I do not see how the order could be impugned on the ground of legitimate expectation. First, the circumstances required to give support to a possible application of this recently developed doctrine of legitimate expectation do not exist as the evidence does not show that there has ever been a promise from someone in authority on which reliance was placed by the respondents. Second, and more importantly, the doctrine, as I understand it, was meant to apply in matters of administrative procedure; it does not and cannot, it seems to me, have any bearing on the validity of legislative enactment.

There is simply no basis, in my judgment, on which order in council SOR/90-729 could be declared of no force and effect. If I am wrong in thinking that none of the impugned ministerial actions by themselves were subject to the application

en l'espèce. Et si le Décret sur les lignes directrices avait pu comporter une disposition qui exemptait les travaux KCP, pourquoi le même résultat ne pourrait-il pas être atteint en deux étapes? Un recours fréquent à pareille méthode pourrait saper l'autorité du Décret sur les lignes directrices, mais il s'agit là d'une question à résoudre par le Parlement, non pas par les tribunaux. Il est manifeste, à mes yeux, qu'on ne peut dire que l'arrêté DORS/90-729 a été pris en violation de la volonté du Parlement.

Par ailleurs, l'allégation que cet arrêté a été pris de mauvaise foi et en violation de l'article 35 de la Constitution—à supposer qu'elle soit pertinente, ce dont je doute—est totalement dénuée de fondement. S'il n'y a pas contravention à l'objectif de la Loi, on ne saurait parler de mauvaise foi et, à la lumière des preuves et témoignages produits, l'article 35 de la Constitution n'a aucun rapport avec l'affaire en instance. Pour affirmer qu'en prenant cet arrêté, le gouvernement a illégalement manqué à son obligation fiduciaire envers les autochtones, il aurait fallu non seulement qu'on sache le contenu exact de cette obligation, mais plus particulièrement, qu'on soit convaincu que le seul moyen de remplir cette obligation, eu égard aux faits de la cause, serait de confirmer que le Décret sur les lignes directrices est applicable à l'égard du projet. Rien cependant dans le dossier ne permet pareille conclusion.

Enfin, je ne vois pas comment l'arrêté en cause pourrait être attaqué du point de vue de l'attente légitime. En premier lieu, les conditions nécessaires à l'application possible de cette doctrine récemment élaborée de l'attente légitime n'existent pas puisqu'il n'y a aucune preuve établissant qu'une autorité quelconque ait fait une promesse sur laquelle se seraient fondés les intimés. En second lieu—et cet argument est encore plus important—cette doctrine, telle que je la comprends, ne s'applique qu'aux questions de procédure administrative; elle n'a et ne saurait rien à voir, à mon sens, avec la validité d'un texte législatif ou réglementaire.

À mon avis, il n'y a tout simplement aucun fondement juridique sur lequel on puisse se baser pour déclarer l'arrêté DORS/90-729 nul et non avenu. À supposer que je me sois trompé en pensant qu'aucune des actions attaquées des ministres était subordonnée

of the EARP Guidelines to the KCP, this so-called Exemption Order would settle all difficulties.

My overall conclusion, therefore, is that the appeals should be allowed and the cross-appeal dismissed; the various orders issued by the Motions Judge should be quashed and the originating motions of the respondents should be dismissed.

The appellants should be entitled to their costs both here and in the Trial Division. While the originating motions were argued together both here and below, the appellant Alcan and the appellant Ministers were represented by separate counsel in both Divisions. Accordingly, the appellant Alcan and the appellant Ministers should be entitled to a separate set of costs in this Court as well as in the Trial Division.

HEALD J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

à l'application du Décret sur les lignes directrices dans le contexte des travaux KCP, ce soi-disant arrêté d'exemption doit régler toutes les difficultés.

*a* Ma conclusion générale est, en conséquence, qu'il faut accueillir les appels, rejeter l'appel incident, annuler les diverses ordonnances rendues par le juge des requêtes et rejeter les requêtes introductives d'instance des intimés.

*b* Les appelants auront droit à leurs dépens en appel comme en première instance. Alors que les requêtes introductives d'instance faisaient l'objet d'une argumentation commune en appel et en première instance, *c* l'appelante Alcan et les ministres appelants étaient représentés par des avocats différents devant les deux sections. En conséquence, l'appelante Alcan et les ministres appelants auront droit à des dépens distincts devant la Cour comme en première instance.

*d* LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

T-1547-92

**Inspiration Television Canada Inc., Life Broadcasting Inc., Saskatoon Family Network Inc., Medicine Hat Christian Broadcasting Society and Three in One Communication Society of Three Hill (Plaintiffs)**

v.

**Her Majesty the Queen and The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (Defendants)**

*INDEXED AS: INSPIRATION TELEVISION CANADA INC. v. CANADA (T.D.)*

Trial Division, Muldoon J.—Winnipeg, June 30; Ottawa, July 8, 1992.

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Application for interim and permanent mandatory injunction, brought before Trial Division, requiring CRTC to issue broadcasting licence to plaintiffs for religious broadcasting, and for return of seized transmission equipment — Recent amendment to Federal Court Act, s. 28 giving Court of Appeal, not Trial Division, jurisdiction over applications for judicial review directed against CRTC, even where proceedings interlocutory.*

*Judicial review — Practice — Application for judicial review concerning religious broadcasting based on argument broadcasting legislation in violation of Charter rights — Application defective as recent amendment to Federal Court Act, s. 57 requiring notice be given to Attorney General of Canada where constitutional validity, applicability or operability of any Act in question before Court.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of religion — Application for interim and permanent mandatory injunction requiring CRTC to issue broadcasting licence to plaintiffs for religious broadcasting confining message to single denominational viewpoint and for return of seized transmission equipment — Broadcasting legislation said to be in violation of Charter rights — Whole proceeding misbegotten due, mostly, to recent amendments to Federal Court Act: notice to Attorney General, required where constitutional questions raised, not given; application before wrong Division of Federal Court; injunction application wrongly naming CRTC as defendant when Minister of Communications responsible for enforcement of legislation.*

T-1547-92

**Inspiration Television Canada Inc., Life Broadcasting Inc., Saskatoon Family Network Inc., Medicine Hat Christian Broadcasting Society et Three in One Communication Society of Three Hill (demandereses)**

c.

**Sa Majesté la Reine et Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (défendeurs)**

*RÉPERTORIÉ: INSPIRATION TELEVISION CANADA INC. v. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Muldoon—Winnipeg, 30 juin; Ottawa, 8 juillet 1992.

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Demande présentée devant la Section de première instance en vue d'obtenir une injonction de faire provisoire et permanente qui enjoindrait au CRTC de délivrer aux demanderesse une licence de radiodiffusion d'émissions religieuses, et de remettre le matériel de transmission saisi — Une modification récemment apportée à l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale habilite la Cour d'appel et non la Division de première instance, à connaître des demandes de contrôle judiciaire visant le CRTC, lors même qu'il s'agirait de procédures interlocutoires.*

*Contrôle judiciaire — Pratique — Demande de contrôle judiciaire concernant la radiodiffusion d'émissions religieuses fondée sur le motif que la législation en matière de radiodiffusion viole la Charte des droits — Cette demande est défectueuse parce qu'une récente modification apportée à l'art. 57 de la Loi sur la Cour fédérale exige qu'un avis soit donné au procureur général du Canada lorsque la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, d'une loi est en cause devant la Cour.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté de religion — Demande tendant à l'obtention d'une injonction de faire provisoire et permanente qui enjoindrait au CRTC de délivrer aux demanderesse une licence de radiodiffusion d'émissions religieuses limitant le message à un seul point de vue confessionnel et de remettre le matériel de transmission saisi — Il est allégué, que la législation en matière de radiodiffusion viole la Charte des droits — La procédure, telle qu'engagée, est mal conçue en raison, surtout, des modifications récemment apportées à la Loi sur la Cour fédérale: un avis au procureur général, qui s'impose lorsque des questions constitutionnelles sont soulevées, n'a pas été donné; la demande n'a pas été présentée devant la Section compétente; la demande d'injonction a par erreur nommé le CRTC comme défendeur alors que c'est le ministre des Communications qui est responsable de l'application de la loi.*

*Broadcasting — Application for interim and permanent mandatory injunction requiring CRTC to issue broadcasting licence to plaintiffs for religious broadcasting and for return of seized transmission equipment — Broadcasting legislation said to be in violation of Charter rights — Whole proceeding misbegotten due, mostly, to recent amendments to Federal Court Act: notice to Attorney General, required where constitutional questions raised, not given: s. 57; application for mandamus, directed against CRTC, should have been brought before Appeal Division: s. 28; application for injunction concerning seizure of equipment should have been directed against Minister of Communications, responsible for administration and enforcement of Radiocommunication Act, and for seizure of plaintiffs' equipment, rather than CRTC — Proceeding adjourned sine die to permit plaintiffs to serve constitutional-question notices required by s. 57, and to amend application to Appeal Division and to decide whether to amend or proceed with two injunction applications in relation to Radiocommunication Act.*

*Radiodiffusion — Demande tendant à l'obtention d'une injonction de faire provisoire et permanente qui enjoindrait au CRTC de délivrer aux demanderessees une licence de radiodiffusion d'émissions religieuses et de remettre le matériel de transmission saisi — Il est allégué que la législation en matière de radiodiffusion viole la Charte des droits — La procédure, telle qu'engagée, est mal conçue en raison, surtout, des modifications récemment apportées à la Loi sur la Cour fédérale: un avis au procureur général, qui s'impose lorsque des questions constitutionnelles sont soulevées, n'a pas été donné: art. 57; la demande de mandamus visant le CRTC aurait dû être présentée devant la Section d'appel: art. 28; la demande d'injonction concernant la saisie du matériel aurait dû viser le ministre des Communications; ce dernier, plutôt que le CRTC, est responsable de l'application de la Loi sur la radiocommunication et de la saisie du matériel des demanderessees — L'audition de l'action est ajournée sine die pour permettre aux demanderessees de signifier les avis de questions constitutionnelles requis par l'art. 57, de modifier leur demande à l'intention de la Section d'appel et de décider s'il y a lieu de modifier ou de poursuivre leurs deux demandes d'injonction relativement à la Loi sur la radiocommunication.*

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Broadcasting Act*, R.S.C., 1985, c. B-9.  
*Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, ss. 2, 3, 93.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2, 15, 24(1).  
*Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, R.S.C., 1985, c. C-22.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8), ss. 2, 18, 18.1, 18.2, 18.4(2), 28(1)(c),(2),(3), 57.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/90-846), RR. 3(1)(b), 358, 469(2).  
*Radio Act*, R.S.C., 1985, c. R-2 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2).  
*Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2), ss. 4(1) (as am. *idem*, s. 4; 1991, c. 11, s. 82), 5(1)(j) (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 4), 10 (as enacted *idem*, s. 6), (1) (as am. by S.C. 1991, c. 11, s. 84), (4),(5).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### REFERRED TO:

*Shuswap Cable Ltd. v. Canada*, [1987] 1 F.C. 505; (1986), 31 D.L.R. (4th) 349; 13 C.P.C. (3d) 128; 5 F.T.R. 114 (T.D.); *C.I.A.C. v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 866; (1984), 7 Admin. L.R. 157; [1995] R.D.J. 16 (C.A.); *Grand Council of the Crees (of Quebec) v. R.*, [1982] 1 F.C. 599; (1981), 124 D.L.R. (3d) 574; 41 N.R. 257 (C.A.); leave to appeal to the S.C.C. refused [1982] 1 S.C.R. viii; (1982), 41 N.R. 354; *Reed v. Canada*, [1989] 3 F.C. 259; (1989), 41 C.R.R. 371; [1989] 2 C.T.C. 192;

#### 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, 2, 15, 24(1).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8), art. 2, 18, 18.1, 18.2, 18.4(2), 28(1)(c),(2),(3), 57.  
*Loi sur la radio*, L.R.C. (1985), ch. R-2 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2).  
*Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2), art. 4(1) (mod., *idem*, art. 4; 1991, ch. 11, art. 82), 5(1)(j) (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 4), 10 (édicte, *idem*, art. 6), (1) (mod. par L.C. 1991, ch. 11, art. 84), (4),(5).  
*Loi sur la radiodiffusion*, L.R.C. (1985), ch. B-9.  
*Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 2, 3, 93.  
*Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/90-846), Règles 3(1)(b), 358, 469(2).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Shuswap Cable Ltd. c. Canada*, [1987] 1 C.F. 505; (1986), 31 D.L.R. (4th) 349; 13 C.P.C. (3d) 128; 5 F.T.R. 114 (1<sup>re</sup> inst.); *C.I.A.C. c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 866; (1984), 7 Admin. L.R. 157; [1995] R.D.J. 16 (C.A.); *Le Grand Council of the Crees (of Quebec) c. R.*, [1982] 1 C.F. 599; (1981), 124 D.L.R. (3d) 574; 41 N.R. 257 (C.A.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée [1982] 1 R.C.S. viii; (1982), 41 N.R. 354; *Reed c. Canada*, [1989] 3 C.F. 259; (1989), 41 C.R.R. 371;

89 DTC 5230; 27 F.T.R. 173 (T.D.); affd (1990), 2 C.R.R. (2d) 192 (F.C.A.); leave to appeal to the S.C.C. refused [1990] 2 S.C.R. x; (1990), 4 C.R.R. (2d) 192; 127 N.R. 236; *O'Sullivan v. M.N.R.*, [1992] 1 F.C. 522; [1991] 2 C.T.C. 117; (1991), 91 DTC 5491 (T.D.); *Attorney General of Canada v. Gould*, [1984] 1 F.C. 1133; (1984), 13 D.L.R. (4th) 485; 42 C.R. (3d) 88; 54 N.R. 232 (C.A.); *O'Grady v. Whyte*, [1983] 1 F.C. 719; (1982), 138 D.L.R. (3d) 167; 42 N.R. 608 (C.A.).

APPLICATION for interim and permanent mandatory injunction requiring the return of transmitting equipment and the issue of a broadcasting licence for broadcasting of a religious nature confining its message to a single denominational viewpoint, on the ground that the broadcasting legislation and policy is in violation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Proceeding adjourned *sine die*.

COUNSEL:

*Gavin M. Wood and Janet L. Jeffrey* for plaintiffs.

*Harry Gliner* for defendants.

SOLICITORS:

*Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield*, Winnipeg, for plaintiffs.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendants.

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

MULDOON J.: The plaintiffs move the Court for the following relief:

(1) An interim and permanent mandatory injunction requiring the defendants to return to the plaintiffs the transmitting equipment (specified only in a copy of the search-and-seizure warrant) seized by them;

(2) An interim and permanent injunction preventing the defendants from further seizing the transmitting equipment of the plaintiffs, or otherwise preventing the plaintiffs from broadcasting in the Province of Manitoba;

[1989] 2 C.T.C. 192; 89 DTC 5230; 27 F.T.R. 173 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1990), 2 C.R.R. (2d) 192 (C.A.F.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée [1990] 2 R.C.S. x; (1990), 4 C.R.R. (2d) 192; 127 N.R. 236; *O'Sullivan c. M.R.N.*, [1992] 1 C.F. 522; [1991] 2 C.T.C. 117; (1991), 91 DTC 5491 (1<sup>re</sup> inst.); *Procureur général du Canada c. Gould*, [1984] 1 C.F. 1133; (1984), 13 D.L.R. (4th) 485; 42 C.R. (3d) 88; 54 N.R. 232 (C.A.); *O'Grady c. Whyte*, [1983] 1 C.F. 719; (1982), 138 D.L.R. (3d) 167; 42 N.R. 608 (C.A.).

DEMANDE tendant à l'obtention d'une injonction de faire provisoire et permanente qui enjoindrait la remise du matériel de transmission et la délivrance d'une licence de radiodiffusion d'émissions à caractère religieux limitant leur message à un seul point de vue confessionnel, pour le motif que la loi et la politique en matière de radiodiffusion violent la *Charte canadienne des droits et libertés*. Audition ajournée *sine die*.

AVOCATS:

*Gavin M. Wood et Janet L. Jeffrey* pour les demandereses.

*Harry Gliner* pour les défendeurs.

PROCUREURS:

*Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield*, Winnipeg, pour les demandereses.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

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

LE JUGE MULDOON: Les demandereses sollicitent de la Cour la réparation suivante:

1) Une injonction de faire provisoire et permanente enjoignant aux défendeurs de remettre aux demandereses le matériel de transmission (dont les détails figurent seulement dans le mandat de perquisition et de saisie) qu'ils ont saisi;

2) Une injonction provisoire et permanente interdisant aux défendeurs d'effectuer d'autres saisies du matériel de transmission des demandereses, ou d'empêcher par ailleurs celles-ci de s'occuper de radiodiffusion dans la province du Manitoba;

(3) An interim and permanent mandatory injunction requiring the defendants to issue a broadcasting licence to the plaintiffs;

(4) Short leave for the hearing of this motion; and

(5) Costs on a solicitor and own client basis.

The grounds alleged in support of the plaintiffs' motion are:

(a) Sections 1, 2, 15 and 24(1) 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];

(b) The powers of regulation, licensing, and seizure contained in the *Radio Act*, [sic] R.S.C., 1985, c. R-2 [as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2], the *Broadcasting Act*, R.S.C., 1985, c. B-9 and the *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, R.S.C., 1985, c. C-22; and

(c) Public Notice Number 1983-112.

The motion, supported by the affidavit of Ken Groening, is made in the context of the plaintiffs' statement of claim in this action.

This motion, if not the statement of claim too, is misbegotten, a plight which might be somewhat attributed to the newness of recent amendments to the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8)], and Rules [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/90-846)]. In so far as this motion is concerned, the plaintiffs would be probably better off to withdraw it and start over again, for which the Court accords them leave. This Judge is not unsympathetic to the plaintiffs' viewpoint, but notes that those like the plaintiffs, who plead equality ought cheerfully to be prepared to abide by the law's forms, norms and imperatives as all others are required to do. The Court is not to be called upon to be giving advice and counsel to any party's solicitors, but in view of this being a case of early, if not first, impression, the Court may mention jurisprudence already in the public domain which accords insights into this type of case: *Shuswap Cable Ltd. v. Canada*, [1987] 1 F.C. 505 (T.D.); and

3) Une injonction de faire provisoire et permanente enjoignant aux défendeurs de délivrer aux demanderessees une licence de radiodiffusion;

a 4) Une autorisation à court terme pour l'audition de la présente requête;

5) Les frais sur la base procureur et client.

b Voici les motifs invoqués à l'appui de la requête des demanderessees:

[TRADUCTION] a) Les articles 1, 2, 15 et le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44];

b) Les pouvoirs de régler, d'octroyer des licences de radiodiffusion et de saisir prévus à la *Loi sur la radio*, [sic], L.R.C. (1985), ch. R-2 [mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2] à la *Loi sur la radiodiffusion*, L.R.C. (1985), ch. B-9 et à la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22;

e c) L'avis public numéro 1983-112.

f La requête, appuyée par l'affidavit de Ken Groening, est introduite dans le contexte de la déclaration des demanderessees dans la présente action.

La présente requête, pour ne pas dire la déclaration aussi, est mal conçue, situation qu'on pourrait, dans une certaine mesure, attribuer à la nouveauté des récentes modifications apportées à la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8)] et aux Règles [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/90-846)] de cette Cour. Pour ce qui est de la présente ordonnance, il vaut peut-être mieux que les demanderessees la retirent pour recommencer, auquel cas la Cour leur en accorde l'autorisation. Le juge soussigné n'est pas indifférent au point de vue des demanderessees, mais il fait remarquer que les parties comme ces dernières, qui invoquent l'égalité, devraient volontiers être disposées à respecter les exigences de forme, les normes et les impératifs comme tous les autres sont requis de le faire. On ne demande pas à la Cour de donner des conseils aux avocats d'une partie, mais étant donné qu'il s'agit d'un premier cas pour ne pas dire un cas sans précédent, elle peut faire état de la jurisprudence



earlier: *C.I.A.C. v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 866 (C.A.), and *Grand Council of the Crees (of Quebec) v. R.*, [1982] 1 F.C. 599 (C.A.), leave to appeal to the Supreme Court refused [1982] 1 S.C.R. viii.

The grounds for this motion are too coyly stated by merely citing various provisions of the Constitution and other statutes without saying how they operate to afford the relief which the plaintiffs allege is their due. This Court itself has already generated a considerable jurisprudence about freedom of religion and the necessary secularity of the Canadian State, for example: *Reed v. Canada*, [1989] 3 F.C. 259 (T.D.); appeal dismissed with costs and without reasons (1990), 2 C.R.R. (2d) 192 (F.C.A.); leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused with costs [1990] 2 S.C.R. x; also *O'Sullivan v. M.N.R.*, [1992] 1 F.C. 522 (T.D.). Canada's population today evinces such numbers of major and minor religions and their numerous splinters, that everyone's security resides in the State's resolute secularity, with its guaranty of freedom of religion and freedom of speech and expression. The plethora of "kinds" of Christians, Jews, and Muslims *et al.*, exacts the cautious approach of the majority of the Appeal Division in *Attorney General of Canada v. Gould*, [1984] 1 F.C. 1133.

As noted above the inadequate expression of grounds in the notice of motion drives one to Mr. Groening's affidavit in support, and even to the plaintiffs' statement of claim. The defendants' counsel notes that the plaintiffs here, as in the *Gould* case are not seeking a stay pending the determination of some constitutional point on the validity of federal legislation, but rather moving the Court, in effect, to declare the *Broadcasting Act* and the *Radiocommunication Act* [S.C. 1989, c. 17] unconstitutional and inoperable pending determination of their suit for a declaration to that effect. The plaintiffs here, complains the defendants' counsel, are seeking the very relief which they seek in the principal action. (Curi-

qui fait déjà partie du domaine public et qui permet de comprendre ce cas: *Shuswap Cable Ltd. c. Canada*, [1987] 1 C.F. 505 (1<sup>re</sup> inst.); et l'affaire plus ancienne *C.I.A.C. c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 866 (C.A.), et *Le Grand Council of the Crees (of Quebec) c. R.*, [1982] 1 C.F. 599 (C.A.), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême refusée [1982] 1 R.C.S. viii.

Les moyens invoqués pour étayer la présente requête sont trop timidement énoncés au moyen d'une simple citation de diverses dispositions de la Constitution et d'autres lois sans qu'il soit fait mention de la façon dont elles opèrent pour accorder la réparation qui, selon les demandereses, leur est due. Cette Cour elle-même a déjà généré une jurisprudence abondante sur la liberté de religion et le caractère laïque nécessaire de l'État canadien, par exemple: *Reed c. Canada*, [1989] 3 C.F. 259, (1<sup>re</sup> inst.); appel rejeté avec dépens et sans motifs (1990), 2 C.R.R. (2d) 192 (C.A.F.); autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée avec dépens, [1990] 2 R.C.S. x; également *O'Sullivan c. M.R.N.*, [1992] 1 C.F. 522 (1<sup>re</sup> inst.). La population du Canada contient maintenant un tel nombre de religions d'importance majeure et mineure avec leurs groupes dissidents que la sécurité de chacun réside dans le caractère laïque déterminé de l'État, assorti de sa garantie de la liberté de religion et de la liberté de parole et d'expression. La pléthore de «genres» de chrétiens, de juifs et de musulmans et d'autres exige la prudente approche de la part de la majorité de la Section d'appel dans l'affaire *Procureur général du Canada c. Gould*, [1984] 1 C.F. 1133.

Ainsi qu'il a été noté ci-dessus, l'énoncé insuffisant des moyens dans l'avis de requête nous conduit à l'affidavit déposé par M. Groening à l'appui de la requête, et même à la déclaration des demandereses. L'avocat des défendeurs note que les demandereses à l'instance, comme dans l'affaire *Gould*, ne concluent pas à une suspension d'instance en attendant qu'il soit statué sur la validité constitutionnelle d'une loi fédérale, mais qu'elles demandent en fait à la Cour de déclarer inconstitutionnelles et sans effet la *Loi sur la radiodiffusion* et la *Loi sur la radiocommunication* [L.C. 1989, ch. 17] en attendant une décision sur leur action en jugement déclaratoire à cet égard. L'avocat des défendeurs se plaint de ce que les

ously, the plaintiffs seek only an interim, and not an interlocutory, injunction.) Defence counsel notes that such an ambitious scope surely requires compliance with the preliminary requirements of the new section 57 of the *Federal Court Act* [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19], whose pertinent passages run, thus:

57. (1) Where the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of any province, or of regulations thereunder, is in question before the Court or a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, the Act or regulation shall not be adjudged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with subsection (2).

(3) The Attorney General of Canada and the attorney general of each province are entitled to notice of any appeal or application for judicial review made in respect of the constitutional question described in subsection (1).

(4) The Attorney General of Canada and the attorney general of each province are entitled to adduce evidence and make submissions to the Court . . . in respect of the constitutional question described in subsection (1).

(5) Where the Attorney General of Canada or the attorney general of a province makes submissions under subsection (4), that attorney general shall be deemed to be a party to the proceedings for the purposes of any appeal in respect of the constitutional question described in subsection (1).

Given the dearth of grounds for this motion, the affidavit of Ken Groening and even the statement of claim must be perused. Here are pertinent passages from the affidavit:

27. THAT it is the position of the Plaintiffs that the Defendants are restricting religious broadcasting and preventing any broadcasting of a religious nature in Canada from a station that confines its message to a single denominational viewpoint.

28. THAT it is also the position of the Plaintiffs that the Defendants exceeded their jurisdiction by setting and implementing the policy contained in The *Broadcasting Act*, [sic] R.S.C. 1985, c. B-9, [sic] *The Radio Act*, [sic] R.S.C. 1985, c. R-2, and *The Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission Act*, [sic] R.S.C. 1985, c. C-22.

29. THAT it is also the position of the Plaintiffs that this restriction on broadcasting and the deliberate seizure of the Plaintiffs' transmitting equipment infringes upon its rights to

demandereses à l'instance concluent à la réparation même qu'ils sollicitent dans l'action principale. (Chose curieuse, les demandereses concluent seulement à une injonction provisoire, et non à une injonction interlocutoire.) L'avocat de la défense note qu'un tel but ambitieux exige sûrement le respect des exigences préliminaires du nouvel article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19], dont les passages pertinents sont ainsi rédigés:

57. (1) Les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d'application, dont la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour ou un office fédéral, sauf s'il s'agit d'un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins que le procureur général du Canada et ceux des provinces n'aient été avisés conformément au paragraphe (2).

(3) Les avis d'appel et de demande de contrôle judiciaire portant sur une question constitutionnelle sont à signifier au procureur général du Canada et à ceux des provinces.

(4) Le procureur général à qui un avis visé aux paragraphes (1) ou (3) est signifié peut présenter une preuve et des observations à la Cour . . . à l'égard de la question constitutionnelle en litige.

(5) Le procureur général qui présente des observations est réputé partie à l'instance aux fins d'un appel portant sur la question constitutionnelle.

Étant donné la pénurie de moyens qui sous-tendent la présente requête, il faut prendre connaissance de l'affidavit de Ken Groening et même de la déclaration. Voici les passages pertinents extraits de cet affidavit:

[TRADUCTION] 27. QUE, selon les demandereses, les défendeurs restreignent la radiodiffusion d'émissions religieuses et empêchent la radiodiffusion à caractère religieux au Canada d'une station qui limite son message à un seul point de vue confessionnel.

28. QUE, toujours selon les demandereses, les défendeurs ont outrepassé leur compétence en établissant et en appliquant la politique figurant dans la *Loi sur la radiodiffusion*, [sic] L.R.C. 1985, ch. B-9, [sic] la *Loi sur la radio* [sic], L.R.C. (1985), ch. R-2, et dans la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [sic] L.R.C. (1985), ch. C-22.

29. QUE, toujours selon les demandereses, cette restriction de la radiodiffusion et la saisie délibérée du matériel de transmission des demandereses violent leur droit à la liberté d'expres-

freedom of expression and religion and the right to equality under the law which is guaranteed under The Canadian Charter or Rights and Freedoms [sic].

It is noticed that the plaintiffs, having named only two defendants, do not discriminate between the two in regard to the activities alleged.

Here are pertinent passages from the statement of claim:

21. The Plaintiffs further state that the C.R.T.C. presently requires a Canadian content level in all broadcasting which effectively prevents the broadcasting of the Trinity Broadcasting Network in that all such programming is substantially American in origin.

22. The Plaintiffs state, that by the said Canadian content requirements the C.R.T.C. by its policies, regulations, rules and governing statutes is violating the Canadian Charter of Rights and Freedoms and, in particular, the freedom of religion guaranteed therein. As such the said Canadian content requirements are unconstitutional.

23. The Plaintiffs therefore claim as against all [sic (not yet)] Defendants:

(a) A Declaration that *The Broadcasting Act*, [sic] R.S.C. 1985, c. B-9, *The Radio Act*, [sic] R.S.C. 1985, c. R-2, and the religious broadcast policy set out in Public Notice Number 1983-112 are unconstitutional;

(e) A Declaration that the Canadian content requirements referred to in paragraph 21 herein are unconstitutional;

The statute which accords power and authority to the CRTC is the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11 which came into force, pursuant to its section 93, on June 4, 1991.

Is section 57 of the *Federal Court Act* to be invoked here, as the defendants' counsel protests? Yes. It is clear from the pleadings as well as the nature of injunctive relief sought by the plaintiffs that they will necessarily be making an issue of the constitutional validity, applicability or operability of the *Broadcasting Act*, and the *Radiocommunication Act*, at least. In question will be section 3 and Part II of the former, and the enforcement provisions of the latter. That being so, and so long as it remains so, section 57 is invoked, and it behooves the plaintiffs to comply with it.

sion et de religion et le droit à l'égalité devant la loi garanti par la Charte canadienne des droits et libertés [sic].

Il est à noter que les demanderesse, ayant cité seulement deux défendeurs, n'ont pas fait de distinction entre les deux à l'égard des activités alléguées.

Voici les passages pertinents extraits de la déclaration:

[TRADUCTION] 21. Les demanderesse prétendent en outre que le C.R.T.C. exige actuellement un niveau de contenu canadien dans toute radiodiffusion, ce qui empêche en fait la radiodiffusion du Trinity Broadcasting Network en ce sens qu'une telle programmation est d'origine essentiellement américaine.

22. Les demanderesse soutiennent que, par lesdites exigences de contenu canadien, le C.R.T.C., au moyen de ses politiques, règlements, règles et des lois applicables, viole la Charte canadienne des droits et libertés et, en particulier, la liberté de religion y garantie. En tant que telles, les exigences de contenu canadien sont inconstitutionnelles.

23. Les demanderesse concluent donc, à l'encontre de tous les [sic (pas encore constitués)] défendeurs:

a) à un jugement déclaratoire portant que la *Loi sur la radiodiffusion*, [sic] L.R.C. (1985), ch. B-9, la *Loi sur la radio*, [sic] L.R.C. (1985), ch. R-2, et la politique de radiodiffusion d'émissions religieuses figurant dans l'avis public numéro 1983-112 sont inconstitutionnelles;

e) à un jugement déclaratoire portant que les exigences de contenu canadien mentionnées au paragraphe 21 sont inconstitutionnelles;

La loi habilitante régissant le CRTC est la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, qui est entrée en vigueur, en vertu de son article 93, le 4 juin 1991.

L'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* doit-il être invoqué en l'espèce, comme l'avocat des défendeurs le prétendent? La réponse est affirmative. Il ressort des actes de procédure ainsi que de la nature de l'injonction sollicitée par les demanderesse qu'elles entendent contester la validité, l'applicabilité et l'effet, sur le plan constitutionnel, de la *Loi sur la radiodiffusion* et de la *Loi sur la radiocommunication*, à tout le moins. Seront en cause l'article 3 et la partie II de la première, et les dispositions d'application de la seconde. Cela étant, et aussi longtemps qu'il en sera ainsi, l'article 57 sera invoqué, et il appartient aux demanderesse de s'y conformer.

There is yet a further defect in these proceedings, which was not initially raised by the defendants' counsel. It is the question of the jurisdiction of the respective divisions of this Court. The ghosts of the earlier provisions of sections 18 and 28 may still be roaming about clanking their complex chains. The new paragraph 28(1)(c) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8] provides that:

28. (1) The Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine applications for judicial review made in respect of any of the following federal boards, commissions or other tribunals:

(c) the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission established by the *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*;

With few exceptions, it is trite law in this Court that jurisdiction in judicial review cannot be acquired or conferred by consent, negligence or convenience. The Court therefore *ex mero motu* invoked Rule 358, by referring this matter to the Honourable the Chief Justice. Rule 358 empowers the Chief Justice, or a judge designated by him, to order that a matter commenced in one Division be transferred to the other Division, and he or she may give incidental directions for the further conduct of the matter. On June 30, 1992, Chief Justice Isaac issued his designation in this matter, as follows:

Pursuant to Rule 358 of the *Federal Court Rules* I hereby designate the Honourable Mr. Justice Francis C. Muldoon, a Judge of this Court, for the purpose of making any order that appears to him to be just having due regard to the interests of all the parties in respect of the application commenced by the Applicant[s] [plaintiffs] in the Trial Division of this Court.

In making such order the Honourable Mr. Justice Muldoon may give incidental directions for the further conduct of the application.

It appears that the third (earlier above recited) item in the plaintiffs' notice of motion, described as a mandatory injunction, amounts to that which is akin to a motion for *mandamus* compelling the CRTC to issue a broadcasting licence to the plaintiffs. There has been, of course, no interim *mandamus*, until the enactment of section 18.2 [as enacted *idem*, s. 5], but why the plaintiffs want only a 10-day interim injunction (Rule 469(2)) is most unclear. However whether the plaintiffs seek a mandatory injunction of some duration, or whether what they seek is *mandamus*, be

Il existe encore un autre vice de procédure que l'avocat des défendeurs n'a pas soulevé au début. C'est la question de la compétence des sections respectives de cette Cour. Les fantômes des dispositions antérieures des articles 18 et 28 errent peut-être encore de-ci de-là, faisant cliqueter leurs chaînes complexes. Le nouvel alinéa 28(1)c) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8] prévoit que:

28. (1) La Cour d'appel a compétence pour connaître des demandes de contrôle judiciaire visant les offices fédéraux suivants:

c) le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes constitué par la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*;

À quelques exceptions près, il est de droit établi devant cette Cour que le pouvoir de contrôle judiciaire ne saurait être acquis ni conféré par consentement, négligence ou commodité. La Cour a donc *ex mero motu* invoqué la Règle 358 pour déférer l'espèce au juge en chef. En vertu de cette Règle, le juge en chef ou un juge désigné par lui peut ordonner qu'une affaire commencée dans une section soit transférée à une autre section, et il ou elle peut donner des instructions nécessaires à la poursuite de l'affaire. Le 30 juin 1992, le juge en chef Isaac a procédé à la désignation en l'espèce:

[TRADUCTION] En vertu de l'article 358 des *Règles de la Cour fédérale*, je désigne par la présente le juge Francis C. Muldoon, un juge de cette Cour, pour rendre toute ordonnance qu'il jugera indiquée en tenant compte de tous les intérêts des parties à l'égard de la demande commencée par la [les] requérante[s] [demanderesse[s]] devant la Section de première instance de cette Cour.

En rendant une telle ordonnance, le juge Muldoon peut donner les instructions nécessaires à la poursuite de l'affaire.

Il semble que la troisième rubrique (précitée) dans l'avis de requête des demanderesse, décrite comme étant une injonction de faire, équivaut à ce qui s'apparente à une requête en *mandamus* forçant le CRTC à délivrer une licence de radiodiffusion aux demanderesse. Bien entendu, il n'existait pas de *mandamus* provisoire avant la promulgation de l'article 18.2 [édicte, *idem*, art. 5], mais la raison pour laquelle les demanderesse désirent seulement une injonction provisoire de dix jours (Règle 469(2)) est des plus obscures. Toutefois, que les demanderesse concluent

it interim, interlocutory, or ultimately permanent, they would have to prove that the CRTC is legally obliged to issue a broadcasting licence: *O'Grady v. Whyte*, [1983] 1 F.C. 719 (C.A.). On the other hand it does not appear that the CRTC has actually formally rejected any application by them for a licence. Whatever the remedy is called, it is to be obtained by means of judicial review as may be seen in sections 18 and 18.1 [as enacted *idem*] of the *Federal Court Act*, and would be so pursued were it not for the new paragraph 28(1)(c) whereby such judicial review is confided to the Court of Appeal.

To say “such judicial review” is quite correct for the judicial review is the very same sort of judicial review contemplated in section 18.1, as enacted and explained in subsections 28(2) and (3) of the *Federal Court Act* which provide:

28. . . .

(2) Sections 18 to 18.5, except subsection 18.4(2), apply, with such modifications as the circumstances require, in respect of any matter within the jurisdiction of the Court of Appeal under subsection (1) and, where they so apply, a reference to the Trial Division shall be read as a reference to the Court of Appeal.

(3) Where the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine any matter, the Trial Division has no jurisdiction to entertain any proceeding in respect of the same matter.

So, whether or not counsel adverted to the question of jurisdiction, the Court itself is obliged to avoid exceeding its jurisdiction or incorrectly arrogating jurisdiction.

The issuing of broadcasting licences is, according to the definition of “licence” in section 2 of the *Broadcasting Act*, committed to the CRTC. Therefore, because the plaintiffs seek a remedy to be obtained through judicial review their motion shall be transferred to the Appeal Division. The plaintiffs are entitled to withdraw the motion for an “interim mandatory injunction” and to start all over again, if so advised, not omitting service on the appropriate defendant(s), in the Appeal Division. One fact is certain. The plaintiffs shall not proceed with or re-institute their proceedings, in which they seek to compel the CRTC to grant them a broadcasting licence, in the Trial Division which has no jurisdiction to entertain

à une injonction d’une certaine durée ou à un *mandamus* de nature provisoire, interlocutoire ou permanente par la suite, elles devraient prouver que le CRTC est légalement tenu de délivrer une licence de radiodiffusion: *O'Grady c. Whyte*, [1983] 1 C.F. 719 (C.A.). D’autre part, il ne semble pas que le CRTC ait réellement et officiellement rejeté une demande de licence présentée par les demandereses. Quel que soit le nom qu’on donne à la réparation, elle doit être obtenue par voie de contrôle judiciaire ainsi qu’il ressort des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, et il en serait ainsi n’eût été le nouvel alinéa 28(1)c) qui confie un tel contrôle judiciaire à la Cour d’appel.

L’expression «un tel contrôle judiciaire» est tout à fait exacte car le contrôle judiciaire est celui-là même prévu à l’article 18.1, tel qu’il est édicté et expliqué aux paragraphes 28(2) et (3) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui portent:

28. . . .

(2) Les articles 18 à 18.5 s’appliquent, exception faite du paragraphe 18.4(2) et compte tenu des adaptations de circonstance, à la Cour d’appel comme si elle y était mentionnée lorsqu’elle est saisie en vertu du paragraphe (1) d’une demande de contrôle judiciaire.

(3) La Section de première instance ne peut être saisie des questions qui relèvent de la Cour d’appel.

Ainsi donc, que les avocats aient fait ou non allusion à la question de compétence, la Cour a l’obligation d’éviter d’outrepasser sa compétence ou de s’arroger un pouvoir qu’elle n’a pas.

La délivrance de licences de radiodiffusion est, selon la définition de «licence» figurant à l’article 2 de la *Loi sur la radiodiffusion*, confiée au CRTC. En conséquence, les demandereses ayant conclu à une réparation qui doit être obtenue par voie de contrôle judiciaire, leur requête doit être transférée à la Section d’appel. Les demandereses sont en droit de retirer la requête en «injonction de faire provisoire» pour recommencer, si elles le jugent indiqué, devant la Section d’appel, la signification devant être faite aux défendeur(s) constitué(s). Un fait est certain: les demandereses ne doivent pas poursuivre leur action, dans laquelle elles demandent qu’il soit enjoint au CRTC de leur accorder une licence de radiodiffusion,

their application for judicial review in regard to the CRTC. Indeed subsection 18(1) [as am. *idem*, s. 4] is “[s]ubject to section 28” thus diluting the Trial Division’s exclusive original jurisdiction to issue an injunction when paragraph 28(1)(c) overrides it.

The defendants, or the appropriate one of them, may file counter-affidavits if so advised, and in any event within the proper time limits, and the parties may effect cross-examinations of opposing deponents. Of course the parties may take advantage of Rule 3(1)(b), because this transfer order will be made in the long vacation.

The plaintiffs will have to take such measures or make such application as they deem necessary or appropriate in regard to the time limitation provisions of subsection 18.1(2). They filed their notice of motion on June 25, 1992, and if they elect to withdraw their motion, tidy up their procedure and start all over again, the Court now directs that their application shall still be deemed to have been made on June 25, 1992; and in such event, the Court fixes and allows them time to bring such new application during the long vacation, but as soon as reasonably possible, as if the more effective proceedings had been commenced on June 25, 1992. The defendants’ counsel intimated that they will alternatively attempt to justify the provisions of section 3 of the Act and the Canadian-content rules pursuant to section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and he intimated that they would file many and voluminous affidavits. This might be reason enough to invoke the provisions of subsection 18.4(2) [as enacted *idem*, s. 5] by directing that this proceeding be treated and proceeded with as an action, but, of course there already is an action afoot herein, in which this apparently interlocutory matter will be definitively adjudicated.

Does paragraph 28(1)(c) truly contemplate that the Appeal Division should be engaged in interlocutory

ni l’intenter de nouveau devant la Section de première instance, qui n’a pas compétence pour connaître de leur demande de contrôle judiciaire à l’égard du CRTC. En fait, le paragraphe 18(1) [mod., *idem*, art. 4] est énoncé «sous réserve de l’article 28», ce qui dilue la compétence exclusive qu’a la Section de première instance pour décerner une injonction lorsque l’alinéa 28(1)c) l’emporte sur ce paragraphe.

Les défendeurs, ou le défendeur constitué parmi ceux-ci, peuvent déposer des contre-affidavits s’ils le jugent indiqué, et en tout état de cause dans les délais impartis, et les parties peuvent procéder aux contre-interrogatoires des déposants adverses. Bien entendu, elles peuvent se prévaloir de la Règle 3(1)b), parce que cette ordonnance de renvoi sera rendue pendant les grandes vacances.

Les demanderesse devront prendre les mesures ou présenter la demande qu’elles jugent nécessaires ou appropriées compte tenu des dispositions portant sur le délai du paragraphe 18.1(2). Elles ont déposé leur avis de requête le 25 juin 1992, et si elles choisissent de retirer leur requête, de mettre de l’ordre dans leurs actes de procédure et de recommencer, la Cour ordonne maintenant que leur demande soit toujours réputée avoir été faite le 25 juin 1992; et, dans cette éventualité, la Cour fixe et leur accorde un délai pour présenter une nouvelle demande pendant les grandes vacances, mais aussitôt qu’il est raisonnablement possible de le faire, comme si les procédures plus régulières avaient été intentées le 25 juin 1992. L’avocat des défendeurs laisse entendre que ceux-ci tenteront, subsidiairement, de justifier les dispositions de l’article 3 de la Loi et les règles relatives au contenu canadien sous le régime de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et qu’ils déposeront de nombreux et volumineux affidavits. C’est peut-être là une raison suffisante pour invoquer les dispositions du paragraphe 18.4(2) [édicte, *idem*, art. 5] en ordonnant que la présente procédure soit instruite comme s’il s’agissait d’une action, mais, bien entendu, il existe déjà une action en cours en l’espèce, dans le cadre de laquelle cette question apparemment interlocutoire fera l’objet d’une décision définitive.

L’alinéa 28(1)c) prévoit-il vraiment que la Section d’appel devrait traiter des procédures interlocutoires?

proceedings? It appears to do so, for its expression contemplates “judicial review . . . in respect of . . . the [CRTC] established by [its constitutive] Act”. There is no requirement for the proceedings to be final or conclusive. The jurisdiction conferred is surely *ratione personae* as it inevitably is in Federal Court judicial review, instead of *ratione materiae*. In any event, section 28 expresses in full the words defined in section 2 [as am. *idem*, s. 1] designating only federal boards, commissions and other tribunals over which the Court exercises judicial review, as is made abundantly clear regarding the remedies provided in section 18, also. Subsection 28(1) lists only those boards, commissions and tribunals “in respect of” which the Court of Appeal is accorded jurisdiction to hear and determine applications for judicial review, that is for injunctions, *inter alia*. It does not found jurisdiction on subject matter, but on the legal establishment of the potential respondents under the laws of Canada mentioned therein. Any federal board, commission or other tribunal not listed in subsection 28(1) comes within the Trial Division’s jurisdiction, again *ratione personae*.

What is to be done about the plaintiffs’ first two applications for injunctive relief in regard to seized transmitting equipment? They seek to enjoin “the defendants”, but one cannot enjoin the sovereign, and it is not sure that the remaining defendant, CRTC is responsible at all for the seizure of the plaintiffs’ transmitting equipment.

The warrant for search and seizure (a photocopy) is exhibited, as an attachment, “C”, to Mr. Groening’s affidavit. It is addressed by name to three radio inspectors appointed pursuant to paragraph 5(1)(j) [as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 4] of the *Radiocommunication Act*. It recites the information on oath of one of them, Sidney William Barrie Dear of Selkirk, Manitoba, “a member of the Department of Communications”, who swears “that there are reasonable grounds for believing that the following offence has been committed: . . . contravention of subsection 4(1) [as am. *idem*; 1991, c. 11, s. 82] of the *Radiocommunication Act* [as specified] . . . and that goods to wit UHF (Ultra High Frequency) . . . apparatus . . . are in the possession of and under the operation of [the plaintiffs] Life . . ., Inspiration . . ., and/or Ken

Il semblerait que oui, car son libellé prévoit un «contrôle judiciaire . . . visant . . . le [CRTC] constitué par [sa] Loi [habilitante]». Il n’est pas requis que les procédures soient définitives ou concluantes. Le pouvoir conféré est sûrement de nature *ratione personae* comme c’est inéluctablement le cas dans un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, au lieu d’un pouvoir de nature *ratione materiae*. En tout état de cause, l’article 28 mentionne au complet les mots définis à l’article 2, nommant seulement les offices fédéraux sur lesquels la Cour exerce un contrôle judiciaire; c’est également ce qui ressort nettement de l’article 18 relativement aux réparations y prévues. En vertu du paragraphe 28(1), la Cour d’appel a compétence pour connaître des demandes de contrôle judiciaire, c’est-à-dire d’injonctions notamment, «visant» seulement les offices qui y sont énumérés. Sa compétence ne repose pas sur la matière, mais sur la constitution légale des intimés éventuels selon les lois du Canada y mentionnées. Les offices fédéraux non énumérés au paragraphe 28(1) relèvent de la compétence de la Section de première instance. Il s’agit là encore d’une compétence *ratione personae*.

Que doit-on faire des deux premières demandes d’injonction présentées par les demanderesse relativement au matériel de transmission saisi? Celles-ci cherchent à faire imposer une interdiction aux «défendeurs», mais on ne saurait le faire à l’égard du souverain, et il n’est pas certain que le défendeur restant, le CRTC, soit le moins responsable de la saisie du matériel de transmission des demanderesse.

Le mandat de perquisition et de saisie (une photocopie) est produit comme pièce «C» jointe à l’affidavit de M. Groening. Il vise nommément trois inspecteurs radio nommés en vertu de l’alinéa 5(1)(j) [mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 4] de la *Loi sur la radiocommunication*. Il relate la déposition sous serment de l’un d’entre eux, Sidney William Barrie Dear de Selkirk (Manitoba), [TRADUCTION] «membre du ministère des communications», qui jure «qu’il existe des motifs raisonnables de croire que l’infraction suivante a été perpétrée: . . . violation du paragraphe 4(1) de la *Loi sur la radiocommunication* [tel que précisé] . . . et que des objets, à savoir des appareils à FD (fréquences décimétriques) . . . se trouvant en la possession de [les demanderesse] Life . . ., Inspiration . . . ou de Ken Groening ou de tous ceux-ci et

Groening which will provide evidence of and relating to the said offence are concealed in the premises [particularized closely] . . . in . . . Winnipeg". The warrant could be executed "by day or by night", and it expired on May 27, 1992.

The Minister of Communications and inspectors appointed by him are responsible for the administration and enforcement of the *Radiocommunication Act*, and not "the defendants" as the plaintiffs allege. The CRTC, one of "the defendants" is not charged with the administration of this Act. The plaintiffs certainly cannot inflict their injunction proceedings upon the Appeal Division simply by erroneously naming the CRTC as one of the two "defendants" in such injunction proceedings relating to the inspectors' warranted seizure of the plaintiffs' broadcasting apparatus. The first two applications for injunctions regarding the apparatus will not be transferred to the Appeal Division because, despite the erroneous naming of the CRTC, it does not appear that these applications are made "in respect of" the CRTC at all. What becomes of these applications is up to the plaintiffs. They may pursue them as they stand, or they may pursue them as they might be thoughtfully amended. The plaintiffs must bring them on for hearing at the earliest opportunity consistent with the defendants' right to respond, or abandon them, or risk their being summarily and peremptorily dismissed. The defendants' counsel believes the plaintiffs' attack on the warrant ought not to be levied in this Court, despite the warrant's having been employed to enforce the *Radiocommunication Act*, and despite this Court's injunctive jurisdiction for purposes of such enforcement of subsection 10(1) [as enacted *idem*, s. 6; 1991, c. 11, s. 84] including section 4, pursuant to subsections 10(4) [as enacted *idem*] and (5) [as enacted *idem*] of the Act. However, since the parties are respectively represented by solicitors they may pursue such course as they are advised.

As discussed between the Court and the respective counsel at the hearing on June 30, 1992, the whole of this misbegotten proceeding will be adjourned *sine die* to permit the plaintiffs to serve the constitutional-question notices required by section 57, and to revise

exploités par eux, qui fourniront la preuve de la perpétration de l'infraction ou qui concernent la perpétration de l'infraction, sont dissimulés dans les locaux [minutieusement précisés] . . . à . . . Winnipeg». Le mandat pouvait être exécuté [TRADUCTION] «de jour ou de nuit», et il a expiré le 27 mai 1992.

Le ministre des Communications et les inspecteurs qu'il nomme, et non les «défendeurs» comme le prétendent les demanderesse, sont responsables de l'application de la *Loi sur la radiocommunication*. Le CRTC, l'un des «défendeurs», n'est pas chargé de l'application de cette Loi. Les demanderesse ne sauraient certainement pas imposer leurs procédures d'injonction à la Section d'appel simplement en citant erronément le CRTC comme l'un des «défendeurs» dans ces procédures d'injonction relatives à la saisie de leurs appareils de radiodiffusion effectuée par les inspecteurs munis de mandats. Les deux premières demandes d'injonction concernant les appareils ne seront pas renvoyées à la Section d'appel parce que, malgré la citation erronée du CRTC, il ne paraît pas que ces demandes visent le moins le CRTC. Ce qu'il advient de ces demandes dépend des demanderesse. Elles peuvent les poursuivre dans leur forme actuelle, ou dans leur forme modifiée après mûre réflexion. Les demanderesse doivent en assurer l'audition dans les meilleurs délais, en tenant compte du droit de répondre des défendeurs, ou les abandonner, ou risquer de les voir sommairement et définitivement rejetées. L'avocat des défendeurs croit qu'il ne convient pas que cette Cour connaisse de la contestation par les demanderesse du mandat, bien qu'on ait recouru à celui-ci pour faire appliquer la *Loi sur la radiocommunication*, et bien que cette Cour ait le pouvoir d'accorder des injonctions aux fins de l'application du paragraphe 10(1) [édicte, *idem*, art. 6; 1991, ch. 11, art. 84], notamment de l'article 4, en vertu des paragraphes 10(4) [édicte, *idem*] et (5) [édicte, *idem*] de la Loi. Toutefois, comme les parties se font respectivement représenter par avocat, elles peuvent adopter la ligne de conduite qui leur est conseillée.

Ainsi qu'il a été discuté entre la Cour et les avocats respectifs à l'audience du 30 juin 1992, l'audition de l'ensemble de la présente action mal conçue sera ajournée *sine die* pour permettre aux demanderesse de signifier les avis de questions constitutionnelles



and amend their application to the Appeal Division as they wish, or not, and to decide whether to amend or continue, or not, their two injunction applications in relation to the *Radiocommunication Act*.

The Court's indulgence in these regards is not to be taken as a precedent. It is bestowed principally, if not exclusively, because of the newness of the recent amendments to the Act and the Rules. The Court's order will be formulated in accordance with these reasons.

requis par l'article 57, de réviser et modifier ou non leur demande à l'intention de la Section d'appel, selon leur choix, et de décider s'il y a lieu de modifier ou de poursuivre leurs deux demandes d'injonction relativement à la *Loi sur la radiocommunication*.

L'indulgence de la Cour à cet égard ne doit pas être interprétée comme un précédent. Elle est accordée principalement, pour ne pas dire exclusivement, en raison de la nouveauté des modifications récemment apportées à la Loi et aux Règles. L'ordonnance de la Cour sera formulée conformément aux présents motifs.

T-1761-86

T-1761-86

**Harvey C. Smith Drugs Ltd. (Plaintiff)****Harvey C. Smith Drugs Ltd. (demanderesse)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen (Defendant)**

a

**Sa Majesté la Reine (défenderesse)***INDEXED AS: HARVEY C. SMITH DRUGS LTD. v. M.N.R. (T.D.)**RÉPERTORIÉ: HARVEY C. SMITH DRUGS LTD. c. M.R.N. (1<sup>re</sup> INST.)*

b

Trial Division, Reed J.—Toronto, April 16; Ottawa, April 27, 1992.

Section de première instance, juge Reed—Toronto, 16 avril; Ottawa, 27 avril 1992.

*Income tax — Income calculation — Deductions — Dispensing of prescription drugs in capsule or tablet form requiring pharmacist to cull damaged pills, count pills, place pills in appropriate container, label container — Not “processing” within Income Tax Act, s. 125.1 — Context of Act indicating “manufacturing” and “processing” related — “Manufacturing” used to narrow scope of dictionary meaning of “processing” for purposes of s. 125.1 — Imports requirement product being processed undergo physical change in form or appearance — Pharmacist not changing form or appearance of tablets and capsules — “Making product more marketable” not independent test — Packaging alone, apart from production processes involving change in form or appearance of product, not processing.*

c

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Le pharmacien qui prépare des médicaments sous forme de capsules ou de tablettes délivrées sur ordonnance doit enlever celles qui sont brisées, compter les pillules avant de les mettre dans le contenant approprié qu’il étiquette — Cette activité ne constitue pas une «transformation» au sens de l’art. 125.1 de la Loi de l’impôt sur le revenu — Le contexte de la Loi révèle que les concepts de «fabrication» et de «transformation» sont reliés — Le concept de «fabrication» permet de restreindre l’étendue du sens lexicographique du terme «transformation» aux fins de l’art. 125.1 — Il implique que la forme ou l’apparence du produit transformé doit subir un changement matériel — Le pharmacien ne change pas la forme ou l’apparence des tablettes et des capsules — Le fait que l’activité «facilite la mise en marché du produit» n’est pas un critère indépendant — L’emballage seul, indépendamment de l’activité de production qui entraîne un changement de forme ou d’apparence du produit, n’est pas une transformation.*

d

e

*Construction of statutes — Income Tax Act, s. 125.1 — Whether “processing” in s. 125.1 encompassing dispensing of prescription drugs in capsule or tablet form — Taxing statutes interpreted in accordance with object and purpose found in other sections of Act, context of Act generally and other statutes in pari materia — Explanations by departmental officials given in Senate and House of Commons Committees may shed light on ambiguous provisions, but should be used with care — Statements by ministers in House of Commons even less reliable — If doubt as to which alternative interpretation intended after reading relevant provisions in light of purpose and object of statute, should be resolved in favour of taxpayer — Noscitur a sociis rule not to be applied lightly — Context of Act indicating “manufacturing” and “processing” related — “Manufacturing” importing requirement product undergo physical change in form or appearance — Pharmacist not changing form or appearance of tablets or capsules.*

f

g

h

i

*Interprétation des lois — L’art. 125.1 de la Loi de l’impôt sur le revenu — La «transformation» prévue à l’art. 125.1 englobe-t-elle la préparation de médicaments délivrés sur ordonnance sous forme de capsules ou de tablettes? — Les lois fiscales doivent être interprétées conformément à leur objet et à leur esprit qu’on peut puiser dans les autres articles de la Loi, dans son contexte général et dans les lois en semblables matières — Les explications fournies par les fonctionnaires ministériels lors des travaux des comités du Sénat et de la Chambre des communes peuvent éclairer des dispositions ambiguës, mais elles doivent être considérées avec prudence — Les déclarations des ministres à la Chambre des communes sont même moins fiables — Si après avoir lu les dispositions pertinentes en fonction de l’objet et de l’esprit de la Loi, on éprouve encore des doutes quant à l’interprétation visée, il faut pencher en faveur du contribuable — La règle noscitur a sociis ne doit pas être appliquée à la légère — Le contexte de la Loi révèle que les concepts de «fabrication» et de «transformation» sont reliés — La «fabrication» implique que la forme ou l’apparence du produit doit subir un changement matériel — Le pharmacien ne change pas la forme ou l’apparence des tablettes ou des capsules.*

j

This was an appeal by way of trial *de novo* from the Tax Court’s decision that the dispensing of prescription drugs in tablet and capsule form did not constitute “processing” for the

Il s’agit d’un appel interjeté par la voie d’un nouveau procès contre une décision de la Cour de l’impôt selon laquelle la préparation de tablettes et de capsules délivrées sur ordonnance ne

purposes of the manufacturing and processing deduction under *Income Tax Act*, section 125.1. As part of its retail drugstore business, the taxpayer dispensed prescription drugs, with respect to which it was accorded the section 125.1 processing deduction, except with respect to the dispensing of tablets or capsules. The dispensing of drugs in capsule or tablet form requires the pharmacist to read the prescription, verify its authenticity, determine what is required to fill the prescription, select the appropriate tablets or capsules which have been purchased in bulk form, dump the tablets into a tray and, using a spatula, remove any that are damaged, count the tablets, place them in the appropriate container, and label it as required by legislation.

According to the Minister's budget speech, section 125.1 was added to the Act in 1973 to encourage processing in Canada by giving a deduction to Canadian firms which were in direct competition with foreign businesses. During 1962 and 1963, a related provision, subsection 40A(3), had deemed that packaging was not manufacturing or processing.

Taxpayer argued that the interpretation principle *noscitur a sociis* should not be employed. It was argued that "manufacturing or processing" were used disjunctively and should each be given its separate meaning.

*Held*, the action should be dismissed.

The artificially restrictive rules of interpretation respecting taxing statutes had been swept away by *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536. Taxing statutes are to be interpreted in accordance with their object and purpose, found in other sections of the Act, the context of the Act generally and other statutes *in pari materia*. Although explanations given, particularly by departmental officials, in Senate or House of Commons Committee proceedings may shed light on ambiguous statutory provisions, they must be used with care since such proceedings take on an advocacy flavour. Statements by ministers in the House of Commons may be even less reliable, as in this case where section 125.1 was drafted more broadly than necessary to meet the stated objective. A reference to the object of the legislation in a budget speech could not be used to graft onto the legislation terms and conditions which are not there. Little weight should be given to statements of the Minister of Finance in interpreting section 125.1.

Comments by the Supreme Court of Canada that, in cases of uncertainty, the taxpayer must be given the benefit of the doubt should not be interpreted as resiling from the principle set out in *Stuart*. They merely indicate that if, after reading the statutory provisions in the light of the purpose and object of the statute, there is still doubt as to which alternative interpretation was intended, then that doubt should be resolved in favour of the taxpayer.

constitue pas une «transformation» aux fins de la déduction relative à la fabrication et à la transformation prévue à l'article 125.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'entreprise de vente au détail de produits pharmaceutiques du contribuable consiste notamment à préparer des médicaments délivrés sur ordonnance, activité pour laquelle il a droit à la déduction relative à la transformation prévue à l'article 125.1, à l'exception de la préparation de tablettes ou de capsules. Le pharmacien qui prépare les médicaments sous forme de capsules ou de tablettes doit lire la prescription, vérifier son authenticité, déterminer ce dont il a besoin pour l'exécuter, sélectionner les tablettes ou capsules appropriées, achetées en vrac, verser les tablettes dans un plateau, enlever, à l'aide d'une spatule, celles qui sont brisées, compter les tablettes avant de les mettre dans le contenant approprié, et étiqueter celui-ci conformément à la législation.

Selon le discours du budget prononcé par le ministre, l'article 125.1 a été ajouté à la Loi en 1973 pour encourager la transformation au Canada en accordant une déduction aux compagnies canadiennes qui sont en concurrence directe avec les entreprises étrangères. En 1962 et 1963 était en vigueur le paragraphe 40A(3), disposition connexe, en vertu duquel l'emballage était réputé ne pas être une fabrication ou une transformation.

La contribuable a prétendu que le principe d'interprétation *noscitur a sociis* ne devrait pas être appliqué. On a soutenu que les termes «fabrication ou transformation» étaient utilisés séparément et devraient recevoir chacun un sens distinct.

*Jugement*: l'action devrait être rejetée.

L'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536 a balayé les règles d'interprétation artificiellement restrictives appliquées aux lois fiscales. Celles-ci doivent être interprétées conformément à leur objet et à leur esprit qu'on peut puiser dans les autres articles de la Loi, dans son contexte général et dans les lois en semblables matières. Bien que les explications fournies, particulièrement par les fonctionnaires ministériels, lors des travaux des comités du Sénat ou de la Chambre des communes, puissent éclairer des dispositions législatives ambiguës, elles doivent être considérées avec prudence puisque ces travaux revêtent des allures de plaidoyers. Les déclarations des ministres à la Chambre des communes peuvent être encore moins fiables, comme en l'espèce où l'article 125.1 a été rédigé de façon plus générale que nécessaire pour réaliser l'objectif énoncé. On ne peut utiliser un renvoi à l'objectif d'une loi énoncé dans un discours du budget pour greffer aux dispositions de la Loi des modalités qui n'y sont pas. On ne peut accorder beaucoup de poids aux déclarations du ministre des Finances pour interpréter l'article 125.1.

Les commentaires émis par la Cour suprême du Canada selon lesquels, en cas d'incertitude, il faut donner le bénéfice du doute au contribuable, ne rejettent pas le principe énoncé dans l'arrêt *Stuart*. Ils indiquent seulement que, si après avoir lu les dispositions législatives en fonction de l'objet et de l'esprit de la Loi, on éprouve encore des doutes quant à l'interprétation visée, il faut pencher en faveur du contribuable.

The case law has established that, to characterize an activity as "processing" within the meaning of section 125.1, there must at least be a change in form or appearance of the product being processed, even if only a chemical or electrical change not visible to the naked eye. While the *noscitur a sociis* rule should not be applied lightly, in this case the whole context of the Act made it clear that "manufacturing" and "processing" are related. The pharmacist did not change the form or appearance of the tablets and capsules.

Case law does not establish that making the product more marketable is an independent test. That would be a very broad test, as an activity which makes a product more marketable can encompass much that would not be considered "processing".

The absence of legislation deeming packaging only not to be processing did not lead to the conclusion that packaging must be considered a process under section 125.1. The "deeming" clause in the former section 40A was intended only to ensure that what did not naturally fall within "processing" for section 40A purposes would not in fact do so. Although many production processes could involve as an end step the packaging of the product being processed, which could legitimately be considered to be part of a processing of the product, packaging alone, apart from an integrated activity, involving change in the form or appearance of the product, cannot be classified as processing for section 125.1 purposes.

Selon la jurisprudence, pour qualifier une activité de «transformation» au sens de l'article 125.1, le produit transformé doit au moins subir un changement de forme ou d'apparence, même un changement chimique ou électrique non visible à l'œil nu. Bien que la règle *noscitur a sociis* ne doive pas être appliquée à la légère, en l'espèce, compte tenu du contexte général de la Loi, il est évident que les concepts de «fabrication» et de «transformation» sont reliés. Le pharmacien n'a pas changé la forme ou l'apparence des tablettes et des capsules.

La jurisprudence n'établit pas que l'activité qui facilite la mise en marché du produit est un critère indépendant. Un tel critère serait très général puisque l'activité qui facilite la mise en marché d'un produit peut englober un grand nombre d'éléments ne relevant pas du concept de «transformation».

L'absence d'une disposition selon laquelle l'emballage seul est réputé ne pas être une transformation ne permet pas de conclure que l'emballage doit être considéré comme un procédé en vertu de l'article 125.1. La présomption établie à l'ancien article 40A visait seulement à faire en sorte que ce qui ne relevait pas directement du concept de «transformation» aux fins de cet article n'y soit pas inclus. Bien qu'un grand nombre de procédés de production puissent nécessiter, en dernier lieu, l'emballage du produit transformé, qu'on peut à juste titre considérer comme une étape de la transformation du produit, l'emballage seul, indépendamment de l'activité intégrée qui entraîne un changement de forme ou d'apparence du produit, ne peut être qualifié de transformation aux fins de l'article 125.1.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Child Resistant Packages Regulation*, R.R.O. 1980, Reg. 445. f  
*Health Disciplines Act*, R.S.O. 1980, c. 196.  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1), ss. 40A (as enacted by S.C. 1962-63, c. 8, s. 10), 125.1 (as enacted by S.C. 1973-74, c. 29, s. 1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Kimel, M. v. Minister of National Revenue* (1982), 82 DTC 1086 (T.A.B.). h

##### DISTINGUISHED:

- Federal Farms Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] Ex.C.R. 410; [1966] C.T.C. 62; (1966), 66 DTC 5068; aff'd [1967] S.C.R. vi; (1967), 67 DTC 5311; *Admiral Steel Products Ltd. v. Minister of National Revenue* (1966), 66 DTC 174 (T.A.B.); *Thompson, W.G., & Sons Ltd. v. Minister of National Revenue* (1966), 66 DTC 291 (T.A.B.); *Woods Harbour Lobster Co. Ltd. v. Minister of National Revenue* (1989), 89 DTC 303 (T.C.C.). i

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Child Resistant Packages Regulation*, R.R.O. 1980, Reg. 445.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 1), art. 40A (édicte par S.C. 1962-63, ch. 8, art. 10), 125.1 (édicte par S.C. 1973-74, ch. 29, art. 1). g  
*Loi sur les sciences de la santé*, L.R.O. 1980, ch. 196.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Kimel, M. v. Minister of National Revenue* (1982), 82 DTC 1086 (C.A.I.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

- Federal Farms Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.É. 410; [1966] C.T.C. 62; (1966), 66 DTC 5068; conf. par [1967] R.C.S. vi; (1967), 67 DTC 5311; *Admiral Steel Products Ltd. v. Minister of National Revenue* (1966), 66 DTC 174 (C.A.I.); *Thompson, W.G., & Sons Ltd. v. Minister of National Revenue* (1966), 66 DTC 291 (C.A.I.); *Woods Harbour Lobster Co. Ltd. v. Minister of National Revenue* (1989), 89 DTC 303 (C.C.I.). j

## CONSIDERED:

*Canada v. Fries*, [1990] 2 S.C.R. 1322; [1990] 2 C.T.C. 439; (1990), 90 DTC 6662; 114 N.R. 150; *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 CTC 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244; *Tenneco Canada Inc. v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 323; (1991), 91 DTC 5207 (F.C.A.); *Attorney General for British Columbia v. The King* (1922), 63 S.C.R. 622; 68 D.L.R. 106; [1922] 3 W.W.R. 2669; *British Columbia Telephone Company Limited v. The Queen* (1992), 92 DTC 6129 (F.C.A.).

## AUTHORS CITED

Canada. *House of Commons Debates*, Vol. III, 4th Sess., 28th Parl., 21 Eliz. II, May 8, 1972.  
*Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. by P. St. J. Langan, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1969.

APPEAL from Tax Court of Canada decision, [1986] 1 C.T.C. 2339; (1986), 86 DTC 1243, that dispensing of prescription drugs in capsule or tablet form did not constitute "processing" for the purposes of the deduction under *Income Tax Act*, section 125.1. Action dismissed.

## COUNSEL:

*Richard B. Thomas and D. Lisa Goldstein* for plaintiff.  
*M. Judith Sheppard* for defendant.

## SOLICITORS:

*McMillan Binch*, Toronto, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

REED J.: The plaintiff corporation appeals (by way of trial *de novo*) a decision of the Tax Court dated March 12, 1986, and reported at [1986] 1 C.T.C. 2339, which held that the dispensing of prescription drugs in tablet and capsule form does not constitute "processing" for the purposes of the manufacturing and processing deduction under section 125.1 [as enacted by S.C. 1973-74, c. 29, s. 1] of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended [by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1].

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Canada c. Fries*, [1990] 2 R.C.S. 1322; [1990] 2 C.T.C. 439; (1990), 90 DTC 6662; 114 N.R. 150; *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 CTC 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244; *Tenneco Canada Inc. c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 323; (1991), 91 DTC 5207 (C.A.F.); *Attorney General for British Columbia v. The King* (1922), 63 R.C.S. 622; 68 D.L.R. 106; [1922] 3 W.W.R. 2669; *British Columbia Telephone Company Limited c. La Reine* (1992), 92 DTC 6129 (C.A.F.).

## DOCTRINE

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 4<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> Lég., 21 Eliz. II, 8 mai 1972.  
*Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. by P. St. J. Langan, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1969.

APPEL contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt, [1986] 1 C.T.C. 2339; (1986), 86 DTC 1243, selon laquelle la préparation de médicaments délivrés sur ordonnance sous forme de capsules ou de tablettes ne constitue pas une «transformation» aux fins de la déduction prévue à l'article 125.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Action rejetée.

## AVOCATS:

*Richard B. Thomas et D. Lisa Goldstein* pour la demanderesse.  
*M. Judith Sheppard* pour la défenderesse.

## PROCUREURS:

*McMillan Binch*, Toronto, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

LE JUGE REED: La corporation demanderesse interjette appel (par la voie d'un nouveau procès) contre une décision de la Cour de l'impôt rendue le 12 mars 1986 et publiée dans [1986] 1 C.T.C. 2339, qui a conclu que la préparation de tablettes et de capsules sur ordonnance ne constitue pas de la «transformation» aux fins de la déduction relative à la fabrication et à la transformation prévue à l'article 125.1 [édicte par S.C. 1973-74, ch. 29, art. 1] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, telle que modifiée [par S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 1].

**125.1** (1) There may be deducted from the tax otherwise payable under this Part by a corporation for a taxation year an amount equal to the aggregate of

(a) 9% of the lesser of

(i) the amount, if any, by which the corporation's Canadian manufacturing and processing profits for the year exceed the least of the amounts determined under paragraphs 125(1)(a) to (d) in respect of the corporation for the year, and

(b) 5% of the lesser of

(i) the corporation's Canadian manufacturing and processing profits for the year, and  
(ii) the least of the amounts determined under paragraphs 125(1)(a) to (d) in respect of the corporation for the year;

except that in applying this section for a taxation year after the 1973 taxation year, the reference in paragraph (a) to "9%" shall be read as a reference to "8%" for the 1974 taxation year, "7%" for the 1975 taxation year, and "6%" for the 1976 and subsequent taxation years.

### Facts

The plaintiff owns and operates a retail drugstore in the city of Brantford. Part of that business involves the dispensing of prescription drugs. Such drugs can be liquids, ointments or creams, reconstituted drugs (i.e., made from powders by mixing with distilled water or other solvent), compound prescriptions, tablets or capsules. With respect to the dispensing of all of these except tablets and capsules, the plaintiff is accorded the section 125.1 processing deduction (except when the drug is merely relabelled in the manufacturer's container). I understand, for example, that the deduction is allowed if a small quantity of a liquid drug is taken by the pharmacist from a larger bulk quantity, inspected, placed in an appropriately sized, and if required coloured, bottle and labelled. In the case of ointments and creams, the processing deduction is allowed when these are scooped from a bulk quantity, perhaps smoothed by a mortar and pestle, and placed in an appropriately sized smaller container. I understand, too, that the taking of non-prescription tablets and capsules from a bulk quantity, placing them in colourful containers, sealing the containers and placing them on drugstore shelves for selection by customers is also considered to be processing. The dispensing of prescriptions drugs in

**125.1** (1) Une corporation peut déduire de l'impôt payable par ailleurs pour une année d'imposition, en vertu de la présente Partie, un montant égal au total obtenu en additionnant

a) 9 % du moins élevé des montants qui représentent

(i) la fraction si fraction il y a, des bénéfices de fabrication et de transformation au Canada réalisés par la corporation pour l'année qui est en sus du moins élevé des montants déterminés en vertu des alinéas 125(1)a) à d), à l'égard de la corporation, pour l'année, ou

b) 5 % du moins élevé des montants suivants:

(i) les bénéfices de fabrication et de transformation au Canada réalisés par la corporation pour l'année, ou  
(ii) le moins élevé des montants déterminés en vertu des alinéas 125(1)a) à d) à l'égard de la corporation, pour l'année,

sauf que, aux fins de l'application du présent article à une année d'imposition postérieure à l'année d'imposition 1973, le pourcentage de «9 %» qui figure à l'alinéa a) doit être remplacé par le pourcentage de «8 %» pour l'année d'imposition 1974, de «7 %» pour l'année d'imposition 1975 et de «6 %» pour les années d'imposition 1976 et suivantes.

### Les faits

La demanderesse exploite à Brantford une pharmacie dont elle est propriétaire. L'entreprise consiste notamment à préparer des médicaments délivrés sur ordonnance. Ceux-ci sont des liquides, des onguents ou des crèmes, des médicaments reconstitués (c'est-à-dire faits à partir de poudres mélangées avec de l'eau distillée ou un autre dissolvant), des ordonnances composées, des tablettes ou des capsules. La demanderesse a droit à la déduction relative à la transformation prévue à l'article 125.1 pour la préparation de tous ces médicaments à l'exception des tablettes et des capsules (sauf lorsque le médicament est simplement étiqueté de nouveau dans le contenant du fabricant). Je sais, notamment, que le pharmacien a droit à la déduction s'il prend une petite quantité d'un médicament liquide acheté en vrac, l'inspecte, le verse dans une bouteille de dimension appropriée et colorée si nécessaire, puis l'étiquette. La déduction relative à la transformation est accordée pour les onguents et les crèmes lorsque ceux-ci sont tirés d'une grosse quantité, peut-être aplanis à l'aide d'un mortier et d'un pilon, et placés dans un contenant plus petit de dimension appropriée. Je sais également que le fait de mettre des tablettes et des capsules achetés en vrac et ne faisant pas l'objet d'une ordon-

tablet or capsule form, however, is not treated as processing by the defendant.

The dispensing of drugs in tablet or capsule form is the most significant part of the plaintiff's dispensing business. Without this being included for section 125.1 purposes, the plaintiff cannot meet the 10% of gross revenues required by subparagraph 125.1(3)(b)(x) of the *Income Tax Act* (the "de minimis rule").

The dispensing of drugs in capsule or tablet form requires the pharmacist to read the prescription, verify its authenticity, determine what is required to fill the prescription, select the appropriate tablets or capsules which have been purchased in bulk form (that is in containers of 100, 500, 1,000, 2,500 or 5,000), dump the tablets into a tray and, using a spatula, remove any that are discoloured, broken, chipped or cracked, count the tablets and place them in the appropriate container. Two different trays are used, one for penicillin products and one for non-penicillin products. The pharmacist may select as between a brand-name drug and a generic unless the doctor directs otherwise. If cold storage prevents deterioration of the drug, the drug will have been kept refrigerated by the pharmacist. The pharmacist is required by legislation<sup>1</sup> to put the capsules into a container with a child-proof safety cap. (Patients who are arthritic can request a snap cap.) The container is a vial which is either clear or amber. Amber vials are used to preserve certain drugs from the effect of light which deteriorates the strength of the medication. The size and colour of the vial are determined by the prescription. The pharmacist does not seal the vial. Lastly, the pharmacist is required by provincial law to label the container with a prescription number, the patient's name, full directions for use, the doctor's name, the quantity of the medication and the date dispensed.

<sup>1</sup> *Child Resistant Packages Regulation*, R.R.O. 1980, Reg. 445, enacted under the *Health Disciplines Act*, R.S.O. 1980, c. 196.

nance dans des contenants colorés, de les sceller avant de les disposer sur les tablettes de la pharmacie à l'intention des clients, est également considéré comme une transformation. Toutefois, la défendresse ne considère pas la préparation de tablettes ou de capsules délivrées sur ordonnance comme une transformation.

La demanderesse prépare la plus grande partie de ses médicaments sous forme de tablettes ou de capsules. Si cette activité n'est pas incluse aux fins de l'article 125.1, la demanderesse n'atteint pas le pourcentage de 10 % des recettes brutes requis par le sous-alinéa 125.1(3)b(x) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (le critère du 10 %).

Le pharmacien qui prépare des tablettes ou des capsules doit lire la prescription, vérifier son authenticité, déterminer ce dont il a besoin pour l'exécuter, sélectionner les tablettes ou capsules appropriées, achetées en vrac (en contenants de 100, 500, 1 000, 2 500 ou 5 000), verser les tablettes dans un plateau, enlever, à l'aide d'une spatule, celles qui sont décolorées, brisées, écaillées ou fendues, et compter les tablettes avant de les mettre dans le contenant approprié. Deux différents plateaux sont utilisés, un pour les produits contenant de la pénicilline et l'autre pour ceux qui n'en contiennent pas. Le pharmacien opte pour une marque déposée ou un nom générique à moins que le médecin prescrive autre chose. Si nécessaire, le pharmacien réfrigère le médicament pour réprimer sa détérioration. Il doit, en vertu de la loi<sup>1</sup>, mettre les capsules dans un contenant dont la capsule de sûreté est à l'épreuve des enfants. (Les patients atteints d'arthrite peuvent demander un couvercle à pression). Le contenant, une fiole, est clair ou ambré. Les fioles ambrées protègent certains médicaments contre l'effet de la lumière qui en détériore la force. La dimension et la couleur de la fiole dépendent de la prescription. Le pharmacien ne scelle pas la fiole. Enfin, il doit, en vertu de la législation provinciale, inscrire sur le contenant le numéro de la prescription, le nom du patient, la posologie, le nom du médecin, la quantité du médicament et la date de sa préparation.

<sup>1</sup> *Child Resistant Packages Regulation*, R.R.O. 1980, Reg. 445, adopté en application de la *Loi sur les sciences de la santé*, L.R.O. 1980, ch. 196.

## Legislative History

Section 125.1 provides for a deduction from the tax otherwise payable by a corporation. The amount is calculated by reference to the corporation's "manufacturing and processing profits for the year". Paragraph 125.1(3)(a) defines "Canadian manufacturing and processing profits":

### 125.1 (3) ...

(a) "Canadian manufacturing and processing profits" of a corporation for a taxation year means such portion of the aggregate of all amounts each of which is the income of the corporation for the year from an active business carried on in Canada as is determined under rules prescribed for that purpose by regulation made on the recommendation of the Minister of Finance to be applicable to the manufacturing or processing in Canada of goods for sale or lease; ... [Underlining added.]

Section 125.1 was added to the Act in 1973. The text of the budget speech of the Minister of Finance<sup>2</sup> when introducing the relevant amendment states:

As a major step in the development of a new industrial policy for this country, I am bringing forward measures of a fundamental nature to revitalize the manufacturing and processing industries. These measures will help this sector improve its competitive position in the world and will thus protect existing jobs and provide well-paying new jobs for Canadians in and near the urban centres where they want to work. Moreover, these proposals will further reinforce growth throughout the economy by stimulating an early expansion in capital investment.

First, I propose that the cost of all machinery and equipment purchased after tonight by a taxpayer to be used for the purpose of manufacturing or processing goods for sale or lease in Canada may be written off in two years. A new capital cost allowance class will be established and a taxpayer will be entitled to claim as depreciation up to 50 per cent of the cost of the asset in the year in which it is acquired and the unclaimed balance in any subsequent year.

Second, commencing January 1, 1973, the top rate of corporate tax applicable to manufacturing and processing profits earned in Canada will be reduced to 40 per cent. Similarly, the effective rate of corporate tax applicable to manufacturing and processing profits earned in Canada eligible for the small business deduction will be reduced from 25 per cent to 20 per cent. In order to give effect to these rate reductions, it will be necessary to provide rules to enable a corporation to distinguish its

<sup>2</sup> *House of Commons Debates*, at pp. 2001-2002 (May 8, 1972).

## Historique législatif

L'article 125.1 prévoit une déduction de l'impôt par ailleurs payable par une corporation. Le montant est déterminé en fonction des «bénéfices de fabrication et de transformation ... d'une corporation pour une année». L'alinéa 125.1(3)a) définit cette notion:

### 125.1 (3) ...

a) «bénéfices de fabrication et de transformation au Canada» d'une corporation pour une année d'imposition signifie le pourcentage de tous les montants dont chacun est le revenu que la corporation a tiré pour l'année d'une entreprise exploitée activement au Canada, déterminé en vertu des règles prescrites à cette fin par voie de règlement établi sur la recommandation du ministre des Finances, qui doit s'appliquer à la fabrication ou à la transformation au Canada d'articles destinés à la vente ou à la location; ... [C'est moi qui souligne.]

L'article 125.1 a été ajouté à la Loi en 1973. Au moment d'introduire les modifications pertinentes, le ministre des Finances a déclaré ceci dans son discours du budget<sup>2</sup>:

Comme point de départ dans l'élaboration d'une nouvelle politique industrielle pour notre pays, je présente des mesures fondamentales en vue de ranimer les industries de fabrication et de transformation. Ces mesures vont aider ce secteur à améliorer sa position concurrentielle dans le monde et, du même coup, sauvegarder les emplois actuels et assurer de nouveaux emplois rémunérateurs aux Canadiens dans les centres urbains où ils désirent travailler, ou à proximité de ceux-ci. En outre, ces propositions vont relancer la croissance de l'économie en suscitant une expansion des placements de capitaux avant longtemps.

Premièrement, je propose que le coût de toutes les machines et de tout l'outillage qu'un contribuable achètera, à compter de demain, pour la fabrication ou la transformation de biens destinés à être vendus ou loués au Canada soit amorti en deux ans. On établira une nouvelle catégorie de déductions pour amortissement et le contribuable aura le droit de déduire, à ce titre jusqu'à 50 p. 100 du coût du bien au cours de l'année d'acquisition, et de déduire au cours de toute année ultérieure le solde non encore réclamé.

Deuxièmement, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1973, le taux le plus élevé d'impôt sur les sociétés applicable aux bénéfices réalisés au Canada dans la fabrication et la transformation sera abaissé à 40 p. 100. Parallèlement, le taux réel de l'impôt sur les sociétés applicable aux bénéfices réalisés au Canada dans la fabrication ou la transformation et admissibles à la déduction accordée aux petites entreprises sera abaissé de 25 à 20 p. 100. Pour que ces réductions de taux prennent effet, il faudra édicter

<sup>2</sup> *Débats de la Chambre des communes*, aux p. 2001 et 2002 (8 mai 1972).



manufacturing and processing income from other kinds of income, such as investment income, wholesaling and retailing income and natural resource income. Specific rules for this purpose will be included in the bill and in the regulations.

The tax treatment of companies engaged in manufacturing and processing will now compare very favourably with that in other nations, particularly the United States and the enlarged Common Market countries. Accordingly, it is to be expected that these measures will provide a substantial incentive for the establishment in Canada of new manufacturing enterprises and the expansion of existing enterprises by increasing the return that can ultimately be realized on capital investment.

The increase in the flow of funds available to these industries will strengthen their ability to compete with foreign manufacturers in a variety of ways. They make use of these expanded resources to finance new research and development, to finance an expansion of productive capacity, to introduce new product lines and to finance the development of new cost-reducing methods.

Prior to the 1973 amendment, a related provision had existed in the taxation years 1962 and 1963. During those years subsection 40A [as enacted by S.C. 1962-63, c. 8, s. 10] of the *Income Tax Act* provided:

40A. (1) There may be deducted from the tax otherwise payable for a taxation year by a manufacturing and processing corporation an amount determined by the following rules:

(2) In this section,

(a) "manufacturing and processing corporation" means a corporation that had net sales for the taxation year in respect of which the expression is being applied from the sale of goods processed or manufactured in Canada by the corporation the amount of which was at least 50% of its gross revenue for the year, but does not include a corporation whose principal business for the year was

- (i) operating a gas or oil well,
- (ii) logging,

(3) For the purpose of paragraph (a) of subsection (2)

(a) goods processed or manufactured shall be deemed not to include goods that have been packaged only; . . . [Underlining added.]

des règles permettant à une société de faire la distinction entre ses revenus provenant de la fabrication ou de la transformation et ses autres genres de revenus, par exemple le revenu de placements, le revenu du commerce de gros et de détail, le revenu de l'exploitation des ressources naturelles. Des règles spéciales seront incorporées au bill et aux règlements.

Le traitement fiscal accordé aux sociétés de fabrication et de transformation se comparera désormais très favorablement avec celui qui s'applique dans d'autres pays, notamment aux États-Unis et dans les pays du Marché commun élargi. Par conséquent, il est à prévoir que ces mesures aboutiront à des stimulants substantiels en vue de la création, au Canada, de nouvelles entreprises de fabrication, et de l'expansion de celles qui existent déjà, en accroissant les revenus que produiront, en fin de compte, les capitaux investis.

L'accroissement des liquidités auxquelles auront accès ces industries augmentera leur capacité de concurrencer de multiples façons les fabricants étrangers. Ces ressources accrues pourraient servir à financer de nouveaux travaux de recherche et de développement ainsi qu'une expansion de la capacité de production, à créer de nouveaux produits et à financer la mise au point de nouvelles méthodes de réduction des prix de revient.

Au cours des années d'imposition 1962 et 1963, soit avant la modification de 1973, il existait une disposition connexe. L'article 40A [édicte par S.C. 1962-63, ch. 8, art. 10] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* était alors ainsi libellé:

40A. (1) Une corporation de fabrication et de transformation peut déduire de l'impôt autrement payable pour une année d'imposition un montant déterminé d'après les règles suivantes:

(2) Dans le présent article,

a) «corporation de fabrication et de transformation» désigne une corporation dont les ventes nettes pour l'année d'imposition à l'égard de laquelle l'expression est appliquée, provenant de la vente de marchandises transformées ou fabriquées au Canada par la corporation, dont le montant a atteint au moins 50 p. 100 de son revenu brut pour l'année, mais qui ne comprend pas une corporation dont l'entreprise principale pour l'année a été

- (i) l'exploitation d'un puits de gaz ou de pétrole,
- (ii) l'exploitation des bois et forêts,

(3) Pour les objets de l'alinéa a) du paragraphe (2)

a) des marchandises transformées ou fabriquées sont réputées ne pas comprendre des marchandises qui n'ont subi que l'emballage; . . . [C'est moi qui souligne.]

Several cases were cited which dealt with the interpretation of the admonition in subsection 40A(3) that packaging was deemed not to be manufacturing or processing. In *Federal Farms Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] Ex.C.R. 410; aff'd [1967] S.C.R. vi, it was held that washing, brushing, spraying, drying, sizing, culling, grading and packaging carrots and potatoes was a process or a series of processes which prepared the product for the retail market. This activity was held to fall within the ordinary meaning of the word "processing". (The vegetables travelled along conveyor belts, went through washing machines, etc.) That decision referred to various dictionary definitions of the word "process" (at page 416):

In Webster's Third New International Dictionary published in 1964 the word "process" is defined as follows, "to subject to a particular method, system or technique of preparation, handling or other treatment designed to effect a particular result: put through a special process as (1) to prepare for market, manufacture or other commercial use by subjecting to some process (—ing cattle by slaughtering them) (—ed milk by pasteurizing it) (—ing grain by milling) (—ing cotton by spinning):

In Webster's Second New International Dictionary published in 1959 the following definition of the word "process" appears, "to subject (especially raw material) to a process of manufacturing, development, preparation for market, etc.; to convert into marketable form as live stock by slaughtering, grain by milling, cotton by spinning, milk by pasteurizing, fruits and vegetables by sorting and repacking".

Other standard works consulted define "process" as "to treat, prepare, or handle by some special method".

Mr. Justice Cattanach summed up his decision in the *Federal Farms Ltd.* case by saying (at page 416):

Although the product sold remains a vegetable, nevertheless it is not a vegetable as it came from the ground but rather one that has been cleaned, with improved keeping qualities [as a result of the spraying] and thereby rendered more attractive and convenient to the consumer.

I do not consider that the operations of the appellant constitute packaging only. . . .

On a cité plusieurs causes où il était question de l'interprétation de l'avertissement donné au paragraphe 40A(3) selon lequel l'emballage était réputé ne pas être une fabrication ou une transformation.

Dans l'arrêt *Federal Farms Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.É. 410 conf. par [1967] R.C.S. vi, on a conclu que le nettoyage, le brossage, la pulvérisation, le séchage, le calibrage, l'élimination, le classement et l'emballage de carottes et de pommes de terre constituaient un procédé de transformation ou une série de procédés de transformation visant à apprêter le produit en vue de sa vente au détail. On a conclu que le sens ordinaire du terme «transformation» englobait cette activité. (Les légumes étaient transportés sur un convoyeur, étaient lavés à la machine, etc.) Cette décision renvoyait à différentes définitions de dictionnaire du terme «transformation» (à la page 416):

[TRADUCTION] Dans le *Webster's Third New International Dictionary*, publié en 1964, ce mot est défini comme suit: «soumettre à l'action d'un procédé, système ou technique de préparation particuliers, à une manipulation ou à un autre traitement conçu dans un but particulier: faire subir un processus spécial comme (1) préparer pour la mise en marché, la fabrication ou une autre utilisation commerciale en soumettant à l'action d'un procédé quelconque (. . . des bestiaux en les abattant) (. . . du lait par la pasteurisation) (. . . des céréales par la mouture) (. . . du coton par le filage).

Le *Webster's Second New International Dictionary*, publié en 1959, donne la définition suivante du mot «process»: «soumettre (surtout une matière première) à l'action d'un procédé de fabrication, de mise au point, de préparation pour la mise en marché, etc.; donner une forme différente pour faciliter la mise en marché, par exemple l'abattage des bestiaux, la mouture du grain, le filage du coton, la pasteurisation du lait, le triage et le remballage des fruits et des légumes».

Les autres ouvrages généraux consultés définissent «process» (transformer) comme «traiter, préparer ou manipuler au moyen d'une méthode spéciale».

Le juge Cattanach a résumé sa décision dans l'arrêt *Federal Farms Ltd.* en disant (à la page 416):

[TRADUCTION] Même si le produit vendu est toujours un légume, il est différent d'un légume fraîchement cueilli; il a été nettoyé et sa capacité de conservation a été améliorée [grâce à la vaporisation]; il est en somme devenu plus appétissant et plus commode aux yeux du consommateur.

Je ne crois pas que les opérations de l'appellant ne constituent que de l'emballage. . . .

In *Admiral Steel Products Ltd. v. Minister of National Revenue* (1966), 66 DTC 174 (T.A.B.), the slitting, flattening, shearing and edging of coils of strip steel in order to adapt them to the needs of the taxpayer's customers was held to be processing. The taxpayer changed the form of the steel coils to render them more usable and marketable. The Tax Appeal Board noted that the form in which the steel coils were received from the foundry was not usable by the ultimate customer until their form had been changed. This change of form required the use of extensive machinery.

In *Thompson, W.G., & Sons Ltd. v. Minister of National Revenue* (1966), 66 DTC 291 (T.A.B.), the taxpayer purchased white beans directly from growers. The beans were then put through eleven operations which involved the use of elaborate equipment. They were, for example, to be cleaned, sorted, dried, treated with chemicals to prevent bacterial infection and packaged. The Tax Appeal Board held that this did not constitute "packaging only" (at page 296):

In interpreting section 40A(2)(a), quoted above, there only seems to be the one statutory guide-post, namely, section 40A(3)(a) which states that "goods processed or manufactured shall be deemed not to include goods that have been packaged only". So, it is clear from that guide-post that, while section 40A remained in effect (the section was made applicable to any taxation year ending after March 31, 1962 and repealed in 1963 cutting off the deduction to the 1964 and subsequent taxation years), Parliament had no intention of providing a production incentive to a processing corporation where the operation carried on by it was nothing more nor less than one of packaging.

It should be observed that Parliament does not say in section 40A(3)(a) that there is no such thing as a *packaging process*. Indeed, that section which is quoted above suggests to me that Parliament accepts the proposition that packaging can be regarded as a process. If the word "manufactured" in section 40A(3)(a) happens to apply to the *goods* in question then it is, obviously, unnecessary to decide whether the word "processed" is also applicable to the said goods, but if the word "manufactured" is not applicable to the said goods, then the alternative word "processed", assuming it is possible to interpret section 40A(3)(a) [sic], must be applicable to the goods in question. On that basis, it would appear to be reasonable to regard packaging as a process for the purposes of section 40A of the Act. Accordingly, all that remains to be decided now is whether the appellant's processing operation of white beans, involving the steps Nos. 1-11 outlined earlier, constitutes

Dans l'arrêt *Admiral Steel Products Ltd. v. Minister of National Revenue* (1966), 66 DTC 174 (C.A.I.), on a conclu que le fait de fendre des rouleaux de fils d'acier, de les laminier, de les cisailer et de les tailler afin de les adapter aux besoins des clients de la contribuable constituait une transformation. La contribuable modifiait la forme des rouleaux d'acier afin de faciliter leur utilisation et leur mise en marché. La Commission d'appel de l'impôt a remarqué qu'il fallait changer la forme des rouleaux d'acier reçus de la fonderie pour les rendre utilisables par le client ultime. À cette fin, il fallait utiliser un équipement considérable.

Dans l'arrêt *Thompson, W.G., & Sons Ltd. v. Minister of National Revenue* (1966), 66 DTC 291 (C.A.I.), la contribuable achetait des haricots blancs directement des cultivateurs. Les haricots subissaient alors onze opérations nécessitant l'utilisation d'un équipement compliqué. Ils devaient notamment être nettoyés, triés, séchés et traités chimiquement afin d'éviter les infections bactériennes avant d'être emballés. La Commission d'appel de l'impôt a conclu que ces opérations constituaient plus «qu'un empaquetage» (à la page 296):

[TRADUCTION] Pour interpréter l'alinéa 40A(2)a) cité ci-dessus, il ne semble y avoir qu'un seul indicateur législatif, soit l'alinéa 40A(3)a) qui énonce que les «marchandises transformées ou fabriquées sont réputées ne pas comprendre des marchandises qui n'ont subi que l'empaquetage». Selon cet indicateur, il est clair que tant que l'article 40A était en vigueur (l'article était applicable à toute année d'imposition se terminant après le 31 mars 1962 et il a été abrogé en 1963, supprimant ainsi la déduction à l'égard des années d'imposition 1964 et suivantes), le Parlement n'avait pas l'intention de fournir un encouragement à la production à la corporation de transformation qui n'effectuait que l'empaquetage.

Il convient de noter qu'à l'alinéa 40A(3)a), le Parlement ne nie pas l'existence du *procédé d'empaquetage*. En fait, cet alinéa, cité ci-dessus, me donne à entendre que le Parlement convient que l'empaquetage peut être considéré comme un procédé. Si le terme «fabriquées» de l'alinéa 40A(3)a) s'applique effectivement aux *marchandises* en question, il est alors évidemment inutile de décider si le terme «transformées» s'y applique aussi; mais si le terme «fabriquées» ne s'applique pas à ces marchandises, le terme «transformées», en tenant pour acquis qu'il est possible d'interpréter l'alinéa 40A(3)a) [sic], doit s'y appliquer. Pour ce motif, il semble être raisonnable de considérer l'emballage comme un procédé aux fins de l'article 40A de la Loi. En conséquence, il ne reste qu'à décider si l'activité de transformation des haricots blancs par l'appelante, qui nécessite les étapes 1 à 11 mentionnées précédemment, est plus qu'une opération courante ou superficielle d'empaquetage.

something more than the routine or perfunctory operation of *packaging*. When it is realized that *only step No. 10*, of the 11 above-mentioned steps, constituted packaging then it begins to look as if the appellant was entitled to the production incentive provided in section 40A in its 1962 taxation year. When it is further realized: that steps Nos. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 and 11 involved modern, mechanical, chemical, electrical, and electronic equipment; that such equipment had to be operated and maintained by trained technical personnel; that some of the technicians had to be licensed to handle . . .

The taxpayer was thus entitled to the processing tax credit.

After the 1973 amendment which added the present section 125.1 to the Act, the Interpretation Bulletin issued by the Department of National Revenue (IT-145 dated February 5, 1974) with respect to the manufacturing and processing deduction, stated in paragraph 6:

6. The Department views packaging and wrapping activities as processing provided that they are carried on in conjunction with other manufacturing or processing activities. As well, the activities of breaking bulk and repackaging are generally considered to be processing.

In 1981, the relevant Interpretation Bulletin (IT-145R dated June 19, 1981) was changed somewhat. In paragraph 41 it states:

41. The mixing of various liquids or compounds when preparing a drug prescription is considered to constitute manufacturing and processing. However, the filling of prescriptions by placing labels on products already in their own container or by the placing of pills, capsules or liquids purchased in bulk into small containers and labelling them is not considered to qualify as manufacturing and processing. Where a corporation has considered activities referred to in the previous sentence as qualified activities when computing their manufacturing and processing deduction in previous years, this will be accepted by the Department for taxation years ending prior to January 1, 1979 [but not thereafter].

### Statutory Interpretation

Much of counsel's argument centred upon the relevant principles of statutory interpretation. It is accepted that Mr. Justice Estey in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536 swept away the artificially restrictive rules of interpretation respecting taxing statutes which seem to have prevailed prior to that time. It is no longer acceptable to

Lorsqu'on sait que, parmi les onze étapes mentionnées ci-dessus, *seule la dixième* consistait à emballer, il semble en découler que l'appelant a droit à l'encouragement à la production prévu à l'article 40A à l'égard de son année d'imposition 1962. En outre, lorsqu'on sait que les étapes n<sup>o</sup> 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 et 11 nécessitent un équipement moderne, mécanique, chimique, électrique et électronique, que cet équipement devait être manipulé et entretenu par un personnel compétent, que certains techniciens devaient être autorisés pour manipuler . . .

La contribuable a donc eu droit au crédit d'impôt pour transformation.

À la suite de la modification de 1973 qui a ajouté le présent article 125.1 à la Loi, le paragraphe 6 du Bulletin d'interprétation publié par le ministère du Revenu national (IT-145 daté du 5 février 1974) relativement à la déduction pour fabrication et transformation était ainsi libellé:

6. Le Ministère considère les activités se rapportant à l'emballage comme des activités de transformation, à condition qu'elles se fassent parallèlement à d'autres activités de fabrication ou de transformation. De même, les activités consistant à fractionner des marchandises en vrac et à les réemballer ensuite sont en général considérées comme des activités de transformation.

En 1981, le Bulletin d'interprétation pertinent (IT-145R daté du 19 juin 1981) a été quelque peu modifié. Le paragraphe 41 énonce ceci:

41. Le mélange de divers liquides ou composés fait pour remplir une ordonnance de médicaments est considéré comme une activité de fabrication et de transformation. Cependant, l'exécution d'ordonnances consistant à mettre une étiquette sur des produits déjà dans leurs contenants ou à mettre des pilules, des capsules ou des liquides achetés en vrac dans de petits contenants et à étiqueter ces contenants n'est pas considérée comme une activité de fabrication et de transformation. Lorsqu'une corporation a considéré les activités mentionnées dans la phrase précédente comme des activités admissibles dans le calcul de sa déduction pour frais de fabrication et de transformation au cours des années précédentes, le Ministère acceptera cette méthode pour les années d'imposition se terminant avant le 1<sup>er</sup> janvier 1979 [mais pas après].

### Interprétation législative

Une grande partie de la plaidoirie des avocats a porté sur les principes pertinents d'interprétation législative. Il est convenu que le juge Estey, dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, a balayé les règles d'interprétation artificiellement restrictives qui semblent avoir été appliquées, antérieurement, aux lois fiscales. On n'admet

parse the language of a taxing statute rigidly. It is no longer appropriate to decide that, if a taxpayer does not fall squarely within the four corners of a charging section, that section cannot be applied to the taxpayer. It is no longer acceptable to require a taxpayer to demonstrate that he or she falls precisely and exactly, without any doubt, within the literal wording of a deduction or exemption section in order to benefit from it.

Taxing statutes, like other statutes, are to be interpreted in accordance with their object and purpose. But the question remains where does one find that purpose? There is no doubt that other sections of the Act, the context of the Act generally and other statutes in *pari materia* are sources of purpose and intent. Although there was a general principle that legislative debates and other similar material were not referred to as a source in interpreting legislation, that principle is no longer rigorously applied. Explanations given, particularly by departmental officials, in Senate or House of Commons Committee proceedings may shed light on ambiguous statutory provisions. These must be used with care, however, since it is known that such proceedings take on an advocacy flavour; those supporting the proposed legislation wish to put it in the best light.

Although one would not want to discount entirely statements by ministers in the House of Commons, these often will be even less reliable. In my view, the reliance on the Minister of Finance's budget papers in this case is a good example. As counsel for the plaintiff argues, the Minister's statement may be absolutely true, that is he explained the object of the section 125.1 deduction as being designed to encourage processing in Canada (to give a deduction to Canadian firms which were in direct competition with foreign competitors). The provision as drafted may very well accomplish that object. But the deduction is more broadly drafted than necessary to meet only that objective. For example, the treatment of prescription drugs which are liquids and ointments, and which treatment the defendant admits constitutes processing, does not fall within the object of the legislation as enunciated by the Minister. A reference to the object of the legislation as enunciated by the Minister in the budget papers cannot be used to graft onto

plus l'analyse stricte du libellé d'une loi fiscale. D'une part, il ne convient plus de ne pas appliquer au contribuable un article en vertu duquel il est imposé si ce dernier ne répond pas en tout point aux dispositions de l'article. D'autre part, pour bénéficier d'un article accordant une déduction ou une exemption, le contribuable n'a plus à démontrer qu'il est visé précisément et exactement, sans aucun doute, par le texte littéral de l'article.

Les lois fiscales, au même titre que d'autres lois, doivent être interprétées conformément à leur objet et à leur esprit. Mais comment déceler cet esprit? De toute évidence, on peut puiser dans les autres articles de la Loi, dans son contexte général et dans les lois en semblables matières. Bien qu'il ait existé un principe général selon lequel on ne pouvait consulter les débats législatifs et autres instruments semblables pour interpréter une loi, ce principe n'est plus appliqué rigoureusement. Les explications fournies, particulièrement par les fonctionnaires ministériels, lors des travaux des comités du Sénat ou de la Chambre des communes, peuvent éclairer des dispositions législatives ambiguës. Ces commentaires doivent toutefois être utilisés avec prudence puisque tous savent que ces travaux revêtent des allures de plaidoyers; ceux qui appuient la législation proposée souhaitent la présenter sous son meilleur jour.

Bien qu'on n'ait pas intérêt à les négliger entièrement, les déclarations des ministres à la Chambre des communes sont souvent moins fiables. À mon avis, en l'espèce, le crédit accordé au discours du budget du ministre des Finances est un bon exemple. Comme l'avocat de la demanderesse le soutient, la déclaration du ministre peut être des plus vraies lorsqu'il explique que la déduction prévue à l'article 125.1 vise à encourager la transformation au Canada (à accorder une déduction aux compagnies canadiennes qui font face à la concurrence étrangère). La disposition telle que rédigée peut très bien réaliser cet objectif. Mais le texte de la déduction est plus général que nécessaire pour ne réaliser que cet objectif. Ainsi, la préparation des liquides et onguents délivrés sur ordonnance, que la défenderesse reconnaît être une transformation, ne répond pas à l'objectif de la législation énoncé par le ministre. On ne peut utiliser un renvoi à l'objectif d'une loi énoncé par le ministre dans le discours du budget pour greffer aux disposi-

the statutory provisions of the Act terms and conditions which are simply not there. In the present case, I cannot give much weight to the statements of the Minister of Finance in interpreting section 125.1.

With respect to the statements in *Canada v. Fries*, [1990] 2 S.C.R. 1322; and *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46 which indicate that in cases of uncertainty the taxpayer must be given the benefit of the doubt, I do not interpret those comments as in any way resiling from the principle set out in *Stuart*. In my view, those cases merely indicate that if after one has read the relevant statutory provisions of an Act and read them in the light of the purpose and object of the statute, there is still doubt as to which alternative interpretation was intended, then, that doubt should be resolved in favour of the taxpayer, regardless of whether the provision in question is a charging section or an exemption or deduction provision.

#### Recent Jurisprudence

A number of decisions which have been rendered with respect to section 125.1 of the *Income Tax Act* were cited. The most important of these for present purposes is *Tenneco Canada Inc. v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 323 (F.C.A.). In that case, the Court dealt with whether or not the assembling and replacing of mufflers on cars was a "manufacturing" or "processing" activity. In deciding that it was not, the Federal Court of Appeal relied on the *Federal Farms* case, *supra*. The Court went on to state (at page 326):

Processing occurs when raw or natural materials are transformed into saleable items. Such raw or natural materials are unsaleable, or would sell for a lesser price, in their unprocessed state. Thus, gravel treated by washing, drying and crushing becomes more valuable (*Nova Scotia Sand and Gravel Ltd. v. The Queen*, [1980] C.T.C. 378; 80 D.T.C. 6298 (F.C.A.)), as do vegetables prepared by washing, brushing, spraying and packing (*Federal Farms v. M.N.R.*, *supra*). Both of these operations are processing. Furthermore, processing implies uniformity; the same process, or a highly similar one, is usually applied to each item treated (*Vibroplant v. Holland*, [1982] 1 All E.R. 792 (C.A.)).

The operations of the appellant did not come within these definitions. There was no real change in the form, appearance or characteristics of the pipes and other parts being used in the exhaust systems. There were minor alterations of them, when needed, in order to enable them to fit together and to function as a system. If the alterations and adjustments were not made,

tions de la Loi des modalités qui n'y sont tout simplement pas. En l'espèce, je ne peux accorder beaucoup de poids aux déclarations du ministre des Finances pour interpréter l'article 125.1.

À mon avis, les commentaires émis dans les arrêts *Canada c. Fries*, [1990] 2 R.C.S. 1322; et *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46 selon lesquels, en cas d'incertitude, il faut donner le bénéfice du doute au contribuable, ne rejettent pas le principe énoncé dans l'arrêt *Stuart*. Ces affaires indiquent seulement que, si après avoir lu les dispositions législatives pertinentes en fonction de l'objet et de l'esprit de la Loi, on éprouve des doutes quant à l'interprétation visée, il faut pencher en faveur du contribuable, que la disposition en question prévoit une imposition, une exemption ou une déduction.

#### Jurisprudence récente

On a cité certaines décisions portant sur l'article 125.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Aux fins de l'espèce, l'arrêt *Tenneco Canada Inc. c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 323 (C.A.F.) est le plus important. Dans cette affaire, la Cour devait décider si l'assemblage et le remontage de silencieux sur des automobiles constituaient une activité de «fabrication» ou de «transformation». En tranchant négativement, la Cour d'appel fédérale s'est appuyée sur l'arrêt *Federal Farms*, précité. Elle a dit (à la page 326):

La transformation suppose que les matières premières ou naturelles deviennent vendables. Ces matières premières ou naturelles, non encore transformées, sont invendables, ou vendables à prix plus bas. Ainsi, le gravier traité par lavage, séchage et broyage devient plus vendable (*Nova Scotia Sand and Gravel Ltd. c. La Reine*, [1980] C.T.C. 378; 80 D.T.C. 6298 (C.A.F.)), comme les légumes apprêtés par lavage, broyage, pulvérisation et emballage (*Federal Farms v. M.N.R.*). Ces deux activités sont de la transformation. En outre, la transformation implique l'uniformisation; chaque produit traité est soumis au même procédé ou à un procédé très semblable (*Vibroplant v. Holland*, [1982] 1 ALL E.R. 792 (C.A.)).

Les activités de l'appelante ne rentraient pas dans ces définitions. Il n'y avait pas de changement véritable de forme, d'apparence ou de caractéristiques des tuyaux et des autres pièces utilisés dans les systèmes d'échappement. Ils étaient l'objet de modifications de peu d'importance, au besoin, pour qu'ils s'emboîtent bien et que le système fonctionne. Si les modifica-

the customer would not receive a repaired, operating exhaust system.

The Court added [at page 327]:

This case is not like *Admiral Steel Products Ltd. v. M.N.R.* (1966), 40 Tax A.B.C. 322; 66 D.T.C. 174, where steel products were substantially changed in form so as to be more usable and marketable. Nor is it like the *Federal Farms* and *Nova Scotia Sand and Gravel* cases, *supra*, where the products were processed in order to make them saleable. What was done here resembles more what was done in *Harvey C. Smith Drugs Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 2339; 86 D.T.C. 1243, (counting pills) and *Latter Investments Ltd. v. M.N.R.*, [1982] C.T.C. 2076; 82 D.T.C. 1086, (cutting cloth). Suppose someone purchased a ready-made suit of clothes, which required some alterations, at a retail clothing store. To do those alterations on a ready-made suit would not, I think, be considered manufacturing or processing. To order a suit made to measure, however, would be manufacturing by the maker of the suit.

Counsel for the plaintiff recognizes that the reference to the Tax Court decision in the present case<sup>3</sup> is a difficulty he must address. He argues that the Federal Court of Appeal referred to the Tax Court decision without having viewed the evidence in this case and particularly without being aware that the pharmacist does more than merely count the tablets and capsules. He notes in addition that the reference to alterations by a tailor appears to conflict with paragraph 48 of IT-145R.

### Considerations and Conclusion

As I read the cases that have been cited to me, I conclude that in order to characterize an activity as processing within the meaning of section 125.1 there must at the least be a change in form or appearance of the product being processed. In all of the cases, there has been a physical change in the product being processed. The physical change may be chemical or electrical and thus not immediately visible to the eye but there has been a physical change to the product. In *Federal Farms*, the carrots and potatoes were washed and sprayed with a growth retardant to prevent deterioration. In *Admiral Steel Products*, the steel was flattened, sheared, split; it was changed into a difference shape and size so as to become usable by

<sup>3</sup> A similar reference is also found in *Woods Harbour Lobster Co. Ltd. v. Minister of National Revenue* (1989), 89 DTC 303 (T.C.C.), at p. 306.

tions et ajustements n'étaient pas effectués, les clients ne recevraient pas de système réparé, en état de marche.

La Cour a ajouté ceci [à la page 327]:

Cette affaire est différente de l'affaire *Admiral Steel Products Ltd. v. M.N.R.* (1966), 40 Tax A.B.C. 322; 66 D.T.C. 174, dans laquelle des produits d'acier subissaient d'importantes modifications de forme, ce qui les rendait plus utiles et plus vendables. Elle diffère aussi des affaires *Federal Farms* et *Nova Scotia Sand and Gravel*, où les produits étaient transformés de sorte qu'ils fussent vendables. Ce que l'on faisait en l'espèce ressemble davantage à ce que l'on a fait dans *Harvey C. Smith Drugs Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 2339; 86 D.T.C. 1243 (enrobage de comprimés) et dans *Latter Investments Ltd. v. M.N.R.*, [1982] C.T.C. 2076; 82 D.T.C. 1086 (coupe du tissu). À supposer qu'une personne achète des vêtements de confection dans une boutique et qu'il faille y faire des retouches. Faire une retouche à une tenue de confection ne serait pas considéré, à mon sens, comme assimilable à la fabrication ou à la transformation. Mais commander une tenue faite sur mesure supposerait que le tailleur fabrique les vêtements.

L'avocat de la demanderesse admet que le renvoi à la décision de la Cour de l'impôt en l'espèce<sup>3</sup> représente un obstacle qu'il doit surmonter. Il soutient que la Cour d'appel fédérale a renvoyé à la décision de la Cour de l'impôt sans avoir examiné la preuve en l'espèce et particulièrement sans savoir que le pharmacien ne se contente pas de compter les tablettes et les capsules. Il note également que l'allusion aux retouches par un tailleur paraît entrer en conflit avec le paragraphe 48 de IT-145R.

### Examen et conclusions

Je conclus des affaires qui m'ont été citées que pour qualifier une activité de transformation au sens de l'article 125.1, le produit transformé doit au moins subir un changement de forme ou d'apparence. Dans tous les cas, il y a eu changement matériel du produit transformé. Ce changement pouvant être chimique ou électrique, il peut donc ne pas être immédiatement visible à l'œil, mais le produit a subi un changement matériel. Dans l'arrêt *Federal Farms*, les carottes et les pommes de terre étaient lavées et pulvérisées avec un produit ralentissant la croissance afin d'en prévenir la détérioration. Dans l'arrêt *Admiral Steel Products*, l'acier était limé, cisailé et fendu; il prenait une forme et une dimension différentes afin d'être

<sup>3</sup> L'arrêt *Woods Harbour Lobster Co. Ltd. v. Minister of National Revenue* (1989), 89 DTC 303 (C.C.I.), à la p. 306 contient un renvoi semblable.

the ultimate consumer. In the *Thompson* case, the beans were washed and treated with chemicals to prevent bacterial infection. In *Woods Harbour Lobster Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, *supra*, the lobsters were cleaned, their claws were pegged.

Moreover, I agree with the analysis in *Kimel, M. v. Minister of National Revenue* (1982), 82 DTC 1086 (T.A.B.), where processing was defined in light of its association with “manufacturing”, it was held that taking a large bolt of cloth from the manufacturer, unrolling it, measuring it into smaller lengths, smoothing it out, cutting it and rerolling onto spindles (cardboard tubes) was not processing for section 125.1 purposes (at page 1088):

The word “process” is one of very broad import. . . . It is not, however, in my opinion, an apt word to use in collectively describing the various operations which were carried on in the Appellants’ stores. This is particularly apparent when it is remembered that it is, in the Act, used in conjunction with the word “manufacturing”.

Counsel for the plaintiff argues that the interpretation principle captured by the Latin phrase *noscitur a sociis* should not be employed in this case. (That is, that the meaning of “processing” should not be influenced by its association with “manufacturing”.) It is argued that Mr. Justice MacGuigan’s comments in *British Columbia Telephone Company Limited v. The Queen* (1992), 92 DTC 6129 (F.C.A.), at page 6133, should be adopted. Mr. Justice MacGuigan quoted *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. by P. St. J. Langan, at page 289, and *Attorney General for British Columbia v. The King* (1922), 63 S.C.R. 622, at page 638, for the proposition that the *noscitur a sociis* rule should not be applied lightly. Counsel for the plaintiff argues that in this case when the words “manufacturing or processing” are used, they are being used disjunctively and one should be careful to give each its separate meaning.

While I accept that admonition, in the present case the whole context of the Act makes it clear that the concepts “manufacturing” and “processing” are related. The concept “processing”, as was noted in

utilisable par le client ultime. Dans l’arrêt *Thompson*, les haricots étaient lavés et traités avec des produits chimiques afin d’éliminer les risques d’infections bactériennes. Dans l’arrêt *Woods Harbour Lobster Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, précité, une fois les homards nettoyés, leurs pinces étaient attachées.

De plus, je fais mienne l’analyse exposée dans l’arrêt *Kimel, M. v. Minister of National Revenue* (1982), 82 DTC 1086 (C.A.I.), où la transformation a été définie dans le contexte de sa relation avec la «fabrication»; on a conclu que le fait d’acheter de gros rouleaux de tissus auprès d’un fabricant, de les dérouler, de les mesurer en morceaux moins longs, de les lisser avant de les couper et de les enrouler de nouveau sur des fuseaux (morceaux de carton) n’était pas une transformation aux fins de l’article 125.1 (à la page 1088):

Le mot «process» (transformer) a donc un sens très étendu . . . Cependant, à mon avis, il ne décrit pas bien l’ensemble des opérations exécutées dans les magasins des appelantes. Ceci devient encore plus évident compte tenu du fait qu’il est employé, dans la Loi, avec le mot «fabrication».

L’avocat de la demanderesse prétend que le principe d’interprétation énoncé dans la locution latine *noscitur a sociis* ne devrait pas être appliqué en l’espèce. (C’est-à-dire que le sens de la «transformation» ne devrait pas être affecté par sa relation avec la «fabrication».) Il soutient également que les commentaires du juge MacGuigan, J.C.A., dans l’arrêt *British Columbia Telephone Company Limited c. La Reine* (1992), 92 DTC 6129 (C.A.F.), à la page 6133, devraient être suivis. Le juge MacGuigan, J.C.A., a cité *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12<sup>e</sup> éd. par P. St. J. Langan, à la p. 289 et l’arrêt *Attorney General for British Columbia v. The King* (1922), 63 R.C.S. 622, à la page 638, pour avancer que la règle *noscitur a sociis* ne devrait pas être appliquée à la légère. L’avocat de la demanderesse soutient qu’en l’espèce, lorsque les termes «fabrication ou transformation» sont utilisés, ils le sont séparément, et il faut veiller à donner à chacun son sens distinct.

Bien que j’admette cet avertissement, en l’espèce, compte tenu du contexte général de la Loi, il est évident que les concepts de «fabrication» et de «transformation» sont reliés. Le concept de «transforma-



the *Kimel* case, is very broad. The ordinary dictionary definition of that word encompasses a very wide variety of activity. For the purposes of section 125.1, it is necessary to narrow that broad scope in order for the term to be meaningful. One factor which is useful in such interpretation is the import and meaning of the associated word "manufacturing". This, to me, imports a requirement that the product being processed undergo a physical change in form or appearance and not merely be packaged.

In the present case, the pharmacist does not change the form or appearance of the tablets and capsules. They remain in the form in which they were received from the manufacturer. While the pharmacist may cull broken or discoloured units from the whole, I am not prepared to categorize this as processing. I agree with Brûlé J. in the Tax Court that the pharmacists' dispensing activities cannot be classified as processing because there is no change in the form or appearance or other characteristic of the tablets and capsules which are actually sold.

I place little reliance on the fact that sale of the drugs, in counsel for the respondent's words, is effected when the doctor writes a prescription. I have some difficulty with the idea that a processing activity loses its character as such, if it occurs after an order is made rather than before. This argument seems to flow from the assumption that processing for section 125.1 purposes is synonymous with any activity which "makes the product more marketable". I do not read the jurisprudence as establishing this criterion as an independent test. Such a test would be very broad indeed. An activity which makes the product more marketable, in my view, can encompass much that would not fall under the concept of processing. I have no doubt that the activity engaged in by the pharmacist renders the prescription drugs more marketable. Indeed, they cannot be sold to the ultimate consumer without the dispensing activity.

If rendering the product more marketable is an independent test, then, the activity of a pharmacist in dispensing prescription drugs qualifies. If I am wrong and the two tests (change in form or appearance and

tion», comme on l'a remarqué dans l'arrêt *Kimel*, est très étendu. La définition lexicographique habituelle de ce terme comporte un très grand nombre d'activités. Aux fins de l'article 125.1, il est nécessaire de restreindre cette large portée afin que le terme soit significatif. La portée et le sens du terme relié, soit «fabrication», est un facteur utile dans le contexte d'une telle interprétation. À mon avis, il est ainsi nécessaire que la forme ou l'apparence du produit transformé subisse un changement matériel et qu'il ne soit pas seulement emballé.

En l'espèce, le pharmacien ne change pas la forme ou l'apparence des tablettes et des capsules. Celles-ci conservent la forme dans laquelle elles ont été reçues du fabricant. Bien que le pharmacien puisse éliminer les unités brisées ou décolorées, je ne peux qualifier cette activité de transformation. Je conviens avec le juge Brûlé de la Cour de l'impôt que l'activité de préparation du pharmacien ne peut être qualifiée de transformation puisque les tablettes et les capsules qui sont vendues ne subissent aucun changement de forme, d'apparence ou d'autres caractéristiques.

Je ne m'appuie guère sur le fait que la vente des médicaments, selon les termes de l'avocate de l'intimée, est effectuée dès que le médecin écrit une prescription. Je peux difficilement concevoir que l'activité de transformation perd sa nature comme telle si elle est effectuée après qu'une ordonnance soit délivrée plutôt qu'avant. Cette prétention semble découler de la présomption selon laquelle la transformation aux fins de l'article 125.1 est assimilable à toute activité qui «facilite la mise en marché du produit». À mon avis, la jurisprudence n'établit pas cette règle à titre de critère indépendant. Un tel critère serait effectivement très général. À mon avis, l'activité qui facilite la mise en marché du produit peut englober un grand nombre d'éléments ne relevant pas du concept de transformation. Je ne doute pas que l'apport du pharmacien facilite la mise en marché des médicaments délivrés sur ordonnance. En fait, ceux-ci ne peuvent être vendus au consommateur ultime sans d'abord être préparés.

Si le fait de faciliter la mise en marché du produit est un critère indépendant, la préparation par le pharmacien de médicaments délivrés sur ordonnance est admissible. Par contre, si au contraire les deux cri-

increase in marketability) are separate and alternative tests, then I must conclude that the plaintiff's activity falls into section 125.1. The drugs cannot be sold without the activity undertaken by the druggist. The fact that this is required by law rather than being merely a personal requirement of the customer is not significant.

This raises for consideration counsel for the plaintiff's argument that regardless of the lack of any change to the form or appearance of the actual tablets and capsules, packaging itself is a process. He argues that this follows from the text of the earlier section 40A of the Act which deemed packaging not to be such. It is also implicitly accepted by the judgment of the Tax Court in the present case (at page 2349):

Naturally, the sale of non-prescription pills is different. If, for example, a drugstore were to purchase non-prescription pills in bulk and package them in eye-catching containers under their own brand name in perhaps quantities not normally available then this would, it seems to me, increase the marketability of the pills. This, I believe, was the intention of the original Interpretation Bulletin . . .

I have considerable difficulty classifying packaging alone as a processing operation as contemplated by section 125.1. The earlier, analogous provision in section 40A may have deemed "packaging only" not to be processing but I do not conclude that the absence of such an admonition leads to a conclusion that packaging must be considered a process under section 125.1. The "deeming" clause in section 40A can be interpreted as intending only to ensure that what did not naturally fall within the concept of processing for section 40A purposes would not in fact do so. One can envisage that many production processes involve as an end step the packaging of the product being processed. This may very well legitimately be considered to be part of a processing of the product. But, I am not convinced that packaging alone, apart from such integrated activity, which involves change in the form or appearance of the product itself, can be classified as processing for section 125.1 purposes.

tères (changement de forme ou d'apparence et facilitation de la mise en marché) sont distincts et alternatifs, je dois alors conclure que l'activité de la demanderesse relève de l'article 125.1. Les médicaments ne peuvent être vendus sans l'apport du pharmacien. Il importe peu que cette obligation soit prescrite par la loi plutôt que de n'être qu'une exigence personnelle du consommateur.

*b* Nous devons par conséquent examiner la prétention de l'avocat de la demanderesse selon laquelle, en dépit de l'absence de changement de forme ou d'apparence des tablettes et capsules, l'emballage en lui-même est assimilable à une transformation. Il s'appuie sur le texte de l'ancien article 40A de la Loi selon lequel l'emballage n'était pas réputé être une transformation. La Cour de l'impôt en l'espèce a également implicitement accepté cette prétention (à la page 2349):

Naturellement, il n'en va pas de même pour la vente de pilules ne faisant pas l'objet d'une ordonnance. Si, par exemple, le pharmacien achetait pareilles pilules en vrac et les emballait dans des contenants agréables à regarder sous leur propre marque, en une quantité qui n'est peut-être pas habituellement disponible, la chose faciliterait alors, me semble-t-il, la commercialisation des pilules. Je crois que telle était l'intention manifestée dans le paragraphe 6 du bulletin initial d'interprétation IT-145.

*f* J'éprouve énormément de difficulté à qualifier l'emballage seul d'activité de transformation prévue à l'article 125.1. Même si, en vertu de l'ancien article 40A, semblable à l'article 125.1, la transformation était réputée ne pas comprendre «que l'emballage», je ne conclus pas que l'absence d'un tel avertissement à l'article 125.1 puisse permettre de conclure que l'emballage doit être considéré comme un procédé. On peut interpréter la présomption établie à l'article 40A comme visant seulement à faire en sorte que ce qui ne relevait pas directement du concept de transformation aux fins de l'article 40A n'y soit pas inclus. On peut penser qu'un grand nombre de procédés de production nécessitent, en dernier lieu, l'emballage du produit transformé. On peut à juste titre considérer cela comme une étape de la transformation du produit. Mais je ne suis pas convaincue que l'emballage seul, indépendamment de l'activité intégrée qui entraîne un changement de forme ou d'apparence du produit lui-même, peut être qualifié de transformation aux fins de l'article 125.1.

For the reasons given, the plaintiff's action will be dismissed.

Pour ces motifs, l'action de la demanderesse sera rejetée.

T-50-91

**In the matter of Jenann Tareq Ismael (Appellant)**

T-50-91

**Affaire intéressant Jenann Tareq Ismael (appelante)***INDEXED AS: ISMAEL (RE) (T.D.)**a RÉPERTORIÉ: ISMAEL (RE) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, MacKay J.—Calgary, June 16; Ottawa, June 30, 1992.

Section de première instance, juge MacKay—Calgary, 16 juin; Ottawa, 30 juin 1992.

*Citizenship — Residency requirements — Appeal from citizenship judge's decision refusing application for citizenship for failure to satisfy residence requirement established by Citizenship Act, s. 5(1) — Insufficient number of days accumulated within four years preceding date of citizenship application — Physical presence not sole test for residence under s. 5(1)(c) — Case law reviewed — Applicant must establish residence in Canada with clear intention to reside there — Appellant absent from Canada for completion of advanced studies — Numerous indicia of continuing ties with Canada while studying abroad — Appellant considering Canada as home and intending to continue to reside there on completion of studies abroad — Minority not bar to establishing residence in Canada — Absence for purposes of studies not affecting residence — Residency requirements of s. 5(1)(c) met — Appeal allowed.*

*b* *Citoyenneté — Conditions de résidence — Appel d'une décision d'un juge de la citoyenneté rejetant une demande de citoyenneté pour non-satisfaction de la condition de résidence prévue à l'art. 5(1) de la Loi sur la citoyenneté — Accumulation insuffisante de jours de résidence au cours des quatre ans précédant la date de la demande de citoyenneté — La présence physique n'est pas le seul critère de résidence visé à l'art. 5(1)(c) — Examen de la jurisprudence — Les requérants doivent établir leur résidence au Canada avec l'intention certaine d'y résider — L'appelante s'est absentée du Canada pour terminer ses études supérieures — De nombreux indices montrent qu'elle a conservé des liens avec le Canada pendant ses études à l'étranger — L'appelante considère le Canada comme son pays et elle a l'intention de continuer à y résider après avoir terminé ses études à l'étranger — La minorité ne constitue pas un empêchement à l'établissement de la résidence au Canada — Les absences liées à la poursuite d'études n'influent pas sur la résidence — Les conditions de résidence de l'art. 5(1)(c) sont satisfaites — Appel accueilli.*

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5(1), 14(5).*

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*f* *Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1), 14(5).*

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*g* *Re Chien, T-28-90, Dubé J., judgment dated 6/2/92, F.C.T.D., not yet reported; Re Law, T-1604-91, Reed J., judgment dated 22/5/92, F.C.T.D., not yet reported.*

## CONSIDERED:

*h* *Re Kelly (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 44; 32 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); In re Citizenship Act and in re Lee, T-2242-84, Cullen J., judgment dated 12/3/85, F.C.T.D., not reported.*

## REFERRED TO:

*i* *Canada (Secretary of State) v. Nakhjavani, [1988] 1 F.C. 84; (1987), 2 Imm. L.R. 241; 13 F.T.R. 107 (T.D.).*

APPEAL from a decision of the citizenship judge refusing appellant's application for Canadian citizenship for failure to satisfy the residence requirement established by paragraph 5(1)(c) of the *Citizenship Act*. Appeal allowed.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Re Chien, T-28-90, juge Dubé, jugement en date du 6-2-92, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédit; Re Law, T-1604-91, juge Reed, jugement en date du 22-5-92, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédit.*

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Re Kelly (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 44; 32 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); Affaire intéressant la Loi sur la citoyenneté et Lee, T-2242-84, juge Cullen, jugement en date du 12-3-85, C.F. 1<sup>re</sup> inst., inédit.*

## DÉCISION CITÉE:

*Canada (Secrétariat d'État) c. Nakhjavani, [1988] 1 C.F. 84; (1987), 2 Imm. L.R. 241; 13 F.T.R. 107 (1<sup>re</sup> inst.).*

APPEL d'une décision d'un juge de la citoyenneté rejetant la demande de citoyenneté de l'appelante pour non-satisfaction de l'exigence de résidence prévue à l'alinéa 5(1)(c) de la *Loi sur la citoyenneté*. Appel accueilli.

## COUNSEL:

*Meir Porat* for appellant.  
*Fred A. Beasley, amicus curiae.*

## SOLICITORS:

*Meir Porat*, Calgary, for appellant.  
*Fred A. Beasley*, Calgary, *amicus curiae.*

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

MACKAY J.: This is an appeal pursuant to subsection 14(5) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 as amended, from the decision of the citizenship judge who refused the appellant's application for Canadian citizenship on the ground that the appellant had failed to satisfy the residence requirement established by the Act. In all other respects the citizenship judge found the appellant met all of the requirements for citizenship.

Subsection 5(1) of the Act provides:

5. (1) The Minister shall grant citizenship to any person who

- (a) makes application for citizenship;
- (b) is eighteen years of age or over;
- (c) has been lawfully admitted to Canada for permanent residence, has not ceased since such admission to be a permanent resident pursuant to section 24 of the *Immigration Act*, and has, within the four years immediately preceding the date of his application, accumulated at least three years of residence in Canada calculated in the following manner:

- (i) for every day during which the person was resident in Canada before his lawful admission to Canada for permanent residence the person shall be deemed to have accumulated one-half of a day of residence, and
- (ii) for every day during which the person was resident in Canada after his lawful admission to Canada for permanent residence the person shall be deemed to have accumulated one day of residence;

(d) has an adequate knowledge of one of the official languages of Canada;

(e) has an adequate knowledge of Canada and of the responsibilities and privileges of citizenship; and

(f) is not under a deportation order and is not the subject of a declaration by the Governor in Council made pursuant to section 20.

In communicating her decision to the appellant, by letter dated December 7, 1990, the citizenship judge said in part:

## AVOCATS:

*Meir Porat* pour l'appelante.  
*Fred A. Beasley, amicus curiae.*

## a PROCUREURS:

*Meir Porat*, Calgary, pour l'appelante.  
*Fred A. Beasley*, Calgary, *amicus curiae.*

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

LE JUGE MACKAY: L'appelante se pourvoit, en vertu du paragraphe 14(5) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, et de ses modifications contre le rejet de sa demande de citoyenneté par le juge en cette matière, lequel a estimé que l'appelante n'avait pas satisfait à l'exigence de résidence prévue par la Loi. À tous les autres égards, le juge de la citoyenneté a conclu que l'appelante répondait aux autres critères d'obtention de la citoyenneté.

Le paragraphe 5(1) de la Loi porte que:

5. (1) Le ministre attribue la citoyenneté à toute personne qui, à la fois:

- a) en fait la demande;
- b) est âgée d'au moins dix-huit ans;
- c) a été légalement admise au Canada à titre de résident permanent, n'a pas depuis perdu ce titre en application de l'article 24 de la *Loi sur l'immigration*, et a, dans les quatre ans qui ont précédé la date de sa demande, résidé au Canada pendant au moins trois ans en tout, la durée de sa résidence étant calculée de la manière suivante:

(i) un demi-jour pour chaque jour de résidence au Canada avant son admission à titre de résident permanent,

(ii) un jour pour chaque jour de résidence au Canada après son admission à titre de résident permanent;

d) a une connaissance suffisante de l'une des langues officielles du Canada;

e) a une connaissance suffisante du Canada et des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté;

f) n'est pas sous le coup d'une mesure d'expulsion et n'est pas visée par une déclaration du gouverneur en conseil faite en application de l'article 20.

Dans la lettre du 7 décembre 1990 faisant part de sa décision à l'appelante, le juge de la citoyenneté écrit, entre autres:

Under paragraph 5(1)(c) of the Act, an applicant is required to have accumulated at least three years of residence in Canada within the four years immediately preceding his or her application.

The requirement (based on 3 years) is 1095 days. Subtracting your physical presence of 606 days you are short 489 days of the legal requirement (1095 - 606 = 489). In these circumstances you had to satisfy me, in order to meet the residence requirement, that your absences from Canada (or at least a part of these), could be counted as a period of residence in Canada.

In view of the facts available I am led to conclude that your presence in Canada were only visits or temporary stays. This is insufficient to consider that you centralized your mode of living within the four years preceding the date of your application and therefore your absences from Canada cannot be counted as a period of residence in Canada.

Referring to comments of my colleague Mr. Justice Joyal in *Canada (Secretary of State) v. Nakhjavani*, [1988] 1 F.C. 84 (T.D.), the decision of the citizenship judge concludes:

In my view, Miss Ismael's physical presence of 606 days, in Canada, falls considerably short of the requirements which the statute imposes. I do not believe she became, in any way,

“a part of the Canadian fabric or developed a relationship with Canadians or their institutions, within the meaning contemplated by Parliament in its statute”.

Recent jurisprudence makes clear that physical presence in Canada is not the sole test for residence under paragraph 5(1)(c) of the Act. In the appeal of *Re Chien* (Court file T-28-90, February 6, 1992 [not yet reported]) Mr. Justice Dubé notes [at page 1]:

The jurisprudence in the matter has clearly established that physical presence in Canada is not required throughout the period, provided the applicant has established a residence and kept a *pied-à-terre* in Canada with the intention to reside in this country.

In the appeal of *Re Law* (Court file T-1604-91, May 22, 1992 [not yet reported]) Madam Justice Reed comments [at pages 1-2]:

It is trite law that actual physical presence in Canada for the whole three year period (1,095 days) is not required. In *Re Papadogiorgakis*, [1978] 2 F.C. 208 (T.D.) the applicable test was described as being whether an individual “in mind and

[TRADUCTION] L'alinéa 5(1)c) de la Loi dispose que le requérant doit avoir résidé au Canada pendant au moins trois ans en tout dans les quatre ans qui ont précédé la date de sa demande.

a La Loi exige 1 095 jours de résidence (trois ans). Si l'on soustrait les 606 jours où vous avez été physiquement présente au Canada, il vous manque 489 jours pour remplir les conditions prévues par la Loi (1 095 - 606 = 489). Dans ces circonstances, il vous fallait établir, pour respecter les prescriptions de la Loi en matière de résidence, que vos absences du Canada pouvaient être considérées comme une période de résidence au pays.

c Compte tenu des circonstances exposées, j'incline à conclure que vous n'étiez présente au Canada que pour des visites ou des séjours de nature temporaire. Ces périodes sont insuffisantes pour que l'on puisse considérer que vous avez centralisé votre mode de vie au Canada pendant les quatre ans qui ont précédé la date de votre demande. En conséquence, vos absences du pays ne peuvent être comptées comme des périodes de résidence au Canada.

d Le juge de la citoyenneté, citant la décision de mon confrère le juge Joyal dans *Canada (Secrétaire d'État) c. Nakhjavani*, [1988] 1 C.F. 84 (1<sup>re</sup> inst.), a conclu:

e [TRADUCTION] À mon avis, le nombre de jours que M<sup>me</sup> Ismael a effectivement passés au Canada, soit 606, est de beaucoup inférieur à l'exigence prévue par la Loi. Je ne crois pas qu'elle «se [soit] mêlé[e] de quelque manière que ce soit à la société canadienne ou [ait] établi avec les Canadiens ou leurs institutions le genre de liens envisagés par le législateur dans sa loi».

g La jurisprudence récente établit clairement que la présence physique au Canada ne constitue pas le seul critère de résidence visé à l'alinéa 5(1)c) de la Loi. Dans l'appel *Re Chien* (n° T-28-90, le 6 février 1992 [encore inédit]), le juge Dubé fait remarquer [à la page 1]:

h Il est de jurisprudence constante que la présence physique au Canada n'est pas exigée durant toute la période, pourvu que le requérant ait établi une résidence et ait conservé un pied-à-terre au Canada dans l'intention de résider au Canada.

i Dans l'appel *Re Law* (n° T-1604-91, le 22 mai 1992 [encore inédit]), la juge Reed observe [aux pages 1 et 2]:

j Suivant une règle de droit bien établie, la présence physique réelle au Canada au cours de toute la période de trois ans (1 095 jours) n'est pas requise. Selon l'arrêt *In re Papadogiorgakis*, [1978] 2 C.F. 208 (1<sup>re</sup> inst.), le critère applicable est de

fact settles into or maintains or centralizes his ordinary mode of living with its accessories in social relations, interests and conveniences" in Canada. If such is the case then temporary periods of physical absence will be counted for the purposes of fulfilling the 1,095 days residency requirement.

Thus, while residence requirements set by the statute must be met, once residence is established, physical presence in the country is not essential for every day of the required three years' residence, provided absence from the country in the four years prior to application for citizenship is not such that it is considered to interrupt an established pattern of residence in this country and there continues to be a clear intention to reside and centralize one's ordinary mode of living in Canada.

Other decisions of this Court have made it clear that it is not necessary that residence be established within the four years prior to application for citizenship. One may establish residence prior to the four-year period relevant to an application for citizenship. Thus, in *Re Kelly* (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 44 (F.C.T.D.), McNair J. allowed the appeal of an applicant granted landed immigrant status in 1956, who was subsequently employed by the Royal Bank of Canada and posted abroad from 1961 almost entirely to 1988 when he applied for citizenship. His Lordship found that residence had been established in Canada in the period 1975-1978 and in view of periodic returns to Canada on a regular basis each year, the maintenance of an apartment in this country, payment of taxes and numerous other ties continuing through his years abroad, the residence requirements of the Act had been met. In the matter of *In re Citizenship Act and in re Lee* (Court file T-2242-84, March 12, 1985, (F.C.T.D.) unreported), Mr. Justice Cullen allowed the appeal of one who came to Canada as a landed immigrant, at age eleven as a dependant with his family, who subsequently completed schooling and first year of university studies in Canada before continuing studies and practical professional training abroad. His studies and training were in the United States, England and Hong Kong and this entailed his absence from Canada for almost a full eight consecutive years prior to his application for citizenship. Implicitly that decision recognized that residence had been established in Canada prior to commencement of studies and training abroad and

savoir si une personne «s'établit en pensée et en fait, ou conserve ou centralise son mode de vie habituel avec son cortège de relations sociales, d'intérêts et de convenances» au Canada. Si tel est le cas, les périodes temporaires d'absence physique seront comptées aux fins du calcul des 1 095 jours de résidence exigés.

Ainsi, bien qu'il faille remplir les conditions prévues par la Loi quant à la résidence, une fois que celle-ci est établie, il n'est pas essentiel d'être présent physiquement au Canada chaque jour de la période requise de trois ans, du moment que, pendant les quatre ans précédant la demande de citoyenneté, les absences du pays n'ont pas été de nature à interrompre le mode de résidence établi et que le requérant a continué à avoir l'intention certaine de résider et de centraliser son mode de vie ordinaire au Canada.

La Cour a par ailleurs établi clairement qu'il n'est pas nécessaire que la résidence soit établie pendant les quatre années qui précèdent la demande de citoyenneté. Il est possible que la résidence soit acquise avant cette période. Ainsi, dans l'affaire *Re Kelly* (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 44 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge McNair a accueilli l'appel d'un requérant qui avait obtenu le droit d'établissement en 1956 et qui, par la suite, avait travaillé pour la Banque Royale du Canada où il avait occupé des postes à l'étranger pendant presque toute la période allant de 1961 à 1988, l'année où il avait demandé la citoyenneté. Le juge McNair a considéré que le requérant avait établi sa résidence au Canada pendant la période 1975-1978 et que les retours périodiques qu'il effectuait régulièrement au pays, l'appartement qu'il y conservait, l'impôt qu'il acquittait et les nombreux autres liens qu'il entretenait avec le Canada au cours des années passées à l'étranger faisaient qu'il remplissait les conditions de résidence énoncées dans la Loi. Dans l'*Affaire intéressant la Loi sur la citoyenneté et Lee* (n° T-2242-84, le 12 mars 1985 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), non publiée), le juge Cullen a fait droit à l'appel d'une personne qui avait obtenu le droit d'établissement au Canada, à onze ans, à titre de personne à charge et qui, par la suite, avait terminé son instruction pré-universitaire et sa première année d'université au Canada avant d'aller poursuivre ses études et sa formation pratique à l'étranger, soit aux États-Unis, en Angleterre et à Hong Kong. Cette démarche l'avait tenu éloigné du Canada pendant presque huit années consécutives avant sa demande de citoyenneté. Le

that the absence for almost eight years for purposes of study and training did not mean that the applicant was not resident in Canada for purposes of the Act.

When this matter was heard in Calgary the appellant was present, represented by counsel, and questioned extensively by her counsel and by counsel as *amicus curiae*. At the conclusion of the hearing, I invited counsel to provide written submissions concerning the question whether the appellant, having lived in Canada for some 16 years prior to commencing studies abroad at age 17, could be considered to have acquired residence in Canada prior to attaining the age of majority. I acknowledge the helpful assistance from submissions of counsel received since the hearing.

The issue presented by this appeal is whether a person admitted to Canada as a landed immigrant while an infant and a dependant of her parents with whom she came to this country, whose whole life was spent almost entirely in Canada for some 16 years while she completed public and secondary school programs, and who at age 17 commenced university studies abroad, returning to her family home in Canada when university classes were not in session should be granted citizenship when, on application at age 22 she has been physically present in Canada for less than the equivalent of three full years in the four years immediately preceding her application.

In this case the appellant was born in January, 1968, in the United States. She was admitted to Canada for permanent residence as a landed immigrant in October, 1969, when she came to this country with her family, her mother, father and a sister. Both of her parents are members of faculty at the University of Calgary and they have resided in Alberta since 1969 in various family homes except for the academic year 1973-1974 when the family lived in Baghdad where her father, for purposes of his research, was on sabbatical leave from the University of Calgary. The appellant completed all of her primary and secondary schooling in Alberta. In 1985, at age 17, Ms. Ismael commenced studies at Reed

juge reconnaît implicitement, dans sa décision, que l'appelant avait établi sa résidence au Canada avant d'aller à l'étranger pour ses études et sa formation et que l'absence de presque huit ans qui en a résulté ne signifiait pas qu'il ne résidait pas au Canada aux fins de l'application de la Loi.

Lorsque la Cour a entendu la présente affaire à Calgary, l'appelante était présente à l'audience. Elle était représentée par avocat et a été longuement interrogée par celui-ci et par l'*amicus curiae*. À la clôture de l'instruction, j'ai invité les avocats à me soumettre des observations écrites sur la question de savoir s'il était possible de considérer que l'appelante, qui avait vécu au Canada pendant seize ans avant d'aller étudier à l'étranger, à dix-sept ans, avait acquis résidence au Canada avant de devenir majeure. Les observations qu'ils m'ont adressées, après l'audience, m'ont été très utiles.

Le présent appel soulève la question de savoir s'il convient d'accorder la citoyenneté canadienne à une requérante de vingt-deux ans qui a obtenu le droit d'établissement au Canada quand elle était encore une enfant à la charge de ses parents à son arrivée au pays avec eux, qui a passé presque toute sa vie au Canada pendant quelque seize ans et y a fait ses études primaires et secondaires et qui, à l'âge de dix-sept ans, a entrepris des études universitaires à l'étranger tout en revenant au Canada pendant les vacances, lorsque cette requérante a été physiquement présente au Canada pendant moins que l'équivalent de trois années entières au cours des quatre ans qui ont précédé sa demande.

En l'espèce, l'appelante est née en janvier 1968, aux États-Unis. Elle a obtenu le droit d'établissement au Canada en qualité de résidente permanente au mois d'octobre 1969 lorsqu'elle est arrivée au pays avec sa famille: son père, sa mère et une sœur. Son père et sa mère enseignent tous deux à l'Université de Calgary et ont résidé à divers endroits, en Alberta, depuis 1969, à l'exception de l'année universitaire 1973-1974 que la famille a passée à Bagdad, où le père effectuait des recherches pendant un congé sabbatique. L'appelante a fait ses études primaires et secondaires en Alberta. En 1985, à l'âge de dix-sept ans, elle a commencé à étudier au Reed College, en Orégon. Elle vivait à la résidence universitaire pen-



College in Oregon where she lived in university residence during the academic year, returning to her family home in Calgary when classes were not in session. About one and a half years of her academic program at Reed College were actually spent in study abroad at The American University in Cairo, Egypt. In the summer of 1989 she worked with a social agency in the Gaza Strip. Following completion of her studies at Reed College in December 1989, she spent one academic semestre in graduate studies at the University of California at Berkeley and thereafter from September 1990, has been enrolled in a Doctor of Philosophy program at Princeton University in the United States. For her program at Princeton she has been awarded a substantial graduate fellowship.

For her studies at Reed College she was financed by her family and in her advanced studies at Princeton, in addition to the fellowship from the university, she has been assisted under the Alberta Provincial Student Loan Program and the Canada Student Loan Program.

With the exception of the summer of 1989 when she worked in the Gaza Strip, she has returned to her family home in Calgary each summer and at the breaks between college terms. In that family home she has her own room, and all of her personal belongings, except those required during her periods of academic study, have remained at her family home.

Other indicia of continuing ties with Canada while studying abroad include the following. She continues to be covered under the Alberta Health Plan under her parents' registration number. She has been a patient of a medical doctor in Calgary, and of a dentist there, since 1981, and their services she still relies upon as she testified she had not received medical or dental treatment while abroad. The universities she has studied at have recorded her home address as that of her parents in Alberta. While at Reed College she was twice considered as a candidate for the Alberta Rhodes Scholarship. She has had a driver's licence from Alberta since 1984, and has had no other driver's licence. Other evidence provided at the hearing, and apparently not available to the Citizenship Court judge, related to certificates for provincial student loans and the Canada Student Loan Program for the years 1990 to 1991 and 1991 to 1992, to the fact that

dant les cours et retournait à la demeure familiale, à Calgary, pendant les vacances. Dans le cadre des études qu'elle avait entreprises au Reed College, elle a passé environ un an et demi à l'université américaine du Caire, en Égypte. Pendant l'été 1989, elle a travaillé pour un organisme de services sociaux dans la bande de Gaza. Après avoir terminé ses études au Reed College, en décembre 1989, elle a entrepris des études de deuxième cycle pendant un semestre à l'université de Californie à Berkeley puis, à partir de septembre 1990, s'est inscrite au programme de doctorat en philosophie à l'université Princeton aux États-Unis. Elle a obtenu, à l'égard de ce programme, une bourse substantielle.

Les parents de l'appelante ont financé ses études au Reed College. Pour ce qui est du cours de deuxième cycle qu'elle a entrepris à l'université Princeton, elle a bénéficié, outre la bourse octroyée par l'établissement, des programmes de prêts aux étudiants de l'Alberta et du Canada.

L'appelante est retournée dans sa famille à Calgary à chaque été, sauf l'été 1989, où elle a travaillé dans la bande de Gaza, de même que pendant les congés intertrimestriels. Elle a sa chambre à elle dans la demeure familiale, et c'est là que se trouvent tous ses effets personnels à l'exception de ceux dont elle a besoin pendant ses études.

Il existe d'autres indices indiquant que l'appelante a conservé des liens avec le Canada pendant qu'elle étudiait à l'étranger. Elle continue, notamment, d'être couverte par le régime d'assurance-santé de l'Alberta, sous le numéro d'inscription de ses parents; elle consultait un médecin et un dentiste à Calgary depuis 1981 et elle continue de faire appel à leurs services car, ainsi qu'elle l'a déclaré dans son témoignage, elle n'a reçu aucun traitement médical ou dentaire à l'étranger. L'adresse domiciliaire qui figure dans les dossiers des institutions qu'elle a fréquentées est l'adresse de ses parents en Alberta. Pendant qu'elle étudiait au Reed College, elle a été deux fois candidate pour l'obtention de l'Alberta Rhodes Scholarship. Elle a un permis de conduire de l'Alberta depuis 1984 et n'en a pas obtenu d'autres. On a présenté à l'audience d'autres éléments de preuve qu'apparemment le juge de la citoyenneté n'avait pas en

she has maintained bank accounts in Calgary since August 1990 when she first had resources of her own and was no longer dependent entirely on family resources, and to the letter from the appellant indicating completion of her course work at Princeton and her return to reside with her parents in Calgary. There she planned to complete much of her doctoral dissertation with only periodic visits to the university at Princeton.

While all these indicia may differ somewhat from those looked at in a number of other cases they are, in my view, the sorts of ties that a person at the age and in the circumstances of the appellant as a continuing student would be expected to demonstrate as ties with this country while abroad. Two other factors are of significance. The first is the pattern of the appellant's return to the family home in Alberta when she was not engaged in class studies requiring her attendance at the universities abroad where she has studied. The second is the continuing presence in Canada of all of her immediate family, among whom she testified there are very close ties. Her father has been a Canadian citizen since 1978 and her mother and sister were granted citizenship upon their application, at the same time as she applied, in 1990. Moreover, I have no doubt from her testimony that the appellant considers Canada as her home and that she intends to continue to reside in Canada on completion of her studies abroad. She testified that she hoped, upon completion of her Ph.D., to find opportunities to teach in Canadian universities, and if this were not possible she hoped to be admitted to medical school in this country.

In all these circumstances, the only question I had at the end of the hearing was whether, having left Canada to study abroad while still a minor, i.e., at age 17, the appellant could be considered at that stage to have established residence in Canada. While the Act does not specify a particular time at which residence must be established the application of paragraph 5(1)(c) does mean that one must have established residence and that it is maintained for at least three

main et qui concernaient des certificats de prêts étudiants consentis par la province et par le Canada pour les années 1990-1991 et 1991-1992, le fait qu'elle avait conservé des comptes bancaires à Calgary depuis août 1990, date à laquelle elle avait commencé à avoir ses propres revenus et cessé de dépendre entièrement de sa famille et la lettre de l'appelante annonçant qu'elle avait terminé sa scolarité à Princeton et qu'elle revenait vivre avec ses parents à Calgary où elle comptait faire le plus gros de la rédaction de sa thèse de doctorat en n'effectuant que des visites périodiques à Princeton.

Ces indices peuvent différer quelque peu de ceux que l'on a examinés dans d'autres affaires mais, à mon avis, ils constituent le genre de liens avec son pays que l'on peut espérer voir maintenir par une personne ayant l'âge de l'appelante et se trouvant, comme elle, en train de poursuivre des études à l'étranger. Il existe deux autres facteurs significatifs. Le premier est l'habitude prise par l'appelante de retourner au domicile familial en Alberta lorsqu'elle ne suivait pas des cours requérant sa présence dans les établissements étrangers où elle étudiait et le second, la présence continue au Canada de toute sa famille immédiate, dont les membres, selon son témoignage, entretiennent des relations très étroites. Le père de l'appelante est citoyen canadien depuis 1978, et sa mère et sa sœur ont obtenu leur citoyenneté lorsqu'elles ont présenté leur demande, en même temps qu'elle, en 1990. En outre, le témoignage de l'appelante ne laisse aucun doute à la Cour sur le fait que celle-ci considère le Canada comme son pays et qu'elle a l'intention de continuer à y résider après avoir terminé ses études à l'étranger. Elle a témoigné qu'elle comptait enseigner dans une université canadienne après son doctorat et que, si ce n'était pas possible, elle espérait être admise dans une faculté de médecine du pays.

Devant toutes circonstances, le seul point d'interrogation qui subsistait à la fin de l'audience était la question de savoir s'il était possible de considérer que l'appelante avait établi sa résidence au Canada, alors qu'elle avait quitté le pays pendant qu'elle était encore mineure (à dix-sept ans) pour aller étudier à l'étranger. La Loi ne précise pas de moment particulier pour l'établissement de la résidence, mais il découle de l'alinéa 5(1)c) qu'il faut avoir établi sa

years of the four years preceding the application for citizenship. In their submissions counsel and the *amicus curiae* point to paragraph 5(1)(b) of the Act which provides that the Minister shall grant citizenship to any person who is 18 years of age or over, who has made application and satisfied the residence requirements. I am persuaded that in light of the provision relating to the required age of an applicant the fact that one is a minor is not, for purposes of the *Citizenship Act*, a bar to establishing residence in Canada. Otherwise, the effect of paragraphs 5(1)(b) and 5(1)(c) would mean that an appellant could not qualify for citizenship until attaining age 21. Both at the trial and in written submissions, in addition to those of the appellant's counsel, counsel serving as *amicus curiae* submitted that the appellant in this case had met the requirements of paragraph 5(1)(c) having established a real and tangible form of residence in this country either before commencing her studies abroad, or at the latest when she returned in the summer of 1986 to live with her family in Calgary, at which time she was 18 years of age. Further, it was implicitly urged that status as a resident continued despite her absence abroad while undertaking university studies.

There is no doubt that the important formative years for the appellant were spent in Alberta, living with her family, and completing primary and secondary school. There is no indication in those years, or in the subsequent years while she has been studying abroad, that she has considered her permanent residence to be other than Canada. In all of the circumstances I am satisfied that she established residence in Canada prior to commencing her studies abroad and that her absence from this country for purposes of those studies does not mark any break in her pattern of residence in this country. Thus, though not physically present in Canada for the full equivalent of three of four years immediately prior to her application for citizenship, her absence for purposes of studies does not affect her residence in this country for purposes of paragraph 5(1)(c) of the Act. In my view she has met the requirements of that paragraph.

The appeal of the appellant is allowed.

résidence et qu'il faut l'avoir maintenue pendant au moins trois ans au cours des quatre années qui précèdent la demande de citoyenneté. Dans leurs observations, l'avocat et l'*amicus curiae* font mention de l'alinéa 5(1)b) de la Loi, lequel prévoit que le ministre attribue la citoyenneté à toute personne âgée d'au moins dix-huit ans qui en fait la demande et qui satisfait aux conditions de résidence. Étant donné la disposition relative à l'âge que doivent avoir les requérants, je suis convaincu que le fait d'être mineur ne constitue pas, pour ce qui est de l'application de la *Loi sur la citoyenneté*, un empêchement à l'établissement de la résidence au Canada, sinon l'effet des alinéas 5(1)b) et c) serait de porter à vingt et un ans l'âge d'admissibilité à la citoyenneté. Aux arguments de l'avocat de l'appelante se sont ajoutées les observations soumises par l'avocat agissant en qualité d'*amicus curiae*, pendant l'instruction et par écrit, faisant valoir qu'en l'espèce, l'appelante remplissait les conditions de l'alinéa 5(1)c) puisqu'elle avait établi une résidence réelle et tangible au Canada avant d'entreprendre ses études à l'étranger ou, au plus tard, en revenant vivre avec sa famille à Calgary, pendant l'été 1986, où elle avait dix-huit ans. Les avocats ont implicitement soutenu qu'elle avait maintenu cette résidence malgré les absences occasionnées par la poursuite de ses études universitaires à l'étranger.

Il ne fait aucun doute que ses importantes années de formation, l'appelante les a passées en Alberta où elle a vécu avec sa famille et où elle a terminé ses études primaires et secondaires. Rien n'indique que pendant ces années, ou pendant les années subséquentes qu'elle a passées à étudier à l'étranger, elle ait considéré que sa résidence permanente se trouvait ailleurs qu'au Canada. Compte tenu de toutes ces circonstances, je suis convaincu que l'appelante a établi sa résidence au Canada avant d'entreprendre ses études à l'étranger et que le fait qu'elle a été absente du pays pour les fins de ses études n'a pas interrompu sa résidence. Ainsi, bien qu'elle n'ait pas été physiquement présente au Canada pendant l'équivalent complet de trois des quatre années précédant sa demande de citoyenneté, cette absence n'influe pas sur sa résidence aux fins de l'alinéa 5(1)c) de la Loi. À mon avis, l'appelante a satisfait aux exigences de cette disposition.

La Cour accueille l'appel.

A-27-91

A-27-91

**May Bros. Farms Ltd. (Appellant)****May Bros Farms Ltd. (appelante)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen (Respondent)**

a

**Sa Majesté la Reine (intimée)***INDEXED AS: MAY BROS. FARMS LTD. v. CANADA (T.D.)**RÉPERTORIÉ: MAY BROS. FARMS LTD. c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)*Court of Appeal, Pratte, Hugessen and Décary JJ.A.  
—Vancouver, February 18; Ottawa, April 24, 1992.

b

Cour d'appel, juges Pratte, Hugessen et Décary,  
J.C.A.—Vancouver, 18 février; Ottawa 24 avril 1992.

*Real property — Income tax case — Appellant, cranberry farming business, entering into agreements with lessee of land for right to farm land while lessee remaining in legal possession and requiring lessee to execute option to purchase — Subsequently purchasing land in fee simple — Arguing lesser interest under agreements merging with greater — Common law doctrine of merger abolished in B.C. by statute — Merger existing only when required by equity — Equity requiring determination of intention of parties — Examination of lease, agreements, transfer of fee simple indicating intention lease, agreements to survive transfer — Equity also considering interest of appellant — Entry on and use of land requiring survival of agreement to farm land.*

c

*Biens immeubles — Affaire liée à l'impôt sur le revenu — L'appelante qui cultive des canneberges a conclu deux contrats avec le locataire des terrains en vue d'obtenir le droit de les cultiver pendant que le locataire en conservait la possession juridique tout en ayant l'obligation de consentir une option d'achat — L'acquisition des terrains en fief simple s'est effectuée par la suite — On a fait valoir qu'en vertu des contrats, l'intérêt moins étendu était absorbé par l'intérêt plus étendu — Le principe de common law de la fusion a été aboli par une loi en Colombie-Britannique — La fusion n'existe que lorsque l'equity l'exige — L'equity exige de déterminer l'intention des parties — L'examen du bail, des contrats, du transfert du fief simple indique que le bail et les contrats devaient survivre au transfert — L'equity exige également d'examiner l'intérêt de l'appelante — L'accès au terrain et son utilisation exigent la survie du contrat visant la culture du terrain.*

d

*Income tax — Income calculation — Capital cost allowance — Taxpayer entering into agreements with lessee of land for right to farm land while lessee remaining in legal possession and requiring lessee to execute option to purchase interest in lease — Rights under first agreement within Class 14, Schedule II, Income Tax Act — Subsequently acquiring land in fee simple — Taxpayer arguing lesser interest under agreements merging with greater interest and thereafter not owning any Class 14 property — Common law doctrine of merger abolished in B.C. by statute.*

e

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déduction pour amortissement — La contribuable a conclu deux contrats avec le locataire des terrains en vue d'obtenir le droit de les cultiver pendant que le locataire en conservait la possession juridique tout en ayant l'obligation de consentir une option d'achat de son intérêt dans le bail — Les droits découlant du premier contrat appartiennent à la catégorie 14 de l'annexe II de la Loi de l'impôt sur le revenu — L'acquisition des terrains en fief simple s'est effectuée par la suite — La contribuable fait valoir qu'en vertu des contrats, l'intérêt moins étendu est absorbé par l'intérêt plus étendu, et qu'après cela, elle ne possédait plus de biens de la catégorie 14 — Le principe de common law de la fusion a été aboli par une loi en Colombie-Britannique.*

f

In June, 1980 the taxpayer entered into two agreements with the lessee of certain lands that it wanted to farm: (1) a Farming Rights Agreement under which it had the right to farm the land while the lessee remained in legal possession; and (2) an Option Rights Agreement requiring the lessee to execute an option to purchase its interest in the lease. The Farming Rights Agreement was to endure until the expiration of the lease on December 31, 1983. It was common ground that the Farming Rights Agreement created an interest in the land (*profit à prendre*) in the appellant. Later that year the appellant acquired the land in fee simple. The transfer was expressly subject to the lease and option to purchase the lease.

g

En juin 1980, la contribuable a conclu deux contrats avec le locataire de certains terrains qu'il désirait cultiver, à savoir: (1) un contrat relatif aux droits de l'agriculture en vertu duquel elle avait le droit de cultiver le terrain pendant que le locataire en conservait la possession juridique; et (2) un contrat prévoyant une option selon laquelle le locataire devait consentir une option d'achat de son intérêt dans le bail. Le contrat relatif aux droits d'agriculture devait durer jusqu'à la fin du bail, soit le 31 décembre 1983. Il était entendu entre les parties que le contrat relatif aux droits d'agriculture a conféré à l'appelante un droit dans le terrain (*profit à prendre*). Plus tard dans l'année en question, l'appelante a acquis le terrain en fief simple. Il a été précisé que le transfert a été fait sous réserve du bail et de l'option d'achat du bail.

h

i

j

The rights under the Farming Rights Agreement fell within Class 14, Schedule II of the *Income Tax Act*. The appellant argued that its rights under the Farming Rights Agreement merged with the fee simple and thereafter it did not own any Class 14 property. Accordingly, it deducted the consideration paid for the Farming Rights Agreement in 1980 and 1981. The respondent's position was that there had not been any merger and the price paid should be allocated over the life of the Farming Rights Agreement.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The common law doctrine of merger (when a greater and lesser estate are combined in one person, the latter is merged in the former by sole operation of law and without regard to the intention of the parties) was abolished in British Columbia by the *Law and Equity Act*, section 13. Merger now takes place only when it is required by equity. Merger in equity is dependent upon intention, which must be determined from the language of the deeds when there is no direct evidence thereof. The taxpayer's rights in the land under the Farming Rights Agreement and the option were dependent on and subject to the lease. The transfer was expressly subject to both the lease, under which taxpayer held a licence, and the option, both of which rights accordingly survived the transfer of the fee simple and there was a clear intention that they not be merged. The Farming Rights Agreement, which was subordinate to the option and dependent on the lease, must also have been intended to survive.

Even absent any indication of the parties' intention, the Farming Rights Agreement would have survived the transfer because equity looks to the interest of the person affected. So long as the lease survived, taxpayer's only right to entry on the land arose under the Farming Rights Agreement. Since entry on and use of the land was what the appellant had wanted and paid for, it was to its advantage that its interest in the land under the Farming Rights Agreement continue.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 13.  
*Law of Property Act*, 1925 (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, c. 20.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

*Flanagan v. Babineau*, 125 N.E.2d 231 (S.C. Mass. 1955).

Les droits aux termes du contrat relatif aux droits d'agriculture appartiennent à la catégorie 14 de l'annexe II de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'appelante a soutenu que ses droits aux termes du contrat relatif aux droits d'agriculture se sont fondus avec le fief simple, de sorte qu'elle ne possédait plus, dès lors, de biens de la catégorie 14. En conséquence, l'appelante a déduit la somme versée en contrepartie du contrat relatif aux droits d'agriculture pour ses années d'imposition 1980 et 1981. L'intimée estimait qu'aucune fusion n'avait eu lieu et que la contrepartie versée devait être répartie sur toute la période de validité du contrat relatif aux droits de l'agriculture.

*Arrêt*: l'appel devrait être rejeté.

Le principe de common law de la fusion (lorsqu'un domaine plus étendu et un domaine moins étendu sont réunis en une même personne, le dernier est absorbé par le plus étendu par la seule application de la loi et sans tenir compte de l'intention des parties) a été aboli par l'article 13 de la *Law and Equity Act* de la Colombie-Britannique. La fusion n'a lieu maintenant que lorsque l'*equity* l'exige. La fusion en *equity* dépend de l'intention qui doit être déterminée d'après les termes utilisés dans les contrats lorsqu'aucune preuve directe en découle. Les droits du contribuable sur le terrain aux termes du contrat relatif aux droits d'agriculture et de l'option dépendaient du bail et y étaient assujettis. Le transfert était fait expressément sous réserve du bail, en vertu duquel la contribuable détenait un permis, et de l'option, et ces deux droits survivaient par conséquent au transfert du fief simple et il en découlait une intention évidente qu'ils ne soient pas fusionnés. Le contrat relatif aux droits d'agriculture qui était subordonné à l'option et dépendait du bail doit de même être présumé lui survivre.

Même en l'absence d'indication de l'intention des parties, le contrat relatif aux droits d'agriculture aurait survécu au transfert parce que l'*equity* se préoccupe de l'intérêt de la personne visée. Tant que le bail a continué d'exister, le seul droit que détenait la contribuable d'avoir accès au terrain découlait du contrat relatif aux droits d'agriculture. Comme l'appelante voulait avoir accès au terrain et pouvoir l'utiliser après avoir payé à cet effet, il était à son avantage que son intérêt à l'égard du terrain créé par le contrat relatif aux droits d'agriculture continue à s'appliquer.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 13.  
*Law of Property Act*, 1925 (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, ch. 20.

#### JURISPRUDENCE

DÉCISION CITÉE:

*Flanagan v. Babineau*, 125 N.E.2d 231 (S.C. Mass. 1955).

## AUTHORS CITED

*Megarry's Manual of The Law of Real Property*, 6th ed. by David J. Hayton, London: Stevens & Sons Ltd., 1982.

APPEAL from trial judgment ([1991] 1 F.C. 681; [1991] 1 C.T.C. 151; (1990), 91 DTC 5070; 15 R.P.R. (2d) 258 (T.D.)). Appeal dismissed.

## COUNSEL:

*Gordon S. Funt and G. Lisa Heddema* for appellant.

*Max J. Weder* for respondent.

## SOLICITORS:

*Fraser & Beatty*, Vancouver, for appellant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

HUGESSEN J.A.: This case was pleaded both here and in first instance [[1991] 1 F.C. 681] as though its resolution turned upon an arcane aspect of the law of real property, namely the ancient common law doctrine of merger. In my view, as matters turn out, the case in fact depends upon the construction of some relatively straightforward late twentieth century documents.

The appellant (plaintiff in the Trial Division) is in the business of cranberry farming. It became interested in acquiring some land in Richmond, B.C. which was presumably suitable for its operations. The land was owned by a company called Wingly Enterprises Ltd. which had leased it with greater extent to a company called Bell Farms Ltd. The term of that lease expired December 31, 1983. The plaintiff approached Bell with a view to obtaining a sub-lease of the land. Bell was willing but Wingly, the head lessor, withheld the necessary consent under the head lease. In June 1980, the plaintiff and Bell contrived a method of allowing the plaintiff to farm the land which would not require Wingly's consent. They entered into two agreements, both dated June 27, 1980.

## DOCTRINE

*Megarry's Manual of The Law of Real Property*, 6th ed. par David J. Hayton, London: Stevens & Sons Ltd., 1982.

APPEL à l'encontre du jugement de première instance ([1991] 1 C.F. 681; [1991] 1 C.T.C. 151; (1990), 91 DTC 5070; 15 R.P.R. (2d) 258 (1<sup>re</sup> inst.)). Appel rejeté.

## AVOCATS:

*Gordon S. Funt et Lisa Heddema* pour l'appelante

*Max J. Weder* pour l'intimée

## PROCUREURS:

*Fraser & Beatty*, Vancouver, pour l'appelante.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: En l'espèce et en première instance [[1991] 1 C.F. 681] on a fait valoir que le litige pourrait être réglé sur le fondement d'un aspect mystérieux du droit des biens réels, c'est-à-dire l'ancien principe de common law de la fusion. À mon avis, selon les circonstances de l'espèce, l'affaire porte en fait sur l'interprétation de documents relativement précis de la fin du vingtième siècle.

L'appelante (la demanderesse devant la Section de première instance) cultive des canneberges. Elle s'est montrée intéressée à acquérir certains terrains à Richmond, C.-B. qui étaient susceptibles de convenir à son exploitation. Les terrains étaient la propriété d'une société appelée Wingly Enterprises Ltd. qui les avait cédés à bail ainsi que d'autres terrains à une société appelée Bell Farms Ltd. Le bail prenait fin le 31 décembre 1983. La demanderesse a communiqué avec Bell dans le but d'obtenir une sous-location du terrain. Bell était d'accord mais Wingly, le bailleur principal, n'a pas donné le consentement nécessaire aux termes du bail principal. En juin 1980, la demanderesse et Bell ont élaboré une méthode pour permettre à la demanderesse de cultiver le terrain sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement de Wingly. Elles ont conclu deux contrats datés du 27 juin 1980.

The first of these agreements, sometimes in the materials called the "Farming Rights Agreement" and sometimes the "Management Agreement", provided that the plaintiff was to have the right to farm the land and for that purpose to enter thereon with machinery and equipment and to do all that was necessary for a complete cranberry farming operation. The agreement specified that Bell was to remain in legal possession of the land but was not to interfere with the plaintiff. The agreement also specified that Bell was to have the right to certain "prunings" which would result from the plaintiff's operations. The price for the agreement was one million dollars paid by the plaintiff to Bell, and the agreement was to endure for the balance of the term of the lease from Wingly to Bell, i.e. to December 31, 1983.

The second agreement, called the Option Rights Agreement, provided for Bell to execute and deliver to the plaintiff an option to purchase Bell's interest in the lease from Wingly to Bell. The remaining terms of this agreement have little bearing on the present litigation, although it is interesting to note that clause 7.00 provides that Bell's rights in the "prunings" shall expire December 31, 1982 (i.e. one year prior to the termination of the lease and of the Management Agreement) and clause 9.00 provides that, in the event of inconsistency between the Management Agreement and the Option Rights Agreement, the latter shall prevail.

It is common ground between the parties that the Management Agreement created an interest in land in the plaintiff (a "*profit à prendre*"). As for the Option Rights Agreement, it was given effect to by the execution of an option from Bell to the plaintiff. The operative part of that option reads as follows:

By a lease dated the 13th day of December, 1977, registered in the New Westminster Land Title Office on the 21st day of February, 1979 under number RD87899, a copy of which is annexed hereto, and marked Schedule "A" ("the Lease") Wingly Enterprises Ltd. leased the Lands to Bell on the terms and conditions set out therein.

EACH PARTY, in consideration of the execution of this Agreement by the other party, hereby COVENANTS AND AGREES with the other, as follows:

Le premier de ces contrats, quelquefois mentionné dans les documents comme le «contrat relatif aux droits d'agriculture» et quelquefois comme le «contrat de gestion», prévoyait que la demanderesse aurait le droit de cultiver le terrain et à cette fin d'y avoir accès avec des machines et du matériel pour effectuer les travaux nécessaires à une exploitation agricole complète de culture des canneberges. Le contrat précisait que Bell devait demeurer en possession juridique du terrain mais elle ne devait pas intervenir auprès de la demanderesse. Le contrat précisait également que Bell devait avoir droit à certaines «tailles» qui résulteraient de l'exploitation de la demanderesse. Le montant du contrat était d'un million de dollars versé par la demanderesse à Bell, et le contrat devait durer jusqu'à l'expiration du bail conclu entre Wingly et Bell, c.-à-d. jusqu'au 31 décembre 1983.

Aux termes du deuxième contrat, appelé le contrat prévoyant une option, Bell devait consentir à la demanderesse une option d'achat de son intérêt dans le bail conclu entre Wingly et Bell. Les autres modalités de ce contrat ont peu d'importance à l'égard de l'espèce, bien qu'il soit intéressant de souligner que la clause 7.00 prévoit que les droits de Bell en ce qui a trait aux «tailles» devaient prendre fin le 31 décembre 1982 (c.-à-d. un an avant l'expiration du bail et du contrat de gestion) et que la clause 9.00 prévoit qu'en cas de divergence entre le contrat de gestion et le contrat prévoyant une option, ce dernier doit prévaloir.

Il est entendu entre les parties que le contrat de gestion a conféré à la demanderesse un intérêt dans le terrain (un «*profit à prendre*»). Quant au contrat prévoyant une option, on y a donné suite par l'exécution d'une option entre Bell et la demanderesse. Voici le texte de la partie exécutoire de l'option:

[TRADUCTION] En vertu d'un bail daté du 13 décembre 1977, enregistré au bureau d'enregistrement de New Westminster le 21 février 1979 sous le numéro RD87899, dont une copie est jointe en annexe, et sur laquelle est apposé «annexe A» («le bail») Wingly Enterprises Ltd. a cédé à bail les terrains à Bell selon les modalités qui y sont fixées.

CHAQUE PARTIE, relativement à l'exécution du présent contrat par l'autre partie, CONVIENT que:

## 2.00 OPTION

Bell shall upon payment of the sum of \$1.00 by May Bros., within 60 days of the consent by Wingly Enterprises Ltd., thereto assign to May Bros. all of its right, title and interest in and to the Lease. (Appeal Book, Appendix I, p. 34.)

The option was registered in the New Westminster Land Title Office under number RD120430A.

As indicated, these agreements between plaintiff and Bell were entered into in June 1980. Although there is no evidence on the point, it seems that plaintiff continued to attempt to deal with Wingly, the owners of the land, and that those attempts bore fruit. At any event, on October 14, 1980, Wingly executed a deed by which it transferred to plaintiff the fee simple in the land. Such transfer was specifically stated to be "Subject to Lease and Option to Purchase Lease under New Westminster Land Title Office Nos. RD87899 and RD120430A respectively" (Appeal Book, Appendix I, page 45). Those references are to the registrations respectively of the lease from Wingly to Bell and of the option from Bell to plaintiff.

How does all of the foregoing give rise to income tax litigation and the invocation of the common law doctrine of merger? The Trial Judge puts the matter with her customary clarity and concision [at pages 683-685]:

The plaintiff and the defendant agree that the plaintiff's rights under the Farming Rights Agreement fall within Class 14 of Schedule II of the *Income Tax Regulations* [C.R.C., c. 945]. Class 14 property, at the relevant time, was described as:

## CLASS 14

Property that is a patent, franchise, concession or licence for a limited period in respect of property, except

(a) franchise, concession or licence in respect of minerals, petroleum, natural gas, other related hydrocarbons or timber and property relating thereto (except a franchise for distributing gas to consumers or a licence to export gas from Canada or from a province) or in respect of a right to explore for, drill for, take or remove minerals, petroleum, natural gas, other related hydrocarbons or timber;

(b) a leasehold interest; or

(c) a property included in Class 23.

## 2.00 OPTION

Bell doit sur paiement de la somme de 1,00 \$ par May Bros., dans un délai de 60 jours du consentement par Wingly Enterprises Ltd., céder à May Bros. l'intégralité de son droit, titre et intérêt dans le bail. (Dossier d'appel, annexe I, p. 34.)

L'option a été enregistrée au bureau d'enregistrement de New Westminster sous le numéro RD120430A.

Comme il a été indiqué, ces contrats ont été conclus entre la demanderesse et Bell en juin 1980. Bien qu'il n'y ait aucun élément de preuve à ce sujet, il semble que la demanderesse ait continué à tenter de négocier avec Wingly, les propriétaires du terrain, et que ces tentatives aient porté fruit. De toute façon, le 14 octobre 1980, Wingly a conclu un contrat en vertu duquel elle transférait à la demanderesse le fief simple visant le terrain. Il a été précisé qu'un tel transfert a été fait «Sous réserve du bail et de l'option d'achat du bail qui portent respectivement les numéros RD87899 et RD120430A du bureau d'enregistrement de New Westminster» (Dossier d'appel, annexe I, page 45). Ces renvois visent respectivement le bail entre Wingly et Bell et l'option entre Bell et la demanderesse.

De quelle manière ce qui précède donne-t-il lieu à un contentieux en matière d'impôt sur le revenu et à l'invocation du principe de la fusion? Le juge de première instance a présenté l'affaire comme d'habitude de manière claire et concise [aux pages 683 à 685]:

Les parties s'entendent sur le fait que les droits de la demanderesse aux termes du contrat relatif aux droits d'agriculture appartiennent à la catégorie 14 de l'annexe II du *Règlement de l'impôt sur le revenu* [C.R.C., chap. 945]. Voici la description de la catégorie 14 alors applicable:

## CATÉGORIE 14

Les biens constitués par un brevet, une concession ou un permis de durée limitée à l'égard des biens, sauf

a) une concession ou permis à l'égard de minéraux, de pétrole, de gaz naturel, d'autres hydrocarbures connexes ou de bois et des biens y afférents (excepté une concession pour la distribution de gaz aux consommateurs ou un permis d'exportation de gaz du Canada ou d'une province) ou à l'égard d'un droit d'exploration, de forage, de prise ou d'enlèvement concernant des minéraux, du pétrole, du gaz naturel, d'autres hydrocarbures connexes ou du bois;

b) une tenure à bail; ou

c) un bien compris dans la catégorie 23.



The plaintiff argues that upon acquiring the fee simple from Wingly its rights under the Farming Rights Agreement were merged with the fee simple and, therefore, after that date the plaintiff no longer owned any Class 14 property. It is argued that, as a result, subsection 20(16) [as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 14; 1980-81-82-83, c. 48, s. 10] of the *Income Tax Act* [ITA] [S.C. 1970-71-72, c. 63] triggers a terminal loss for the plaintiff's 1981 taxation year. At the relevant time, subsection 20(16) read:

20. . . .

(16) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), where at the end of a taxation year,

(a) the aggregate of all amounts determined under subparagraphs 13(21)(f)(i) to (ii.1) in respect of depreciable property of a particular prescribed class of a taxpayer exceeds the aggregate of all amounts determined under subparagraphs 13(21)(f)(iii) to (viii) in respect of depreciable property of that class of the taxpayer, and

(b) the taxpayer no longer owns any property of that class

in computing that taxpayer's income for the year

(c) there shall be deducted the amount of the excess determined under paragraph (a), and

(d) no amount shall be deducted for the year under paragraph 1(a) in respect of property of that class,

and the amount of the excess determined under paragraph (a) shall be deemed to have been deducted under paragraph 1(a) in computing the taxpayer's income for the year from a business or property. [Underlining by Reed J.]

The plaintiff claims that the \$1,000,000 paid for the Farming Rights Agreement should be allocated so that, for the purposes of its 1980 and 1981 taxation year [sic], deductions of \$3,117.70 and \$996,882.30 respectively are allowed.

The defendant's position is that no merger occurred and that the \$1,000,000 which was paid for the Farming Rights Agreement should be allocated over the life of that agreement, pursuant to paragraph 20(1)(a), Regulation 1100, and Class 14 of Schedule II of the *Income Tax Regulations*. The defendant's allocation of the \$1,000,000 is as follows:

1980	\$ 2,341
1981	284,711
1982	284,711
1983	284,711
1984	143,526
	<u>\$1,000,000</u>

There is no dispute concerning the respective calculations. The only dispute is whether the purchase of the fee simple, in October of 1980, resulted in a merger.

La demanderesse soutient qu'au moment de l'acquisition du fief simple auprès de Wingly, ses droits aux termes du contrat relatif aux droits d'agriculture se sont fondus avec le fief simple de sorte qu'elle ne possédait plus, dès lors, de biens de la catégorie 14. Elle prétend en outre que le paragraphe 20(16) [mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 14; 1980-81-82-83, chap. 48, art. 10] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [Loi] [S.C. 1970-71-72, chap. 63] lui permet, par conséquent, de déduire une partie finale pour l'année d'imposition 1981. Voici le libellé du paragraphe 20(16) alors applicable:

b 20. . . .

(16) Nonobstant les alinéas 18(1)(a), (b) et (h), lorsque, à la fin d'une année d'imposition,

a) le total des montants déterminés en vertu des sous-alinéas 13(21)(f)(i) à (ii.1), à l'égard des biens amortissables d'une catégorie prescrite donnée qui appartiennent à un contribuable, est supérieur au total des montants déterminés en vertu des sous-alinéas 13(21)(f)(iii) à (viii), à l'égard des biens amortissables de cette catégorie qui appartiennent au contribuable, et

b) que ce dernier ne possède plus de biens de ladite catégorie

dans le calcul de son revenu pour l'année

c) il doit déduire l'excédent déterminé en vertu de l'alinéa a), et

d) il ne doit déduire aucun montant pour l'année en vertu de l'alinéa (1)a) à l'égard des biens de ladite catégorie,

et, l'excédent déterminé en vertu de l'alinéa a) est réputé avoir été déduit en vertu de l'alinéa (1)a) dans le calcul du revenu, pour l'année, qu'il a tiré d'une entreprise ou d'un bien. [C'est le juge Reed qui souligne.]

La demanderesse soutient que la somme de 1 000 000 \$ versée en contrepartie du contrat relatif aux droits d'agriculture devrait être répartie de telle manière que 3 117,70 \$ et 996 882,30 \$ soient déductibles pour ses années d'imposition 1980 et 1981 respectivement.

La défenderesse estime pour sa part qu'aucune fusion n'a eu lieu et que la contrepartie de 1 000 000 \$ doit être répartie sur toute la période de validité du contrat relatif aux droits d'agriculture, suivant l'alinéa 20(1)a) de la Loi, le Règlement 1100 de la Loi et la catégorie 14 de l'annexe II du *Règlement de l'impôt sur le revenu*. La défenderesse a d'ailleurs réparti la somme comme suit:

1980	2 341 \$
1981	284 711
1982	284 711
1983	284 711
1984	143 526
	<u>1 000 000 \$</u>

Les calculs de chacune des parties ne sont pas contestés. La seule question en litige consiste à savoir si l'acquisition du fief simple en octobre 1980 a emporté fusion.

Both in the Trial Division and in argument before us, the matter proceeded as though it turned upon the application of the doctrine of merger; reliance was placed on ancient authority to support the view that when a greater and a lesser estate are combined in one person the latter is merged in the former by sole operation of law and without regard to the intention of the parties.

Since none of the panel hearing the appeal had a working familiarity with the law of real property as it applies in British Columbia, we reserved the matter on the basis on which it had been pleaded. Shortly thereafter, however, we became aware of the terms of section 13 of the *Law and Equity Act*<sup>1</sup> of British Columbia. That section reads:

13. There shall not be any merger by operation of law only of any estate the beneficial interest in which would not be deemed to be merged or extinguished in equity.

Accordingly, we required further written representations from the parties as to the relevance of section 13 and its impact upon the decision we have to render. Those representations have now been received.

Clearly, the effect of section 13 is to abolish the common law doctrine of merger in British Columbia. Merger is only to take place when equity requires it. Merger in equity does not take place by sole operation of law. Indeed, there is even authority that merger is "odious" to equity.<sup>2</sup>

In equity, merger is dependent upon intention. The rule is well and concisely stated by Megarry:<sup>3</sup>

2. **Merger.** At common law, if a rentcharge became vested in the same person as the land upon which it was charged, the rentcharge became extinguished by merger, even if this was not the intention. For this to occur, both the rent and the land must have been vested in the same person at the same time and in the same right. This automatic rule of the common law no

<sup>1</sup> R.S.B.C. 1979, c. 224.

<sup>2</sup> *Flanagan v. Babineau*, 125 N.E.2d 231 (S.C. Mass. 1955).

<sup>3</sup> *Megarry's Manual of the Law of Real Property*, 6th ed. by David J. Hayton (London: Stevens & Sons Ltd., 1982), at pp. 394-395.

En première instance et devant nous, l'affaire a été présentée comme si elle portait sur l'application du principe de la fusion; on s'est fondé sur de la jurisprudence et de la doctrine anciennes pour appuyer l'opinion selon laquelle lorsqu'un domaine plus étendu et un domaine moins étendu sont réunis à une même personne, le dernier est absorbé par le plus étendu par la seule application de la loi et sans tenir compte de l'intention des parties.

Comme aucun des juges entendant l'appel n'était familier avec le droit des biens réels qui s'applique en Colombie-Britannique, nous avons pris la question en délibéré sur le fondement de ce qui avait été plaidé. Toutefois, peu après, nous avons été mis au courant du texte de l'article 13 de la *Law and Equity Act*<sup>1</sup> de la Colombie-Britannique. Voici le texte de cet article:

[TRADUCTION] 13. Il ne doit pas y avoir de fusion uniquement par application de la loi d'un domaine à l'égard duquel il n'est pas présumé y avoir fusion ou extinction en *equity* de l'intérêt bénéficiaire.

En conséquence, nous avons demandé aux parties de présenter d'autres arguments par écrit relativement à la pertinence de l'article 13 et à son effet sur la décision que nous devons rendre. Nous avons maintenant reçu ces arguments.

De toute évidence, l'article 13 a pour effet d'abolir le principe de common law de la fusion en Colombie-Britannique. La fusion ne doit avoir lieu que lorsque l'*equity* l'exige. Il n'y a pas fusion en *equity* par la seule application de la loi. En fait, il existe même de la doctrine et de la jurisprudence selon laquelle la fusion «répugne» à l'*equity*<sup>2</sup>.

En *equity*, la fusion dépend de l'intention. La règle est énoncée de manière précise et concise par Megarry<sup>3</sup>:

[TRADUCTION] 2. **Fusion.** En common law, si un loyer est dévolu à la même personne que le terrain à l'égard duquel il était exigé, le loyer devient éteint par fusion, même si ce n'était pas l'intention de le faire. Pour qu'une telle situation se produise, le loyer et le terrain doivent avoir été dévolus à la même personne, au même moment et en vertu du même droit.

<sup>1</sup> R.S.B.C. 1979, ch. 224.

<sup>2</sup> *Flanagan v. Babineau*, 125 N.E.2d 231 (S.C. Mass. 1955).

<sup>3</sup> *Megarry's Manual of the Law of Real Property*, 6<sup>e</sup> éd. par David J. Hayton (London: Stevens & Sons Ltd., 1982), aux pp. 394 et 395.

longer applies for, by the Law of Property Act 1925,<sup>4</sup> there is to be no merger at law except in cases where there would have been a merger in equity, and the equitable rule is that merger depends upon the intention of the parties. Even if an intention that there should be no merger cannot be shown, there will be a presumption against merger if it is to the interest of the person concerned to prevent it. [Footnotes omitted.]

The burden of proving that merger took place here lay on plaintiff. There was no direct evidence of intention (assuming that such evidence would be useful), so we are driven back to determining the parties' intention from the language used in the deeds. That language, in my view, indicates that in October 1980, at the time of the acquisition by plaintiff of the fee simple, the intention was that both the lease, and the Management Agreement which depended upon it, should survive the transfer. I can give no other interpretation to the provision quoted above from the deed of transfer itself. Such transfer is made subject not only to the lease but also to the option by which the transferee of the fee simple was entitled to acquire the lessee's interest in the lease.

The effect of this, as I see it, is that plaintiff had acquired rights in the land from Bell under both the Management Agreement and the option; those rights were dependent on and subject to the lease from Wingly to Bell. Plaintiff then acquired the fee simple from Wingly, expressly subject to both the lease, under which it held a licence, and the option, which was in its favour. Accordingly, both of these rights survived the acquisition of the fee simple and there was a clear intention that they not be merged. There is no evidence that plaintiff ever exercised its option (which might have given rise to merger), but since both the lease and the option survived the transfer, it seems to me that the Management Agreement, which was subordinate to the option and dependent on the lease, must likewise have been intended to survive it.

Even absent any indication of the parties' intention, it would be my view that no extinguishment of

<sup>4</sup> The text of section 13 of the *Law and Equity Act* (*supra*) is identical to that of the English *Law of Property Act* [1925 (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, c. 20] referred to by Megarry in the quoted text.

Cette règle automatique de common law ne s'applique désormais plus car, en vertu de la Law of Property Act 1925<sup>4</sup>, il ne doit plus y avoir de fusion en droit sauf dans les cas où il y aurait eu une fusion en *equity*, et la règle d'*equity* porte que la fusion dépend de l'intention des parties. Même si on ne peut démontrer d'intention qu'il ne doit pas y avoir de fusion, il existe une présomption contre la fusion s'il est dans l'intérêt de la personne visée d'empêcher qu'elle ne se produise. [Renvois omis.]

Le fardeau de démontrer qu'il y a eu fusion en l'espèce incombe à la demanderesse. Il n'y a aucun élément de preuve en matière d'intention (si l'on présume qu'un tel élément de preuve serait utile); nous devons donc déterminer l'intention des parties d'après les termes utilisés dans les contrats. À mon avis ces termes indiquent que, en octobre 1980, au moment de l'acquisition du fief simple par la demanderesse, l'intention était que le bail, et le contrat de gestion qui en découlait, devaient survivre au transfert. Je ne puis interpréter autrement la disposition du contrat de transfert lui-même qui a été citée précédemment. Un tel transfert est assujéti non seulement au bail mais également à l'option en vertu de laquelle le cessionnaire du fief simple avait le droit d'acquérir l'intérêt du bailleur dans le bail.

À mon avis, il en découle que la demanderesse avait acquis de Bell des droits sur le terrain aux termes du contrat de gestion et de l'option; ces droits dépendaient du bail conclu entre Wingly et Bell et y étaient assujéti. La demanderesse a alors acquis le fief simple de Wingly, sous réserve expressément du bail, en vertu duquel elle détenait un permis et de l'option qui était en sa faveur. Par conséquent, ces deux droits ont survécu à l'acquisition du fief simple et il en découlait une intention évidente qu'ils ne soient pas fusionnés. Il n'y a aucun élément de preuve que la demanderesse ait exercé son option (qui aurait pu donner lieu à la fusion), mais comme le bail et l'option ont survécu au transfert, il me semble que le contrat de gestion qui était subordonné à l'option et dépendait du bail doit de même être présumé lui survivre.

Même en l'absence d'indication de l'intention des parties, je suis d'avis que l'intérêt de la demanderesse

<sup>4</sup> Le texte de l'article 13 de la *Law and Equity Act* (précitée) est identique à celui de la *Law of Property Act* [1925 (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, ch. 20] d'Angleterre mentionnée par Megarry dans la citation.

the plaintiff's interest in the land under the Management Agreement took place upon the acquisition of the fee simple. Where there is no evidence of intention, equity looks to the interest of the person concerned, in this case the plaintiff. For so long as the lease, whose existence was expressly preserved by the deed of transfer, continued to be held by Bell, plaintiff's only right to immediate entry on the land arose under the Management Agreement. As owner of the fee simple, plaintiff had no right to enter the land as against Bell the lessee who was in possession. Since entry on and use of the land was what plaintiff wanted, and had paid \$1,000,000 to obtain under the Management Agreement, it was manifestly to plaintiff's advantage that the interest in land created in its favour by the latter should continue in full force and effect for the balance of its term. That plaintiff should now assert, long after the lease has run its course, that it is in its interest that the Management Agreement should be extinguished by merger is, of course, nothing to the point.

I would dismiss the appeal. Since I consider that counsel for both parties have failed in their duty to the Court (and indeed have led the Judge of the Trial Division into deciding this case on a wrong basis, albeit with the right result), I would award no costs on the appeal.

PRATTE J.A.: I agree.

DÉCARY J.A.: I agree.

à l'égard du terrain aux termes du contrat de gestion n'a pas été éteint par l'acquisition du fief simple. En l'absence de preuve relative à l'intention, l'*equity* se charge de l'intérêt de la personne visée, en l'espèce la demanderesse. Tant que Bell continue à détenir le bail, dont l'existence a été expressément garantie par le contrat de transfert, le seul droit que détient la demanderesse d'avoir un accès immédiat au terrain découle du contrat de gestion. À titre de propriétaire du fief simple, la demanderesse n'a aucun droit d'accès au terrain par rapport à Bell le bailleur qui en était en possession. Comme la demanderesse voulait avoir accès au terrain et pouvoir l'utiliser, et avait payé 1 000 000 \$ à cette fin en vertu du contrat de gestion, il était manifestement à l'avantage de la demanderesse que l'intérêt à l'égard du terrain créé en sa faveur par ce contrat continue à s'appliquer jusqu'à son expiration. Il est évidemment hors de propos que la demanderesse affirme maintenant, longtemps après l'expiration du bail, qu'il est dans son intérêt que le contrat de gestion soit éteint par la fusion.

Je suis d'avis de rejeter l'appel. Puisque je considère que les avocats des deux parties ne se sont pas acquittés de leurs obligations envers la Cour (et en fait, ils ont amené le juge de la Section de première instance à régler l'espèce sur un fondement erroné, encore que ce fut le bon résultat), je n'adjugerais aucuns dépens à l'égard de l'appel.

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris.

T-940-89

T-940-89

**Canastrand Industries Ltd. (Plaintiff)****Canastrand Industries Ltd. (demanderesse)**

v.

c.

**The Ship "Lara S" and Freight and her owners Armadaores Lara S.A., Lucky Star Shipping S.A., and Kimberly Navigation Company Limited carrying on business as Kimberly Line, Byzantine Maritime Corp. and all others interested in the Ship "Lara S" and Kim-Sail Ltd. (Defendants)**

**Le navire «Lara S», sa cargaison et ses propriétaires Armadaores Lara S.A., Lucky Star Shipping S.A. et Kimberly Navigation Company Limited faisant affaire sous la raison sociale de Kimberly Line, Byzantine Maritime Corp. et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire «Lara S» et Kim-Sail Ltd. (défendeurs)**

**INDEXED AS: CANASTRAND INDUSTRIES LTD. v. LARA S (THE)****RÉPERTORIÉ: CANASTRAND INDUSTRIES LTD. c. LARA S (LE)**

Trial Division, Reed J.—Vancouver, May 11 and 14, 1992.

Section de première instance, juge Reed—Vancouver, 11 et 14 mai 1992.

*Maritime law — Practice — Appeal from order staying proceedings pending plaintiff's decision whether to pursue claim here or in Greek courts — Action commenced in Federal Court for damages to cargo incurred during carriage by sea — Plaintiff having ship arrested in Greece upon learning of owner's intention to sell — Ship defendant's only asset — Not in "interest of justice" (Federal Court Act, s. 50(1)(b)) to stay proceedings — Need to secure claim by proceeding against ship arising when sale contemplated — Defendants not establishing (1) ship could not now be arrested in Canadian waters; (2) Greek proceeding attempt to avoid Canadian maritime law requirements; (3) plaintiff representing would not proceed against ship — Stay causing injustice to plaintiff as would mean loss of security — Allowing action to proceed without requiring election not injustice to defendants — Proceeding in Greek court not duplicative as taken only to ensure security for payment of Federal Court judgment — Failure to arrest ship earlier not causing injustice to defendants.*

*Droit maritime — Pratique — Appel d'une ordonnance portant suspension des procédures en attendant que la demanderesse décide de poursuivre son action au Canada ou devant les tribunaux grecs — L'action intentée devant la Cour fédérale porte sur des avaries causées à la cargaison au cours d'un transport par mer — La demanderesse a fait saisir le navire en Grèce lorsqu'elle a appris que son propriétaire avait l'intention de le vendre — Le navire était le seul actif de la défenderesse — Il n'est pas dans l'«intérêt de la justice» (art. 50(1)b) de la Loi sur la Cour fédérale) que les procédures soient suspendues — La nécessité d'une garantie au moyen d'une poursuite contre le navire découle de l'éventualité d'une vente — Les défendeurs n'ont pas établi les faits suivants: 1) le navire ne pourrait maintenant être saisi dans les eaux canadiennes; 2) l'action intentée en Grèce est une tentative de contourner les exigences du droit maritime canadien; 3) la demanderesse a fait remarquer qu'elle ne poursuivrait pas le navire — La suspension causerait une injustice à la demanderesse parce que cela signifierait une perte de garantie — Permettre à l'action de suivre son cours sans exiger un choix ne constituerait pas une injustice pour les défendeurs — L'action intentée devant le tribunal grec ne fait pas double emploi puisqu'elle ne vise qu'à assurer la garantie du paiement du montant éventuellement adjugé par un jugement de la Cour fédérale — L'omission de faire saisir le navire plus tôt ne causerait pas une injustice aux défendeurs.*

This was an appeal from a decision of the Senior Prothonotary staying proceedings pending the plaintiff's decision whether to pursue its claim in this Court or in the courts of Greece. The plaintiff was the owner of a shipment of bailer twine, which was damaged during its carriage by sea from Brazil to Toronto. Pleadings were filed, documents exchanged, and examinations for discovery and other pre-trial proceedings ensued. When the plaintiff learned that the defendant, Armadaores Lara S.A., intended to sell the *Lara S*, its only known asset, plaintiff had the ship arrested in Greece. The plaintiff argued that the stay should be set aside because the proceeding in the Greek courts was not duplicative of the pre-

Appel est interjeté de la décision par laquelle le protonotaire en chef a suspendu les procédures jusqu'à ce que la demanderesse ait décidé de poursuivre son action ou bien devant cette Cour ou bien devant les tribunaux grecs. La demanderesse était propriétaire d'une cargaison de ficelle d'emballage, qui avait été avariée au cours de son transport par mer entre le Brésil et Toronto. Des actes de procédures ont été déposés, des documents ont été échangés, et des interrogatoires préalables et d'autres procédures préalables à l'instruction ont eu lieu par la suite. Lorsque la demanderesse a appris que le défendeur Armadaores Lara S.A. avait l'intention de vendre le navire *Lara S*, son seul actif connu, la demanderesse a fait saisir le

sent proceedings and was intended only to ensure security for the payment of any judgment issuing out of this Court; a stay would result in substantial prejudice to the plaintiff; and allowing the proceeding in this Court to go forward without requiring an election would not result in an injustice to the defendants. The defendants argued that the decision to stay proceedings was not based on a possible duplication of proceedings (*Federal Court Act*, paragraph 50(1)(a)), but on the ground that in this case "it is in the interest of justice that the proceedings be stayed" (paragraph 50(1)(b)). They argued that it was in the interest of justice that the proceedings be stayed because the plaintiff had not moved to arrest the ship when it had been in Canadian ports and that it was now too late to arrest it in Canadian waters because the one-year time limit had expired. It was argued that the sale was being made in the ordinary course of business and that it was abusive for the plaintiff to now take proceedings which interfered with that transaction when no attempt was made to arrest the vessel earlier.

*Held*, the appeal should be allowed.

The defendants' arguments did not support a decision that it was in the interests of justice that the proceedings be stayed. (1) As long as the ship was owned by the defendant Armadaores Lara S.A. and that defendant was an active defendant in the present proceeding, plaintiff might not need to ensure security for its claim by proceeding directly against the ship. But once the plaintiff learned that Armadaores Lara S.A. intended to sell its only asset, the situation changed. (2) There was no authority for the proposition that if the ship were in Canadian waters it could not now be arrested. (3) The proceeding in Greece was not an attempt to avoid the requirements of Canadian maritime law. (4) Plaintiff's counsel had not made representations that his client would not proceed against the ship itself.

The test for determining when a stay should be granted was set out in *Plibrico (Canada) Ltd. v. Combustion Engineering Canada Inc.* (1990), 30 C.P.R. (3d) 312 (F.C.T.D.). A stay should not be granted unless the continuation of the action would cause prejudice or injustice to the defendant and the stay would not work an injustice to the plaintiff. An order staying the proceedings until an election is made would result in substantial prejudice to the plaintiff. If an election is made to proceed in Canada, the "conservative measures" obtained through the Greek courts would have to be relinquished and without such measures a judgment from this Court could be a paper judgment only.

The defendants would not be prejudiced as a result of the two proceedings as the evidence established that plaintiff does not intend to make the defendants answer twice with respect to

navire en Grèce. La demanderesse soutient que la suspension devrait être annulée parce que l'action intentée devant les tribunaux grecs ne fait pas double emploi avec les présentes procédures et ne vise qu'à assurer la garantie du paiement du montant adjugé par un jugement que cette Cour pourrait rendre, qu'une suspension lui causerait un préjudice substantiel et que permettre à l'action dont est saisie cette Cour de suivre son cours sans exiger un choix n'entraînerait pas d'injustice à l'égard des défendeurs. Ceux-ci font valoir que la décision de suspendre les procédures ne reposait pas sur un chevauchement possible des procédures (alinéa 50(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*), mais sur le motif que, en l'espèce, «l'intérêt de la justice l'exige» (alinéa 50(1)b)). Ils prétendent qu'il est dans l'intérêt de la justice que les procédures soient suspendues parce que la demanderesse n'a pas fait de démarche pour saisir le navire lorsqu'il se trouvait dans des ports canadiens, et qu'il est maintenant trop tard pour le faire parce que le délai d'un an a expiré. Il est allégué que la vente s'effectuait dans le cours ordinaire des affaires et que la demanderesse a commis un abus en intentant une action qui faisait obstacle à cette opération lorsqu'aucune tentative n'a été faite pour faire saisir le navire plus tôt.

*Jugement*: l'appel devrait être accueilli.

Les arguments invoqués par les défendeurs n'étaient pas une décision selon laquelle il est dans l'intérêt de la justice que les procédures soient suspendues. 1) Tant que le navire appartient à la défenderesse Armadaores Lara S.A. et que celle-ci est une partie défenderesse active dans la présente action, la demanderesse pourrait ne pas avoir à obtenir une garantie pour son action en poursuivant directement le navire. Mais une fois que la demanderesse a appris qu'Armadaores Lara S.A. voulait vendre son seul actif, la situation a changé. 2) Il n'existe aucune jurisprudence qui étaye l'idée que si le navire se trouvait dans les eaux canadiennes, il ne pourrait maintenant être saisi. 3) L'action en Grèce n'est pas une tentative de contourner les exigences du droit maritime canadien. 4) L'avocat de la demanderesse n'a pas fait valoir que son client ne poursuivrait pas le navire lui-même.

Le critère permettant de déterminer quand il y a lieu d'accorder une suspension d'instance est énoncé dans l'affaire *Plibrico (Canada) Ltd. c. Combustion Engineering Canada Inc.* (1990), 30 C.P.R. (3d) 312 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Une suspension ne devrait pas être accordée à moins que la poursuite de l'action ne cause un préjudice à la défenderesse ou représente une injustice à son égard et que la suspension ne représente une injustice à l'égard de la demanderesse. Une ordonnance portant suspension des procédures jusqu'à ce qu'un choix ait été fait causerait un préjudice substantiel à la demanderesse. Si on choisissait d'agir au Canada, les «mesures conservatoires» obtenues des tribunaux grecs devraient être abandonnées, et, sans ces mesures, un jugement rendu par cette Cour pourrait n'être qu'un jugement sur papier.

Les défendeurs ne subiraient pas de préjudice par suite des deux actions puisqu'il ressort de la preuve que la demanderesse n'a pas l'intention de contraindre les défendeurs à répon-

the substantive issues. The plaintiff's failure to arrest the vessel before now did not visit an injustice on the defendants.

dre deux fois à l'égard des questions de fond. L'omission par la demanderesse de faire saisir le navire auparavant ne cause pas d'injustice aux défendeurs.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50(1).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Plibrico (Canada) Ltd. v. Combustion Engineering Canada Inc.* (1990), 30 C.P.R. (3d) 312; 32 F.T.R. 30 (F.C.T.D.).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Plibrico (Canada) Ltd. c. Combustion Engineering Canada Inc.* (1990), 30 C.P.R. (3d) 312; 32 F.T.R. 30 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### CONSIDERED:

*The Jala Godavari v. Canada*, A-112-91, Hugessen J.A., judgment dated 18/10/91, F.C.A., not yet reported; *Atlantic Lines & Navigation Company Inc. v. The Ship "Didymi"*, [1985] 1 F.C. 240 (T.D.); *The Hartlepool* (1950), 84 Ll.L.Rep. 145 (Adm. Div.); *The Soya Margareta*, [1960] 2 All E.R. 756 (P.D.A.); *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman et al.*, [1985] 1 S.C.R. 2; (1985), 15 D.L.R. (4th) 161; [1985] 2 W.W.R. 97; 32 Man.R. (2d) 241; 29 B.L.R. 5; 55 C.B.R. (N.S.) 1; 4 C.P.R. (3d) 145; 56 N.R. 241; *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1981] 1 F.C. 293; (1980), 111 D.L.R. (3d) 360 (T.D.).

*c*

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Le Jala Godavari c. Canada*, A-112-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 18-10-91, C.A.F., encore inédit; *Atlantic Lines & Navigation Company Inc. c. Navire «Didymi»*, [1985] 1 C.F. 240 (1<sup>re</sup> inst.); *The Hartlepool* (1950), 84 Ll.L.Rep. 145 (Adm. Div.); *The Soya Margareta*, [1960] 2 All E.R. 756 (P.D.A.); *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman et autres*, [1985] 1 R.C.S. 2; (1985), 15 D.L.R. (4th) 161; [1985] 2 W.W.R. 97; 32 Man.R. (2d) 241; 29 B.L.R. 5; 55 C.B.R. (N.S.) 1; 4 C.P.R. (3d) 145; 56 N.R. 241; *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. c. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1981] 1 C.F. 293; (1980), 111 D.L.R. (3d) 360 (1<sup>re</sup> inst.).

*d*

*e*

##### DISTINGUISHED:

*The Vasso (formerly Andria)*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 235 (C.A.).

*f*

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*The Vasso (formerly Andria)*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 235 (C.A.).

APPEAL from decision staying proceedings.  
Appeal allowed.

APPEL d'une décision de suspension d'instance.  
Appel accueilli.

#### COUNSEL:

*Christopher J. Giaschi* for plaintiff.  
*Richard L. Desgagnés* for defendants.

*g*

#### AVOCATS:

*Christopher J. Giaschi* pour la demanderesse.  
*Richard L. Desgagnés* pour les défendeurs.

#### SOLICITORS:

*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, for plaintiff.  
*Ogilvy Renault*, Montréal, for defendants.

*h*

#### PROCUREURS:

*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Ogilvy Renault*, Montréal, pour les défendeurs.

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

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

REED J.: The plaintiff appeals a decision of the Senior Prothonotary dated March 24, 1992 staying the proceedings in this case pending a decision by the

*j*

LE JUGE REED: La demanderesse interjette appel de la décision en date du 24 mars 1992 du protonotaire en chef portant suspension des procédures en l'espèce

plaintiff as to whether to pursue its claim in this Court or in the courts of Greece.

It is first necessary to determine the status of an affidavit dated May 11, 1992, signed by Pierre G. Côté, which was filed on May 11, 1992 in support of the defendants' position. Counsel for the plaintiff argues that this affidavit should not be accepted in these proceedings because: (1) the evidence contained therein is not new—it was available at the time of the proceedings before the Senior Prothonotary—; and (2) it was filed at such a late date that counsel for the plaintiff has not had time to respond to it in a considered fashion. Counsel for the defendants argue that the new affidavit is intended to support in a fuller fashion the information which was before the Senior Prothonotary. He argues this is to put the Court in a better position to exercise a review of the Prothonotary's decision according to the principle set out by the Federal Court of Appeal in *Jala Godavari (The) v. Canada* (A-112-91, decision dated October 18, 1991) [at pages 2-3]:

... contrary to a view that has sometimes been expressed in the Trial Division ([1984] 1 F.C. 856), a judge who hears an appeal from a prothonotary on a matter involving the exercise of discretion is called upon to exercise his own discretion and is not bound by the prothonotary's opinion. He may, of course, choose to give great weight to the views expressed by the prothonotary, but the parties are, in the final analysis, entitled to the discretion of a judge and not that of a subordinate officer. The situation is, of course, different where a referee (who may be a prothonotary) has heard witnesses and made findings of fact based on his assessment of credibility (see *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 F.C. 305 (C.A.)).

I do not find it necessary to decide whether and in what circumstances it is appropriate to file new evidence on an appeal from a prothonotary's decision. It is sufficient for present purposes to say that I think the plaintiff should not be faced with a new affidavit in this fashion on the very morning of the appeal.

I would indicate, in addition, in case I am wrong with respect to the filing of the new affidavit, that I do not interpret the letter of August 13, 1990, attached thereto, in the same way as counsel for the

en attendant que la demanderesse décide de poursuivre son action ou bien devant cette Cour ou bien devant les tribunaux grecs.

a Il importe tout d'abord de déterminer le statut d'un affidavit en date du 11 mai 1992 signé par Pierre G. Côté et qui a été déposé le 11 mai 1992 pour étayer la position des défendeurs. L'avocat de la demanderesse soutient que cet affidavit ne devrait pas être accepté dans les présentes procédures parce que: (1) la preuve y contenue n'est pas nouvelle—elle était disponible au moment des procédures devant le protonotaire en chef—et (2) elle a été déposée si tardivement que l'avocat de la demanderesse n'a pas eu le temps d'y répondre d'une manière mûrement réfléchie. L'avocat des défendeurs prétend que le nouvel affidavit vise à appuyer d'une façon plus complète les renseignements présentés devant le protonotaire en chef. Il prétend que cela place la Cour dans une meilleure position pour examiner la décision du protonotaire selon le principe énoncé par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Jala Godavari (Le) c. Canada* (A-112-91, décision rendue le 18 octobre 1991) [aux pages 2 et 3]:

... contrairement à ce que la Section de première instance ([1984] 1 C.F. 856) a exprimé à quelques reprises, le juge saisi d'un appel d'une décision du protonotaire sur une question mettant en cause l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire et n'est pas lié par l'opinion du protonotaire. Il peut, évidemment, choisir d'accorder une importance considérable à l'opinion exprimée par ce dernier, mais les parties ont droit, en dernière analyse, à l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un jugé et non d'une fonctionnaire judiciaire subalterne. La situation est de toute évidence différente lorsque l'arbitre (qui peut être un protonotaire) a entendu les témoins et tiré des conclusions de fait fondées sur son évaluation de leur crédibilité (voir *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 C.F. 305 (C.A.)).

h Je ne trouve pas nécessaire de trancher la question de savoir si et dans quelles circonstances il convient de déposer de nouveaux éléments de preuve à l'occasion d'un appel formé contre la décision d'un protonotaire. Aux fins de l'espèce, il suffit de dire que, à mon avis, la demanderesse ne devrait pas se trouver devant un nouvel affidavit le jour même de l'appel.

i Au cas où j'aurais tort en ce qui concerne la production de nouveaux éléments de preuve, j'ajoute que je n'interprète pas la lettre du 13 août 1990, y jointe, de la même façon que l'avocat des défendeurs. J'es-



defendants. In my view the characterization which counsel for the defendants seeks to place on counsel for the plaintiffs<sup>1</sup> letter of August 13, 1990 is overly broad. Counsel for the defendants seeks to characterize that letter as a representation by the plaintiffs that they did not intend to proceed against the ship the *Lara S*. While there is some ambiguity in the phrasing of the letter I would not read it in that fashion. It seems clear to me that the owners of the *Lara S* having been served and the plaintiffs having proceeded against them, the other defendants, referred to in the letter against whom proceedings were not going to be pursued, were Lucky Star Shipping S.A. and Byzantine Maritime Corp. I would not read the letter as expressing an intention not to proceed against the *Lara S*.

The plaintiff argues that the decision staying these proceedings should be set aside because: (1) the proceeding in the Greek courts is not duplicative of the present proceeding and is intended only to ensure security for the payment of any judgment that may issue out of this Court; (2) a stay of the present proceedings pending an election by the plaintiff as between the two courts will result in substantial prejudice to the plaintiff; (3) allowing the proceeding in this Court to proceed without requiring such election will not result in an injustice to the defendants.

The well-known test for determining when a stay should be granted is set out by Mr. Justice Strayer in *Plibrico (Canada) Ltd. v. Combustion Engineering Canada Inc.* (1990), 30 C.P.R. (3d) 312 (F.C.T.D.), at page 315:

It is well established in the jurisprudence that a stay should not be granted under s. 50 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, unless it can be shown that (1) the continuation of the action would cause prejudice or injustice (not merely inconvenience or extra expense) to the defendant; and (2) that the stay would not work an injustice to the plaintiff . . . The onus is on the defendant who seeks a stay to establish that these conditions exist and the grant or refusal of a stay is within the discretionary power of the judge.

<sup>1</sup> Prior to April 30, 1992, there were two plaintiffs in this action. As of that date the second plaintiff filed a discontinuance.

time que la qualification que l'avocat des défendeurs cherche à faire de la lettre du 13 août 1990 de l'avocat des demanderesse<sup>1</sup> est d'une portée trop générale. L'avocat des défendeurs cherche à qualifier cette lettre d'observation par les demanderesse selon laquelle elles ne voulaient pas poursuivre le navire *Lara S*. Certes, il existe une certaine ambiguïté dans la formulation de la lettre; mais je ne l'interprète pas de cette façon. Il me semble clair que les propriétaires du navire *Lara S* ayant reçu une signification et que les demanderesse les ayant poursuivis, les autres défendeurs mentionnés dans la lettre contre qui des actions n'allaient pas être intentées étaient Lucky Star Shipping S.A. et Byzantine Maritime Corp. Je n'interprétera pas la lettre comme exprimant l'intention de ne pas poursuivre le navire *Lara S*.

La demanderesse soutient que la décision portant suspension des présentes procédures devrait être annulée parce que: (1) l'action devant les tribunaux grecs ne fait pas double emploi avec la présente action et ne vise qu'à assurer la garantie du paiement du montant adjugé par un jugement que cette Cour peut rendre; (2) la suspension des présentes procédures en attendant que les demanderesse fassent un choix entre les deux tribunaux causera un préjudice substantiel à la demanderesse; (3) permettre à l'action dont est saisie cette Cour de se dérouler sans exiger un tel choix n'entraînera pas une injustice à l'égard des défendeurs.

Le critère bien connu permettant de déterminer quand il faudrait accorder une suspension d'instance est énoncé par le juge Strayer dans l'affaire *Plibrico (Canada) Ltd. c. Combustion Engineering Canada Inc.* (1990), 30 C.P.R. (3d) 312 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 315:

La jurisprudence précise clairement qu'une suspension ne devrait pas être accordée aux termes de l'art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, à moins que l'on puisse démontrer (1) que la poursuite de l'action va causer un préjudice à la défenderesse ou représenter une injustice à son égard (et non seulement causer des désagréments et des frais supplémentaires) et (2) que la suspension ne représentera pas une injustice à l'égard de la demanderesse . . . Il incombe à la défenderesse qui demande une suspension d'établir que ces conditions sont respectées et au juge d'accorder ou de refuser la suspension.

<sup>1</sup> Antérieurement au 30 avril 1992, il existait deux demanderesse dans la présente action. À cette date, la seconde demanderesse a déposé un désistement.

The substantive claim in this case concerns damage to a shipment of bailer twine carried by sea from Brazil to Toronto, Canada. The plaintiff, Canastrand Industries Ltd. was the purchaser and receiver of the cargo. The damaged goods were allegedly delivered to the plaintiff in May of 1988. The plaintiff's statement of claim was filed on April 28, 1989. The owners of the *Lara S*, Armadaores Lara S.A., and the defendant the Kimberly Navigation Company Limited were served with the statement of claim. They filed a defence on September 9, 1990. The exchange of documents, examinations for discovery and other pre-trial proceedings ensued. A pre-trial conference to discuss a potential date, time and place for the hearing of the trial was held by the Associate Chief Justice on February 14, 1992.

On January 15, 1992 counsel for the plaintiff became aware that the defendant Armadaores Lara S.A. intended to sell the Ship the *Lara S*. In so far as the material on file is concerned it appears that the *Lara S* is the only known asset of the defendant Armadaores Lara S.A. Counsel for the plaintiff accordingly obtained advice from and instructed solicitors in Greece to effect an arrest of the *Lara S*. The vessel was in Greece at the time. Counsel for the plaintiff attests that the only purpose of that action was and is to ensure that security will exist for any judgment that might be given with respect to the cargo claim being litigated in this Court. Counsel for the plaintiff's affidavit which was filed in response to the defendants' application before the Prothonotary for a stay of these proceedings reads in part:

Instructions to arrest the "LARA S" were given in response to advise [sic] received from Mr. Voutsinos that the "LARA S" was in Piraeus and was about to be sold to a company called Ilios Shipping of Piraeus, Greece. As the "LARA S" is the only known asset of the defendant Armadaores Lara S.A., its sale might cause serious prejudice to the plaintiff in the event it is successful in this action.

A copy of a communication attached to the affidavit of Johanne Gauthier dated February 26, 1992 which was filed by the defendants in support of their

En l'espèce, l'action quant au fond concerne des avaries causées à une cargaison de ficelle d'emballage transportée par mer entre le Brésil et Toronto (Canada). La demanderesse Canastrand Industries Ltd. était l'acheteuse et la consignataire de la cargaison. Les marchandises avariées auraient, prétend-on, été livrées à la demanderesse en mai 1988. La déclaration de la demanderesse a été déposée le 28 avril 1989. Cette déclaration a été signifiée aux propriétaires du navire *Lara S*, Armadaores Lara S.A., et à la défenderesse la Kimberly Line Navigation Company Limited. Ils ont déposé une défense le 9 septembre 1990. L'échange des documents, les interrogatoires préalables et d'autres procédures préalables à l'instruction ont eu lieu par la suite. Le 14 février 1992, le juge en chef adjoint a tenu une conférence préalable à l'instruction pour discuter de la date, du délai et du lieu éventuels de l'audience du procès.

Le 15 janvier 1992, l'avocat de la demanderesse s'est rendu compte que la défenderesse Armadaores Lara S.A. voulait vendre le navire *Lara S*. Compte tenu des documents versés au dossier, il semble que le navire *Lara S* soit le seul actif connu de la défenderesse Armadaores Lara S.A. L'avocat de la demanderesse a donc consulté des avocats en Grèce et leur a donné l'instruction de faire saisir le navire *Lara S*. Ce navire était à l'époque en Grèce. L'avocat de la demanderesse atteste que cette action visait et vise uniquement à assurer l'existence d'une garantie en vue de l'exécution d'un jugement qui pourrait être rendu relativement à l'action concernant la cargaison dont est saisie cette Cour. L'affidavit de l'avocat de la demanderesse qui a été déposé en réponse à la demande présentée par la défenderesse devant le protonotaire en vue de la suspension des présentes procédures se lit notamment:

[TRADUCTION] L'instruction de faire saisir le navire «LARA S» a été donnée en réponse au conseil reçu de M<sup>e</sup> Voutsinos selon lequel le navire «LARA S» se trouvait au Pirée et allait être vendu à une compagnie appelée Ilios Shipping du Pirée (Grèce). Puisque le navire «LARA S» est le seul actif connu de la défenderesse Armadaores Lara S.A., sa vente pourrait causer un sérieux préjudice à la demanderesse au cas où elle aurait gain de cause dans la présente action.

Une copie d'une lettre jointe à l'affidavit en date du 26 février 1992 de Johanne Gauthier, qui a été déposé par les défendeurs pour étayer leur demande

application before the Prothonotary for a stay of proceeding states:

... spoke with our lawyer in Greece who explained as follows:

- a) claimants [do] not intend starting out a new trial here for the case.
- b) claimants through their lawyer's [sic] requested only "conservative measurements [measures]" in order secured the consequence of Canadian court.

means:

- 1. - prohibition to own[er]s sale [of] the vsl [vessel] prior [to] Canadian Court resolution, or
- 2. - own[er]s bank guarantee for the amnt [amount] claimed.

It is clear that there is nothing innately vexatious or untoward in a plaintiff in a maritime case commencing an action in one jurisdiction in order to ensure security for a claim which is being litigated in another. Counsel for the plaintiff argues that the fact situation in this case is the mirror image of that in *Atlantic Lines & Navigation Company Inc. v. The Ship "Didymi"*, [1985] 1 F.C. 240 (T.D.). Support is also found in the decisions in *The Hartlepool* (1950), 84 Ll.L.Rep. 145 (Adm. Div.) and *The Soya Margareta*, [1960] 2 All E.R. 756 (P.D.A.).

Counsel for the defendants seeks to distinguish these cases on the ground that the *Atlantic Lines & Navigation* case dealt with whether or not the action was one in which an arrest of a vessel properly lay and that both the *Hartlepool* and *Soya Margareta* cases dealt with situations in which there was in the companion action no *in rem* claim. He also relies on *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman et al.*, [1985] 1 S.C.R. 2 for the proposition that seizing the assets of a defendant before judgment has been rendered is a rare and unusual proceeding. I do not think the distinctions which it is sought to draw from the maritime cases withstand scrutiny. The *Atlantic Lines & Navigation* case dealt with an application for a stay of proceedings and as in this case the stay was sought by the defendants in order to avoid providing security for any damages that might eventually be awarded upon determination of the substantive issue underlying the plaintiff's claim. While the *Hartlepool* and *Soya Margareta* (and the *Atlantic Lines & Navigation*) cases may deal with situations in which *in rem* proceedings in the initial proceedings were either not

présentée devant le protonotaire en vue d'une suspension d'instance, dit ceci:

[TRADUCTION] ... nous avons parlé à notre avocat en Grèce qui a donné l'explication suivante:

- a) les requérants n'ont pas l'intention de commencer ici une nouvelle instruction de l'affaire.
- b) les requérants, par l'entremise de leurs avocats, demandaient seulement des «mesures conservatoires» pour garantir l'effet du jugement d'un tribunal canadien.

b  
moyens:

- 1.- interdiction faite au propriétaire de vendre le navire avant la décision du tribunal canadien, ou
- 2.- la banque du propriétaire garantisse le montant réclamé.

c  
À l'évidence, le fait pour un demandeur dans une affaire maritime d'intenter une action devant une instance afin d'assurer la garantie d'une action dont une autre est saisie n'a rien de foncièrement vexatoire ni de fâcheux. L'avocat de la demanderesse prétend que la situation de fait de l'espèce est l'image inversée de celle de l'affaire *Atlantic Lines & Navigation Company Inc. c. Navire «Didymi»*, [1985] 1 C.F. 240 (1<sup>re</sup> inst.). Cette idée se trouve également étayée par les décisions *The Hartlepool* (1950), 84 Ll.L.Rep. 145 (Adm. Div.) et *The Soya Margareta*, [1960] 2 All E.R. 756 (P.D.A.).

L'avocat des défendeurs cherche à distinguer ces affaires en disant que l'affaire *Atlantic Lines & Navigation* portait sur la question de savoir s'il s'agissait d'une action dans laquelle la saisie d'un navire avait à juste titre été pratiquée et que les deux affaires *Hartlepool* et *Soya Margareta* portaient sur des situations où il n'existait dans l'action correspondante aucune demande *in rem*. Il s'appuie également sur l'arrêt *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman et autres*, [1985] 1 R.C.S. 2 pour préconiser l'idée que saisir l'actif d'un défendeur avant qu'un jugement n'ait été rendu est une procédure rare et inhabituelle. Je ne pense pas que les distinctions qu'on cherche à tirer des affaires maritimes résistent à un examen rigoureux. L'affaire *Atlantic Lines & Navigation* avait trait à une demande de suspension d'instance et, comme en l'espèce, les défenderesses sollicitaient une suspension d'instance afin d'éviter de fournir un cautionnement pour tous dommages-intérêts qui pourraient en fin de compte être adjugés à l'occasion du règlement de la question de fond qui sous-tendait l'action de la demanderesse. Bien que les affaires

possible or not included, I do not think this is the only circumstance in which a companion action to obtain security may be taken. Those cases are based on a broader principle. In so far as reliance on the *Aetna* decision is concerned, it has long been a principle of maritime law that vessels which by their nature move continually from jurisdiction to jurisdiction may be seized before judgment to answer for obligations potentially owed with respect to them.

Counsel for the defendants argues that in any event the decision of the Senior Prothonotary was not based on a possible duplication of proceedings in this Court and in the Greek court but rather on the ground that in this case "it is in the interest of justice that the proceedings be stayed". That is, he argues that the Prothonotary's decision was based on paragraph 50(1)(b) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], not on paragraph 50(1)(a). Subsection 50(1) of the *Federal Court Act* provides:

50. (1) The Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter,

(a) on the ground that the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction; or

(b) where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed. [Underlining added.]

It is argued that it is in the interest of justice in this case that the proceedings be stayed because the plaintiff did not move to assert its *in rem* rights against the *Lara S* at an earlier time. It is argued that the vessel was in Canadian ports several times since the commencement of the action and no move was made to arrest it. It is argued that it could not now be arrested if it came within Canadian waters because the one-year time limit has expired and in any event the letter referred to above, sent by counsel for the plaintiff, expressly states that the plaintiff did not intend to proceed against the ship. It is argued that the sale of the ship is to an arms-length third party purchaser, there being no intention on the part of the defendants to defraud creditors or evade judgment, and that it is

*Hartlepool et Soya Margareta* (et l'affaire *Atlantic Lines & Navigation*) puissent porter sur des situations dans lesquelles des procédures *in rem* dans l'action initiale n'étaient pas ou bien possibles ou bien incluses, je ne pense pas qu'il s'agisse de la seule circonstance dans laquelle une action correspondante en cautionnement puisse être intentée. Ces affaires reposent sur un principe d'une portée plus générale. Pour ce qui est du recours à la décision *Aetna*, le droit maritime connaît depuis longtemps un principe selon lequel les navires qui, de par leur nature, passent continuellement de compétence en compétence peuvent être saisis avant jugement pour garantir l'exécution des obligations éventuellement dues en ce qui les concerne.

L'avocat des défendeurs prétend que, en tout état de cause, la décision du protonotaire en chef ne reposait pas sur un chevauchement possible des procédures devant cette Cour et devant le tribunal grec, mais plutôt sur le motif que, en l'espèce, [TRADUCTION] «l'intérêt de la justice l'exige», c'est-à-dire qu'il soutient que la décision du protonotaire se fondait sur l'alinéa 50(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], et non sur l'alinéa 50(1)(a). Le paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* est ainsi rédigé:

50. (1) La Cour a le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire:

a) au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal;

b) lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige. [Soulignement ajouté.]

Il est allégué que, en l'espèce, il est dans l'intérêt de la justice que les procédures soient suspendues parce que la demanderesse n'a pas agi pour faire valoir plus tôt ses droits *in rem* contre le navire *Lara S*. Il est allégué que le navire s'est trouvé dans des ports canadiens à plusieurs reprises depuis le commencement de l'action et qu'on n'a pas fait de démarche pour le faire saisir. Il est allégué qu'il ne pourrait maintenant être saisi s'il se trouvait dans les eaux canadiennes parce que le délai d'un an a expiré et que, en tout état de cause, la lettre susmentionnée envoyée par l'avocat de la demanderesse dit expressément que celle-ci n'avait pas l'intention de poursuivre le navire. Il est allégué que la vente du navire s'effectue au profit d'un tiers acquéreur sans lien de

a sale being made in the ordinary course of business. It is argued that it is abusive of the plaintiff to now take proceedings which interfere with that transaction when no attempt was made to arrest the vessel at an earlier date.

I am not persuaded that these arguments support a decision that it is in the interests of justice that the proceedings in this Court be stayed. In the first place, as long as the ship was owned by the defendant Armadaores Lara S.A. and that defendant was an active defendant in the present proceeding, the plaintiff might not contemplate the need to ensure security for its claim by proceeding directly against the ship. One can understand that this situation would change once the plaintiff learned that Armadaores Lara S.A. was intending to sell its only asset, the ship. Secondly, I am not persuaded that if the ship were in Canadian waters that it could not now be arrested. I have been referred to no authority for that proposition. Accordingly, I have not been persuaded that the proceeding in Greece is an attempt to do an end run around requirements of Canadian maritime law. Also, as I have already indicated, I am not persuaded that counsel for the plaintiff made representations that his client had no intention of proceeding against the ship itself.

In so far as the respective prejudice which the parties may suffer is concerned, I accept counsel for the plaintiff's argument that an order staying these proceedings until an election is made will result in substantial prejudice to the plaintiff. If an election is made to proceed in Canada this would necessitate relinquishment of the "conservative measures" which have been obtained through the Greek court. Without such measures there is reason to fear that a judgment from this Court would be a paper judgment only. I note that if the defendants wished to assure the plaintiff that this would not be the case it is always open to them to file security by way of a bond or other instrument in this Court on condition that the Greek proceeding be abandoned. If the plaintiff were to elect to pursue proceedings in Greece, the time and money

dépendance, les défendeurs n'ayant nullement l'intention de frustrer les créanciers ni de se soustraire à un jugement, et qu'il s'agit d'une vente effectuée dans le cours ordinaire des affaires. Il est allégué que la demanderesse commet un abus en intentant une action qui fait obstacle à cette opération lorsqu'aucune tentative n'a été faite pour faire saisir le navire plus tôt.

Je ne suis pas persuadée que ces arguments étayeraient une décision selon laquelle il est dans l'intérêt de la justice que les procédures devant cette Cour soient suspendues. En premier lieu, tant que le navire appartenait à la défenderesse Armadaores Lara S.A. et que celle-ci était une partie défenderesse active dans la présente action, la demanderesse pourrait ne pas envisager la nécessité d'un cautionnement pour son action en poursuivant directement le navire. On peut comprendre que cette situation changerait une fois que la demanderesse aurait appris que Armadaores Lara S.A. avait l'intention de vendre son seul actif, le navire. En second lieu, je ne suis pas persuadée que si le navire se trouvait dans les eaux canadiennes, il ne pourrait maintenant être saisi. On ne m'a renvoyé à aucune jurisprudence pour étayer cette idée. En conséquence, on ne m'a pas persuadée que l'action en Grèce est une tentative de contourner les exigences du droit maritime canadien. De même, comme je l'ai indiqué, je ne suis pas persuadée que l'avocat de la demanderesse ait fait remarquer que sa cliente n'avait nullement l'intention de poursuivre le navire lui-même.

Pour ce qui est du préjudice respectif que les parties peuvent subir, j'accepte l'argument de l'avocat de la demanderesse selon lequel une ordonnance portant suspension des présentes procédures jusqu'à ce qu'un choix ait été fait causera un préjudice substantiel à la demanderesse. Si l'on choisissait d'agir au Canada, cela nécessiterait l'abandon des [TRADUCTION] «mesures conservatoires» qui ont été obtenues d'un tribunal grec. Sans ces mesures, il y a lieu de craindre qu'un jugement de cette Cour ne soit qu'un jugement sur papier. Je fais remarquer que si les défendeurs voulaient assurer la demanderesse que tel ne serait pas le cas, il leur est toujours loisible de déposer une garantie au moyen d'un cautionnement ou d'un autre acte devant cette Cour, à condition que l'action en Grèce soit abandonnée. Si la demande-

spent on pre-trial proceedings and preparation in this Court would be wasted. Whether an action on the merits could in fact, at this point, proceed in Greece is a matter I will not address since it is an issue involving Greek law on which I do not have expert evidence.

In so far as potential prejudice to the defendants is concerned, in the face of firm and unequivocal evidence that there is no intention on the part of the plaintiff to pursue duplicative actions and make the defendants answer twice with respect to the substantive issues involved, it is difficult to see how prejudice would arise as a result of the two proceedings. In so far as the Greek proceeding operating as a block to the sale of the ship is concerned, counsel for the plaintiff argues that his client's claim would in any event attach as a maritime lien to the vessel and thus at some point become a bone of contention between the vendor and purchaser regardless of whether the vessel was subject to the Greek conservative measures or not. He argues that this is a general principle of maritime law. Regardless of whether or not this is so I am simply not convinced that the plaintiff's failure to arrest the vessel before now is a circumstance which can be said to visit an injustice on the defendants. This is not a decision such as that in *The Vasso (formerly Andria)*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 235 (C.A.) which counsel for the defendants cited. That was a case in which the plaintiffs obtained a warrant for arrest without full disclosure and where the fact of such a warrant being issued was not disclosed to the ship owners who were engaged in *bona fide* negotiations respecting the claim and where the writs were not served until the vessel was in the hands of a third party.

The Senior Prothonotary quoted from the decision in *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1981] 1 F.C. 293 (T.D.), at page 301. The principle he referred to in that quotation relates to the Court's authority to impose on a person litigating in this Court the condition that that person not

resse devait choisir de poursuivre l'action en Grèce, le temps et l'argent consacrés aux procédures et à la préparation préalables à l'instruction devant cette Cour constitueraient un gaspillage. Qu'une action sur le fond puisse en fait, à ce stade, se dérouler en Grèce est une question sur laquelle je ne me prononce pas puisqu'il s'agit d'une question mettant en cause le droit grec sur lequel je ne dispose pas de témoignage d'expert.

En ce qui concerne le préjudice éventuellement causé aux défendeurs, compte tenu de la preuve solide et sans équivoque selon laquelle la demanderesse n'a nullement l'intention d'intenter des actions qui font double emploi ni de contraindre les défendeurs à répondre deux fois à l'égard des questions de fond en cause, il est difficile de voir comment un préjudice découlerait de deux procédures. Pour ce qui est de l'action intentée en Grèce et qui a pour conséquence d'empêcher la vente du navire, l'avocat de la demanderesse fait valoir que la demande de sa cliente constituerait en tout état de cause un privilège maritime sur le navire et deviendrait donc, à un stade, une pomme de discorde entre le vendeur et l'acheteur indépendamment de la question de savoir si le navire faisait ou non l'objet de mesures conservatoires en Grèce. Il soutient que c'est là un principe général de droit maritime. Que ce soit le cas ou non, je ne suis simplement pas convaincue que l'omission par la demanderesse de faire saisir le navire auparavant soit une circonstance dont on peut dire qu'elle fait subir une injustice aux défendeurs. Il ne s'agit pas d'une décision telle que celle rendue dans l'affaire *The Vasso (formerly Andria)*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 235 (C.A.) que l'avocat des défendeurs a citée. Il s'agissait d'une affaire où les demandeurs avaient obtenu un mandat de saisie sans qu'il y eût divulgation complète, où la délivrance du mandat n'avait pas été divulguée aux propriétaires du navire qui entamaient des négociations de bonne foi concernant la demande et où les brefs n'avaient pas été signifiés avant que le navire ne se trouvât aux mains d'un tiers.

Le protonotaire en chef a cité la décision rendue dans l'affaire *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. c. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1981] 1 C.F. 293 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 301. Le principe dont il a fait mention dans cette citation se rapporte au pouvoir de la Cour d'imposer à une personne

litigate the same cause of action or matter in another court. There is no doubt that this is an accurate statement of the law. I am not convinced, however, that in applying that principle the appropriate tests were considered by the Prothonotary for determining whether such an order should be given in this case. <sup>a</sup>

I cannot conclude that the facts in the present case justify the granting of a stay. The two actions will not place the defendants in the position of having to answer twice in two different courts with respect to the same evidence and proceedings. The plaintiff will suffer considerable prejudice in having to elect to forgo one or other of the proceedings. The result for the defendants of allowing the plaintiff to maintain both proceedings cannot be characterized as an injustice. <sup>b</sup> <sup>c</sup>

plaidant devant elle de ne pas plaider la même cause d'action ou question devant un autre tribunal. Il s'agit indubitablement d'un énoncé exact du droit. Je ne suis toutefois pas persuadée que, en appliquant ce principe, le protonotaire ait examiné les critères appropriés pour déterminer si une telle ordonnance devrait être rendue en l'espèce.

Je ne saurais conclure que les faits de l'espèce justifient l'octroi d'une suspension d'instance. Les deux actions ne mettront pas les défendeurs dans l'obligation de répondre deux fois devant deux tribunaux différents à l'égard de la même preuve et des mêmes procédures. La demanderesse subira un préjudice important en devant choisir de renoncer à l'une ou à l'autre des actions. On ne saurait qualifier d'injustice la conséquence du fait pour les défendeurs de permettre à la demanderesse de maintenir les deux actions.

T-911-90

T-911-90

**Her Majesty the Queen (Plaintiff)****Sa Majesté la Reine (demanderesse)**

v.

c.

**B. M. Enterprises (Defendant)**<sup>a</sup> **B. M. Enterprises (défenderesse)***INDEXED AS: CANADA v. B. M. ENTERPRISES (T.D.)**RÉPERTORIÉ: CANADA c. B. M. ENTERPRISES (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Reed J.—Prince Albert, Saskatchewan, April 30; Ottawa, June 25, 1992.

<sup>b</sup> Section de première instance, juge Reed—Prince Albert (Saskatchewan), 30 avril; Ottawa, 25 juin 1992.

*Income tax — Practice — Income Tax Act s. 227(10) permitting M.N.R. to assess any person for amount payable under s. 224(4) — After obtaining Department of Justice opinion non-compliance with s. 224(1) notice to pay, and approval from head office, auditor issuing s. 227(10) assessment on controlled form — Form sent under printed name of Deputy Minister — Tax Court vacating s. 227(10) assessment on ground should have been issued by Minister or lawfully authorized official — Interpretation Act, s. 24(2) providing words empowering minister to do something including deputy — S. 900 of Income Tax Regulations authorizing A.D.M.s to exercise authority of Minister and containing specific delegations of authority to other officials with respect to certain sections of Act — Issue of implied delegation, relied upon in Doyle v. M.N.R., not raised herein — Discussion of alter ego principle, whereunder official constituting alter ego of Minister, since subject of fullest control by superior — Degree of control crucial factor, not whether answerable to Parliament — Assessment issued by Deputy Minister, though not personally reviewing file — Also implied authority to subdelegate — Issuance of assessment not of such discretionary nature Parliament intended Minister to personally review each potential s. 227(10) assessment and decide whether or not should be issued — Significant assessment not final — Discretion not determinative of whether assessment valid.*

*Impôt sur le revenu — Pratique — L'art. 227(10) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet au M.R.N. de cotiser toute personne pour un montant payable en vertu de l'art. 224(4) — Après avoir obtenu du ministère de la Justice l'avis qu'il y a eu non-respect de l'avis de paiement fondé sur l'art. 224(1) et l'approbation du bureau principal, le vérificateur a établi une cotisation fondée sur l'art. 227(10), selon une formule réglementée — Cette formule a été envoyée sous le nom imprimé du sous-ministre — La Cour de l'impôt a annulé la cotisation fondée sur l'art. 227(10) pour le motif qu'elle aurait dû être établie par le ministre ou un fonctionnaire légalement autorisé — L'art. 24(2) de la Loi d'interprétation prévoit que la mention d'un ministre dans le cadre de ses attributions vaut mention du sous-ministre du ministère en cause — L'art. 900 du Règlement de l'impôt sur le revenu autorise le S.M.A. à exercer les pouvoirs du ministre, et contient des délégations de pouvoir particulières à d'autres fonctionnaires relativement à certains articles de la Loi — La question de la délégation implicite, invoquée dans l'affaire Doyle c. M.R.N., n'a pas été soulevée dans l'espèce — Discussion du principe de l'alter ego, en vertu duquel un fonctionnaire est l'alter ego du ministre, puisqu'il relève entièrement de son supérieur — Le degré de contrôle est le facteur crucial et non la question de savoir si on est responsable devant le Parlement — La cotisation a été établie par le sous-ministre bien qu'il n'ait pas personnellement examiné le dossier — Il existe également un pouvoir de subdélégation implicite — L'établissement de la cotisation n'est pas d'une nature discrétionnaire telle que le législateur a voulu que le ministre examine personnellement chaque cotisation éventuelle fondée sur l'art. 227(10) pour décider si oui ou non elle devrait être établie — Il est révélateur que la cotisation ne soit pas de nature définitive — Le pouvoir discrétionnaire ne tranche pas la question de savoir si la cotisation est valable.*

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63), ss. 221(1), 224(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 121), (4) (as am. *idem*, c. 48, s. 103), 227(10) (as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 117).  
*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, s. 900 (as am. by SOR/78-774, s. 1; SOR/79-803, s. 1; SOR/80-162, s. 1; SOR/81-449, s. 1; SOR/83-797, s. 1; SOR/86-445, s. 1; SOR/87-470, s. 1; SOR/88-219, s. 1).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, ch. 63), art. 221(1), 224(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 121), (4) (mod., *idem*, ch. 48, art. 103), 227(10) (mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 117).  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 24(2).  
*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, art. 900 (mod. par DORS/78-774, art. 1; DORS/79-803,



*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 24(2).

art.1; DORS/80-162, art. 1; DORS/81-449, art. 1; DORS/83-797, art. 1; DORS/86-445, art. 1; DORS/87-470, art. 1; DORS/88-219, art. 1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238; (1976), 66 D.L.R. (3d) 660; [1976] 3 W.W.R. 536; 28 C.C.C. (2d) 279; 8 N.R. 47.

##### DISTINGUISHED:

*Doyle v. M.N.R.*, [1990] 1 F.C. 94; [1989] 2 C.T.C. 270; (1989), 89 DTC 5483; 30 F.T.R. 1 (T.D.).

##### CONSIDERED:

*Re Golden Chemical Products Ltd*, [1976] 2 All ER 543 (Ch. D.); *Riendeau, L. v. The Queen* (1991), 91 DTC 5416 (F.C.A.).

##### REFERRED TO:

*O'Reilly v Commissioner of State Bank of Victoria* (1982), 44 ALR 27 (H. Ct.).

#### AUTHORS CITED

de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans, London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

Dussault, R. and Borgeat, L. *Administrative Law: A Treatise*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.

APPEAL from Tax Court decision (*B. M. Enterprises Ltd. v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2094; (1989), 90 DTC 1037 (T.C.C.)) vacating assessment. Appeal allowed.

##### COUNSEL:

*Helen C. Turner and Douglas Titosky* for plaintiff.

*James H. W. Sanderson* for defendant.

##### SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for plaintiff.

*Sanderson & Wilkinson*, Prince Albert, Saskatchewan, for defendant.

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

REED J.: The question to be decided in this case is a very narrow one: was the notice of assessment which was sent to the defendant (respondent), B. M. Enterprises, by the plaintiff (appellant) pursuant to subsec-

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*R. c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238; (1976), 66 D.L.R. (3d) 660; [1976] 3 W.W.R. 536; 28 C.C.C. (2d) 279; 8 N.R. 47.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Doyle c. M.R.N.*, [1990] 1 C.F. 94; [1989] 2 C.T.C. 270; (1989), 89 DTC 5483; 30 F.T.R. 1 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Re Golden Chemical Products Ltd*, [1976] 2 All ER 543 (Ch. D.); *Riendeau, L. c. La Reine* (1991), 91 DTC 5416 (C.A.F.).

##### DÉCISION CITÉE:

*O'Reilly v Commissioner of State Bank of Victoria* (1982), 44 ALR 27 (H. Ct.).

#### DOCTRINE

de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans, London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

Dussault, R. et Borgeat, L. *Traité de droit administratif*, Tome 1, 2<sup>e</sup> éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1984.

APPEL de la décision (*B. M. Enterprises Ltd. c. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2094; (1989), 90 DTC 1037 (C.C.I.)) par laquelle la Cour de l'impôt a annulé la cotisation. Appel accueilli.

##### AVOCATS:

*Helen C. Turner et Douglas Titosky* pour la demanderesse.

*James H. W. Sanderson* pour la défenderesse.

##### PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour la demanderesse.

*Sanderson & Wilkinson*, Prince Albert (Saskatchewan), pour la défenderesse.

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

LE JUGE REED: La question à trancher en l'espèce est très précise: l'avis de cotisation envoyé à la défenderesse (intimée) B. M. Enterprises par la demanderesse (appelante) en vertu du paragraphe 227(10) de

tion 227(10) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 117)] issued by the proper person. A decision of the Tax Court [[1990] 1 C.T.C. 2094] vacated that assessment on the ground that it should have been issued by the Minister of National Revenue or a lawfully authorized official.

### Facts

The defendant owed money to Simonot Equities Ltd. ("Simonot"). Simonot owed monies to the plaintiff on account of taxes payable pursuant to the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended. Both the defendant and Simonot are controlled by the same shareholder, Mr. Marcel Simonot.

On December 17, 1984, the defendant was served with a notice issued pursuant to subsection 224(1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 121] of the *Income Tax Act*. That notice required the defendant to pay some of the money which it owed Simonot, to the Receiver General of Canada instead of Simonot. Subsection 224(1) of the *Income Tax Act* provides:

224. (1) Where the Minister has knowledge or suspects that a person is or will be, within 90 days, liable to make a payment to another person who is liable to make a payment under this Act (in this section referred to as the "tax debtor"), he may, by registered letter or by a letter served personally, require that person to pay forthwith, where the moneys are immediately payable, and, in any other case, as and when the moneys become payable, the moneys otherwise payable to the tax debtor in whole or in part to the Receiver General on account of the tax debtor's liability under this Act.

On April 30, 1985, in defiance of this notice, the defendant paid money to Simonot. The defendant thereby became directly liable to the Crown for the amount of taxes owed by Simonot. Subsection 224(4) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 103] of the *Income Tax Act* states:

224. . . .

(4) Every person who fails to comply with a requirement under subsection (1) or (3) is liable to pay to Her Majesty an amount equal to the amount that he was required under subsection (1) or (3), as the case may be, to pay to the Receiver General.

la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 117)] a-t-il été établi par la personne compétente. Une décision de la Cour de l'impôt [[1990] 1 C.T.C. 2094] a annulé cette cotisation pour le motif qu'elle aurait dû être établie par le ministre du Revenu national ou un fonctionnaire légalement autorisé.

### Les faits

La défenderesse devait de l'argent à Simonot Equities Ltd. («Simonot»). Celle-ci devait de l'argent à la demanderesse au titre des impôts payables en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, modifiée. Tant la défenderesse que Simonot sont sous le contrôle du même actionnaire, M. Marcel Simonot.

Le 17 décembre 1984, on a signifié à la défenderesse un avis délivré en application du paragraphe 224(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 121] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cet avis exigeait de la défenderesse qu'elle verse une partie de la somme qu'elle devait à Simonot non à celle-ci mais au receveur général du Canada. Le paragraphe 224(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est ainsi rédigé:

224. (1) Lorsque le Ministre sait ou soupçonne qu'une personne est ou sera, dans les 90 jours, tenue de faire un paiement à une autre personne qui, elle-même, est tenue de faire un paiement en vertu de la présente loi (appelée au présent article le «débitéur fiscal»), il peut, par lettre recommandée ou par lettre signifiée à personne, exiger de cette personne que les deniers autrement payables au débiteur fiscal soient en totalité ou en partie versés, immédiatement si les deniers sont alors payables ou, dans les autres cas, au fur et à mesure qu'ils deviennent payables, au receveur général au titre de l'obligation du débiteur fiscal en vertu de la présente loi.

Le 30 avril 1985, malgré cet avis, la défenderesse a payé Simonot. Elle est donc devenue directement responsable devant la Couronne du montant d'impôt dû par Simonot. Le paragraphe 224(4) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 103] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est ainsi conçu:

224. . . .

(4) Toute personne qui omet de se conformer à une exigence du paragraphe (1) ou (3) est tenue de payer à Sa Majesté un montant égal au montant qu'elle était tenue, en vertu du paragraphe (1) ou (3), selon le cas, de payer au receveur général.

Mr. McKenzie is an auditor with the Collection Investigation Branch of the Prince Albert Office of Revenue Canada. In the course of his duties he investigated what was suspected to be non-compliance by the defendant with the subsection 224(1) notice to pay. He reviewed the books of both the defendant and Simonot. He reached the conclusion that non-compliance had occurred. He then followed departmental practice and sent the information he had obtained to the Department of Justice seeking counsel's opinion as to whether there had been non-compliance. An affirmative response was received. He then wrote, following departmental practice, to the head of the Programs and Operations—Collections Division of Revenue Canada, in Ottawa, for permission to issue a subsection 227(10) assessment. There is no authority in the local district office to issue such assessments until approval from head office in Ottawa has been obtained.

The letter seeking approval was addressed by Mr. McKenzie to someone in the Programs and Operations—Collections Division, in Ottawa, a Mike Robillard. The response back was signed by Mr. MacDonald, Chief of the Programs and Operations—Collections Division, and was sent to Mr. McKenzie's supervisor, a Mr. Hewson, Chief of Collections in the Saskatoon District Office. This, again, was in accordance with usual departmental practice.

In this case approval was not immediately given. The local office was asked to obtain further information from the Department of Justice. Such information was obtained and sent to Mr. MacDonald's division. On November 5, 1986, a letter was sent from Mr. MacDonald to Mr. Hewson authorizing the issuance of an assessment against the defendant pursuant to subsection 227(10).

Mr. McKenzie then obtained, from clerical staff, the appropriate subsection 227(10) form. This form is a controlled form and is only given to officials who demonstrate that they have authority to use one. Details of the proposed use are recorded by the staff who control the forms. The number on the form is recorded together with details respecting the tax liability and the person to whom the form is being sent.

M. McKenzie est un vérificateur au service d'enquête en matière de recouvrement du bureau de Revenu Canada à Prince Albert. Dans l'exercice de ses fonctions, il a fait enquête sur ce qu'on soupçonnait d'être l'inobservation par la défenderesse de l'avis de paiement prévu au paragraphe 224(1). Il a examiné les livres tant de la défenderesse que de Simonot. Il a conclu qu'il y avait eu inobservation. Il a alors suivi la pratique ministérielle et envoyé au ministère de la Justice les renseignements qu'il avait obtenus pour demander des conseils juridiques sur la question de savoir s'il y avait eu inobservation. À cet égard, il a reçu une réponse affirmative. Il a alors écrit, suivant en cela la pratique ministérielle, au chef de la Division des programmes et opérations—recouvrements de Revenu Canada, à Ottawa, pour avoir la permission d'établir une cotisation fondée sur le paragraphe 227(10). Le bureau de district local n'est pas habilité à établir de telles cotisations avant d'avoir obtenu l'approbation du bureau principal d'Ottawa.

M. McKenzie a adressé la demande d'approbation à une personne appartenant à la Division des programmes et opérations—recouvrements, à Ottawa, un certain Mike Robillard. La réponse a été signée par M. MacDonald, chef de la Division des programmes et opérations—recouvrements, et a été envoyée au surveillant de McKenzie, un certain M. Hewson, chef des recouvrements au bureau de district de Saskatoon. Encore une fois, cela était conforme à la pratique ministérielle habituelle.

En l'espèce, l'approbation n'a pas immédiatement été donnée. On a demandé au bureau local d'obtenir d'autres renseignements du ministère de la Justice. Ces renseignements ont été obtenus et envoyés à la division de M. MacDonald. Le 5 novembre 1986, ce dernier a envoyé à M. Hewson une lettre autorisant l'établissement d'une cotisation à l'encontre de la défenderesse en application du paragraphe 227(10).

M. McKenzie a alors obtenu du personnel de bureau la formule appropriée fondée sur le paragraphe 227(10). Cette formule est une formule réglementée; elle n'est donnée qu'aux fonctionnaires qui démontrent qu'ils sont habilités à s'en servir, et le personnel qui contrôle les formules prend note des détails de son usage projeté. Le numéro figurant sur la formule ainsi que les détails sur l'assujettissement

Mr. McKenzie gave the form thus obtained to a typist, together with the relevant information needed to complete the form. The information was typed onto the form. The form was returned to Mr. McKenzie for proofreading and then it was mailed.

I would note that the form is expressed to be sent under the printed name of:

H.G. ROGERS

Deputy Minister of National Revenue for Taxation

The original of this assessment notice was not before the Tax Court. The assessment filed with the Tax Court was the plaintiff's office copy on which there is no reference to Mr. Rogers or his position.

### Analysis

Subsection 227(10) of the *Income Tax Act* states:

227. . . .

(10) The Minister may assess

(a) any person for any amount payable by that person under subsection (8) or 224(4) or (4.1) or section 227.1 or 235, and

(b) any person resident in Canada for any amount payable by that person under Part XIII,

The defendant argues that it is the Minister alone who has authority to issue subsection 227(10) assessments.

It cannot seriously be contended that the Deputy Minister does not have authority to exercise the Minister's authority under subsection 227(10). A specific statutory provision conferred such authority. Subsection 24(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 states:

24. . . .

(2) Words directing or empowering a minister of the Crown to do an act or thing, or otherwise applying to that minister by his name of office, include

(c) his or their deputy.

à l'impôt et le nom de la personne à qui la formule est envoyée sont consignés. M. McKenzie a donné la formule ainsi obtenue à un dactylographe, ainsi que les renseignements pertinents nécessaires pour la remplir. Les renseignements ont été dactylographiés sur la formule. Celle-ci a été retournée à M. McKenzie pour la correction, et elle a été envoyée par la poste.

Je noterais que sur la formule figure le nom imprimé du destinataire:

H.G. ROGERS

Sous-ministre du Revenu national – Impôt

La Cour de l'impôt ne disposait pas de l'original de cet avis de cotisation. La cotisation déposée à la Cour de l'impôt était la copie légalisée de la demande, laquelle copie ne fait nullement mention de M. Rogers ni de sa position.

### Analyse

Le paragraphe 227(10) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est ainsi conçu:

227. . . .

(10) Le ministre peut cotiser

a) toute personne pour un montant payable par elle en vertu du paragraphe (8) ou 224(4) ou (4.1) ou de l'article 227.1 ou 235;

b) toute personne qui réside au Canada pour un montant payable par elle en vertu de la partie XIII;

La défenderesse soutient que seul le ministre a compétence pour établir les cotisations fondées sur le paragraphe 227(10).

On ne saurait sérieusement prétendre que le sous-ministre n'est pas habilité à exercer le pouvoir que le ministre tient du paragraphe 227(10). Une disposition législative a expressément conféré ce pouvoir. Le paragraphe 24(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, porte:

24. . . .

(2) La mention d'un ministre par son titre ou dans le cadre de ses attributions vaut mention:

c) du sous-ministre du ministère en cause

In addition to subsection 24(2) of the *Interpretation Act*, subsection 221(1) of the *Income Tax Act* authorizes the making of regulations authorizing designated officials to exercise the authority of the Minister. Regulations have been issued which authorize Assistant Deputy Ministers to exercise the authority of the Minister ([*Income Tax Regulations*] C.R.C., c. 945, section 900 [as am. by SOR/78-774, s. 1; SOR/79-803, s. 1; SOR/80-162, s. 1; SOR/81-449, s. 1; SOR/83-797, s. 1; SOR/86-445, s. 1; SOR/87-470, s. 1; SOR/88-219, s. 1]). Regulation 900 also contains specific delegations of authority to other officials with respect to certain sections of the Act. Subsection 227(10) is not among those listed.

A situation was discussed in *Doyle v. M.N.R.*, [1990] 1 F.C. 94 (T.D.) in which an official below the rank of Assistant Deputy Minister exercised authority which was conferred by the statute on the Minister but which was not the subject of express delegation under regulation 900. It was held that the doctrine of implied delegated authority still operated, despite the absence of express mention in regulation 900, to allow someone below the rank of Assistant Deputy Minister to make the decision in question. The decision was to suspend prosecution of a taxpayer's appeal pending the outcome of other litigation. Counsel for the defendant argues that the reasoning in the *Doyle* case does not apply in the present case because the action taken in this case is not a routine or minor matter but is of an extraordinary nature. He notes that until recently such assessments could not be issued without a judgment of the Court.<sup>1</sup>

I am not convinced that this case raises an issue of implied delegation as such. In the *Doyle* case, the decision was taken in the name of, and by the very officer who represented himself as having made the decision. In this case the assessment was issued in the

<sup>1</sup> The authority of the Minister to issue such assessments was added to the Act by S.C. 1985, c. 45, s. 117, which amended subsection 227(10) to include, for the first time, a specific reference to liability arising pursuant to subsection 224(4). Prior to 1985, it would appear that there was no statutory provision authorizing the Minister to issue assessments such as the one in question here.

En plus du paragraphe 24(2) de la *Loi d'interprétation*, le paragraphe 221(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permet de prendre des règlements autorisant les fonctionnaires désignés à exercer les pouvoirs du ministre. Des règlements ont été pris pour autoriser les sous-ministres adjoints à exercer les pouvoirs du ministre ([*Règlement de l'impôt sur le revenu*] C.R.C., ch. 945, article 900 [mod. par DORS/78-774, art. 1; DORS/79-803, art. 1; DORS/80-162, art. 1; DORS/81-449, art. 1; DORS/83-797, art. 1; DORS/86-445, art. 1; DORS/87-470, art. 1; DORS/88-219, art. 1]). L'article 900 contient également des délégations de pouvoir particulières à d'autres fonctionnaires relativement à certains articles de la Loi. Le paragraphe 227(10) ne figure pas parmi ceux énumérés.

Dans l'arrêt *Doyle c. M.R.N.*, [1990] 1 C.F. 94 (1<sup>re</sup> inst.), on a discuté de la situation où un fonctionnaire occupant un poste de rang inférieur au poste de sous-ministre adjoint a exercé un pouvoir qui a été conféré par la loi au ministre mais qui n'a pas fait l'objet d'une délégation expresse en vertu de l'article 900. Il a été décidé que la doctrine de la délégation implicite s'appliquait toujours, bien que l'article 900 n'ait pas expressément permis à quelqu'un occupant un poste de rang inférieur au poste de sous-ministre adjoint de prendre la décision en question. On a conclu à la suspension de l'appel du contribuable en attendant l'issue d'un autre litige. L'avocat de la défenderesse prétend que le raisonnement suivi dans l'affaire *Doyle* ne s'applique pas à l'espèce parce que la mesure prise dans la présente affaire est non pas une question routinière ou mineure mais d'une nature extraordinaire. Il note que jusqu'à récemment, ces cotisations ne pouvaient être établies sans que la Cour rende jugement<sup>1</sup>.

Je ne suis pas convaincue que l'espèce soulève la question de délégation implicite comme telle. Dans l'affaire *Doyle*, la décision a été prise au nom du fonctionnaire qui a dit l'avoir prise et par celui-là même. En l'espèce, la cotisation a été établie au nom

<sup>1</sup> Le pouvoir du ministre d'établir ces cotisations a été ajouté à la Loi par S.C. 1985, ch. 45, art. 117, qui a modifié le paragraphe 227(10) pour inclure, pour la première fois, une mention expresse de l'obligation découlant du paragraphe 224(4). Antérieurement à 1985, il semblerait qu'il n'existait aucune disposition législative autorisant le ministre à établir des cotisations telles que la cotisation contestée en l'espèce.

name of the Deputy Minister and he clearly has authority to take such action. The question is whether he personally must review and approve the sending of the assessment or whether an assessment which is sent out in accordance with practices and procedures which he controls and by officials over whom he has control is sufficient. The issue is whether the situation is one which can be said to be governed by what has been labelled the *alter ego* principle.

The *alter ego* principle is described in S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans (London: Stevens, 1980), at page 307:

Special considerations arise where a statutory power vested in a Minister or a department of State is exercised by a departmental official. The official is the *alter ego* of the Minister or the department, and since he is subject to the fullest control by his superior he is not usually spoken of as a delegate. (A different analysis must, of course, be adopted where powers are explicitly conferred upon or delegated to an official by a law-making instrument.) The courts have recognised that "the duties imposed on Ministers and the powers given to Ministers are normally exercised under the authority of the Ministers by responsible officials of the department. Public business could not be carried on if that were not the case." In general, therefore, a Minister is not obliged to bring his own mind to bear upon a matter entrusted to him by statute but may act through a duly authorised officer of his department. The officer's authority need not be conferred upon him by the Minister personally; it may be conveyed generally and informally by the officer's hierarchical superiors in accordance with departmental practice. [Underlining added; footnotes omitted.]

And at page 304, the following is said:

The degree of control (*a priori* or *a posteriori*) maintained by the delegating authority over the acts of the delegate or sub-delegate may be a material factor in determining the validity of the delegation. In general the control preserved (e.g. by a power to refuse to ratify an act or to reject a recommendation) must be close enough for the decision to be identifiable as that of the delegating authority. [Footnote omitted.]

In *Re Golden Chemical Products Ltd*, [1976] 2 All ER 543 (Ch. D.), at page 547 it was said with respect to ministerial powers:

(1) As a general rule a Minister is not required to exercise personally every power and discretion conferred on him by an Act. It is otherwise if there is a context in the Act which shows that the power is entrusted to the Minister personally. (2) As a general rule, it is for the Minister or his appropriate officials to decide which of his officers shall exercise a particular power. (3) Unless the level at which the power is to be

du sous-ministre et il est, à l'évidence, habilité à prendre une telle mesure. La question se pose de savoir s'il doit personnellement examiner et approuver l'expédition de la cotisation ou si une cotisation qui est expédiée selon les pratiques et procédures dont il est maître et par des fonctionnaires qui relèvent de lui est suffisante. Il y a lieu de déterminer si la situation est celle dont on peut dire qu'elle est régie par ce qu'on a qualifié de théorie de l'*alter ego*.

Dans son ouvrage *Judicial Review of Administrative Action*, 4<sup>e</sup> éd., par J. M. Evans (London: Stevens, 1980), S. A. de Smith décrit en ces termes la théorie de l'*alter ego*, à la page 307:

[TRADUCTION] Des facteurs particuliers interviennent lorsqu'un pouvoir dont est investi un ministre ou un ministère d'État est exercé par un fonctionnaire ministériel. Ce fonctionnaire est l'*alter ego* du ministre ou du ministère, et, puisqu'il relève entièrement de son supérieur, il n'est habituellement pas considéré comme un délégué. (Bien entendu, il en est autrement lorsqu'un acte législatif confère ou délègue explicitement des pouvoirs à un fonctionnaire.) Les tribunaux ont reconnu que «les obligations imposées aux ministres et les pouvoirs conférés à ceux-ci sont normalement exercés sous leur autorité par des fonctionnaires responsables du ministère. La gestion publique ne saurait fonctionner si tel n'était pas le cas.» En général, donc, un ministre n'est pas tenu de s'occuper personnellement d'une matière que lui confie une loi, mais il peut agir par l'entremise d'un fonctionnaire dûment autorisé de son ministère. Le pouvoir du fonctionnaire n'a pas à lui être conféré par le ministre personnellement; il peut être transmis de façon générale et informelle par les supérieurs hiérarchiques du fonctionnaire selon la pratique ministérielle. [C'est moi qui souligne; renvois omis.]

Et à la page 304, il est dit ceci:

[TRADUCTION] Le degré de contrôle (*a priori* ou *a posteriori*) maintenu par l'autorité qui délègue les pouvoirs sur les actes du délégué ou du sous-délégué peut être un facteur essentiel dans la détermination de la validité de la délégation. En général, le contrôle conservé (p. ex., au moyen du pouvoir de refuser de ratifier un acte ou de rejeter une recommandation) doit être assez direct pour que la décision puisse être reconnue comme celle de l'autorité déléguante. [Renvoi omis.]

Dans l'arrêt *Re Golden Chemical Products Ltd*, [1976] 2 All ER 543 (Ch. D.), à la page 547, il est dit des pouvoirs ministériels:

[TRADUCTION] (1) En règle générale, un ministre n'est pas obligé d'exercer personnellement chacun des pouvoirs discrétionnaires et autres qu'il tient d'une loi. Il en est autrement s'il existe dans la loi un contexte qui indique que le pouvoir est conféré au ministre personnellement. (2) En règle générale, il incombe au ministre ou à ses fonctionnaires compétents de décider lequel de ses fonctionnaires exerce un pouvoir particu-

exercised appears from the Act, it is not for the courts to examine the level or to enquire whether a particular official entrusted with the power is the appropriate person to exercise that power. (4) As a general rule, officers of a government department exercise powers incidental and appropriate to their functions. In the absence of a statutory requirement, it is neither necessary nor usual for specific authority to be given orally or in writing in relation to a specific power. (5) Constitutionally there is no delegation by a Minister to his officers. When an officer exercises a power or discretion entrusted to him, constitutionally and legally that exercise is the act of the Minister. [Underlining added.]

See also Dussault and Borgeat, *Administrative Law: A Treatise*, vol. 1, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1985), at page 263.

The question arises as to whether the *alter ego* principle applies to ministers only, because ministers are answerable to the legislature for their actions, or whether it also applies in other circumstances where the individual is not directly answerable to the legislature. In my view, the crucial factor is not the constitutional relationship of the Minister to the legislature but the degree of control which is exercised by the individual who is responsible for the decision being taken. See *O'Reilly v Commissioner of State Bank of Victoria* (1982), 44 ALR 27 (H. Ct.) for a discussion of this situation.

In the present case, the assessment in question was done in the name of the Deputy Minister; it was done, as has been noted, in accordance with procedures controlled by him and by officials acting according to his directions. It cannot be said that the assessment was issued by Mr. McKenzie even though he physically supervised the preparation of the notice which was sent. The assessment was issued as a result of the participation of a number of individuals, not the least of which was the legal advice given by officers of the Department of Justice. In the circumstances, I think it is appropriate to consider the issuing of the assessment as the act of the Deputy Minister even though he did not personally review the file.

If I am wrong in thinking that in this case the acts of the officials below the rank of deputy minister should be taken to be the act of the Deputy Minister, then, it is necessary to consider whether there was an

lier. (3) À moins que le niveau auquel le pouvoir doit être exercé ne se dégage de la loi, il n'appartient pas aux tribunaux d'examiner ce niveau ni de déterminer si un fonctionnaire donné qui s'est vu confier un pouvoir est la personne compétente pour l'exercer. (4) En règle générale, les fonctionnaires d'un ministère gouvernemental exercent des pouvoirs découlant de leurs fonctions et qui se rapportent à celles-ci. En l'absence d'une exigence législative, il n'est ni nécessaire ni habituel qu'une autorité particulière soit conférée oralement ou par écrit relativement à un pouvoir particulier. (5) Sur le plan de la constitution, il n'existe aucune délégation par un ministre à ses fonctionnaires. Lorsqu'un fonctionnaire exerce un pouvoir ou une discrétion qu'on lui confère, cet exercice constitue, sur le plan constitutionnel et sur le plan légal, l'acte même du ministre. [C'est moi qui souligne.]

Voir également Dussault et Borgeat, *Traité de droit administratif*, Tome I, 2<sup>e</sup> éd. (Québec: Presses de l'Université Laval, 1984), à la page 335.

La question se pose de savoir si la théorie de l'*alter ego* s'applique seulement aux ministres, parce que ceux-ci sont responsables de leurs actes devant la législature, ou si elle s'applique dans d'autres circonstances où il y a absence de responsabilité directe devant la législature. À mon avis, le facteur crucial n'est pas le rapport constitutionnel du ministre avec la législature, mais le degré de contrôle exercé par l'individu responsable de la décision prise. Cette question est discutée dans l'arrêt *O'Reilly v Commissioner of State Bank of Victoria* (1982), 44 ALR 27 (H. Ct.).

En l'espèce, la cotisation en question a été établie au nom du sous-ministre; elle l'a été, ainsi qu'il a été noté, selon les procédures dont lui et les fonctionnaires agissant selon ses directives sont maîtres. On ne saurait dire que la cotisation a été établie par M. McKenzie même s'il a matériellement supervisé la préparation de l'avis qui a été expédié. La cotisation a été établie par suite de la participation d'un nombre d'intervenants, notamment des fonctionnaires du ministère de la Justice qui ont donné leurs avis. Dans les circonstances, j'estime qu'il convient de considérer l'établissement de la cotisation comme l'acte du sous-ministre même s'il n'a pas personnellement examiné le dossier.

Si j'ai tort de penser que, en l'espèce, les actes des fonctionnaires qui occupent un poste de rang inférieur au poste de sous-ministre doivent être considérés comme ceux du sous-ministre, il est alors

implied authority allowing the Deputy Minister to subdelegate.

The applicable law was summarized in *R. v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238, at pages 245-246:

In my opinion there is implied authority in the Attorney General to delegate the power to instruct, in s. 605(1). I do not think that s. 605(1) requires the Attorney General personally to appeal or personally to instruct counsel to appeal in every case. Although there is a general rule of construction in law that a person endowed with a discretionary power should exercise it personally (*delegatus non potest delegare*) that rule can be displaced by the language scope or object of a particular administrative scheme. A power to delegate is often implicit in a scheme empowering a Minister to act. As Professor Willis remarked in "Delegatus Non Potest Delegare", (1943), 21 Can. Bar Rev. 257 at p. 264:

... in their application of the maxim *delegatus non potest delegare* to modern governmental agencies the Courts have in most cases preferred to depart from the literal construction of the words of the statute which would require them to read in the word "personally" and to adopt such a construction as will best accord with the facts of modern government which, being carried on in theory by elected representatives but in practice by civil servants or local government officers, undoubtedly requires them to read in the words "or any person authorized by it".

See also S. A. DeSmith, *Judicial Review of Administrative Action*, 3d ed., at p. 271. Thus, where the exercise of a discretionary power is entrusted to a Minister of the Crown it may be presumed that the acts will be performed, not by the Minister in person, but by responsible officials in his department: *Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works* ([1943] 2 All E.R. 560 (C.A.)). The tasks of a Minister of the Crown in modern times are so many and varied that it is unreasonable to expect them to be performed personally. It is to be supposed that the Minister will select deputies and departmental officials of experience and competence, and that such appointees, for whose conduct the Minister is accountable to the Legislature, will act on behalf of the Minister, within the bounds of their respective grants of authority, in the discharge of ministerial responsibilities. Any other approach would lead to administrative chaos and inefficiency. [Underlining added.]

Counsel for the plaintiff argues that if the Minister, or presumably the Deputy Minister, were required to personally review all assessments administrative chaos would result. She argues that there are numerous sections of the Act which are similarly worded to subsection 227(10) and which result in thousands of assessments being issued.

nécessaire de se demander s'il existait un pouvoir implicite permettant au sous-ministre de faire une subdélégation.

La règle applicable a été résumée dans *R. c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238, aux pages 245 et 246:

À mon avis, le procureur général a l'autorité implicite de déléguer son pouvoir de donner des instructions aux termes du par. (1) de l'art. 605. Je ne pense pas que ce paragraphe exige que dans chaque cas le procureur général interjette appel personnellement ou donne lui-même à l'avocat des instructions à cette fin. Bien qu'il existe une règle générale d'interprétation de la loi selon laquelle une personne doit exercer personnellement le pouvoir discrétionnaire dont elle est investie (*delegatus non potest delegare*), elle peut être modifiée par les termes, la portée ou le but d'un programme administratif donné. Le pouvoir de délégation est souvent implicite dans un programme qui donne au ministre le pouvoir d'agir. Comme le remarque le professeur Willis dans «Delegatus Non Potest Delegare», (1943), 21 Can. Bar Rev. 257 à la p. 264:

[TRADUCTION] ... dans leur application du principe *delegatus non potest delegare* aux organismes du gouvernement, les tribunaux ont préféré le plus souvent s'éloigner de l'interprétation étroite du texte de loi qui les obligerait à y voir le mot «personnellement», et adopter l'interprétation qui convient le mieux aux rouages modernes du gouvernement qui, étant théoriquement le fait des représentants élus mais, en pratique, celui des fonctionnaires ou des agents locaux, leur commandent sans doute d'y voir l'expression «ou toute personne autorisée par lui».

Voir aussi S. A. DeSmith, *Judicial Review of Administrative Action*, 3<sup>e</sup> éd., à la p. 271. Lorsque l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire est confié à un ministre du gouvernement, on peut alors supposer que les mesures nécessaires seront prises par les fonctionnaires responsables du ministère et non par le ministre lui-même: *Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.). De nos jours les fonctions d'un ministre du gouvernement sont si nombreuses et variées qu'il serait exagéré de s'attendre à ce qu'il les remplisse personnellement. On doit présumer que le ministre nommera des sous-ministres et des fonctionnaires expérimentés et compétents et que ceux-ci, le ministre étant responsable de leurs actes devant la législature, s'acquitteront en son nom de fonctions ministérielles dans les limites des pouvoirs qui leur sont délégués. Toute autre solution n'aboutirait qu'au chaos administratif et à l'incurie. [C'est moi qui souligne.]

L'avocate de la demanderesse fait valoir que si le ministre, ou probablement le sous-ministre, devait examiner personnellement toutes les cotisations, il en résulterait un chaos administratif. Elle prétend qu'il existe de nombreux articles de la Loi dont le texte ressemble à celui du paragraphe 227(10) et qui entraînent l'établissement de milliers de cotisations.



Counsel for the plaintiff argues that the nature of a subsection 227(10) assessment is one with respect to which there is virtually no discretion. In *Riendeau, L. v. The Queen* (1991), 91 DTC 5416 (F.C.A.), at page 5417, the Court discusses this fact with respect to other assessment provisions of the Act:

As the cases and statutory provisions which were cited by Cullen J. well show, liability for tax is created by the *Income Tax Act*, not by a notice of assessment. A taxpayer's liability to pay tax is just the same whether a notice of assessment is mistaken or is never sent at all. In *Belle-Isle v. M.N.R.*, 63 DTC 347 (T.A.B.), Boisvert, Q.C., after quoting the texts of what are now section 166 and subsections 152(8) and 152(3) of the Act, said, at page 349:

Where the above texts are concerned, it matters little under what section of the Act an assessment is made. What does matter is whether tax is due.

See also *M.N.R. v. Minden*, 62 DTC 1044 (Ex. Ct.), at page 1050.

In the present case, the amounts assessed remained the same throughout. What is disputed is that the assessments were originally said to have been made on the basis of repealed subsection 74(5) of the Act which, the appellant says, rendered the assessments invalid notwithstanding that the Minister afterward corrected this mistake by confirming the assessments on the basis of sections 3 and 9 of the Act.

In our view, the Minister's mental process in making an assessment cannot affect a taxpayer's liability to pay the tax imposed by the Act itself.

I could not conclude that the issuance of an assessment in this case is of such a discretionary nature that Parliament intended the Minister, or even the Deputy Minister or an assistant deputy minister to personally, review each potential subsection 227(10) assessment and decide whether or not it should be issued. It is significant in this regard that the assessment is not final in nature. It can always be challenged in the courts if it is not properly issued. That is, to the extent that there is any exercise of discretion involved in the issuing of the assessment, that discretion is not ultimately determinative of whether or not the assessment is valid. I would conclude therefore, that it is appropriate to find an implied authority allowing the Deputy Minister to subdelegate in these circumstances.

L'avocat de la demanderesse soutient qu'une cotisation fondée sur le paragraphe 227(10) est d'une nature telle qu'il n'existe pratiquement aucun pouvoir discrétionnaire à cet égard. Dans l'affaire *Riendeau, L. c. La Reine* (1991), 91 DTC 5416 (C.A.F.), à la page 5417, la Cour discute de ce fait relativement à d'autres dispositions de la Loi portant sur la cotisation:

Comme les décisions et les dispositions législatives qui ont été citées par le juge Cullen le montrent bien, c'est la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui crée l'assujettissement à l'impôt, pas un avis de cotisation. L'assujettissement d'un contribuable au paiement de l'impôt est le même, peu importe que l'avis de cotisation soit erroné ou ne soit jamais expédié. Dans l'arrêt *Belle-Isle c. M.R.N.*, 63 DTC 347 (C.A.I.), M. Boisvert, c.r., a dit, après avoir cité des dispositions qui sont devenues l'article 166 et les paragraphes 152(8) et 152(3) de la Loi, à la page 349:

[TRADUCTION] En ce qui concerne les dispositions susmentionnées, l'article de la Loi aux termes duquel une cotisation est établie importe peu. Ce qui importe, c'est si oui ou non de l'impôt est dû.

Voir aussi *M.R.N. c. Minden*, 62 DTC 1044 (C. de l'É.), à la p. 1050.

Dans la présente espèce, les montants des cotisations sont demeurés les mêmes tout au long du litige. Le point litigieux réside dans le fait que les cotisations auraient été établies en vertu du paragraphe 74(5) de la Loi, qui avait été abrogé, ce qui, selon la partie appelante, rendait les cotisations nulles même si le Ministre a par la suite corrigé l'erreur en ratifiant les cotisations aux termes des articles 3 et 9 de la Loi.

Selon nous, le processus mental du Ministre pour établir une cotisation ne saurait modifier l'assujettissement d'un contribuable au paiement de l'impôt prescrit par la Loi même.

Je ne saurais conclure que l'établissement d'une cotisation en l'espèce soit d'une nature discrétionnaire telle que le législateur a voulu que le ministre, ou même le sous-ministre ou le sous-ministre adjoint, examine personnellement chaque cotisation éventuelle fondée sur le paragraphe 227(10) pour décider si oui ou non elle devrait être établie. À cet égard, il est révélateur que la cotisation ne soit pas de nature définitive. Elle peut toujours être contestée devant les tribunaux si elle n'est pas établie de façon appropriée, c'est-à-dire que, dans la mesure où il y a exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans l'établissement de la cotisation, ce pouvoir discrétionnaire ne tranche pas, en dernière analyse, la question de savoir si la cotisation est valable. Je déciderais donc qu'il convient de conclure à l'existence d'un pouvoir

implicite permettant au sous-ministre de subdéléguer dans ces circonstances.

For the reasons given the plaintiff's claim is allowed. The plaintiff is entitled to her costs of the action.

Par ces motifs, l'action de la demanderesse est accueillie. La demanderesse a droit à ses dépens de l'action.

T-925-92

T-925-92

**Edna Baluyut (Applicant)****Edna Baluyut (requérante)**

v.

c.

**The Minister of Employment and Immigration and The Secretary of State for External Affairs (Respondents)**

**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le secrétaire d'État aux Affaires extérieures (intimés)**

**INDEXED AS: BALUYUT v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: BALUYUT c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, McGillis J.—Toronto, August 17 and 19, 1992.

Section de première instance, juge McGillis—Toronto, 17 et 19 août 1992.

*Immigration — Practice — Application to quash refusal to interview permanent residence applicant without personal appearance of husband — Husband and children listed as dependants on application for permanent residence — Applicant, citizen of Philippines, residing and working in U.S.A. — Dependants residing in Philippines — Husband and never married children required to appear for personal interview at Consulate in Los Angeles — Husband unable to attend at Los Angeles due to difficulties obtaining visa — Applicant cannot afford to travel to Manila and unable to take time off work — Attended interview alone — After consulting with senior personnel who confirmed letters requiring husband's attendance, immigration officer refused to interview applicant — General policy to interview applicants and dependants together, but guidelines provide for visa officers to use good judgment to determine whether presence of dependants essential — Application allowed — Visa officer failed to exercise independent judgment, thereby fettering discretion — Doing as told to do by others rather than examining case on its merits — Decision not undermining departmental guidelines but reinforcing necessity for visa officers to exercise discretion independently, impartially and with regard to facts before them.*

*Immigration — Pratique — Demande d'annulation du refus d'interviewer la requérante, qui sollicitait la résidence permanente, tant que son époux ne serait pas présent à l'entrevue — L'époux et les enfants étaient inscrits comme personnes à charge sur la demande de résidence permanente — La requérante, citoyenne des Philippines, résidait et travaillait aux É.-U. — Les personnes à charge résidaient aux Philippines — On a demandé à l'époux et aux enfants célibataires de se présenter au consulat à Los Angeles — L'époux était incapable de se rendre à Los Angeles parce qu'il avait de la difficulté à obtenir un visa — La requérante n'avait pas les moyens de se rendre à Manille et ne pouvait s'absenter de son travail — Elle s'est présentée seule à l'entrevue — Après avoir consulté ses supérieurs, qui ont confirmé les lettres indiquant que la présence de l'époux était obligatoire, l'agent d'immigration a refusé d'interviewer la requérante — Selon la politique générale en vigueur, les requérants et les personnes à leur charge doivent être interviewés ensemble; cependant, il est prévu dans les directives que les agents des visas doivent faire preuve de jugement pour déterminer si la présence des personnes à charge est essentielle — Demande accueillie — L'agent des visas n'a pas fait preuve d'un jugement indépendant, entravant ainsi l'exercice de son pouvoir discrétionnaire — L'agent a fait ce que d'autres lui disaient de faire, au lieu d'examiner au fond le cas de la requérante — La décision ne mine pas les directives du Ministère mais renforce plutôt l'obligation qu'ont les agents des visas d'exercer leur pouvoir discrétionnaire d'une manière indépendante et impartiale en tenant compte des faits dont ils sont saisis.*

*Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Visa officer at Los Angeles refusing to interview permanent residence applicant unless spouse, living in Philippines, attending with her — Spouse unable to obtain visa to enter U.S.A. — Visa officer taking directions from Immigration Program Manager that policy guidelines must be adhered to — Author cited as to availability of judicial review where delegate required to exercise discretion in particular way — Visa officer fettering exercise of discretion in failing to make independent judgment — Jurisdictional error resulting in granting of certiorari, mandamus.*

*Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — L'agent des visas à Los Angeles a refusé d'interviewer la requérante, qui sollicitait la résidence permanente, tant que son époux, qui vivait aux Philippines, ne l'accompagnerait pas à l'entrevue — L'époux était incapable d'obtenir un visa d'entrée au É.-U. — L'agent des visas a suivi les instructions du directeur du Programme de l'immigration selon lesquelles les directives devaient être observées — Auteurs cités quant à la possibilité d'effectuer une révision judiciaire dans les cas où un représentant est contraint d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'une manière particulière — L'agent des visas a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en ne faisant pas*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.  
*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 9.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

*Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722; (1990), 9 Imm.L.R. (2d) 243; 34 F.T.R. 26 (T.D.).

AUTHORS CITED

Jones, David Phillip and de Villars, Anne S. *Principles of Administrative Law*, Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

APPLICATION to quash the refusal to interview an applicant for permanent residence without the personal appearance of her husband and for *mandamus* directing immigration officials to interview the applicant without the personal appearance of her dependants. Application allowed.

COUNSEL:

*Cecil Rotenberg, Q.C.* and *Gabriela Ramo* for applicant.  
*Leena Jaakkimainen* for respondents.

SOLICITORS:

*Rotenberg & Martinello*, Don Mills, Ontario, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

*The following are the reasons for judgment delivered orally in English by*

McGILLIS J.: The applicant Edna Baluyut seeks to quash a decision by immigration officials who have refused to interview her in support of her application for permanent residence in Canada without the personal appearance of her spouse at the interview. She also seeks an order of *mandamus* directing officials of the respondent Ministers to interview her in support of her application for permanent residence without the personal appearance of her spouse and dependants and to process her application. The case

*preuve d'un jugement indépendant — L'erreur juridictionnelle a mené à l'octroi d'une ordonnance de certiorari, mandamus.*

LOIS ET RÈGLEMENTS

<sup>a</sup> *Loi sur l'immigration*, (L.R.C.) 1985, ch. I-2.  
*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 9.

JURISPRUDENCE

<sup>b</sup> DÉCISION MENTIONNÉE:

*Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722; (1990), 9 Imm.L.R. (2d) 243; 34 F.T.R. 26 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>c</sup> DOCTRINE

Jones, David Phillip and de Villars, Anne S. *Principles of Administrative Law*, Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

<sup>d</sup> DEMANDE d'annulation du refus d'interviewer une requérante sollicitant la résidence permanente, tant que son époux ne serait pas présent, ainsi qu'une ordonnance de *mandamus* prescrivant aux fonctionnaires de l'immigration d'interviewer la requérante sans la présence des personnes à sa charge. Demande accueillie.

AVOCATS:

<sup>f</sup> *Cecil Rotenberg, c.r.* et *Gabriela Ramo* pour la requérante.  
*Leena Jaakkimainen* pour les intimés.

PROCUREURS:

<sup>g</sup> *Rotenberg & Martinello*, Don Mills (Ontario), pour la requérante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

<sup>h</sup> *Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par*

<sup>i</sup> LE JUGE MCGILLIS: La requérante, Edna Baluyut, cherche à faire annuler une décision prise par des fonctionnaires de l'immigration qui ont refusé de l'interviewer dans le cadre de sa demande de résidence permanente au Canada si son époux n'était pas présent à l'entrevue. Elle sollicite aussi une ordonnance de *mandamus* prescrivant aux fonctionnaires des ministres intimés de l'interviewer dans le cadre de sa demande de résidence permanente sans la présence de son époux et des personnes à sa charge et de

involves a consideration of whether the visa officer exercised her discretion properly in refusing to conduct an interview with Mrs. Baluyut in the absence of her husband.

## FACTS

Edna Baluyut is a citizen of the Philippines who has been living and working as a registered nurse in California in the United States of America since 1989. Her husband Agustin Baluyut, a civil engineer, and their two young children continue to live in the Philippines.

In an application received by the Canadian Consulate General in Los Angeles, California on April 29, 1991, Mrs. Baluyut applied as principal applicant for permanent residence in Canada with her husband and children listed as dependants. Mrs. Baluyut signed her own application and that of her husband.

By letter dated July 22, 1991, the Canadian Consulate in Los Angeles notified Mrs. Baluyut that she would be required to attend a personal interview on January 29, 1992 at its office. The purpose of the interview would be to determine her admissibility under immigration regulations and to provide counselling regarding working and living in Canada. The letter also required Mrs. Baluyut's spouse and any never married children age 18 or over who would be accompanying her to Canada to appear with her on that date.

Shortly thereafter, Mrs. Baluyut advised the Canadian Consulate through her counsel that her husband would be unable to attend the interview in Los Angeles. She stated that he would have difficulty obtaining a visa to the United States of America as her application for an H-1 visa was pending at the Immigration Office in San Francisco. Her counsel suggested to the Canadian Consulate in a letter dated August 30, 1991 that Mr. Baluyut be interviewed separately at the Canadian Embassy in Manila in the Philippines. There was no response to this suggestion. Between that date and January 1992, counsel wrote on several other occasions requesting a response to the earlier letter. On January 16, 1992, the Canadian Consulate in Los Angeles finally rejected the earlier suggestion

traiter ladite demande. Il est nécessaire en l'espèce de déterminer si l'agent des visas a exercé convenablement son pouvoir discrétionnaire en refusant d'interviewer M<sup>me</sup> Baluyut en l'absence de son époux.

a

## LES FAITS

Edna Baluyut est une citoyenne des Philippines qui vit et travaille comme infirmière autorisée en Californie (États-Unis) depuis 1989. Son époux, Agustin Baluyut, ingénieur civil, et leurs deux jeunes enfants vivent toujours aux Philippines.

b

Dans une demande que le consulat général du Canada à Los Angeles (Californie) a reçue le 29 avril 1991, M<sup>me</sup> Baluyut a sollicité à titre de requérante principale la résidence permanente au Canada, indiquant comme personnes à charge son époux et ses enfants. M<sup>me</sup> Baluyut a signé sa propre demande et celle de son époux.

c

d

Dans une lettre datée du 22 juillet 1991, le consulat du Canada à Los Angeles a informé M<sup>me</sup> Baluyut qu'elle aurait à se présenter au consulat, le 29 janvier 1992, pour y passer une entrevue personnelle, dont l'objet serait de déterminer son admissibilité en vertu des règlements sur l'immigration, ainsi que de lui fournir des conseils au sujet du travail et de la vie au Canada. La lettre demandait aussi que l'époux de M<sup>me</sup> Baluyut et tout enfant célibataire âgé de 18 ans ou plus qui accompagnerait M<sup>me</sup> Baluyut au Canada se présentent au consulat à la date indiquée.

e

f

g

Peu de temps après, M<sup>me</sup> Baluyut, par l'entremise de son conseil, a informé le consulat que son époux ne pourrait être présent à l'entrevue à Los Angeles. Elle a déclaré que son époux aurait de la difficulté à obtenir un visa pour les États-Unis car la demande de visa H-1 qu'elle avait présentée était en suspens au bureau de l'immigration à San Francisco. Dans une lettre datée du 30 août 1991, le conseil de M<sup>me</sup> Baluyut a suggéré au consulat d'interviewer séparément M. Baluyut à l'ambassade du Canada à Manille (Philippines). Cette suggestion est restée sans réponse. Entre cette date et le mois de janvier 1992, le conseil a écrit plusieurs autres fois pour demander que l'on réponde à la première lettre. Le 16 janvier 1992, le consulat du Canada à Los Angeles a finale-

h

i

j

that Mr. Baluyut be interviewed separately in Manila and insisted on interviewing both Mr. and Mrs. Baluyut in Los Angeles on the scheduled date.

On January 29, 1992, Mrs. Baluyut attended at the Canadian Consulate in Los Angeles for the interview, unaccompanied by her husband. The visa officer assigned to deal with the case, Irma Roa, explained to Mrs. Baluyut that she would not be able to proceed with the interview. Mrs. Baluyut then conveyed the views of her counsel to Mrs. Roa and also stated that she was to refuse to leave until she was interviewed or her lawyer was contacted. Mrs. Roa spoke to the Vice Consul who confirmed that the attendance of the spouse was required. Mrs. Roa advised Mrs. Baluyut of this and told her that the file could be transferred to Manila or the interview could be rescheduled to give her spouse time to travel to Los Angeles. Mrs. Roa further stated that she would be unable to interview Mrs. Baluyut unless her spouse accompanied her. Mrs. Baluyut stated that this would be a hardship for her as she did not have the funds to travel to Manila and her spouse could not obtain a visa for the United States. Mrs. Roa then spoke to John Corning, the Consul and Program Manager for Immigration and Consular Affairs. He confirmed to Mrs. Roa that the attendance of Mr. Baluyut was required and that the instructions provided in the interview appointment letter of July 22, 1991 and the subsequent letter to counsel on January 16, 1992 were to be maintained. Mrs. Roa so informed Mrs. Baluyut who then left the Consulate.

Mrs. Baluyut has always maintained that she cannot leave the United States to join her husband for a joint interview at the Canadian Embassy in Manila. In support of her refusal to go back to Manila, she has either stated that she would lose her job as a nurse in the United States if she left for a period of time or that she cannot afford the trip. Mr. Baluyut has always been and continues to be prepared to attend an interview at the Canadian Embassy in Manila.

Under applicable policies adopted by the Department of Employment and Immigration, it is not gen-

ment rejeté la suggestion et insisté pour interviewer M. et M<sup>me</sup> Baluyut à Los Angeles, à la date fixée.

Le 29 janvier 1992, M<sup>me</sup> Baluyut s'est présentée au consulat du Canada à Los Angeles pour l'entrevue, sans son époux. L'agent des visas assignée à ce cas, M<sup>me</sup> Irma Roa, a expliqué à M<sup>me</sup> Baluyut qu'il lui était impossible de procéder à l'entrevue. M<sup>me</sup> Baluyut a alors fait part à M<sup>me</sup> Roa du point de vue de son conseil, et elle a aussi déclaré qu'elle devait refuser de partir tant que l'on ne l'avait pas interviewée ou tant qu'elle n'avait pas communiqué avec son avocat. M<sup>me</sup> Roa s'est entretenue avec le vice-consul, qui a confirmé que M. Baluyut devait être présent. M<sup>me</sup> Roa a transmis cette information à M<sup>me</sup> Baluyut et lui a dit que le dossier pouvait être transféré à Manille ou, alors, que l'entrevue pouvait être reportée pour que son époux dispose du temps voulu pour se rendre à Los Angeles. M<sup>me</sup> Roa a de plus déclaré qu'elle ne pourrait interviewer M<sup>me</sup> Baluyut sans la présence de son époux. M<sup>me</sup> Baluyut a répondu que cela lui causerait des difficultés, car elle n'avait pas l'argent nécessaire pour se rendre à Manille et son époux ne pouvait obtenir un visa pour les États-Unis. M<sup>me</sup> Roa s'est ensuite entretenue avec M. John Corning, le consul et directeur de programme pour l'immigration et les affaires consulaires. Ce dernier a confirmé que la présence de M. Baluyut était nécessaire et qu'il fallait se conformer aux instructions données dans la lettre de convocation à une entrevue, datée du 22 juillet 1991, ainsi que dans la lettre subséquente adressée au conseil de M<sup>me</sup> Baluyut le 16 janvier 1992. M<sup>me</sup> Roa a communiqué ces renseignements à M<sup>me</sup> Baluyut, qui a alors quitté le consulat.

M<sup>me</sup> Baluyut a toujours soutenu qu'elle ne peut quitter les États-Unis pour passer une entrevue en compagnie de son époux à l'ambassade du Canada à Manille. À l'appui de son refus de retourner à Manille, elle a déclaré qu'elle perdrait son emploi d'infirmière aux États-Unis si elle partait un certain temps ou, alors, qu'elle n'avait pas le moyen de payer le voyage. M. Baluyut a toujours été disposé à passer une entrevue à l'ambassade du Canada à Manille.

Selon les politiques applicables que le ministère de l'Emploi et de l'Immigration a adoptées, il n'est pas

eral practice to interview dependants of a principal applicant for permanent residence at another mission. Under section 1.07 of the Selection and Control Manual, as a general rule, non-resident applicants and their dependants are to be dealt with in entirety by the processing post. Any role by the post in the country of normal residence is to be kept to a minimum. However, section 1.57(3)(a)(i) of the Manual provides that, while it is desirable that dependants also be available for an interview, "visa officers will use their good judgment to determine whether the presence of dependants is essential to processing the application and rendering the appropriate selection decision."

#### ISSUES

i) Whether the Canadian Consulate is entitled by law to require the personal attendance of the principal applicant's spouse at the interview of the principal applicant;

ii) whether the general policy of the Department of Employment and Immigration regarding personal attendance of the principal applicant's spouse at the interview of the principal applicant fettered the discretion of the visa officer under section 9 of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172]; and,

iii) whether the visa officer, Irma Roa, exercised her discretion properly in refusing to proceed with the interview in the absence of the spouse of Mrs. Baluyut.

#### POSITION OF APPLICANT MRS. BALUYUT

Counsel for Mrs. Baluyut submits that the visa officer was required by law to interview her and had no discretion to withhold the interview. The visa officer is not entitled by law to require the personal attendance of the husband of Mrs. Baluyut at her interview in Los Angeles because the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] and Regulations are silent regarding attendance of a dependant at the personal assessment of the main applicant. Furthermore, the personal attendance of the spouse of the principal applicant at the interview is not part of the personal

d'usage d'interviewer à un autre bureau les personnes qui sont à la charge d'un requérant qui sollicite la résidence permanente. Aux termes de la section 1.07 du Manuel de sélection et de contrôle, en règle générale c'est le bureau de traitement des demandes qui s'occupe entièrement des requérants non résidents et des personnes à leur charge. Le bureau situé dans le pays de résidence normale doit intervenir le moins possible. Cependant, le sous-alinéa 1.57(3)a(i) du Manuel indique que, bien qu'il soit souhaitable que les personnes à charge soient aussi disponibles pour passer une entrevue, les agents des visas doivent faire preuve de jugement au moment de déterminer s'il est essentiel que ces personnes soient présentes pour pouvoir traiter la demande et rendre la décision appropriée en matière de sélection.

#### LES QUESTIONS EN JEU

i) Si le consulat du Canada a le droit, en vertu de la loi, d'exiger que le conjoint du requérant principal soit présent à l'entrevue de ce dernier;

ii) si la politique générale du ministère de l'Emploi et de l'Immigration au sujet de la présence, à l'entrevue, du conjoint du requérant principal entravait l'exercice du pouvoir discrétionnaire que confère à l'agent des visas l'article 9 du *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172]; et

iii) si l'agent des visas Irma Roa a exercé convenablement son pouvoir discrétionnaire en refusant de procéder à l'entrevue en l'absence de l'époux de M<sup>me</sup> Baluyut.

#### LA POSITION DE LA REQUÉRANTE, M<sup>me</sup> BALUYUT

L'avocat de M<sup>me</sup> Baluyut allègue que l'agent des visas était tenue par la loi d'interviewer sa cliente et qu'elle n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de suspendre l'entrevue. L'agent des visas n'est pas autorisée par la loi à exiger que l'époux de M<sup>me</sup> Baluyut soit présent à l'entrevue de cette dernière à Los Angeles, parce que rien n'est dit dans la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] et le Règlement au sujet de la présence d'une personne à charge au moment de l'appréciation personnelle du requérant principal. Qui plus est, la présence, à l'entrevue, du

assessment process as prescribed by immigration legislation. In the event that the policy in the Selection and Control Manual applies to Mrs. Baluyut, it unnecessarily narrows her rights and constitutes a direction that cannot have the force and effect of law. In any event, Mrs. Baluyut was dealt with unfairly by the visa officer and judicial review remedies should be granted.

### POSITION OF RESPONDENT MINISTERS

Counsel for the respondent Ministers submits that in order to determine if the principal applicant is a member of an inadmissible class, her spouse must attend her interview. The relationship of the principal applicant and her dependants must be confirmed and an assessment must be made of the admissibility of the dependants into Canada. In order to do so, both the principal applicant and her accompanying dependants must be interviewed on the same date, at the same processing mission and at the same time. Furthermore, the Selection and Control Manual provides general guidelines for processing such applications. According to these guidelines, the decision of the visa officer as to whether or not an applicant and dependant spouse ought to be interviewed personally for eligibility and admissibility considerations is discretionary. The decision of the visa officer to issue a visa is an administrative decision governed by policy guidelines and is not subject to judicial review. The test is whether the officials considered her claim and gave her a chance to respond. In this case, the visa officer met with Mrs. Baluyut, considered her request and consulted with the Vice Consul. She returned and informed Mrs. Baluyut of the position. When Mrs. Baluyut raised other concerns, the visa officer then consulted with the Consul Mr. Corning and made her decision that no unusual circumstances existed to justify a separate interview in Manila of the spouse. The matter should not be subject to judicial review.

conjoint du requérant principal n'est pas un élément du processus d'appréciation personnelle que prescrit la législation en matière d'immigration. Advenant que la politique exposée dans le Manuel de sélection et de contrôle s'applique à M<sup>me</sup> Baluyut, cette politique restreint inutilement ses droits et constitue une instruction qui ne peut avoir force de loi. Quoi qu'il en soit, l'agent des visas a traité injustement M<sup>me</sup> Baluyut, et une révision judiciaire devrait être accordée.

### LA POSITION DES MINISTRES INTIMÉS

L'avocat des ministres intimés allègue qu'il est nécessaire que l'époux soit présent à l'entrevue pour pouvoir déterminer si la requérante principale appartient à une catégorie de personnes non admissibles. La relation entre la requérante principale et les personnes à sa charge doit être confirmée, et il faut évaluer l'admissibilité des personnes à charge au Canada. Pour ce faire, la requérante principale et les personnes à charge qui l'accompagnent doivent être interviewées à la même date, au même bureau de traitement et en même temps. En outre, le Manuel de sélection et de contrôle comporte des lignes directrices générales sur la façon de traiter ce type de demande. Selon ces lignes directrices, la décision que prend l'agent des visas quant à savoir si un requérant et un conjoint à charge doivent être interviewés en personne pour des questions d'acceptabilité et d'admissibilité, est discrétionnaire. La décision que prend l'agent des visas de délivrer un visa est une décision administrative qui est régie par des lignes directrices, et elle ne donne pas lieu à une révision judiciaire. Le critère qui s'applique est celui de savoir si les fonctionnaires ont étudié la demande de M<sup>me</sup> Baluyut et lui ont donné l'occasion de répondre. Dans la présente affaire, l'agent des visas a rencontré M<sup>me</sup> Baluyut, a examiné sa demande et a consulté le vice-consul. L'agent des visas est ensuite revenue et a fait part à M<sup>me</sup> Baluyut de la position adoptée. Quand M<sup>me</sup> Baluyut a soulevé d'autres points, l'agent des visas a consulté le consul, M. Corning, et a décidé qu'aucune circonstance inusitée ne justifiait que l'on fasse passer une entrevue séparée à l'époux, à Manille. L'affaire ne devrait pas donner lieu à une révision judiciaire.



## ANALYSIS

In view of the facts of this case, it is not necessary for me to decide whether the personal attendance of the spouse can be required at law at the interview of the principal applicant or whether the policies of the Department of Employment and Immigration fetter the discretion of the visa officer. Assuming that the personal attendance of the spouse can be required at law at the interview of the principal applicant, the only issue which must be decided in this case is whether the visa officer Mrs. Roa exercised her discretion properly in refusing to proceed with the interview in the absence of the spouse of Mrs. Baluyut. Counsel agreed in this case that, under the statutory scheme in the *Immigration Act* and Regulations, the decision in question had to be taken by the visa officer Irma Roa.

The importance of the manner in which officials exercise their discretion is expressed in *Principles of Administrative Law* by D. P. Jones and A. S. de Villars (Toronto: Carswell, 1985), at page 137 when they indicate that “[e]ach case should be looked at individually, on its own merits. Anything, therefore, which requires a delegate to exercise his discretion in a particular way may illegally limit the ambit of his power. A delegate who thus fetters his discretion commits a jurisdictional error which is capable of judicial review.” This general principle was adopted in *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722 (T.D.).

A review of the facts of this case demonstrates that Mrs. Roa failed to exercise any independent judgment in the matter and thereby fettered the exercise of her discretion. When confronted with the explanation proffered by Mrs. Baluyut, on the date scheduled for the interview, Mrs. Roa consulted with senior personnel at the Consulate and did exactly what she was told by them to do. To paraphrase the words of Mr. Corning, Mrs. Roa was told that the attendance of Mr. Baluyut was required and that the instructions in the interview appointment letter and the subsequent letter to counsel were to be maintained. Mrs. Roa acted on these very explicit directions from Mr. Corning and refused to interview Mrs. Baluyut.

## ANALYSE

Compte tenu des faits de l'espèce, il n'est pas nécessaire que je détermine si la présence de l'époux peut être exigée en droit à l'entrevue de la requérante principale ou si les politiques du ministère de l'Emploi et de l'Immigration entravent le pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas. En supposant que la présence de l'époux peut être exigée en droit à l'entrevue de la requérante principale, l'unique point qu'il faut trancher en l'espèce est celui de savoir si l'agent des visas, M<sup>me</sup> Roa, a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière convenable en refusant de procéder à l'entrevue en l'absence de l'époux de M<sup>me</sup> Baluyut. Les avocats ont reconnu que, d'après l'économie de la *Loi sur l'immigration* et du Règlement y afférent, c'est l'agent des visas, Irma Roa, qui devait prendre la décision en question.

L'importance de la façon dont les agents exercent leur pouvoir discrétionnaire est exprimée dans l'ouvrage de D. P. Jones et A. S. de Villars intitulé *Principles of Administrative Law* (Toronto: Carswell, 1985), à la page 137 [TRADUCTION]: «[C]haque cas doit être examiné au fond séparément. Toute mesure qui exige d'un représentant qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire d'une manière particulière peut donc restreindre illégalement l'étendue de ce pouvoir. Un représentant qui entrave ainsi l'exercice de son pouvoir discrétionnaire commet une erreur juridictionnelle susceptible de révision judiciaire». Ce principe général a été retenu dans l'affaire *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722 (1<sup>re</sup> inst.).

Les faits montrent que M<sup>me</sup> Roa a omis de faire preuve d'un jugement indépendant dans cette affaire et qu'elle a ainsi entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Confrontée à l'explication donnée par M<sup>me</sup> Baluyut, à la date prévue pour l'entrevue, M<sup>me</sup> Roa a consulté des supérieurs au consulat et a fait exactement ce qu'on lui a dit de faire. Pour paraphraser les propos de M. Corning, on a dit à M<sup>me</sup> Roa qu'il était nécessaire que M. Baluyut soit présent et qu'il fallait se conformer aux instructions données dans la lettre de convocation à une entrevue et la lettre subséquente adressée au conseil de M<sup>me</sup> Baluyut. M<sup>me</sup> Roa a exécuté ces instructions fort explicites de M. Corning et a refusé d'interviewer M<sup>me</sup> Baluyut.

In doing so, she did not examine the case of Mrs. Baluyut on its own merits.

#### DECISION

I therefore find that Mrs. Roa failed to exercise her own discretion, thereby committing a jurisdictional error which is subject to judicial review. Accordingly, the application to quash the refusal by immigration officials to interview Mrs. Baluyut is granted. An order of *mandamus* will issue directing officials at the Canadian Consulate in Los Angeles to interview her in support of her application for permanent residence without the personal appearance of her spouse and dependants and to process her application. A further order of *mandamus* will issue directing that her file then be transferred to the Canadian Embassy in Manila and that any necessary interviews with her spouse or dependants be conducted at that location.

An affidavit by Brian Davis, a Foreign Service Officer in the Department of External Affairs, states that documents originating in the Philippines often prove to be unreliable. I have considered this evidence but have attributed little, if any, weight to it in this case in light of the consistently expressed desire of Mr. Baluyut to be interviewed personally in Manila in support of the application made by his wife. Furthermore, there has been no evidence led whatsoever to suggest even remotely that the information provided in the application of Mrs. Baluyut or the application of her dependant husband is unreliable or inaccurate. Before closing, I should note that counsel for the respondent Ministers cautioned that a decision favourable to Mrs. Baluyut could have the effect of eroding the very sensible policy guidelines of the Department of Employment and Immigration which stress the desirability of interviewing principal applicants and their dependants together. This decision in no way undermines the existing policies, but rather reinforces the need for visa officers to exercise their discretion independently, impartially and with regard to the facts that are before them. Costs are awarded to the applicant on a party and party basis.

En agissant de la sorte, elle n'a pas examiné au fond le cas de M<sup>me</sup> Baluyut.

#### DÉCISION

<sup>a</sup> Je considère donc que M<sup>me</sup> Roa n'a pas exercé le pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré, commettant ainsi une erreur juridictionnelle susceptible de révision judiciaire. En conséquence, la demande d'annulation du refus de la part de fonctionnaires de l'immigration d'interviewer M<sup>me</sup> Baluyut est accordée. Une ordonnance de *mandamus* sera rendue pour enjoindre les fonctionnaires du consulat du Canada à Los Angeles d'interviewer M<sup>me</sup> Baluyut dans le cadre de sa demande de résidence permanente sans la présence de son époux et des personnes à sa charge, ainsi que de traiter ladite demande. Une seconde ordonnance de *mandamus* sera rendue pour enjoindre que le dossier de M<sup>me</sup> Baluyut soit ensuite transféré à <sup>b</sup> l'ambassade du Canada à Manille et que, à cet endroit, on convoque à une entrevue l'époux ou les personnes à charge de M<sup>me</sup> Baluyut. <sup>c</sup>

<sup>d</sup> Selon un affidavit de M. Brian Davis, agent du service extérieur au ministère des Affaires extérieures, les documents qui proviennent des Philippines sont souvent sujets à caution. J'attribue cependant peu de poids, sinon aucun, à cette preuve en l'espèce en raison du souhait qu'a toujours exprimé M. Baluyut d'être interviewé en personne à Manille à l'appui de la demande présentée par son épouse. En outre, on ne m'a soumis aucune preuve qui donnerait à penser, même vaguement, que les renseignements que comporte la demande de M<sup>me</sup> Baluyut ou celle de son époux à charge sont douteux ou inexacts. Avant de terminer, je dois faire remarquer que l'avocat des ministres intimés a averti que le fait de me prononcer en faveur de M<sup>me</sup> Baluyut pourrait avoir pour effet <sup>e</sup> d'éroder les directives générales fort sensées du ministère de l'Emploi et de l'Immigration, lesquelles font ressortir la pertinence d'interviewer ensemble les requérants principaux et les personnes à leur charge. La présente décision ne mine aucunement les politiques existantes; elle renforce plutôt l'obligation qu'ont les agents des visas d'exercer leur pouvoir discrétionnaire d'une manière indépendante et impartiale et en tenant compte des faits dont ils sont saisis. <sup>f</sup> Les dépens sont adjugés à la requérante entre parties. <sup>g</sup>

T-1004-87

T-1004-87

**Redpath Industries Limited (Plaintiff)****Redpath Industries Limited (demanderesse)**

v.

c.

**The Ship Cisco and Kim-Crest S.A. (Defendants)****Le navire Cisco et Kim-Crest S.A. (défendeurs)***INDEXED AS: REDPATH INDUSTRIES LTD. v. CISCO (THE) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: REDPATH INDUSTRIES LTD. c. CISCO (LE) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Rouleau J.—Montréal, January 7, 21, 22, 23; Ottawa, June 12, 1992.

Section de première instance, juge Rouleau—Montréal, 7, 21, 22 et 23 janvier; Ottawa, 12 juin 1992.

*Maritime law — Carriage of goods — Action for damages to portion of shipment of raw sugar delivered in damaged state — Contract providing no sugar with polarity under 93° to be delivered — After contamination by seawater, polarity of sugar below minimum — Plaintiff refusing to accept sugar — Only alternative to sell to animal feed processors for 25% of value — Deal negotiated with insurers whereby plaintiff purchasing sugar for 50% of value and processing it by mixing small amounts with sound sugar — Calculation of damages — Damages assessed when loss occurs i.e. date of delivery of damaged cargo — That plaintiff eventually able to refine sugar irrelevant — Arrived Sound Market Value less Arrived Damaged Market Value test applied — Subject to plaintiff's duty to mitigate damages — Damages assessed at 50% of invoice value plus additional expenses of discharging damaged cargo.*

*Droit maritime — Transport de marchandises — Action en dommages-intérêts suite à la livraison d'une cargaison de sucre brut partiellement avariée — Selon le contrat, la polarité du sucre ne devait pas être inférieure à 93° — La polarité du sucre contaminé par l'eau de mer était inférieure au minimum prescrit — La demanderesse a refusé d'accepter le sucre — La seule solution était de le vendre, à 25 % de sa valeur, à des producteurs d'aliments pour animaux — À la suite de négociations avec l'assureur, la demanderesse a acheté le sucre à 50 % de sa valeur et l'a transformé en l'incorporant en petites quantités à du sucre non avarié — Calcul des dommages-intérêts — Les dommages-intérêts doivent être évalués au moment où survient la perte, c'est-à-dire à la date de livraison de la cargaison avariée — Le fait que la demanderesse soit parvenue à raffiner le sucre est sans importance — La règle de la «valeur marchande saine à destination» moins la «valeur marchande avariée à destination» a été appliquée — La demanderesse est tenue de minimiser les dommages-intérêts — Les dommages-intérêts ont été évalués à 50 % de la valeur facturée, plus les dépenses supplémentaires occasionnées par le déchargement de la cargaison avariée.*

This was an action against a ship and her owner for damages to a portion of a cargo of raw bulk sugar shipped from Guyana to Toronto. Plaintiff, Redpath, was the purchaser of the goods. Two other plaintiffs—the vendor and its agent—discontinued their action prior to trial. Raw sugar is traded on the basis of its polarity (percent of sucrose content), and 96° polarity is the accepted standard. On October 21, 1986, the plaintiff purchased approximately 10,000 metric tons of raw sugar at \$246.29 per metric ton. The contract stipulated that the raw sugar would have a guaranteed minimum polarization of 97.5°, with deductions for each degree below that amount. It further provided that “no sugar below 93° shall be delivered unless on discount terms mutually agreed between Seller and Buyer.” The ship was damaged by ice encountered during the voyage and some of the sugar was contaminated by seawater, reducing its polarity below the guaranteed minimum. Under standard C.I.F. terms, Redpath had assumed the risk of loss upon loading of the vessel. It was therefore required to pay the full amount for the shipment as if it had been received in sound condition. The plaintiff refused to accept the damaged sugar, as it was entitled to do under the terms of the contract. There was no market for the damaged sugar, except to animal feed processors who were prepared to pay 25% of its value. Under

Il s'agissait d'une action intentée contre un navire et son propriétaire à la suite de la livraison d'une cargaison partiellement avariée de sucre brut en vrac, expédiée du Guyana à Toronto. L'acheteur du sucre était la demanderesse, Redpath. Deux autres demandeurs, le vendeur et son représentant, se sont désistés de l'action avant le procès. Le sucre brut est négocié en fonction de sa polarité (teneur en sucrose), et la norme reconnue est un facteur de polarité de 96°. Le 21 octobre 1986, la demanderesse a acheté environ 10 000 tonnes métriques de sucre brut, au prix de 246,29 \$ la tonne métrique. Le contrat précisait que le sucre brut aurait une polarisation garantie d'au moins 97,5°, et des déductions étaient prévues pour chaque degré en deça de ce niveau. Il était de plus prévu «qu'aucune quantité de sucre ayant un facteur de polarisation inférieur à 93° ne serait livrée à moins d'un escompte fixé d'un commun accord par le vendeur et l'acheteur.» Le navire a été endommagé par de la glace rencontrée sur sa route; une partie du sucre a été contaminée par de l'eau de mer, réduisant sa polarité en deça du minimum garanti. En vertu des clauses C.A.F. types, Redpath avait assumé le risque de perte au moment du chargement du navire. Elle était donc tenue de payer le coût intégral de la cargaison comme si elle l'avait reçue en état sain. La demanderesse a refusé d'accepter le

these circumstances, the plaintiff and the insurers negotiated acceptance of the damaged cargo for 50% of the sound market value. The plaintiff eventually processed all the damaged sugar by mixing small amounts of the damaged sugar with sound sugar.

The only issue was the calculation of damages. The plaintiff submitted that the traditional method for measuring damages in carriage of goods cases was "the fair market value of the goods in sound condition at the port of destination less the fair market value of the goods in their damaged condition" (the "Arrived Sound Market Value or A.S.M.V." test). The defendants submitted that since the plaintiff was able to refine all the damaged sugar it has not suffered economic loss, and that there should be no award of damages, or alternatively a minimal award. It was further argued that any damages should be assessed on the principle of *restitutio in integrum* (the purpose of any award should be to place the innocent party in the position that it would have occupied had the contract been successfully carried out by both parties). If the fair market value test was applied, the plaintiff would be placed in a better position than it would have been in had the event giving rise to the action not occurred, thereby violating the *restitutio in integrum* principle.

*Held*, plaintiff should have judgment for 50% of the invoice value together with an amount representing the additional expenses of discharging the damaged cargo and compound interest at 9% per annum.

Damages are to be assessed at the moment the loss occurs. Calculation of the loss occurs on the date the cargo should have arrived, whether lost or delivered late, and in cases where the cargo is delivered in a damaged condition, on the date of actual delivery. Once it has been established that a loss has occurred, circumstances peculiar to the plaintiff, not communicated to the defendant, are excluded in assessing the quantum of damages. That the plaintiff was eventually able to refine the damaged cargo was irrelevant to the question of the quantum of damages. The A.S.M.V. test was applicable.

That test is subject to exceptions, including the duty on a wronged plaintiff to mitigate his damages. The damaged sugar was not in fact sold to an animal feed processor for 25% of its value, but to Redpath for 50% of its sound market value. In so doing, the plaintiff was fulfilling a duty to mitigate potential losses. The defendants cannot be called upon to pay for losses which were avoidable and were not incurred.

sucre avarié, ce qu'elle avait le droit de faire selon les clauses du contrat. Il n'y avait aucun débouché pour le sucre avarié, hormis des fabricants d'aliments pour animaux, qui étaient disposés à payer le sucre au quart de sa valeur. Vu les circonstances, la demanderesse et l'assureur ont négocié l'acceptation de la cargaison avariée, à 50 % de sa valeur marchande saine. La demanderesse est parvenue à la longue à transformer la totalité du sucre avarié en l'incorporant en petites quantités à du sucre non avarié.

L'unique point en litige était le calcul des dommages-intérêts. La demanderesse a soutenu que, dans les causes relatives au transport des marchandises, la formule classique que l'on emploie pour évaluer les dommages-intérêts est «la juste valeur marchande des marchandises en état sain au point de destination moins la juste valeur marchande des marchandises en leur état avarié» (la règle de la «valeur marchande saine à destination ou V.M.S.D.»). Les défendeurs ont allégué pour leur part qu'étant donné que la demanderesse avait été capable de raffiner la totalité du sucre avarié, elle n'avait subi aucun préjudice financier et qu'il n'y avait donc pas lieu d'adjudger des dommages-intérêts, ou, subsidiairement, que le montant adjugé devrait être le plus bas possible. Ils ont aussi fait valoir que l'évaluation des dommages-intérêts devrait reposer sur le principe de la *restitutio in integrum* (l'objet de tout dédommagement étant de mettre la partie innocente dans la position qu'elle aurait occupée si les deux parties avaient exécuté le contrat comme prévu). Si l'on appliquait la règle de la juste valeur marchande, la demanderesse serait dans une position plus favorable que celle où elle se serait trouvée si l'incident ayant donné lieu à l'action n'était pas survenu, ce qui va à l'encontre du principe de la *restitutio in integrum*.

*Jugement*: la demanderesse devrait toucher une somme équivalente à 50 % de la valeur facturée, ainsi qu'une somme représentant les dépenses supplémentaires occasionnées par le déchargement de la cargaison avariée et des intérêts composés au taux de 9 % par année.

Les dommages-intérêts doivent être évalués au moment où la perte survient. Cette dernière est calculée à la date où la cargaison aurait dû arriver, qu'elle ait été perdue ou livrée en retard ou non; et, lorsque la cargaison est livrée dans un état avarié, à la date de livraison effective. Une fois qu'il est établi qu'une perte est survenue, des circonstances propres à la partie demanderesse, non communiquées à la partie défenderesse, sont exclues de l'évaluation du montant des dommages-intérêts. Le fait que la demanderesse ait finalement pu raffiner le sucre avarié était sans rapport avec la question du montant des dommages-intérêts. La règle de la V.M.S.D. s'appliquait.

Ce critère est sujet à des exceptions, dont l'obligation qu'impose la loi aux demandeurs lésés de minimiser leurs dommages-intérêts. Le sucre avarié n'a pas été vendu à un producteur d'aliments pour animaux à 25 % de sa valeur, mais à Redpath à 50 % de sa valeur marchande saine. En agissant de la sorte, la demanderesse minimisait les pertes potentielles, ce qu'elle se trouvait dans l'obligation de faire. On ne pouvait demander aux défendeurs de payer des pertes qui étaient évitables et n'avaient pas été subies.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Rodocanachi, Sons, and Co. v. Milburn Brothers* (1886), 6 Asp. M.L.C. 100 (C.A.); *Czarnikow (C.) Ltd. v. Koufos*, [1969] 1 A.C. 350 (H.L.); *The "Arpad"* (1934), 49 Ll.L. Rep. 313 (C.A.); *Obestain Inc. v. National Mineral Development Corporation Ltd. (The Sanix Ace)*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 465 (Q.B.); *Jamal v. Moolla Dawood, Sons & Co.*, [1916] 1 A.C. 175 (P.C.); *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; (1975), 57 D.L.R. (3d) 386; [1975] 5 W.W.R. 575; 75 CLLC 14,280; 5 N.R. 99.

## CONSIDERED:

*Amstar Corporation v. M/V Alexandros T*, [1979] A.M.C. 1975 (U.S. Dist. Ct.).

## REFERRED TO:

*Wertheim v. Chicoutimi Pulp Company*, [1911] A.C. 301 (P.C.).

## AUTHORS CITED

*Carver's Carriage by Sea*, Vol. 2, 13th ed., London: Stevens & Sons, 1982.

Tetley, *William Marine Cargo Claims*, 3rd ed., Montréal: Éditions Yvon Blais, 1988.

ACTION for damages for loss of a portion of a shipment of raw bulk sugar. Action allowed and value of damaged cargo assessed at 50% of invoice value.

## COUNSEL:

*Vincent M. Prager and Mireille A. Tabib* for plaintiff.

*Victor DeMarco and David G. Colford* for defendants.

## SOLICITORS:

*Stikeman, Elliott*, Montréal, for plaintiff.

*Brisset Bishop*, Montréal, for defendants.

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

ROULEAU J.: The plaintiff, Redpath Industries Limited (hereinafter referred to as "Redpath"), seeks to recover from the defendant, Kim-Crest S.A., damages for the loss of a portion of a cargo of raw bulk sugar shipped from Guyana to Toronto aboard Kim-Crest's vessel the *Cisco*. By notice dated December 20, 1991, the plaintiffs, Guyana Sugar Corpora-

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Rodocanachi, Sons, and Co. v. Milburn Brothers* (1886), 6 Asp. M.L.C. 100 (C.A.); *Czarnikow (C.) Ltd. v. Koufos*, [1969] 1 A.C. 350 (H.L.); *The «Arpad»* (1934), 49 Ll.L. Rep. 313 (C.A.); *Obestain Inc. v. National Mineral Development Corporation Ltd. (The Sanix Ace)*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 165 (Q.B.); *Jamal v. Moolla Dawood, Sons & Co.*, [1916] 1 A.C. 175 (P.C.); *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; (1975), 57 D.L.R. (3d) 386; [1975] 5 W.W.R. 575; 75 CLLC 14,280; 5 N.R. 99.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Amstar Corporation v. M/V Alexandros T*, [1979] A.M.C. 1975 (U.S. Dist. Ct.).

## DÉCISION MENTIONNÉE:

*Wertheim v. Chicoutimi Pulp Company*, [1911] A.C. 301 (P.C.).

## DOCTRINE

*Carver's Carriage by Sea*, Vol. 2, 13th ed., London: Stevens & Sons, 1982.

Tetley, *William Marine Cargo Claims*, 3rd ed., Montréal: Éditions Yvon Blais, 1988.

ACTION en dommages-intérêts à la suite de la perte d'une partie d'une cargaison de sucre brut en vrac. Action accueillie et valeur de la cargaison avariée évaluée à 50 % de la valeur facturée.

## AVOCATS:

*Vincent M. Prager et Mireille A. Tabib* pour la demanderesse.

*Victor DeMarco et David G. Colford* pour les défendeurs.

## PROCUREURS:

*Stikeman, Elliott*, Montréal, pour la demanderesse.

*Brisset Bishop*, Montréal, pour les défendeurs.

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

LE JUGE ROULEAU: La demanderesse, Redpath Industries Limited (ci-après appelée «Redpath»), cherche à obtenir des dommages-intérêts de la défenderesse Kim-Crest S.A., du fait de la perte d'une partie d'une cargaison de sucre brut en vrac expédiée du Guyana à Toronto, à bord d'un navire de Kim-Crest, le *Cisco*. Par la voie d'un avis daté du 20 décembre

tion Ltd. and Bookers Sugar Co. Ltd., discontinued their action herein.

At the opening of trial, counsel for the plaintiff moved to amend the statement of claim by adding a demand for compound interest if it was to be successful. There were no objections from the defendants; the amendment is granted.

For reasons that will be apparent later, some discussion or explanation of raw sugar and its properties is necessary. In this regard, I refer to the remarks of Harvey D.J. in *Amstar Corporation v. M/V Alexandros T*, [1979] A.M.C. 1975 (U.S. Dist. Ct.), at page 1982:

In its raw state, sugar consists of sucrose, invert sugars and non-sugar solids. When a refinery like Amstar purchases raw sugar, it is interested in the sucrose it is buying and not in any of the other elements. The refining process separates the sucrose from the non-sucrose elements of raw sugar and then uses the sucrose to turn out refined sugar products. Accordingly, the price of raw sugar is determined by the percentage of sucrose it contains. The term "polarity" refers to the percent of sucrose present in raw sugar. The higher the polarity, the greater the percent of sucrose.

The experts who gave evidence before me are in agreement that raw sugar is traded on the basis of its polarity and 96° polarity (96% sucrose content) is the accepted standard. It is to be noted however, that raw sugar may vary up or down from a polarity of 96°. Most standard form contracts contain a clause which allows for an adjustment in the agreed price, either up or down, depending on the sucrose content and weight on delivery. Accordingly, each shipment of raw sugar, as it is unloaded at a refinery, is weighed and samples are taken at regular intervals for laboratory analysis with regards to polarity.

On October 21, 1986, Redpath purchased from the plaintiff Bookers Sugar Co. Ltd. (acting as agents for the plaintiff Guyana Sugar Corporation Ltd.), approximately 10,000 metric tons of raw sugar to be shipped during April and May of 1987. Under the terms of the contract, Redpath was to pay \$246.29 C.I.F.F.O. per metric ton on a free out basis, which amount

1991, les demanderesse Guyana Sugar Corporation Ltd. et Bookers Sugar Co. Ltd. se sont désistées de leur action.

a À l'ouverture du procès, les avocats de la demanderesse ont demandé que la déclaration soit modifiée par l'ajout d'une demande de paiement d'intérêts composés si elle obtenait gain de cause. Les défendeurs ne s'étant pas opposés à cette demande, la modification est accordée.

c Pour des raisons qui seront évidentes plus tard, il est nécessaire de donner quelques explications sur le sucre brut et ses propriétés, et, à ce sujet, je fais référence aux remarques du juge suppléant Harvey dans l'affaire *Amstar Corporation v. M/V Alexandros T*, [1979] A.M.C. 1975 (U.S. Dist. Ct.), à la page 1982:

d [TRADUCTION] Le sucre à l'état brut se compose de sucrose (ou saccharose), de sucre inverti et de solides autres que du sucre. Lorsqu'une raffinerie comme Amstar achète du sucre brut, c'est le sucrose qu'elle achète qui l'intéresse et non les autres éléments. L'opération de raffinage sépare le sucrose des autres éléments du sucre brut et l'utilise ensuite pour obtenir des produits en sucre raffiné. Le prix du sucre brut est donc en fonction du pourcentage de sucrose qu'il contient. Le mot «polarité» désigne le pourcentage de sucrose présent dans le sucre brut. Plus cette polarité est élevée, plus le pourcentage de sucrose est important.

f Les experts qui ont témoigné au procès sont d'accord que le sucre brut est négocié en fonction de sa polarité et qu'un facteur de polarité de 96° (teneur en sucrose de 96 %) constitue la norme reconnue. Il convient toutefois de noter que la polarité du sucre brut peut varier, en plus ou en moins, par rapport à ce facteur. La plupart des contrats types contiennent une clause qui permet de rajuster le prix convenu, à la hausse ou à la baisse, suivant la teneur du sucre en sucrose et le poids à la livraison. Au moment où elle est déchargée à une raffinerie, chaque cargaison de sucre brut est donc pesée et des échantillons sont prélevés à intervalles réguliers afin d'en déterminer la polarité à l'aide d'analyses de laboratoire.

i Le 21 octobre 1986, Redpath a acheté de la demanderesse Bookers Sugar Co. Ltd. (agissant comme représentant de la demanderesse Guyana Sugar Corporation Ltd.) environ 10 000 tonnes métriques de sucre brut à expédier au cours des mois d'avril et de mai 1987. Selon les clauses du contrat, Redpath devait payer la somme de 246,29 \$ C.A.F. bord à

included cost, insurance, and freight. The contract stipulated that the raw sugar would have a guaranteed minimum polarization of 97.5° at the time of shipment. The following clause dealt with polarity and final invoiced price:

For each full degree above 96° add 1.4%

For each full degree below 96° down to and including 95° deduct 1.5%

For each full degree below 95° down to and including 93° deduct an additional 2%

Fractions of degrees to be calculated in the same proportions.

No sugar below 93° shall be delivered unless on discount terms mutually agreed between Seller and Buyer. [Emphasis added.]

On April 12, 1987, 5,444.56 metric tons of raw sugar were loaded into two holds on board the vessel *Cisco* at Georgetown, Guyana, and the ship sailed for Toronto. Under standard C.I.F. terms, Redpath assumed the risk of loss upon loading of the vessel in Guyana. There is no dispute that the cargo was in good condition on loading. The ship encountered floating ice en route to Toronto and it was later discovered that damage had occurred to number 1 hold and seawater had been admitted to a depth of approximately 2.4 meters. This fact was radioed immediately to all interested parties and their insurers.

The *Cisco* arrived at Toronto on April 27, 1987 at approximately 00:47 hours and moored at Redpath's discharging berth. Shortly thereafter, representatives of the parties boarded the vessel: Mr. Tsang, a marine surveyor engaged by Lloyd's of London, the insurers of the cargo and Mr. J. Digby, a surveyor representing Shipowners Assurance Management Ltd. Their job was to investigate the nature, extent and cause of damages.

Since there was no damage to the cargo in number 2 hold, discharge commenced. Damage to the cargo in number one hold was immediately apparent on visual inspection. Several photographs of the damaged cargo were submitted as evidence.

bord la tonne métrique, et ce montant comprenait le coût, l'assurance et le fret. Le contrat précisait que le sucre brut aurait une polarisation garantie d'au moins 97,5° au moment de son expédition. La clause suivante portait sur la polarité du sucre et le prix facturé définitif:

[TRADUCTION] Pour chaque degré entier au-delà de 96°, ajouter 1,4 %

Pour chaque degré entier entre 96° et 95° inclusivement, déduire 1,5 %

Pour chaque degré entier entre 95° et 93° inclusivement, déduire 2 % de plus

Calculer les fractions de degré dans les mêmes proportions.

Aucune quantité de sucre ayant un facteur de polarisation inférieur à 93° ne sera livrée à moins d'un escompte fixé d'un commun accord par le vendeur et l'acheteur. [Les soulignements sont de moi.]

Le 12 avril 1987, 5 444,56 tonnes métriques de sucre brut ont été chargées dans deux cales du *Cisco* à Georgetown (Guyana), et le navire a levé l'ancre à destination de Toronto. Conformément aux clauses C.A.F. types, Redpath a assumé le risque de perte au moment du chargement du navire au Guyana. Il n'est nullement contesté que la cargaison était en bon état au moment du chargement. Le navire a rencontré sur sa route de la glace flottante, et l'on a plus tard découvert que la cale n° 1 avait été endommagée et que de l'eau de mer y avait pénétré jusqu'à une profondeur d'environ 2,4 mètres. Ce fait a été aussitôt communiqué par radio à toutes les parties intéressées et à leurs assureurs.

Le *Cisco* est arrivé à Toronto le 27 avril 1987, à 00 h 47 approximativement, et s'est amarré au poste de déchargement de Redpath. Peu de temps après, deux personnes représentant les parties sont montées à bord: M. Tsang, un inspecteur de navires engagé par la compagnie Lloyd's of London, l'assureur de la cargaison, et M. J. Digby, un inspecteur représentant la société Shipowners Assurance Management Ltd. Les deux hommes avaient pour tâche de faire enquête sur la nature, l'étendue et la cause des dommages.

Comme la cargaison de la cale n° 2 n'était pas avariée, le déchargement a commencé. Les dommages qu'avait subis la cargaison de la cale n° 1 étaient visibles au premier coup d'œil. Plusieurs photographies de la cargaison avariée ont été produites en preuve.

In the end result, 4,219.135 tons of sound sugar were unloaded from the *Cisco* and received by Redpath. Laboratory tests revealed that this sugar had an average polarization factor of 97.980°. Approximately 1,214.485 metric tons of damaged cargo were unloaded from number 1 hold. This sugar had an average polarity of 92.563°. Analysis confirmed that the sugar had been contaminated by seawater. Notwithstanding this damage, Redpath was required to pay Bookers Sugar Corporation on the basis of having received 5,433.791 metric tons of sugar in sound condition. The final invoice dated June 19, 1987, indicates that Redpath paid the sum of \$1,371,776.48.

There is no doubt that the carrier is responsible for the damage. The defendants do not dispute the evidence which was supported by photographs and reports submitted by the two marine surveyors.

There appears to be no disagreement that the plaintiff is entitled to be reimbursed for the extra expenses incurred in unloading the damaged cargo. As Mr. Digby wrote at page 5 of his report:

Thereafter the stevedores were engaged in discharging the damaged quantity of sugar from the vessel's no. 1 hold, which became a slow and laborious process due to the fact that a considerable quantity of water had obviously come in contact with this sugar. During the course of discharging it became necessary to stop work from time to time to clean up the conveyor belts as well as the adjacent areas, because the sugar in its wet condition was tending to overload the electrical motors and other equipment.

Together with the damage to the cargo, Redpath claims the amount of \$25,990.89 for extra unloading expenses as follows:

Cost for clean up of scales and conveyors	\$ 6,162.72
Additional costs from Empire Stevedores and Seaway Terminals for discharging damaged product	\$ 18,675.51
Additional costs for weigh scale personnel	693.66
Additional costs from Burns Security	459.00
<b>TOTAL EXPENSES</b>	<b>\$ 25,990.89</b>

En fin de compte, 4 219,135 tonnes de sucre en bon état (en état sain) ont été déchargées du *Cisco* et livrées à Redpath. Des analyses de laboratoire ont révélé que le facteur de polarisation moyen de ce sucre était de 97,980°. Environ 1 214,485 tonnes métriques de sucre avarié ont été déchargées de la cale n° 1. La polarité moyenne de ce sucre était de 92,563°. Des analyses ont confirmé que de l'eau de mer avait contaminé le sucre. Malgré ces dommages, le paiement que Redpath était tenue de verser à la société Bookers Sugar Corporation était fondé sur le fait qu'elle recevait 5 433,791 tonnes métriques de sucre en état sain. La facture définitive, qui porte la date du 19 juin 1987, indique que Redpath a payé la somme de 1 371 776,48 \$.

Il est indubitable que le transporteur est responsable des dommages. Les défendeurs ne contestent pas la preuve qu'étaient les photographies et les rapports présentés par les deux inspecteurs de navires.

Tous semblent être d'accord que la demanderesse a le droit de se faire rembourser les dépenses supplémentaires occasionnées par le déchargement de la cargaison avariée. Comme l'a écrit M. Digby à la page 5 de son rapport:

[TRADUCTION] Par la suite, les débardeurs ont entrepris de décharger la quantité avariée de sucre de la cale n° 1, un travail qui est devenu lent et laborieux parce qu'une quantité considérable d'eau était manifestement entrée en contact avec le sucre. Au cours du déchargement, il a fallu interrompre de temps à autre le travail pour nettoyer les bandes transporteuses et les zones adjacentes, parce que le sucre humide avait tendance à surcharger les moteurs électriques et les autres appareils.

Redpath réclame, de pair avec les dommages subis par la cargaison, la somme de 25 990,89 \$ pour frais de déchargement supplémentaires; cette somme est calculée comme suit:

[TRADUCTION] Coût du nettoyage des balances et bandes transporteuses	6 162,72 \$
Frais supplémentaires (débardeurs Empire et terminaux Seaway) pour le déchargement du produit avarié	18 675,51 \$
Frais supplémentaires (personnel préposé aux balances)	693,66
Frais supplémentaires (Burns Security)	459,00
<b>TOTAL DES DÉPENSES</b>	<b>25 990,89 \$</b>



The dispute arises in the calculation of damages to be awarded for the sugar which arrived in a damaged state.

From the outset Redpath had taken the position that they would not accept the damaged sugar which they were entitled to do under the terms of the contract reproduced earlier in these reasons which said no sugar below 93° shall be delivered. They advised Mr. Tsang, representing the cargo insurers, to look for other buyers. This right to refuse was confirmed by the surveyor to his principals by telex as well as in a letter dated May 6, 1987. Mr. Makin, who was then the Vice-President of Redpath in charge of buying raw sugar, testified that at the time, the refinery was operating at 120% capacity and they had sufficient inventory of raw sugar on hand to meet their needs and therefore they were not interested in accepting the damaged cargo.

In support of Mr. Makin's testimony, Mr. Hughes, Vice President for Corporate Purchasing of raw sugar for Lantic Sugar Ltd., a competitor, testified on behalf of Redpath that he was aware that the Redpath refinery was operating at 120% capacity and it would not have been wise to add damaged sugar to the process. This could cause the "melt rate" to go down, the output could conceivably diminish and undoubtedly production costs would increase. He also pointed out that this saturated sugar could create a danger of fermentation and could bring about an unwarranted risk to Redpath.

As a result, Lloyd's of London, the cargo underwriters were then effectively in possession of the sugar and were entitled to dispose of it as they saw fit. Several options were open to them. As explained at page 2 of his affidavit, the defendants' expert witness, Mr. Calder, a U.S. commodity dealer with over 40 years' experience:

... if, as in this instance i.e. damage by seawater, the foreign material (impurity) is not harmful or dangerous, the insurance company and the refiner may negotiate acceptance of the damaged sugar at an agreed, commercially reasonable discount. Failing this and/or alternatively, the insurance company may try to negotiate re-sale/delivery to a nearby refiner, if one

C'est le calcul des dommages-intérêts à adjuger pour le sucre arrivé à destination en état avarié qui est l'objet du litige.

Dès le départ, Redpath avait adopté la position qu'elle n'accepterait pas le sucre avarié, ce qu'elle avait le droit de faire en vertu des clauses du contrat reproduites ci-dessus, qui précisait qu'aucune quantité de sucre dont le facteur de polarisation était inférieur à 93° ne serait livrée. Redpath a avisé M. Tsang, qui représentait l'assureur de la cargaison, de chercher d'autres acheteurs. L'inspecteur a confirmé ce droit de refus à ses supérieurs par télex ainsi que dans une lettre datée du 6 mai 1987. M. Makin, qui occupait alors le poste de vice-président chargé des achats de sucre brut au sein de Redpath, a déclaré qu'à cette époque la raffinerie fonctionnait à 120 % de sa capacité, que les stocks de sucre brut dont elle disposait suffisaient pour répondre à ses besoins et qu'elle n'était donc pas intéressée à accepter la cargaison avariée.

À l'appui du témoignage de M. Makin, M. Hughes, vice-président chargé des achats de sucre brut au sein d'une société concurrente, Sucre Lantic Ltée, a déclaré en faveur de Redpath qu'il était au courant que la raffinerie de Redpath fonctionnait à 120 % de sa capacité et qu'il aurait été malavisé d'intégrer du sucre avarié au processus de raffinage. Une telle mesure pouvait faire abaisser le «taux de fusion», diminuer vraisemblablement le rendement et augmenter sans aucun doute les coûts de production. Il a aussi fait remarquer que ce sucre saturé pouvait créer un danger de fermentation et faire courir à Redpath des risques injustifiés.

L'assureur de la cargaison, la compagnie Lloyds of London, se retrouvait donc effectivement en possession du sucre et avait le droit d'en disposer comme bon lui semblait. Il y avait plusieurs options possibles. Comme l'a expliqué à la page 2 de son affidavit le témoin expert des défendeurs, M. Calder, un courtier en marchandises des États-Unis ayant plus de 40 années d'expérience:

[TRADUCTION] ... lorsque, comme dans ce cas-ci, c'est-à-dire des dommages causés par de l'eau de mer, les substances étrangères (impuretés) ne sont pas nocives ou dangereuses, la compagnie d'assurance et le raffineur peuvent négocier l'acceptation du sucre avarié en convenant d'un escompte raisonnable d'un point de vue commercial. À défaut de cela et/ou

exists, at a mutually agreed similarly discounted price. The insurer also has an option of locating other buyers, such as an alternative user, eg: animal feed processors/producers and/or commercial salvers.

Mr. Hughes further testified that while Lantic Sugar Ltd. had a refinery in Oshawa, this refinery was not capable of handling sugar with a polarization factor of less than 99°. Their Montréal refinery, which could have processed the sugar in its damaged state, was running at 100% capacity; a 6 1/2 week strike had just ended and inventories were very high. Mr. Digby, a surveyor representing Shipowners Assurance Management Ltd., indicated in his report to his principals that the depreciation could very well reach 75% of value. Though he was not authorized to negotiate a settlement, he felt that 50% was reasonable since the claim had reached the vicinity of \$300,000.

The uncontested evidence reveals that there was no market for the damaged sugar except to animal feed processors who were prepared to pay 25% of its value. Given these circumstances, Redpath and the insurers were able to negotiate acceptance of the damaged cargo which had been unloaded and stored in a separate warehouse. By facsimile dated May 8, 1987, they notified the insurer's agents that they were prepared to pay \$125.52 per metric ton, which sum represented 50% of the sound market value C.I.F.F.O.B. Toronto price listed on April 27, 1987, less expenses incurred in discharging this sugar. This offer was formally accepted by the insurers on May 15, 1987. Redpath was eventually able to process all the damaged sugar by mixing small amounts of the damaged sugar with sound sugar.

The plaintiff now seeks to be indemnified for the losses it sustained by virtue of the carrier's fault. Counsel for the plaintiff submits that the traditional method for measuring damages in carriage of goods cases is "the fair market value of the goods in sound condition at the port of destination less the fair market value of the goods in their damaged condition": *Carver's Carriage by Sea*, 13th ed., Stevens & Sons,

subsidairement, la compagnie d'assurance peut tenter de négocier la revente ou la livraison du sucre à un raffineur situé tout près, s'il en existe un, à un prix escompté de la même façon, fixé d'un commun accord. L'assureur peut aussi chercher d'autres acheteurs, comme un utilisateur de remplacement, par exemple: un fabricant ou producteur d'aliments pour animaux et/ou un récupérateur commercial.

M. Hughes a déclaré de plus que Sucre Lantic Ltée possédait une raffinerie à Oshawa, mais que celle-ci n'était pas capable de traiter du sucre dont le facteur de polarisation était inférieur à 99°. Sa raffinerie de Montréal, qui aurait pu traiter le sucre dans son état avarié, fonctionnait à 100 % de sa capacité; une grève d'une durée de six semaines et demie venait tout juste de prendre fin et les stocks étaient fort élevés. M. Digby, un inspecteur représentant la société Shipowners Assurance Management Ltd., a indiqué dans son compte rendu à ses supérieurs que la dépréciation pourrait fort bien atteindre 75 % de la valeur. Il n'était pas autorisé à négocier un règlement, mais il considérait qu'un chiffre de 50 % était raisonnable car la réclamation avait atteint la somme d'environ 300 000 \$.

La preuve non contestée révèle qu'il n'y avait aucun débouché pour le sucre avarié, hormis des fabricants d'aliments pour animaux qui étaient disposés à payer le sucre au quart de sa valeur. Vu les circonstances, Redpath et l'assureur ont pu négocier l'acceptation de la cargaison avariée, qui avait été déchargée et mise dans un entrepôt séparé. Par un fac-similé daté du 8 mai 1987, Redpath a avisé les représentants de l'assureur qu'elle était disposée à payer la somme de 125,52 \$ la tonne métrique, somme représentant 50 % de la valeur marchande saine C.A.F.F.A.B. Toronto (prix indiqué le 27 avril 1987, moins les dépenses relatives au déchargement de ce sucre). L'assureur a officiellement accepté cette offre le 15 mai 1987. Redpath est parvenue à la longue à traiter la totalité du sucre avarié en l'incorporant en petites quantités à du sucre non avarié.

La demanderesse cherche maintenant à se faire dédommager des pertes qu'elle a subies par la faute du transporteur. Les avocats de la demanderesse soutiennent que la formule classique qui sert à évaluer les dommages-intérêts dans les causes relatives au transport de marchandise est [TRADUCTION] «la juste valeur marchande des marchandises en état sain au point de destination moins la juste valeur marchande

London, 1982, Vol. 2, at pages 1501-1502. To quote from Tetley W., *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., at pages 323 and 324:

The parties to a contract of carriage know and are expected to know that, if the cargo is damaged or lost, the claimant should be recompensed for the value of the damaged or lost cargo at the time and place of the delivery or when it should have been delivered. The above rule is known as Arrived Sound Market Value (A.S.M.V.) less Arrived Damaged Market Value (A.D.M.V.) and such *restitutio in integrum* requires no "special circumstances" being obviously in the reasonable contemplation of the parties at the time of contracting.

Furthermore, it was submitted that this test is particularly appropriate when a commodity such as raw sugar is involved, since it is traded daily on an open exchange and the daily spot price for the commodity can be readily ascertained: *Amstar Corporation v. M/V Alexandros T*, *supra*.

In response, the defendants submit that the plaintiff has suffered no economic loss, that they were able to refine all the damaged sugar and that therefore there should be no award of damages, or alternatively, if damages are to be assessed, they should be minimal.

Counsel for the defendants also argued that the fair market value test should not be followed in this particular case and that any damages that may be assessed, should be based on the principle of *restitutio in integrum*. This principle stands for the proposition that the purpose of any award should be to place the innocent party in the position that it would have occupied had the contract been successfully carried out by both parties: *Wertheim v. Chicoutimi Pulp Company*, [1911] A.C. 301 (P.C.). In support of this submission, counsel for the defendants referred me to the following passage from Tetley W., *Marine Cargo Claims*, *supra*, at page 324:

A.S.M.V. less A.D.M.V. is only a rule of thumb and is subject to many exceptions in order to bring it within the basic principle of *restitutio in integrum*.

It was submitted that if the fair market value test was applied in the present instance, the plaintiff

desdites marchandises en leur état avarié» (*Carver's Carriage by Sea*, 13<sup>e</sup> éd., Stevens & Sons, Londres, 1982, Vol. 2, aux pages 1501 et 1502). Selon l'ouvrage de W. Tetley, intitulé *Marine Cargo Claims*, 3<sup>e</sup> éd. aux pages 323 et 324:

[TRADUCTION] Les parties à un contrat de transport sont censées savoir que, dans le cas où la cargaison est endommagée ou perdue, le réclamant devrait être dédommagé de la valeur de la cargaison avariée ou perdue au moment et au lieu de la livraison ou au moment où ladite cargaison aurait dû être livrée. La règle qui précède est appelée «valeur marchande saine à destination (V.M.S.D.) moins valeur marchande avariée à destination (V.M.A.D.) et cette *restitutio in integrum* ne requiert aucune «circonstance spéciale», les parties l'ayant manifestement envisagée raisonnablement au moment de conclure le contrat.

On a fait valoir par ailleurs que ce critère convient particulièrement bien dans les cas où une denrée telle que le sucre brut est en cause, car cette denrée est négociée tous les jours à la bourse et son prix comptant quotidien peut être facilement déterminé (*Amstar Corporation v. M/V Alexandros T*, affaire précitée).

Les défendeurs rétorquent que la demanderesse n'a subi aucun préjudice financier, qu'elle a été capable de raffiner tout le sucre avarié et qu'il n'y a donc pas lieu d'adjuger des dommages-intérêts, ou, subsidiairement, s'il faut en évaluer, les dommages-intérêts devraient être le plus bas possible.

Les avocats des défendeurs ont aussi fait valoir que le critère de la juste valeur marchande ne devrait pas s'appliquer dans la présente espèce et que l'évaluation des dommages-intérêts, s'il y en a, devrait reposer sur le principe de la *restitutio in integrum*. Ce principe reflète la thèse voulant que l'objet de tout dédommagement est de mettre la partie innocente dans la position qu'elle aurait occupée si les deux parties avaient exécuté le contrat comme prévu (*Wertheim v. Chicoutimi Pulp Company*, [1911] A.C. 301 (P.C.). À l'appui de cette prétention, les avocats des défendeurs m'ont renvoyé au passage suivant de W. Tetley, qui est tiré de son ouvrage *Marine Cargo Claims*, précité, à la page 324:

[TRADUCTION] «V.M.S.D. moins V.M.A.D.» n'est qu'une règle empirique et elle est soumise à de nombreuses exceptions afin de la faire correspondre au principe fondamental du *restitutio in integrum*.

Il a été soutenu que si l'on appliquait le critère de la juste valeur marchande en l'espèce, la demande-

would be placed in a better position than it would have been had the event giving rise to the action not occurred thereby violating the *restitutio in integrum* principle.

With all due respect, counsel for the defendants seems to be overlooking the overriding principle that damages are to be assessed at the moment the loss occurs.

In *Rodocanachi, Sons, and Co. v. Milburn Brothers* (1886), 6 Asp. M.L.C. 100 (C.A.), the shipowner failed to deliver the cargo. The Court concluded that the proper measure of damages was the market value of the goods at the place where, and the time at which they ought to have been delivered, less what the plaintiff would have had to pay in order to get them.

In *Czarnikow (C.) Ltd. v. Koufos*, [1969] 1 A.C. 350 (H.L.), a cargo was delivered, albeit late. In breach of the charterparty, the ship deviated from its voyage and as result, the ship arrived at its final destination on December 2 instead of its scheduled date of arrival, November 22. The spot price for sugar had fallen during the months of October and November, reaching its low point in December. The House of Lords held, that by virtue of the deviations, the ship was in breach of its contract and that the charterers were entitled to recover, as damages, the difference between the price of the sugar when it should have been delivered and the price when it actually was delivered.

In *Amstar Corporation v. M/V Alexandros T*, *supra*, a cargo of sugar was delivered on time but in a damaged condition. Damages were assessed on the basis of the fair market value of the goods in sound condition ie. the spot price on arrival, less the fair market value of the goods in their damaged condition. The plaintiff was also compensated for the additional expenses incurred in discharging the damaged cargo.

These authorities stand for the proposition that the calculation of the loss occurs on the date the cargo should have arrived whether lost or delivered late;

resse serait dans une position plus favorable que celle où elle se serait trouvée si l'incident ayant donné lieu à l'action n'était pas survenu, ce qui va à l'encontre du principe du *restitutio in integrum*.

a

Sauf le respect que je leur dois, il me semble que les avocats des défendeurs ne tiennent pas compte du principe prépondérant selon lequel les dommages-intérêts doivent être évalués au moment où la perte est survenue.

b

Dans l'affaire *Rodocanachi, Sons, and Co. v. Milburn Brothers* (1886), 6 Asp. M.L.C. 100 (C.A.), l'armateur n'avait pas livré la cargaison. La Cour a conclu que la formule qui convenait pour évaluer les dommages-intérêts était la valeur marchande des marchandises au lieu et au moment où elles auraient dû être livrées, moins ce que la demanderesse aurait eu à payer pour les obtenir.

c

Dans *Czarnikow (C.) Ltd. v. Koufos*, [1969] 1 A.C. 350 (H.L.), une cargaison avait été livrée, mais en retard. Le navire, en violation de la charte-partie, avait dévié de sa route et, de ce fait, était arrivé à sa destination finale le 2 décembre au lieu de la date d'arrivée prévue, le 22 novembre. Le prix comptant du sucre avait chuté durant les mois d'octobre et de novembre, atteignant son point le plus bas en décembre. La Chambre des lords a jugé qu'il y avait eu violation du contrat du navire et que les affréteurs avaient le droit de recouvrer à titre de dommages-intérêts la différence entre le prix du sucre au moment où il aurait dû être livré et son prix au moment où il avait été effectivement livré.

e

f

g

Dans l'affaire *Amstar Corporation v. M/V Alexandros T*, précitée, une cargaison de sucre avait été livrée à temps, mais dans un état avarié. Les dommages-intérêts ont été évalués en prenant pour base la juste valeur marchande du sucre en état sain, c'est-à-dire le prix comptant à destination moins la juste valeur marchande du sucre en état avarié. La demanderesse a aussi été dédommée des dépenses supplémentaires qui avaient été engagées pour décharger la cargaison avariée.

h

i

Ces arrêts étayent le principe selon lequel la perte doit être calculée à la date où la cargaison aurait dû arriver, qu'elle ait été perdue ou livrée en retard ou

j

and in cases where the cargo is delivered in a damaged condition, on the date of actual delivery.

Furthermore, once it has been established that a loss has occurred, circumstances peculiar to the plaintiff, not communicated to the defendant, are excluded in assessing the quantum of damages: *The "Arpad"* (1934), 49 Ll.L. Rep. 313 (C.A.). This principle was followed in *Rodocanachi*, *supra*. The owners of the shipment had pre-sold the cargo for a price which was less than the market price on arrival at the port of discharge. Lord Esher, M.R. in his reasons states, at page 103:

The general rule is now that any intermediate sale or purchase of the goods is not to be taken into account, but is to be regarded as an accidental circumstance not affecting the original contract. Mr. Bigham's contention is, that the market price is to be taken if the plaintiff has sold the goods at a higher price than that; but that, if he has sold the goods at a price below the market price, then he cannot recover more than the contract price. That would be a very unequal rule. The mode of estimating the value of the goods is to take the market price, independently of any circumstances peculiar to the plaintiff. That gives the value of the goods; not the damages. Then the damages have to be estimated. The plaintiff would get the goods of a certain value, but, in order to get them, he would have to pay the accruing freight, for which there is a lien upon the goods. The damages, therefore, would be, not the price at which he had contracted to sell the goods, less the accruing freight, but the market price, less the accruing freight. [Emphasis added.]

In *Obestain Inc. v. National Mineral Development Corporation Ltd. (The Sanix Ace)*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 465 (Q.B.), the charterers were carrying a cargo of 7,558 tonnes of DIR pellets. These pellets were highly reactive to water and if wetted, they would re-oxidate producing heat which could lead to spontaneous combustion. The charterers had sold the cargo to 11 end users. Under these contracts, while property did not pass, the risk in the goods sold passed on loading. Cargo in two holds was damaged, water having entered the holds through corroded hatches. In the end only 2,000 tonnes was salvageable. The ship-owners contended that the charterers were only entitled to recover nominal damages because they had suffered no recoverable loss since they had been able to collect the price for the goods from the end users. The Court held that the fact that the claimant had

non; et, quand la cargaison est livrée dans un état avarié, à la date de livraison effective.

En outre, une fois qu'il a été établi qu'une perte est survenue, des circonstances propres à la partie demanderesse, non communiquées à la partie défenderesse, sont exclues lorsque l'on évalue le montant des dommages-intérêts: *The «Arpad»* (1934), 49 Ll. L. Rep. 313 (C.A.). C'est ce principe que l'on a suivi dans l'affaire *Rodocanachi*, précitée. Les propriétaires des marchandises avaient vendu à l'avance la cargaison à un prix en-deça du prix du marché à l'arrivée au point de déchargement. Dans ses motifs, lord Esher, M.R. a déclaré ce qui suit, à la page 103:

[TRADUCTION] La règle générale est de nos jours la suivante: il ne faut prendre en compte aucune vente ou aucun achat intermédiaire des marchandises, et considérer plutôt cette vente ou cet achat comme un fait accidentel n'ayant pas d'incidence sur le contrat original. M. Bigham soutient que c'est le prix du marché qu'il faut utiliser si le demandeur a vendu les marchandises à un prix plus élevé, mais que, s'il a vendu les marchandises à un prix inférieur, il ne peut alors recouvrer plus que le prix contractuel. Il s'agirait là d'une règle inégale. La façon d'estimer la valeur des marchandises est d'utiliser le prix du marché, indépendamment de toute circonstance propre au demandeur. Cela indique la valeur des marchandises, et non les dommages-intérêts. Il faut ensuite évaluer ces derniers. Le demandeur obtiendrait les marchandises d'une certaine valeur, mais, pour cela, il aurait à payer le frais de transport dus, pour lequel il existe un droit de rétention sur les marchandises. Les dommages-intérêts ne seraient donc pas le prix auquel le demandeur avait convenu par contrat de vendre les marchandises, moins les frais de transport dus, mais le prix du marché moins les frais de transport dus. [C'est moi qui souligne.]

Dans l'affaire *Obestain Inc. v. National Mineral Development Corporation Ltd. (The Sanix Ace)*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 465 (Q.B.), les affréteurs transportaient une cargaison de 7 558 tonnes de pastilles combustibles. Celles-ci étaient fort sensibles à l'eau et, si elles étaient mouillées, elles se réoxyderaient et engendreraient de la chaleur, ce qui pouvait déclencher une combustion spontanée. Les affréteurs avaient vendu la cargaison à onze utilisateurs ultimes. Aux termes des contrats, le droit de propriété n'était pas cédé, mais le risque inhérent aux marchandises vendues était transféré au chargement. Le contenu de deux cales s'était avarié parce que de l'eau s'y était infiltrée par des panneaux d'écouille corrodés. En fin de compte, seules 2 000 tonnes étaient récupérables. Les armateurs soutenaient que les affréteurs n'avaient le droit de recouvrer que des dommages-

been paid by the end users did not disentitle him from recovering full damages based on the sound value on arrival. If the claimants had released the end users from their contracts and had instead chosen to deal directly with the cargo insurers, the carriers could not have complained.

Counsel for the plaintiff submitted that, once the shipment of damaged sugar arrived, the fact that they were eventually able to refine the damaged cargo, is irrelevant to the question of the quantum of damages. I agree. In *Jamal v. Moolla Dawood, Sons & Co.*, [1916] 1 A.C. 175 (P.C.), Lord Wrenbury states, at page 180:

The seller's loss at the date of the breach was and remained the difference between contract price and market price at that date. When the buyer committed this breach the seller remained entitled to the shares, and became entitled to damages such as the law allows. The first of these two properties, namely, the shares, he kept for a time and subsequently sold them in a rising market. His pocket received benefit, but his loss at the date of the breach remained unaffected.

I am satisfied that A.S.M.V. [Arrived Sound Market Value] is the proper test to be applied. The question then becomes what was the fair market value of the damaged cargo?

Again the parties are in dispute. Counsel for the defendants submitted that the value of the sugar could be readily ascertained according to a sliding scale formula. In this regard, they introduced expert evidence in the form of an affidavit and testimony by Mr. Calder. At page 3 of his affidavit, Mr. Calder states:

The damaged sugar polarization having been ascertained as 92.5 degrees a fair and reasonable settlement based on the contract as amended, would appear to start as per the above scale, i.e. 1.5% (of the 96 degrees contract basic price of \$246,298,833 per M/T) for the degree between 96 degrees and 95 degrees, an additional 4% for the 2 degrees from 95 degrees to 93 degrees and an additional discount for the .5 degrees from 93 degrees to 92.5 degrees (.5% of the previous 2% per degree for degrees from 95 degrees to 93 degrees to possibly .5

intérêts symboliques parce que, ayant pu obtenir des utilisateurs ultimes le prix des marchandises, ils n'avaient subi aucune perte recouvrable. La Cour a statué que le fait que les utilisateurs ultimes aient payé le demandeur n'empêchait pas ce dernier d'obtenir des dommages-intérêts complets, basés sur la valeur saine des marchandises à destination. Si le demandeur avait libéré les utilisateurs ultimes de leurs contrats et décidé plutôt de faire affaire directement avec l'assureur de la cargaison, les transporteurs n'auraient pas pu se plaindre.

Les avocats de la demanderesse ont fait valoir que le fait que l'on a finalement pu raffiner le sucre avarié n'a aucun rapport avec la question du montant des dommages-intérêts. Je suis d'accord. Voici ce que dit lord Wrenbury dans l'affaire *Jamal v. Moolla Dawood, Sons & Co.*, [1916] 1 A.C. 175 (P.C.), à la page 180:

[TRADUCTION] La perte subie par le vendeur, à la date de la violation, était la différence entre le prix contractuel et le prix du marché à cette date. Lorsque l'acheteur a commis cette violation, le vendeur avait toujours droit aux actions, et il est devenu admissible à des dommages-intérêts comme la loi l'autorise. Il a gardé pendant un certain temps le premier de ces deux biens, c'est-à-dire les actions, et les a vendus par la suite lorsque le marché était à la hausse. Il en a tiré un bénéfice, mais ce fait n'a pas eu d'incidence sur la perte subie à la date de la violation.

Je suis convaincu que la V.M.S.D. [valeur marchande saine à destination] est le critère qu'il convient d'appliquer. La question qui se pose maintenant consiste donc à savoir quelle était la juste valeur marchande de la cargaison avariée?

Là encore, les parties ne s'entendent pas. Les avocats des défendeurs ont soutenu qu'il était facile de déterminer la valeur du sucre au moyen d'une échelle mobile. À cet égard, ils ont produit une preuve d'expert sous la forme d'un affidavit et d'un témoignage de M. Calder. Voici ce que dit ce dernier à la page 3 de son affidavit:

[TRADUCTION] La polarisation du sucre avarié ayant été évaluée à 92,5 degrés, un règlement juste et raisonnable, reposant sur le contrat modifié, aurait pour base l'échelle susmentionnée, c'est-à-dire 1,5 % (du prix contractuel de base, pour 96 degrés, de 246,298,833 \$ la tonne métrique) pour le degré situé entre 96 degrés et 95 degrés, un pourcentage supplémentaire de 4 % pour les deux degrés situés entre 95 degrés et 93 degrés et un escompte supplémentaire pour les demi-degrés situés entre 93 degrés et 92,5 degrés (0,5 % des 2 % prévus par degré pour les

of 5% which is the U.S. Refiner scale at this level). Accordingly, I believe that the maximum allowable discount should be equivalent to Can. \$35,895.15 as per the attached calculation.

In reaching this conclusion, Mr. Calder admitted that he summarized the standard U.S. formula employed for purchasing sugar. This U.S. formula was not incorporated as a term of the contract entered into for the purchase of this particular shipment of sugar. In fact, the formula to be employed as reproduced earlier in these reasons, was quite specific and on cross-examination, Mr. Calder admitted that the formula specified in the contract precluded the application of any formula for sugar below 93° polarity.

As stated earlier in these reasons, efforts were made to find a buyer for the damaged sugar. The only market found was for animal feed. The parties agree that the value of the sugar for use as animal feed would have been \$43.93 per metric ton. The plaintiff now submits that the value of the damaged cargo be calculated as follows:

Sound Market Value less Damaged Market Value:

(a) Sound:	
\$225/mt (at 96°) x 1,214.04 mt	\$273,159.00
plus	
1.7° polarity x 0.014 (premium)	
x \$225. x 1,214.04 mt =	\$ 6,501.18
	<u>\$279,660.18</u>
minus	
(b) Damaged:	
\$43.93/mt x 1,214.04 mt =	\$ 53,332.78
	<u>\$226,327.40</u>

I am not satisfied that Redpath is entitled to damages in the amount of \$226,327.40. As stated earlier in these reasons, the A.S.M.V. less A.D.M.V. [Arrived Damaged Market Value] rule is subject to exceptions. One of those exceptions is the duty imposed by law on a wronged plaintiff to mitigate his damages. As the Supreme Court of Canada noted in *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324, at page 330:

The primary rule in breach of contract cases, that a wronged plaintiff is entitled to be put in as good a position as he would

degrés situés entre 95 degrés et 93 degrés jusqu'à un pourcentage possible de 0,5 de 5 % ce qui, à ce niveau, est l'échelle qu'appliquent les raffineurs américains). Je crois donc que l'escompte admissible maximal devrait être l'équivalent de 35 895,15 \$ CAN, conformément au calcul ci-joint.

En arrivant à cette conclusion, M. Calder a reconnu qu'il avait résumé la formule type employée aux États-Unis pour l'achat de sucre. Cette formule n'a pas été intégrée au contrat relatif à l'achat de la cargaison de sucre dont il est question en l'espèce. En fait, la formule à utiliser, reproduite plus tôt dans les présents motifs, était bien précise et, en contre-interrogatoire, M. Calder a reconnu que la formule précisée dans le contrat empêchait d'appliquer toute formule au sucre dont la polarité était inférieure à 93°.

Ainsi qu'il a été dit plus tôt dans les présents motifs, on s'est efforcé de trouver un acheteur pour le sucre avarié. L'unique débouché que l'on a trouvé était celui de la nourriture pour animaux. Les parties sont d'accord que la valeur du sucre utilisé comme nourriture pour animaux aurait été de 43,93 \$ la tonne métrique. La demanderesse suggère maintenant que l'on calcule comme suit la valeur de la cargaison avariée:

Valeur marchande saine moins valeur marchande avariée:

a) Valeur saine:	
225 \$/tm (à 96°) x 1 214,04 tm	273 159,00 \$
plus	
1,7° polarité x 0,014 (prime)	
x 225 \$ x 1 214,04 tm =	6 501,18 \$
	<u>279 660,18 \$</u>
g moins	
b) Valeur avariée:	
43,93 \$/tm x 1 214,04 tm =	53 332,78 \$
	<u>226 327,40 \$</u>

Je ne suis pas convaincu que Redpath a droit à des dommages-intérêts de 226 327,40 \$. Ainsi qu'il a été indiqué plus tôt, la règle de la V.M.S.D. moins la V.M.A.D. [valeur marchande avariée à destination] est sujette à des exceptions, et l'une d'elles est l'obligation qu'impose la loi aux demandeurs lésés de minimiser leurs dommages-intérêts. Comme l'a noté la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324, à la page 330:

Dans une affaire d'inexécution contractuelle, la règle fondamentale qu'un demandeur lésé a le droit d'être mis dans une

have been in if there had been proper performance by the defendant, is subject to the qualification that the defendant cannot be called upon to pay for avoidable losses which would result in an increase in the quantum of damages payable to the plaintiff. The reference in the case law to a "duty" to mitigate should be understood in this sense.

In the case at bar, the damaged sugar was not in fact sold for \$43.93 per metric ton to an animal feed processor. The insurers were able to negotiate a deal with Redpath whereby it purchased the sugar for 50% of its sound market value. I am satisfied that, in so doing, the plaintiff was mitigating potential losses, which it has a duty to do. The defendants cannot now be subsequently called upon to pay for losses which were avoidable and, in fact, were not incurred. Accordingly, I find that the value of the damaged cargo should be calculated as follows:

50% of Invoice Value, As Agreed Between Underwriters and Redpath:

invoice value (Exhibit P-1, para 9)  
 $\$304,927.24 \times 50\% = \$152,463.00$

Additionally, the plaintiff is entitled to the sum of \$25,990.89 which represents the additional expenses incurred in discharging the damaged cargo.

The plaintiff also claimed increased expenses for "bleeding" or blending the damaged sugar into the refinery system. I have no specific evidence to indicate that there were any extra expenses involved and accordingly none shall be awarded. At the opening of trial, counsel for the plaintiff moved to amend the statement of claim seeking interest; interest is hereby awarded at the rate of 9% per annum compounded from the date of the loss to the date of payment of this judgment. Costs to the plaintiff.

position aussi favorable que s'il y avait eu exécution régulière de la part du défendeur, est sujette à la réserve que le défendeur ne peut être appelé à défrayer toute perte évitable qui résulterait en une augmentation du quantum des dommages-intérêts payables au demandeur. C'est dans ce sens que doit être interprétée l'expression «obligation» de minimiser dont fait état la jurisprudence.

Dans la présente espèce, le sucre avarié n'a pas été vendu au prix de 43,93 \$ la tonne métrique à un producteur d'aliments pour animaux. L'assureur a pu négocier avec Redpath une entente par laquelle celle-ci a acheté le sucre à 50 % de sa valeur marchande saine. Je suis persuadé qu'en agissant ainsi, la demanderesse minimisait les pertes potentielles, ce qu'elle se trouve dans l'obligation de faire. On ne peut donc demander maintenant aux défendeurs de payer des pertes qui étaient évitables et qui, en réalité, n'ont pas été subies. En conséquence, la valeur de la cargaison avariée doit être calculée comme suit:

50 % de la valeur facturée convenue entre l'assureur et Redpath:  
 valeur facturée (pièce P-1, par. 9)  
 $304\,927,24 \$ \times 50\% = 152,463,00 \$$

De plus, la demanderesse a droit à la somme de 25 990,89 \$, qui représente les dépenses supplémentaires qu'elle a dû engager pour décharger la cargaison avariée.

La demanderesse a aussi réclamé des dépenses accrues pour l'incorporation du sucre avarié dans le système de raffinage. Je ne dispose d'aucune preuve précise indiquant que cette opération a occasionné des dépenses supplémentaires et, pour ce motif, aucune somme ne sera accordée. Au début du procès, les avocats de la demanderesse ont demandé de modifier la déclaration pour pouvoir obtenir des intérêts; des intérêts composés sont adjugés au taux de 9 % par année, depuis la date de la perte jusqu'à la date de paiement du présent jugement. La demanderesse a droit à ses dépens.



A-140-87  
**Kellogg Salada Canada Inc. (Appellant)**  
*(Appellant)*

v.

**The Registrar of Trade Marks and Maximum Nutrition Limited (Respondents)**  
*(Respondents)*

*INDEXED AS: KELLOGG SALADA CANADA INC. v. CANADA (REGISTRAR OF TRADE MARKS) (C.A.)*

Court of Appeal, Mahoney and Stone J.J.A. and Gray D.J.—Toronto, June 10; Ottawa, June 29, 1992.

*Trade marks — Registration — Appeal from trial judgment upholding Opposition Board's rejection for registration of "Nutri-Vite" for use in association with breakfast and snack foods as likely to be confused with respondent's registered marks "Nutri-Max" and "Nutri-Fibre" — More than 225 marks incorporating "Nutri" registered — Appeal allowed — (1) Issue of confusion to be determined as of date opposition disposed of — (2) Pepsi-Cola Company of Canada, Ltd. v. The Coca-Cola Company of Canada, Ltd., [1940] S.C.R. 17 applied although infringement, not registration, case — Rules of comparison similar in both types of cases, although closer likeness must be shown in infringement case — All relevant evidence to be considered in determining whether appellant discharging burden of showing little likelihood of confusion — (3) No likelihood of confusion — Common element in mark causing purchasers to distinguish between marks by other features — Where marks having common characteristics owned by different persons less proprietorial significance of common feature — Suffixes herein different and serving to distinguish marks.*

This was an appeal from the trial judgment upholding the Opposition Board's rejection of "Nutri-Vite" for registration as a trade mark for use in association with breakfast and snack foods. The Trial Judge held that "Nutri-Vite" would likely be confused with the respondent's registered trade marks "Nutri-Max" and "Nutri-Fibre", used in Canada in association with health food products. At trial, the appellant filed new affidavits not before the Opposition Board showing registration of more than 225 different trade marks and trade names incorporating the word "Nutri". The Opposition Board had disallowed evidence of the state of the register because the trade mark search report post-dated the original statement of opposition by many months. The Opposition Board held that the appellant had failed to meet the onus of showing that there was no reasonable likelihood of confusion between the marks. The Trial Judge

A-140-87  
**Kellogg Salada Canada Inc. (appelante)**  
*(appelante)*

a c.

**Le registraire des marques de commerce et Maximum Nutrition Limited (intimés)**  
*(intimés)*

*b RÉPERTORIÉ: KELLOGG SALADA CANADA INC. c. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (C.A.)*

*c* Cour d'appel, juges Mahoney et Stone, J.C.A., et juge suppléant Gray—Toronto, 10 juin; Ottawa, 29 juin 1992.

*d* *Marques de commerce — Enregistrement — Appel du jugement de première instance confirmant le refus de la Commission des oppositions d'enregistrer la marque «Nutri-Vite» pour utilisation en liaison avec des produits alimentaires pour le déjeuner et le casse-croûte, à cause du risque de confusion avec les marques déposées «Nutri-Max» et «Nutri-Fibre» de l'intimée — Plus de 225 marques comportant le mot «Nutri» sont enregistrées — Appel accueilli — (1) La question de la confusion doit être tranchée à la date de la décision sur l'opposition — (2) L'arrêt Pepsi-Cola Company of Canada, Ltd. v. The Coca-Cola Company of Canada, Ltd., [1940] R.C.S. 17, s'applique même s'il s'agissait d'une action en contrefaçon et non d'un enregistrement — Les règles de comparaison des deux types d'action se ressemblent, quoiqu'il faille démontrer une plus grande probabilité dans une action en contrefaçon — Tous les éléments de preuve pertinents doivent être considérés pour déterminer si l'appelante s'est acquittée du fardeau de prouver le peu de probabilité de confusion — (3) Absence de probabilité de confusion — Lorsque des marques de commerce comportent des éléments communs, cela incite les acheteurs à les distinguer au moyen d'autres traits — Lorsque des marques *e* *f* *g* présentant des caractéristiques communes appartiennent à des propriétaires différents le trait commun a moins d'importance — Les suffixes sont différents et suffisent à établir une distinction entre les marques.*

*h* Appel du jugement de première instance confirmant le refus de la Commission des oppositions d'enregistrer la marque de commerce «Nutri-Vite» pour utilisation en liaison avec des aliments pour le petit déjeuner et le casse-croûte. Le juge de première instance a statué que la marque «Nutri-Vite» risquait de créer de la confusion avec les marques déposées «Nutri-Max» et «Nutri-Fibre» de l'intimée, toutes deux en usage au Canada en liaison avec des produits alimentaires diététiques. À l'instruction, l'appelante a déposé de nouveaux affidavits, que la Commission des oppositions n'avaient pas examinés, montrant que plus de 225 marques de commerce et noms commerciaux différents comprenant le mot «Nutri» avaient été enregistrés. *i* *j* La Commission des oppositions n'avait pas accepté la preuve relative à l'état du registre parce que la recherche sur les marques de commerce avait été établie plusieurs mois après la

found that the appellant had not discharged the onus of showing that little likelihood of confusion existed, that the Court should not interfere with the finding of the Opposition Board and that as the validity of the respondent's trade marks was not in issue, there was no onus on the respondent to demonstrate that its trade marks were not confusing with those of any third party. He found that the common use of the prefix "Nutri" was more relevant to the question of "inherent distinctiveness". He distinguished *Pepsi-Cola Company of Canada, Ltd. v. The Coca-Cola Company of Canada, Ltd.*, [1940] S.C.R. 17, on the basis that it was a case of infringement rather than one of registration. The appellant submitted that the Trial Judge erred in the consideration he gave to the general criteria in subsection 6(5) ("regard to all the surrounding circumstances") by ignoring relevant evidence establishing that many trade marks and trade names containing the word "Nutri" are in use in Canada. The issues were: (1) the date as of which the issue of confusion must be determined; (2) whether the *Pepsi-Cola* decision was relevant notwithstanding that it was an infringement case; and (3) whether there was a likelihood of confusion.

*Held*, the appeal should be allowed.

(1) The issue of confusion must be determined as of the date that the opposition is disposed of. All of the evidence filed in the Trial Division must be considered in determining the issue of confusion.

(2) *Pepsi-Cola* should not be distinguished simply because it was an infringement case. The Supreme Court of Canada there held that the rules of comparison in an infringement case resemble those in a registration case, although a closer likeness must be shown in an infringement case and the standard of proof of confusion to be met differs. *Pepsi-Cola* did not hold that register evidence is not to be considered in a registration case. Therefore, all of the relevant evidence must be considered in determining whether the appellant has discharged the burden of proof. Furthermore, distinguishing *Pepsi-Cola* solely because it was concerned with infringement would cause evidentiary difficulty and produce inconsistency in the decided cases.

(3) The appellant has discharged the onus of showing that there is no likelihood of confusion between its trade mark and either of the respondent's trade marks. The presence of a common element causes purchasers to pay more attention to the other features of the respective marks and to distinguish between them by those other features. The fact that marks which have a common characteristic are owned by different persons tends to negative any proprietorial significance of the common feature. The Opposition Board and the Trial Judge held that none of the marks in issue was inherently distinctive. Where marks possess little or no inherent distinctiveness, "small differences will serve to distinguish". "Nutri" has been

date de la déclaration d'opposition originale. Le juge de première instance a conclu que l'appelante ne s'était pas acquittée du fardeau d'établir qu'il y avait peu de probabilités de confusion, que la Cour ne devait pas modifier la conclusion de la Commission et qu'il n'incombait pas à l'intimée de démontrer que ses marques de commerce ne créaient pas de confusion avec celles de tiers, car la question de la validité de ses marques ne se posait pas. Il a jugé que l'usage courant du mot «Nutri» est plus pertinent à la question du «caractère distinctif inhérent». Il a établi une distinction avec l'arrêt *Pepsi-Cola Company of Canada, Ltd. v. The Coca-Cola Company of Canada, Ltd.*, [1940] R.C.S. 17, en invoquant qu'il s'agissait d'une action en contrefaçon plutôt que d'une demande d'enregistrement. L'appelante a fait valoir que le juge de première instance a commis une erreur dans son appréciation des critères généraux énoncés au paragraphe 6(5) («tient compte de toutes les circonstances de l'espèce») en ne considérant pas les éléments de preuve pertinents établissant que bon nombre de marques de commerce et de noms commerciaux contenant le mot «Nutri» sont employés au Canada. La Cour devait se prononcer sur: (1) la date à l'égard de laquelle la question de la confusion doit être tranchée et sur les questions de savoir (2) si l'arrêt *Pepsi-Cola* s'applique à l'espèce nonobstant le fait qu'il portait sur une action en contrefaçon et (3) s'il y a risque de confusion.

*Arrêt*: l'appel devrait être accueilli.

(1) La question de la confusion doit être tranchée à la date de la décision sur l'opposition. Toute la preuve produite devant la Section de première instance doit être examinée pour que la Cour puisse se prononcer sur la question de la confusion.

(2) L'arrêt *Pepsi-Cola* ne doit pas faire l'objet d'une distinction du seul fait qu'il s'agit d'une action en contrefaçon. La Cour suprême du Canada a conclu que les règles de comparaison dans une action en contrefaçon ressemblent à celles qui s'appliquent à une demande d'enregistrement, même s'il faut démontrer une plus grande probabilité dans le premier cas et que la norme de preuve relative à la confusion diffère; elle n'a pas statué que la preuve tirée de l'état du registre ne peut être examinée dans une demande d'enregistrement. En conséquence, tous les éléments de preuve pertinents doivent être examinés pour déterminer si l'appelante s'est acquittée du fardeau de la preuve. En outre, établir à l'égard de l'arrêt *Pepsi-Cola* une distinction fondée uniquement sur le fait qu'il s'agissait d'une action en contrefaçon entraînerait des difficultés en matière de preuve et de l'incohérence en jurisprudence.

(3) L'appelante s'est acquittée du fardeau de démontrer qu'il n'existe aucune probabilité de confusion entre sa marque de commerce et l'une ou l'autre de celles de l'intimée. La présence d'un élément commun incite les acheteurs à porter une plus grande attention aux autres traits des marques respectives et à les distinguer au moyen de ces autres traits. Le fait que les marques présentant des caractéristiques communes appartiennent à différentes personnes tend à nier l'importance de l'existence du trait commun. La Commission des oppositions et le juge de première instance estimaient qu'aucune des marques en cause n'avait un caractère distinctif inhérent. Lorsque les marques n'ont que peu ou pas de caractère distinctif inhérent,

commonly adopted in the food trade as suggestive of a desirable attribute of foods, particularly health foods. Consumers are accustomed to making fine distinctions between the various "Nutri" trade marks. The suffixes herein are totally different and are sufficient to distinguish the marks. The respondent's marks may have acquired distinctiveness only in relation to those portions that are different from all the other "Nutri" marks. To the extent that the appellant is already the owner of two trade mark registrations which incorporate the word "Nutri", it is already entitled to use the prefix "Nutri".

«de petites différences permettent de les distinguer». Le mot «Nutri» est généralement adopté dans le secteur de l'alimentation pour suggérer une qualité désirable des produits alimentaires, en particulier des produits diététiques. Les consommateurs sont habitués à établir des distinctions subtiles entre les différentes marques «Nutri». Les suffixes sont totalement différents et suffisent à distinguer les marques. Les marques de l'intimée n'ont acquis un caractère distinctif qu'en rapport aux éléments de celles-ci qui diffèrent des autres marques «Nutri». Dans la mesure où l'appelante est déjà titulaire de deux marques de commerce déposées incorporant le mot «Nutri», elle a déjà le droit d'employer ce préfixe.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Trade Marks Act*, R.S.C. 1970, c. T-10, ss. 6(5), 12(1)(d), 16(3)(a), 29(b), 39(2), 44.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les marques de commerce*, S.R.C. 1970, ch. T-10, art. 6(5), 12(1)d, 16(3)a, 29b, 39(2), 44.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Pepsi-Cola Company of Canada, Ltd. v. The Coca-Cola Company of Canada, Ltd.*, [1940] S.C.R. 17; [1940] 1 D.L.R. 161; affd *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.); *Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (F.C.A.); *Molson Cos. v. Distilleries Corby Ltée/Corby Distilleries Ltd.* (1987), 17 C.I.P.R. 19; 18 C.P.R. (3d) 55 (T.M. Opp. Bd.).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Pepsi-Cola Company of Canada, Ltd. v. The Coca-Cola Company of Canada, Ltd.*, [1940] R.C.S. 17; [1940] 1 D.L.R. 161; conf. par *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.); *Park Avenue Furniture Corp. c. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (C.A.F.); *Molson Cos. v. Distilleries Corby Ltée/Corby Distilleries Ltd.* (1987), 17 C.I.P.R. 19; 18 C.P.R. (3d) 55 (C. Opp. M.C.).

##### CONSIDERED:

*Molnlycke Aktiebolag v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 42 (F.C.T.D.).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Molnlycke Aktiebolag c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 42 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### REFERRED TO:

*Benson & Hedges (Canada) Limited v. St. Regis Tobacco Corporation*, [1969] S.C.R. 192; (1968), 1 D.L.R. (3d) 462; 57 C.P.R. 1; 39 Fox Pat. C. 207; *Andres Wines Ltd. v. Canadian Marketing International Ltd.*, [1987] 2 F.C. 159; (1986), 10 C.I.P.R. 206; 13 C.P.R. (3d) 253; 8 F.T.R. 173 (T.D.); affd (1988), 22 C.P.R. (3d) 289; 93 N.R. 253 (F.C.A.); *Laurentide Chemicals Inc. v. Les Marchands Deco Inc.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 357 (F.C.T.D.); *Esprit de Corp v. S.C. Johnson & Co.* (1986), 11 C.I.P.R. 192; 13 C.P.R. (3d) 235; 8 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Beck, Koller & Coy. (England) Ltd's Application for a Trade Mark* (1947), 64 R.P.C. 76; *Harrods Ltd. — In the Matter of an Application by — to Register a Trade Mark* (1934), 52 R.P.C. 65; *Oshawa Group Ltd. v. Creative Resources Co. Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 29 (F.C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Benson & Hedges (Canada) Limited v. St. Regis Tobacco Corporation*, [1969] R.C.S. 192; (1968), 1 D.L.R. (3d) 462; 57 C.P.R. 1; 39 Fox Pat. C. 207; *Andres Wines Ltd. c. Canadian Marketing International Ltd.*, [1987] 2 C.F. 159; (1986), 10 C.I.P.R. 206; 13 C.P.R. (3d) 253; 8 F.T.R. 173 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1988), 22 C.P.R. (3d) 289; 93 N.R. 253 (C.A.F.); *Laurentide Chemicals Inc. c. Les Marchands Deco Inc.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 357 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Esprit de Corp c. S.C. Johnson & Co.* (1986), 11 C.I.P.R. 192; 13 C.P.R. (3d) 235; 8 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Beck, Koller & Coy. (England) Ltd's Application for a Trade Mark* (1947), 64 R.P.C. 76; *Harrods Ltd. — In the Matter of an Application by — to Register a Trade Mark* (1934), 52 R.P.C. 65; *Oshawa Group Ltd. c. Creative Resources Co. Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 29 (C.A.F.).

## AUTHORS CITED

Fox, Harold G. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed. Toronto: Carswell Co. Ltd., 1972.

APPEAL from trial judgment (*Maximum Nutrition Ltd. v. Kellogg Salada Can. Inc.* (1987), 11 C.I.P.R. 1; 14 C.P.R. (3d) 133; 9 F.T.R. 136 (F.C.T.D.)) upholding Opposition Board's rejection of "Nutri-Vite" for registration as a trade mark for use in association with breakfast and snack foods. Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Frank Farfan and Tony Bortolin* for appellant (appellant).  
*Roger T. Hughes, Q.C.* for respondents (respondents).

## SOLICITORS:

*MacBeth & Johnson*, Toronto, for appellant (appellant).  
*Sim, Hughes, Dimock*, Toronto, for respondents (respondents).

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

STONE J.A.: This appeal, and the appeal in Court File No. A-141-87, were heard together. Both are from a judgment of the Trial Division rendered February 9, 1987, in appeal proceedings under the *Trade Marks Act*, R.S.C. 1970, c. T-10, as amended, whereby decisions of the Opposition Board, giving effect to amended oppositions filed on December 18, 1981, to the registration of the appellant's marks "Nutri-Bran" and "Nutri-Vite" for use in association with "cereal and vegetable-derived food products to be used as a breakfast food and snack food", were upheld. That judgment is fully reported as *Maximum Nutrition Ltd. v. Kellogg Salada Can. Inc.* (1987), 11 C.I.P.R. 1 (F.C.T.D.). The present appeal is in respect of the rejection of "Nutri-Vite" for registration as a trade mark in Canada.

## DOCTRINE

Fox, Harold G. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1972.

APPEL du jugement de première instance (*Maximum Nutrition Ltd. c. Kellogg Salada Can. Inc.* (1987), 11 C.I.P.R. 1; 14 C.P.R. (3d) 133; 9 F.T.R. 136 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)) confirmant le refus de la Commission des oppositions d'enregistrer la marque de commerce «Nutri-Vite» pour utilisation en liaison avec des aliments pour le petit déjeuner et le casse-croûte. Appel accueilli.

## c AVOCATS:

*Frank Farfan et Tony Bortolin* pour l'appelante (appelante).  
*Roger T. Hughes, c.r.*, pour les intimés (intimés).

## d PROCUREURS:

*MacBeth & Johnson*, Toronto, pour l'appelante (appelante).  
*Sim, Hughes, Dimock*, Toronto, pour les intimés (intimés).

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Le présent appel et l'appel portant le numéro du greffe A-141-87 ont été entendus ensemble. Les deux visent un jugement de la Section de première instance rendu le 9 février 1987 dans des procédures d'appel sous le régime de la *Loi sur les marques de commerce*, S.R.C. 1970, ch. T-10, modifiée, qui a confirmé des décisions de la Commission des oppositions accueillant des déclarations d'opposition modifiées, produites le 18 décembre 1981, à l'égard de l'enregistrement des marques «Nutri-Bran» et «Nutri-Vite» de l'appelante qui devaient être employées en liaison avec des [TRADUCTION] «produits alimentaires dérivés de céréales et de légumes devant être utilisés comme aliments de petit déjeuner et de casse-croûte». Ce jugement est publié intégralement sous l'intitulé *Maximum Nutrition Ltd. c. Kellogg Salada Can. Inc.* (1987), 11 C.I.P.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Le présent appel porte sur le rejet de la demande d'enregistrement de «Nutri-Vite» comme marque de commerce au Canada.

The application for registration of both marks was based on proposed use. The respondent's position before the Opposition Board, as in the Trial Division, was that the mark "Nutri-Vite" would likely be confused with its registered trade marks "Nutri-Max" and "Nutri-Fibre", both of which had been in use in Canada for some considerable periods in association with health food products in the same trade. The Trial Judge agreed. In doing so, he had regard to the provisions of subsection 6(5) of the Act, which reads:

6. . . .

(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.

In the Trial Division proceeding, the appellant filed affidavit material in addition to that which had been filed before the Opposition Board. This new material consisted of two affidavits of Michael Godwin sworn March 20, 1986, the affidavit of Jennifer Stecyk sworn March 20, 1986 and the affidavit on the register of Catherine Brunelle sworn April 18, 1986. These affidavits show more than 225 different trade marks and trade names registration by different persons in Canada which incorporate the word "Nutri" as a prefix or otherwise. In the proceeding before the Opposition Board, the appellant filed the affidavit of a legal secretary to which was attached a copy of a trade mark search conducted by an agent. This was found to be inadequate because it constituted hearsay evidence and also because the search report post-dated the original statement of opposition by many months. A second affidavit, that of Paul Corimé who was National Sales Manager of the appellant, was in large measure ruled inadmissible to the extent that it too was hearsay.

La demande d'enregistrement des deux marques était fondée sur l'usage projeté. L'intimée a fait valoir devant la Commission des oppositions et devant la Section de première instance que la marque «Nutri-Vite» risquait de créer de la confusion avec ses marques de commerce déposées «Nutri-Max» et «Nutri-Fibre», qui avaient toutes deux été en usage au Canada pendant d'importantes périodes en liaison avec des produits alimentaires diététiques dans le même commerce. Le juge de première instance a souscrit à cette prétention. Pour trancher, il a tenu compte des dispositions du paragraphe 6(5) de la Loi, qui porte:

6. . . .

(5) En décidant si des marques de commerce ou des noms commerciaux créent de la confusion, la cour ou le registraire, selon le cas, doit tenir 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 des marchandises, services ou entreprises;
- d) la nature du commerce; et
- 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.

Devant la Section de première instance, l'appelante a produit des éléments de preuve par affidavit qui venaient s'ajouter à ceux qui avaient déjà été produits devant la Commission des oppositions. Ces nouveaux documents étaient composés de deux affidavits de Michael Godwin, assermenté le 20 mars 1986, de l'affidavit de Jennifer Stecyk, assermentée le 20 mars 1986, et de l'affidavit de Catherine Brunelle, assermentée le 18 avril 1986, ce dernier portant sur le registre. Ces affidavits montrent que plus de 225 marques de commerce et noms commerciaux différents qui ont été enregistrés par différentes personnes au Canada comprennent le mot «Nutri» comme préfixe ou autrement. Au cours de la procédure devant la Commission des oppositions, l'appelante a produit l'affidavit d'une secrétaire juridique auquel était jointe la copie d'une recherche en matière de marques de commerce effectuée par un représentant. Cette preuve a été jugée inadéquate parce qu'elle constituait une preuve par oui-dire et que le rapport de la recherche avait été établi plu-

The Opposition Board held that the onus of showing that there was no reasonable likelihood of confusion between the marks rested with the appellant. After finding that none of the marks possessed a great deal of inherent distinctiveness and weighing the factors enumerated in subsection 6(5) of the Act, the Opposition Board, in rejecting registration of the mark "Nutri-Vite", came to the following conclusion:

Having regard to the above, and bearing in mind that the legal burden is upon the applicant to establish that there would be no reasonable likelihood of confusion between the trade marks at issue, I have concluded that the applicant has failed to meet this onus in that there would be a reasonable likelihood of confusion between the applicant's trade mark NUTRI-VITE applied to the applicant's wares and to the opponent's registered trade mark NUTRI-MAX as applied to the wares covered in the opponent's trade mark registration and, in particular, the cereals and cereal-type products covered in its trade mark registration. In so concluding, I find that despite the fact that the trade marks at issue do not possess a great deal of inherent distinctiveness, the opponent by its evidence has established that its NUTRI-MAX trade mark has become known in Canada in association with the wares covered in its trade mark registration and that there is some similarity between the trade marks in appearance and sounding and that the applicant's wares and certain of the opponent's wares are related and would travel through the same channels of trade.

It reached an identical conclusion in rejecting registration of the mark "Nutri-Bran".

The issue before the Trial Judge was whether there was a likelihood of confusion between the appellant's mark and those of the respondent, particularly "Nutri-Max". In upholding the opposition the Trial Judge found: that the appellant had not discharged the onus of showing that little likelihood of confusion existed, that the Court should not interfere with the finding of the Opposition Board and that, as the validity of the respondent's trade marks was not in issue, there was

sieurs mois après la date de la déclaration d'opposition originale. Un deuxième affidavit, signé par Paul Corimé qui était le directeur national des ventes de l'appelante, a été jugé en grande partie inadmissible dans la mesure où il constituait lui aussi une preuve par oui-dire.

La Commission des oppositions a conclu qu'il incombait à l'appelante de démontrer qu'il n'y avait aucune probabilité raisonnable de confusion entre les marques. Après avoir constaté qu'aucune des marques ne possédait beaucoup de caractère distinctif inhérent et après avoir étudié les facteurs énumérés au paragraphe 6(5) de la Loi, la Commission des oppositions a motivé son rejet de la demande d'enregistrement de la marque «Nutri-Vite» par la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Eu égard à ce qui précède et compte tenu du fait que c'est à la requérante qu'incombe en droit la charge d'établir l'absence de confusion selon toute probabilité raisonnable entre les marques de commerce en cause, j'ai conclu que la requérante ne s'était pas acquittée de cette charge puisqu'il existerait une probabilité raisonnable de confusion entre la marque de commerce NUTRI-VITE de la requérante appliquée aux marchandises de la requérante et la marque de commerce déposée NUTRI-MAX de l'opposante appliquée aux marchandises visées par l'enregistrement de la marque de commerce de l'opposante et, en particulier, aux céréales et produits céréaliers visés par l'enregistrement de sa marque de commerce. En concluant ainsi, je constate que malgré le fait que les marques de commerce en cause ont peu de caractère distinctif inhérent, l'opposante a établi par sa preuve que sa marque de commerce NUTRI-MAX est devenue connue au Canada en liaison avec les marchandises visées par l'enregistrement de sa marque de commerce et qu'il existe un degré de similarité entre les marques de commerce dans la présentation et le son, et que les marchandises de la requérante et certaines des marchandises de l'opposante sont connexes et qu'elles circuleraient par les mêmes circuits de distribution.

Il a tiré une conclusion identique en ce qui a trait au rejet de la demande d'enregistrement de la marque «Nutri-Bran».

Le juge de première instance était saisi de la question de savoir s'il existait une probabilité de confusion entre la marque de l'appelante et celles de l'intimée, en particulier «Nutri-Max». En maintenant l'opposition, le juge de première instance a tiré les conclusions suivantes: l'appelante ne s'était pas acquittée du fardeau d'établir qu'il y avait peu de probabilités de confusion, la Cour ne devrait pas modifier la conclusion de la Commission des opposi-

no onus on the respondent to demonstrate that its trade marks were not confusing with those of any third party. While the Opposition Board's decision is entitled to great weight, it did not relieve the Trial Judge of the responsibility of determining the issues in the light of the circumstances: *Benson & Hedges (Canada) Limited v. St. Regis Tobacco Corporation*, [1969] S.C.R. 192, at page 200. As we shall see, the case had also to be considered in the light of all the evidence including that which was not before the Opposition Board.

The appellant does not quarrel with the Trial Judge's treatment of the specific criteria set forth in paragraphs 6(5)(a) to (e). Mr. Farfan, counsel for the appellant, conceded that if the case was properly confined to the statutory criteria contained in these paragraphs, he could not take issue with the result. He submits, however, that the Trial Judge erred in the consideration he gave to the general criteria contained in that subsection i.e. that the likelihood of confusion be determined by reference "to all the surrounding circumstances" in light of the evidence. This aspect of the matter was dealt with by the Trial Judge at pages 5-6, where he stated:

The appellant contends that there is compelling evidence of another circumstance, a lack of distinctiveness of the respondent's registered trade marks in relation to the trade marks and trade names of third parties, which should have led the Registrar or should lead the Court to conclude that there is no likelihood of confusion between the appellant's proposed trade marks and the respondent's registered trade marks. The appellant sought to demonstrate through evidence submitted to the Chairman that the word "NUTRI" is in such common use in other trade marks, trade names and company names that it is in no way distinctive. Most of this evidence was held to be defective by the Chairman. New affidavits were filed before me to overcome those defects. Counsel for the appellant states, and this was not refuted by counsel for the respondent, that according to the evidence now on file as of the filing date of the applicant's applications, May 19, 1981, there were at least 47 trade mark registrations and 43 trade names using the word "NUTRI". As of the opposition date, December 17, 1981 there were at least a further three trade names. Since that time there have been 18 further trade mark registrations or applications therefor and 66 trade names adopted using this word. I am not

tions et, puisque la question de la validité des marques de commerce de l'intimée ne se posait pas, il n'incombait pas à l'intimée de démontrer que ses marques de commerce ne créaient pas de la confusion avec celles de tiers. Si la décision de la Commission des oppositions mérite beaucoup de considération, le juge de première instance n'est pas pour autant libéré de l'obligation de trancher les points en litige en ayant égard aux circonstances: *Benson & Hedges (Canada) Limited v. St. Regis Tobacco Corporation*, [1969] R.C.S. 192, à la page 200. Comme nous le verrons, l'affaire devait aussi être examinée en tenant compte de tous les éléments de preuve, y compris ceux qui n'ont pas été produits devant la Commission des oppositions.

L'appelante ne conteste pas la façon dont le juge de première instance a traité les critères particuliers énumérés aux alinéas 6(5)(a) à (e). M<sup>e</sup> Farfan, avocat de l'appelante, concède que si la question se limitait vraiment aux critères énoncés par la Loi dans ces alinéas, il ne pourrait s'opposer au résultat. Il prétend toutefois que le juge de première instance a commis une erreur dans son appréciation des critères généraux prévus par ce paragraphe, à savoir que la probabilité de confusion doit être déterminée en tenant compte «de toutes les circonstances de l'espèce», eu égard à la preuve. Cet aspect de la question a été abordé par le juge de première instance aux pages 5 et 6, où il a déclaré ce qui suit:

Elle soutient qu'il y a une preuve péremptoire d'une autre circonstance, une absence de caractère distinctif des marques déposées de l'intimée par rapport aux marques de commerce et aux noms commerciaux de tiers, qui aurait dû amener le registraire, ou devrait amener la Cour, à conclure qu'il n'existe pas de probabilité de confusion entre les marques de commerce projetées de l'appelante et les marques déposées de l'intimée. Dans la preuve qu'elle a soumise au président, l'appelante a essayé d'établir que le mot «NUTRI» est d'un usage tellement courant dans d'autres marques de commerce, noms commerciaux et noms de sociétés, qu'il n'a aucun caractère distinctif. Le président a considéré que la plus grande partie de cette preuve était défectueuse. De nouveaux affidavits m'ont été soumis pour surmonter ces défauts. L'avocat de l'appelante déclare, et cela n'est pas contesté par l'avocat de l'intimée, que selon la preuve actuellement au dossier, il y avait à la date de production de la demande d'enregistrement, soit le 19 mai 1981, au moins quarante-sept enregistrements de marques de commerce et quarante-trois noms commerciaux utilisant le mot «NUTRI». À la date de l'opposition, le 17 décembre 1981, il y avait au moins trois noms commerciaux de plus. Depuis cette

satisfied that such a "surrounding circumstance" adds much to the appellant's case. It may well be, in fact, that this is more relevant to the question of "inherent distinctiveness", which the Chairman and I have both already found the respondent's trade marks to lack. Further, I reiterate that the trade marks of the respondent are in no way on trial here. Nor is the respondent suing the applicant for infringement of the former's registered trade marks. What the Chairman had to decide on behalf of the Registrar, and what I have to decide, is whether the appellant has demonstrated that there is no likelihood of confusion between its proposed trade marks and the proposed trade marks of the respondent referred to in its opposition. Having regard to the nature of the products and of these particular trade marks I do not think the appellant has met the onus on it at least with respect to possible confusion with NUTRI-MAX. The fact that there are many other trade marks, trade names and businesses which use the word "NUTRI" is only marginally relevant to the issues which must be decided in these proceedings.

He proceeded to distinguish the decision of the Supreme Court of Canada in *Pepsi-Cola Company of Canada, Ltd. v. The Coca-Cola Company of Canada, Ltd.*, [1940] S.C.R. 17, and on appeal to the Privy Council in *Coca-Cola Co. v. Pepsi-Cola Co.* (1942), 2 D.L.R. 657 on the basis that it was a case of infringement rather than one of registration. He based the distinction on the following passage in the judgment of Davis J., at page 32:

The authorities are plain, we think, that the rules of comparison for testing an alleged infringement of a registered mark resemble those rules by which the question of similarity on an application for registration is tested but that it is necessary to establish a closer likeness in order to make out an actual infringement than would justify the refusal of an application to register. The burden on a plaintiff in an infringement action is to show reasonable probability of confusion, while an applicant for registration must establish, if challenged, the absence of all reasonable prospect of confusion.

Mr. Farfan submits that the Trial Judge erred fundamentally in that the conclusion he reached ignored relevant evidence of user contained in the register and elsewhere. That evidence, he says, establishes that many trade marks and trade names containing the word "Nutri" are in use in Canada. Actual use in

époque, il y a eu dix-huit nouveaux enregistrements ou demandes d'enregistrement de marques de commerce et soixante-six noms commerciaux utilisant ce mot. Je ne suis pas convaincu qu'une telle «circonstance de l'espèce» ajoute beaucoup à la thèse de l'appelante. Il se peut, qu'en fait, cette circonstance soit plus pertinente à la question de «caractère distinctif inhérent», dont le président et moi-même avons déjà estimé qu'il faisait défaut aux marques de commerce de l'intimée. En outre, je répète que les marques de commerce de l'intimée ne sont d'aucune façon en cause dans le présent litige. Par ailleurs, l'intimée ne poursuit pas la demanderesse pour contrefaçon des marques de commerce déposées de cette dernière. Ce que le président devait décider au nom du registraire, et ce que je dois décider, c'est de savoir si l'appelante a démontré qu'il n'y a aucune probabilité de confusion entre ses marques de commerce projetées et les marques projetées de l'intimée mentionnées dans son opposition. En ce qui concerne la nature des produits et de ces marques de commerce particulières, je ne crois pas que l'appelante ait rapporté la preuve qui lui incombe, du moins en ce qui a trait à la possibilité de confusion avec NUTRI-MAX. Le fait qu'il y ait plusieurs autres marques de commerce, noms commerciaux et entreprises qui utilisent le mot «NUTRI» n'est que marginalement pertinent aux questions qui doivent être tranchées en l'espèce.

Il a ensuite établi une distinction entre les demandes et la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Pepsi-Cola Company of Canada, Ltd. v. The Coca-Cola Company of Canada, Ltd.*, [1940] R.C.S. 17, portée en appel devant le Conseil privé sous l'intitulé *Coca-Cola Co. v. Pepsi-Cola Co.* (1942), 2 D.L.R. 657, en invoquant le fait qu'il s'agissait d'une action en contrefaçon plutôt que d'une demande d'enregistrement. Il a fondé cette distinction sur le passage suivant du juge Davis, à la page 32:

[TRADUCTION] À notre avis, il résulte clairement de la jurisprudence que les règles de comparaison pour juger de l'existence de la prétendue contrefaçon d'une marque déposée ressemblent à celles qui s'appliquent à la question de ressemblance dans une demande d'enregistrement. Cependant, il est nécessaire d'établir une plus grande probabilité pour qu'il y ait une réelle contrefaçon que ne le justifierait le refus d'une demande d'enregistrement. Dans une action en contrefaçon, il incombe au demandeur d'établir une probabilité raisonnable de confusion, alors que la personne qui demande un enregistrement doit établir, s'il y a contestation, l'absence de toute possibilité raisonnable de confusion.

M<sup>e</sup> Farfan fait valoir que le juge de première instance a commis une erreur fondamentale puisque la conclusion à laquelle il est arrivé n'a pas tenu compte de la preuve d'emploi pertinente qui figurait dans le registre ou ailleurs. Cette preuve, prétend-t-il, établit que bon nombre de marques de commerce et de noms



Canada had to be shown before any of these marks could be registered<sup>1</sup> and non-use may lead to expungement.<sup>2</sup> He submits that some admissible evidence before the Opposition Board did establish use of "Nutri" in the market place, that being the portions of Mr. Corimé's affidavit which were not based on hearsay. Had all of this evidence been properly considered, he submits, the Trial Judge would have concluded that the burden of proof had been met, that no confusion existed and that registration of "Nutri-Vite" as a trade mark in Canada would have been approved.

Mr. Hughes, for the respondent, emphasizes the statutory scheme within which the opposition had to be determined. Since the opposition was based on the assertion that "the trade mark is not registrable", the provisions of paragraph 12(1)(d)<sup>3</sup> were rendered applicable, and since it was also based on the assertion that "the trade mark is not distinctive", the provisions of paragraph 16(3)(a)<sup>4</sup> were rendered applicable. Both of those paragraphs bring in the element of "confusion" which, as we have seen, must be determined by reference to subsection 6(5) of the Act. He submits that the onus of showing that no likelihood of confusion exists rests with the appellant as established by Cattanach J. in *Molnlycke Aktiebolag v.*

<sup>1</sup> See ss. 29(b) and 39(2) of the Act.

<sup>2</sup> See s. 44 of the Act.

<sup>3</sup> S. 12(1)(d) reads:

12. (1) Subject to section 13, a trade mark is registrable if it is not

(d) confusing with a registered trade mark; or . . .

<sup>4</sup> S. 16(3)(a) reads:

16. . . .

(3) Any applicant who has filed an application in accordance with section 29 for registration of a proposed trade mark that is registrable is entitled, subject to sections 37 and 39, to secure its registration in respect of the wares or services specified in the application, unless at the date of filing of the application it was confusing with

(a) a trade mark that had been previously used in Canada or made known in Canada by any other person; . . .

commerciaux comprenant le mot «Nutri» sont employés au Canada. Avant que chacune de ces marques puisse être enregistrée<sup>1</sup>, il a fallu prouver qu'elle était effectivement employée au Canada; de plus, le non-usage peut en entraîner la radiation<sup>2</sup>. Il prétend que certains éléments de preuve admissibles devant la Commission des oppositions établissaient l'usage du mot «Nutri» dans le marché, notamment les parties de l'affidavit de M. Corimé qui n'étaient pas fondées sur du oui-dire. Selon lui, si tous ces éléments de preuve avaient été examinés adéquatement, le juge de première instance aurait conclu que l'appelante s'était acquittée du fardeau de la preuve, qu'il n'existait aucune confusion, et l'enregistrement de «Nutri-Vite» comme marque de commerce au Canada aurait été approuvé.

M<sup>e</sup> Hughes, qui représente l'intimée, fait ressortir le régime législatif dans lequel doit s'inscrire l'examen de l'opposition. Puisque l'opposition était fondée sur la prétention selon laquelle [TRADUCTION] «la marque de commerce n'est pas enregistrable», les dispositions de l'alinéa 12(1)d)<sup>3</sup> devaient s'appliquer; puisqu'elle était en outre fondée sur la prétention selon laquelle [TRADUCTION] «la marque de commerce n'est pas distinctive», les dispositions de l'alinéa 16(3)a)<sup>4</sup> devaient aussi s'appliquer. Ces deux alinéas introduisent l'élément de «confusion» qui, comme nous l'avons vu, doit être examiné en tenant compte du paragraphe 6(5) de la Loi. Il prétend que c'est à l'appelante qu'incombe la charge de démon-

<sup>1</sup> Voir les art. 29b) et 39(2) de la Loi.

<sup>2</sup> Voir l'art. 44 de la Loi.

<sup>3</sup> L'art. 12(1)d) porte:

12. (1) Sous réserve de l'article 13, une marque de commerce est enregistrable si elle ne constitue pas

d) une expression créant de la confusion avec une marque de commerce déposée; ou . . .

<sup>4</sup> L'art. 16(3)a) porte:

16. . . .

(3) Tout requérant qui a produit une demande selon l'article 29 en vue de l'enregistrement d'une marque de commerce projetée et enregistrable, a droit, sous réserve des articles 37 et 39, d'en obtenir l'enregistrement à l'égard des marchandises ou services spécifiés dans la demande, à moins que, à la date de production de la demande, cette marque ne créât de la confusion avec

a) une marque de commerce antérieurement employée ou révélée au Canada par une autre personne; . . .

*Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 42 (F.C.T.D.), at page 45:

The classic statement of where the onus lies is that of Lord Watson in *Eno v. Dunn* (1890), 15 A.C. 252, where he summed up the position of an applicant for registration in these words at p. 257:

... here he is in petitorio, and 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.

Therefore, where there is a question of confusion between a trade mark for which an application for registration is being made and a registered trade mark the onus is on the applicant for registration to establish no reasonable probability of confusion and if that onus is not discharged the application ought not to be allowed.

This is a constant onus and remains as such. It is not comparable to a shifting burden of proof.

Mr. Hughes submits that the Opposition Board and the Trial Judge correctly decided that the appellant had failed to discharge this onus. As registration was opposed, he contends that the appellant was required to show, at a minimum, actual use in the market place of the word "Nutri", alone or in combination, as a trade mark. He turns again to *Molnlycke*, for the proposition that in opposition proceedings use of a trade mark must be established on the evidence and cannot be presumed. Indeed, at page 48, Cattanach J. stated:

These considerations apply in the preliminary stages of application before the Registrar and gives rise to the presumption of use of some of the marks unless there is evidence to the contrary but in opposition proceedings no such presumption will be made because the opponent is in a position to file such evidence: see *Re Beck, Koller & Co. (England), Lids. Appl'n* (1947), 64 R.P.C. 76, and *Re Harrods Lids. Appl'n* (1934), 52 R.P.C. 65.

Mr. Farfan contends that the decision in *Molnlycke*, when viewed in its totality, does not support this submission. He draws attention to page 49 of *Molnlycke, supra*, where Cattanach J. stated:

trer qu'il n'y a aucune probabilité de confusion, comme l'a établi le juge Cattanach dans la décision *Molnlycke Aktiebolag c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 42 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 45:

La question classique de savoir à qui incombe la charge de la preuve est exposée par lord Watson dans l'affaire *Eno v. Dunn* (1890), 15 A.C. 252, où il a résumé en ces termes, à la p. 257, la position de la personne qui demande l'enregistrement d'une marque:

... ici, il agit à titre de demandeur et doit justifier l'enregistrement de sa marque de commerce en faisant la preuve qu'elle n'est pas conçue pour tromper. J'estime qu'il s'en-suit nécessairement qu'en cas de doute sa demande doit être rejetée.

Par conséquent, lorsqu'il est question de confusion entre une marque de commerce qui fait l'objet d'une demande d'enregistrement et une marque déposée, il appartient à la personne qui demande l'enregistrement d'établir l'absence de confusion selon toute probabilité raisonnable et si cette personne ne s'acquitte pas de cette charge, la demande devrait être rejetée.

Cette charge de la preuve est constante et demeure inchangée. On ne peut la comparer à un renversement du fardeau de la preuve.

M<sup>e</sup> Hughes soutient que la Commission des oppositions et le juge de première instance ont conclu à bon droit que l'appelante ne s'était pas acquittée de cette charge. Puisqu'il y avait opposition à l'enregistrement, prétend-il, l'appelante devait à tout le moins démontrer l'emploi réel dans le marché du mot «Nutri», seul ou en combinaison, comme marque de commerce. Il invoque à nouveau la décision *Molnlycke*, cette fois à l'appui de la prétention selon laquelle dans une procédure d'opposition, l'emploi d'une marque de commerce ne peut être présumé et doit être établi par la preuve. Le juge Cattanach s'est en effet exprimé ainsi, à la page 48:

Ces considérations s'appliquent aux étapes préliminaires d'une demande soumise au registraire et elles donnent ouverture à la présomption de l'emploi de certaines des marques sauf preuve contraire, mais dans une procédure d'opposition, il ne peut y avoir une telle présomption car l'opposant est en mesure de produire cette preuve (voir les affaires *Re Beck, Koller & Co. (England), Lids. Appl'n* (1947), 64 R.P.C. 76 et *Re Harrods Lids. Appl'n*, (1934), 52 R.P.C. 65.

M<sup>e</sup> Farfan fait valoir que, lorsqu'elle est considérée dans son ensemble, la décision *Molnlycke* n'appuie pas cette prétention. Il attire l'attention sur la page 49 de la décision *Molnlycke*, précitée, où le juge Cattanach a exprimé ce qui suit:

This being the case there has been no series of trade marks enjoying common features which have been adopted by the respondent but, on the contrary, there have been a plethora of marks registered for use in association with ladies intimate wear all using the word "free" with the connotation of freedom of movement from which it follows the word is one commonly used in this particular trade without any particular proprietorial signification. [Emphasis added.]

This view, he says, was based upon evidence of the state of the register. He cites several additional cases in the Trial Division and in this Court in which evidence of user appears to have been drawn exclusively from the state of the register: *Andres Wines Ltd. v. Canadian Marketing International Ltd.*, [1987] 2 F.C. 159 (T.D.), at pages 162-163; and on appeal (1988), 22 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.), at page 290; *Laurentide Chemicals Inc. v. Les Marchands Deco Inc.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 357 (F.C.T.D.), at pages 359-360; *Esprit de Corp v. S.C. Johnson & Co.* (1986), 11 C.I.P.R. 192 (F.C.T.D.); *Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (F.C.A.), at pages 427-428. Most of all, he relies on *Pepsi Cola, supra*, and *Coca-Cola, supra*. In *Pepsi-Cola*, at page 33, it appears that the evidence of user consisted of a number of registrations of trade marks and trade names in some form of the word "cola". At that same page, the Court viewed these registrations "as some evidence of the general adoption of the word in names for different beverages or tonics". That view appears to have found favour with the Privy Council when the case reached it by way of final appeal. At page 661 of *Coca-Cola*, Lord Russell of Killowen stated:

The defendant put in evidence a series of 22 trade marks registered in Canada from time to time during a period of 29 years, viz, from 1902 to 1930, in connection with beverages. They include the mark of the plaintiff and the registered mark of the defendant. The other 20 marks consist of two or more words or a compound word, but always containing the word "Cola" or "Kola" . . . Their Lordships agree with the Supreme Court in attributing weight to these registrations as showing that the word Cola . . . had been adopted in Canada as an item in the naming of different beverages.

*Beck, Koller & Coy. (England) Ld's Application for a Trade Mark* (1947), 64 R.P.C. 76 and *Harrods Ld. — In the Matter of an Application by — to Register a*

Cela étant, l'intimée n'a pas adopté une série de marques de commerce ayant des traits communs mais au contraire, il y a eu une pléthore de marques déposées pour fins d'emploi en liaison avec des sous-vêtements féminins, toutes ces marques employant le mot FREE avec une connotation de liberté de mouvement, de sorte que ce terme est souvent employé dans ce genre de commerce sans qu'il comporte une idée de propriété. [Souligné par mes soins.]

Il prétend que ce point de vue était fondé sur la preuve tirée de l'état du registre. Il cite plusieurs autres affaires, portées devant la Section de première instance et devant cette Cour, dans lesquelles la preuve d'emploi semble avoir été tirée exclusivement de l'état du registre: *Andres Wines Ltd. c. Canadian Marketing International Ltd.*, [1987] 2 C.F. 159 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 162 et 163; portée en appel (1988), 22 C.P.R. (3d) 289 (C.A.F.), à la page 290; *Laurentide Chemicals Inc. c. Les Marchands Deco Inc.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 357 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux pages 359 et 360; *Esprit de Corp c. S.C. Johnson & Co.* (1986), 11 C.I.P.R. 192 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Park Avenue Furniture Corp. c. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (C.A.F.), aux pages 427 et 428. Il se fonde surtout sur les arrêts *Pepsi-Cola* et *Coca-Cola*, précités. Dans l'arrêt *Pepsi-Cola*, à la page 33, il semble que la preuve d'emploi ait été constituée d'un nombre d'enregistrements de marques de commerce et de noms commerciaux comportant le mot «cola» sous une forme ou une autre. À la même page, la Cour a jugé que ces enregistrements constituaient [TRADUCTION] «une certaine preuve de l'adoption générale du mot dans les noms de divers toniques ou boissons». Cette conclusion semble avoir été approuvée par le Conseil privé, saisi de l'affaire par voie d'appel final. À la page 661 de l'arrêt *Coca-Cola*, lord Russell of Killowen a déclaré:

[TRADUCTION] La défenderesse a fait état en preuve d'une série de 22 marques de commerce déposées au Canada pendant une période de 29 ans, à savoir de 1902 à 1930, en liaison avec des boissons. Elles incluent la marque de la demanderesse et la marque déposée de la défenderesse. Les 20 autres marques se composent de deux mots ou plus ou d'un mot composé, mais comprennent toujours le mot «Cola» ou «Kola» . . . Leurs Seigneuries conviennent avec la Cour suprême qu'il y a lieu de reconnaître ces enregistrements comme démontrant que le mot Cola . . . avait été adopté au Canada comme un élément du nom de différentes boissons.

Les affaires *Beck, Koller & Coy. (England) Ld's Application for a Trade Mark* (1947), 64 R.P.C. 76 et *Harrods Ld. — In the Matter of an Application by —*

*Trade Mark* (1934), 52 R.P.C. 65, referred to by Cattanach J. in *Molnlycke*, *supra*, were both decided in the office of the Comptroller General. The latter decision post-dated *Pepsi-Cola* and *Coca-Cola*, but made no reference to either of them.

Before addressing the overall issue of confusion, I wish to deal with two sub-issues which arose in argument: the date as of which that issue must be determined and whether the decision of the Supreme Court of Canada in *Pepsi-Cola* is relevant to that issue notwithstanding that it was an infringement case. The relevant date has been the subject of some controversy, but the position has recently become clear in this Court. In the present case, the point has some significance because state of the register evidence, which was largely ruled inadmissible by the Opposition Board, was admitted in the Trial Division proceeding. In some of the earlier Trial Division decisions, the date of application for registration, the date of opposition and the date an opposition is disposed of were each regarded as relevant dates. It is now established, however, that the date as of which an opposition is disposed of is the only relevant date: *Park Avenue*, *supra*. There, additional evidence was filed subsequent to the filing of the application. After reviewing the cases including that of *Oshawa Group Ltd. v. Creative Resources Co. Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 29 (F.C.A.), Desjardins J.A. stated, at page 424:

In an opposition to registrability, the view adopted by Heald J.A. in *Oshawa* appears to me to be the most logical one. I find no fallacy in the possibility of an update of the situation by the parties when the issue is whether statutory recognition should be given to a mark. It is important, it would seem to me, that the decision of the Registrar or the court be taken on an accurate state of the record. Registrability should be decided at the date of registration or at the date of refusal of registration.

The relevant date, in the case at bar, was the day the Registrar disposed of the opposition on the evidence adduced . . . [Footnote omitted.]

*to Register a Trade Mark* (1934), 52 R.P.C. 65, mentionnées par le juge Cattanach dans la décision *Molnlycke*, précitée, ont toutes deux été tranchées par le bureau du Contrôleur général. La dernière décision a été rendue postérieurement aux arrêts *Pepsi-Cola* et *Coca-Cola*, mais elle ne les mentionne point.

Avant d'aborder toute la question litigieuse de la confusion, je voudrais trancher deux questions secondaires qui furent posées au cours de l'argumentation: celle de la date à laquelle la question en litige doit être tranchée et celle de savoir si l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Pepsi-Cola* s'applique à la question en litige nonobstant le fait qu'il s'agissait d'une action en contrefaçon. La question de la date pertinente a fait l'objet d'une certaine controverse, mais la Cour a récemment énoncé une position claire. En l'espèce, la question a une certaine importance puisque la preuve tirée de l'état du registre, qui a en grande partie été jugée inadmissible par la Commission des oppositions, a été admise devant la Section de première instance. Dans certaines des décisions antérieures de la Section de première instance, la date de la demande d'enregistrement, la date de l'opposition et la date à laquelle une opposition est tranchée ont chacune été considérées comme des dates pertinentes. Il est maintenant établi que la date à laquelle une opposition est tranchée est la seule date pertinente: voir l'arrêt *Park Avenue*, précité. Dans cette affaire, une preuve supplémentaire avait été produite après le dépôt de la demande. Après avoir passé en revue la jurisprudence, y compris l'arrêt *Oshawa Group Ltd. c. Creative Resources Co. Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 29 (C.A.F.), le juge Desjardins, J.C.A., a exprimé ce qui suit, à la page 424:

Dans le cas d'une opposition au droit à l'enregistrement, le point de vue adopté par le juge Heald dans l'arrêt *Oshawa* m'apparaît le plus logique. Je ne vois rien d'anormal dans la possibilité pour les parties de mettre la situation à jour lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a lieu d'accorder une reconnaissance législative à une marque. Il me semble qu'il importe que la décision du registraire ou du tribunal reflète avec exactitude l'état du registre. Le droit à l'enregistrement devrait être décidé à la date de l'enregistrement ou à la date du refus de l'enregistrement.

La date à retenir en l'espèce est celle à laquelle le registraire a statué sur l'opposition en se fondant sur la preuve produite. . . [Renvoi omis.]

The result here is that all of the evidence filed in the Trial Division must be considered in determining the issue of confusion.

Secondly, I am unable, with respect, to distinguish *Pepsi-Cola*, on the simple ground that it was an infringement case. As I understand it, the Supreme Court of Canada there held, indeed, that the rules of comparison in an infringement case resemble those in a registration case although a closer likeness must be shown in an infringement case and that the standard of proof of confusion which a plaintiff in an infringement case or an applicant in a registration case must meet differs. I do not read that decision as holding that while in an infringement case state of the register evidence may be considered on the issue of confusion, it is not to be considered on that same issue in a registration case. If that be the case, the case at bar cannot be disposed of without considering all of the relevant evidence in determining whether the appellant has discharged the burden of proof.

To distinguish *Pepsi-Cola* from the case at bar solely because it was concerned with infringement, it seems, causes evidentiary difficulty and produces inconsistency in the decided cases. That view was recently expressed by the Opposition Board in *Molson Cos. v. Distilleries Corby Ltée/Corby Distilleries Ltd.* (1987), 17 C.I.P.R. 19 where, at pages 25-26, Chairman Martin stated:

The opponent further submitted that the state of the register evidence in the present case can be given little, if any, significance in view of the decision in *Maximum Nutrition Ltd. v. Kellogg Salada Can. Inc.* (1987), 11 C.I.P.R. 1 (*sub nom. Kellogg Salada Can. Inc. v. Reg. T.M.*), 14 C.P.R. (3d) 133, 9 F.T.R. 136 (Fed. T.D.). At p. 138 [C.P.R., p. 6 C.I.P.R.] of that decision, Mr. Justice Strayer commented as follows on the state of the register evidence before him:

"The fact that there are many other trade marks, trade names and businesses which use the word 'nutri' is only marginally relevant to the issues which must be decided in these proceedings."

Mr. Justice Strayer goes on to distinguish the *Pepsi-Cola* case noted above on the basis that it was an infringement action

En l'espèce, il s'ensuit que toute la preuve produite devant la Section de première instance doit être examinée pour que la Cour puisse trancher la question de la confusion.

<sup>a</sup> En deuxième lieu et en toute déférence, je ne puis établir une distinction d'avec l'arrêt *Pepsi-Cola* du seul fait qu'il s'agissait d'une action en contrefaçon. Dans cet arrêt, selon moi, la Cour suprême du Canada a en effet conclu que les règles de comparaison dans une action en contrefaçon ressemblent à celles qui s'appliquent à une demande d'enregistrement, même s'il faut démontrer une plus grande probabilité dans une action en contrefaçon, et que la norme de preuve relative à la confusion à laquelle est tenu le demandeur dans une action en contrefaçon diffère de celle qui s'applique au requérant dans une demande d'enregistrement. Selon moi, cette décision ne signifie pas que la preuve tirée de l'état du registre peut servir à trancher la question de la confusion dans une action en contrefaçon mais non dans une demande d'enregistrement. Si tel était le cas, on ne pourrait trancher l'espèce sans examiner toute la preuve pertinente afin de déterminer si l'appelante s'est acquittée du fardeau de la preuve.

Établir entre l'arrêt *Pepsi-Cola* et l'espèce une distinction fondée uniquement sur le fait qu'il s'agissait alors d'une action en contrefaçon semble entraîner des difficultés en matière de preuve et de l'incohérence dans la jurisprudence. Ce point de vue était exprimé récemment par la Commission des oppositions dans *Molson Cos. v. Distilleries Corby Ltée/Corby Distilleries Ltd.* (1987), 17 C.I.P.R. 19, où le président Martin a déclaré ce qui suit, aux pages 25 et 26:

[TRADUCTION] L'opposante a en outre fait valoir que la preuve tirée de l'état du registre en l'espèce n'a pratiquement pas d'importance, eu égard à la décision rendue dans l'affaire *Maximum Nutrition Ltd. c. Kellogg Salada Can. Inc.* (1987), 11 C.I.P.R. 1 (*sub nom. Kellogg Salada Can. Inc. c. Reg. M.C.*), 14 C.P.R. (3d) 133, 9 F.T.R. 136 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). À la p. 138 de cette décision, le juge Strayer a commenté en ces termes la preuve tirée de l'état du registre qui avait été produite devant lui:

«Le fait qu'il y ait plusieurs autres marques de commerce, noms commerciaux et entreprises qui utilisent le mot "nutri" n'est que marginalement pertinent aux questions qui doivent être tranchées en l'espèce.»

Le juge Strayer établit ensuite une distinction d'avec l'arrêt *Pepsi-Cola* précité en se fondant sur le fait qu'il s'agissait

although his reasons for doing so are unclear. Furthermore, his approach would seem to be at odds with other Federal Court decisions including the following three recent decisions of the Trial Division: *Laurentide Chemicals Inc. v. Marchands Deco Inc.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 357 at p. 365; *Esprit de Corp v. S.C. Johnson & Co.* (1986), 11 C.I.P.R. 192; 8 F.T.R. 81 (*sub nom. S.C. Johnson & Son Inc. v. Esprit de Corp.*), 13 C.P.R. (3d) 235 at pp. 247-48, and *Andres Wines Ltd. v. Cdn. Marketing Ltd.*, [1987] 2 F.C. 159, 10 C.I.P.R. 206; 8 F.T.R. 173; 13 C.P.R. (3d) 253 at 259-60. In the face of this apparent contradiction and in view of the ambiguity in the *Maximum Nutrition* case, I feel obliged to follow the line of decisions supporting the relevance of state of the register evidence in cases such as the present.

The presence of a common element in trade marks has been held to have an important bearing on the issue of confusion for, as was stated by the Comptroller General in *Harrods Ltd., supra*, at page 70:

Now it is a well recognised principle, that has to be taken into account in considering the possibility of confusion arising between any two trade marks, that, where those two marks contain a common element which is also contained in a number of other marks in use in the same market, such a common occurrence in the market tends to cause purchasers to pay more attention to the other features of the respective marks and to distinguish between them by those other features.

Much the same point was made in *Beck, Koller & Coy. (England), Ltd's, supra*. In *Molnlycke, supra*, Cattanach J. commented on the significance of a common feature and on the nature of evidence required. At page 48, he stated:

If those marks which have common characteristics are registered in the names of different owners then the presumption is that the common characteristic is a common feature in the trade and registration ought to be allowed. The fact that the marks are owned by different persons tends to negative any proprietorial significance of the common feature and so assists an applicant.

See also the decisions of this Court in *Park Avenue, supra*, at page 428 and *Andres Wines, supra*, at page 290. In Fox, *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, (3rd ed.), Toronto, 1972, at page 351, the learned editors stated:

d'une action en contrefaçon, même si les motifs qu'il invoque à cet égard ne sont pas clairs. De plus, son point de vue ne semble pas correspondre à d'autres décisions de la Cour fédérale, y compris les trois décisions suivantes rendues récemment par la Section de première instance: *Laurentide Chemicals Inc. c. Marchands Deco Inc.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 357, à la p. 365; *Esprit de Corp. c. S.C. Johnson & Co.* (1986), 11 C.I.P.R. 192; 8 F.T.R. 81 (*sub nom. S.C. Johnson & Son Inc. v. Esprit de Corp.*), 13 C.P.R. (3d) 235, aux p. 247 et 248, et *Andres Wines Ltd. c. Cdn. Marketing International Ltd.*, [1987] 2 C.F. 159, 10 C.I.P.R. 206; 8 F.T.R. 173; 13 C.P.R. (3d) 253, aux pages 259 et 260. Compte tenu de cette apparente contradiction et de l'ambiguïté de la décision *Maximum Nutrition*, je me sens obligé de suivre la série de décisions qui reconnaissent la pertinence de la preuve tirée de l'état du registre dans des affaires comme la présente instance.

On a jugé que la présence d'un élément commun dans les marques de commerce a une grande incidence sur la question de la confusion, comme l'a exprimé le Contrôleur général dans l'affaire *Harrods Ltd.*, précitée, à la page 70:

[TRADUCTION] C'est maintenant un principe reconnu, dont il faut tenir compte pour déterminer la possibilité de confusion entre deux marques de commerce, que lorsque ces deux marques comportent un élément commun qui est également compris dans un certain nombre d'autres marques employées dans le même marché, cet emploi commun dans le marché incite les acheteurs à porter une plus grande attention aux autres traits des marques respectives et à les distinguer les unes des autres au moyen de ces autres traits.

Le même point de vue a été exprimé dans l'affaire *Beck, Koller & Coy. (England), Ltd's*, précitée. Dans la décision *Molnlycke*, précitée, le juge Cattanach a fait le commentaire suivant à propos de l'importance d'une caractéristique commune et de la nature de la preuve nécessaire. Il a déclaré ce qui suit, à la page 48:

Si les marques qui présentent des caractéristiques communes sont enregistrées au nom de différents propriétaires, on présume alors que ces caractéristiques communes constituent un trait commun de l'entreprise et l'enregistrement devrait être accordé. Le fait que les marques appartiennent à différentes personnes tend à nier l'importance de l'existence du trait commun et favorise ainsi la personne qui demande l'enregistrement.

Voir en outre les décisions de cette Cour dans l'affaire *Park Avenue*, précitée, à la page 428, et dans l'affaire *Andres Wines*, précitée, à la page 290. Dans l'ouvrage de Fox, *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, (3<sup>e</sup> éd.), Toronto, 1972, à la page 351, les auteurs affirment:

It is seldom that only parts common to the trade are taken and used without the addition of other and possibly distinguishing features. The usual circumstance is that a part of a trade mark such as a prefix or suffix of a word, is taken, or in other cases, only one of the words of a trade mark consisting of a plurality of words. In considering the possibility of confusion between any two trade marks, it is a well recognized principle that, where those two marks contain a common element that is also contained in a number of other marks in use in the same market, such a common occurrence in the market tends to cause purchasers to pay more attention to the other or non-common features of the respective marks and to distinguish between them by those other features. This principle, however, requires that the marks comprising the common elements shall be in fairly extensive use in the market in which the marks under consideration are being used or will be used. (*Per* the Comptroller-General in *Harrods Ltd.* (1935), 52 R.P.C. 65 at 70; *Diamond T. Motor Car Co. Ltd.'s Application* (1921), 38 R.P.C. 373 at 378; *Bale & Church Ltd. v. Sutton, Parsons & Sutton* (1934), 51 R.P.C. 129 at 144; and see also *Marshall's Application* (1943), 60 R.P.C. 147 at 150.)

In the case at bar, both the Opposition Board and the learned Trial Judge were of the view that none of the marks in issue was inherently distinctive. I agree. Where marks possess little or no inherent distinctiveness, as is pointed out in *Fox, supra*, at pages 152-153, "small differences will serve to distinguish".

The evidence does show that the word "Nutri", as a prefix or otherwise, has been generally adopted and used in the food trade in Canada. As of the filing date, the evidence shows at least 47 trade mark registrations and 43 trade names; as of the amended opposition date, a further 3 trade names existed; since that date, there has been at least 18 additional trade mark registrations and applications. I agree with counsel's submission that it is reasonable from all of this evidence to conclude that the word "Nutri" has been commonly adopted in the food trade as suggestive of a desirable attribute of foods, particularly health foods. I think it may be inferred that consumers of these products are accustomed to making fine distinctions between the various "Nutri" trade marks in the marketplace, by paying more attention to any small differences between marks. I accept the appellant's contention that the respondent's marks are weak because they incorporated a word that is commonly

[TRADUCTION] Il arrive rarement qu'on emploie uniquement les parties communes au commerce sans leur ajouter d'autres traits, qui peuvent être distinctifs. On prend habituellement une partie d'une marque de commerce, comme le préfixe ou le suffixe d'un mot, ou, dans d'autres cas, seulement l'un des mots d'une marque de commerce comportant plusieurs mots. Pour déterminer la possibilité de confusion entre deux marques de commerce données, c'est un principe reconnu que, lorsque ces deux marques comportent un élément commun qui est également compris dans un certain nombre d'autres marques employées dans le même marché, cet emploi commun dans le marché incite les acheteurs à porter une plus grande attention aux traits additionnels ou non communs des marques respectives et à les distinguer les unes des autres au moyen de ces autres traits. Ce principe exige toutefois que les marques qui comprennent les éléments communs fassent l'objet d'un emploi assez répandu dans le marché à l'intérieur duquel les marques examinées sont ou seront utilisées. (Motifs du Contrôleur général dans l'affaire *Harrods Ltd.* (1935), 52 R.P.C. 65, à la p. 70; *Diamond T. Motor Car Co. Ltd.'s Application* (1921), 38 R.P.C. 373, à la p. 378; *Bale & Church Ltd. v. Sutton, Parsons & Sutton* (1934), 51 R.P.C. 129, à la p. 144; voir aussi *Marshall's Application* (1943), 60 R.P.C. 147, à la p. 50.)

En l'espèce, la Commission des oppositions et le juge de première instance estimaient tous deux qu'aucune des marques en cause n'avait un caractère distinctif inhérent. Je suis d'accord avec cette constatation. Lorsque les marques n'ont que peu ou pas de caractère distinctif inhérent, comme cela est mentionné dans l'ouvrage de *Fox*, précité, aux pages 152 et 153, [TRADUCTION] «de petites différences permettent de les distinguer».

La preuve montre bien que le mot «Nutri», comme préfixe ou autrement, est généralement adopté et employé dans le secteur de l'alimentation au Canada. À la date de production de la demande, la preuve fait état d'au moins 47 enregistrements de marques de commerce et de 43 noms commerciaux; à la date de l'opposition modifiée, il y avait 3 noms commerciaux de plus; depuis cette date, il y a eu au moins 18 nouveaux enregistrements et demandes d'enregistrement de marques de commerce. Je suis d'accord avec la prétention de l'avocat selon laquelle il est raisonnable de conclure, à partir de toute cette preuve, que le mot «Nutri» est généralement adopté dans le secteur de l'alimentation pour suggérer une qualité désirable des produits alimentaires, en particulier des produits alimentaires diététiques. Je pense qu'on peut déduire que les consommateurs de ces produits sont habitués à établir de fines distinctions entre les diverses marques de commerce «Nutri» dans le marché, en

used in the trade. The suffix "Vite" in the appellant's mark and the suffixes "Max" and "Fibre" in the respondent's marks are totally different and appear sufficient to distinguish them. To the extent that the respondent's marks may have acquired distinctiveness, they could only have done so in relation to those portions that are different (the portions which do not include the word "Nutri") from all the other "Nutri" marks. It is noteworthy as well that the appellant is itself already the owner of two trade mark registrations which incorporate the word "Nutri", "Nutri-Grain" and "Nutri Grain and Design". To that extent, the appellant is already entitled to use the prefix "Nutri".

Based on all of the evidence of surrounding circumstances, I have concluded that the appellant has discharged the onus of showing that there is no likelihood of confusion between the appellant's trade mark "Nutri-Vite" and either of the respondent's trade marks "Nutri-Max" and "Nutri-Fibre" notwithstanding that they are in respect of food products which are sold in the same trade. To allow the opposition would, in the words of Davis J. in *Pepsi-Cola, supra*, at page 32, make the respondent "virtually . . . the possessor of an exclusive proprietary right" in relation to the word "Nutri" in respect of such products.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Trial Division rendered February 9, 1987, and the decision of the Opposition Board dated November 29, 1985, and would refer the matter back to the Registrar of Trade Marks on the basis that application No. 470,140 for registration of the trade mark "Nutri-Vite" be granted. As this appeal and the appeal in Court File No. A-141-87 were heard together there should be one set of costs but with disbursements in both files.

MAHONEY J.A.: I agree.

GRAY D.J.: I agree.

portant une plus grande attention aux moindres petites différences entre les marques. J'accueille la prétention de l'appelante selon laquelle les marques de l'intimée sont faibles parce qu'elles incorporent un mot qui est employé généralement dans le commerce. Le suffixe «Vite» employé dans la marque de l'appelante et les suffixes «Max» et «Fibre» employés dans les marques de l'intimée sont totalement différents et ont une apparence qui suffit à les distinguer. Dans la mesure où les marques de l'intimée peuvent avoir acquis un caractère distinctif, cela ne serait dû qu'aux parties différentes (qui ne comprennent pas le mot «Nutri») de toutes les autres marques «Nutri». Il convient en outre de noter que l'appelante est déjà elle-même titulaire de deux marques de commerce déposées qui incorporent le mot «Nutri», soit «Nutri-Grain» et «Nutri Grain and Design». À ce titre, l'appelante a déjà le droit d'employer le préfixe «Nutri».

En tenant compte de toute la preuve des circonstances de l'espèce, je conclus que l'appelante s'est acquittée du fardeau de démontrer qu'il n'existe aucune probabilité de confusion entre la marque de commerce «Nutri-Vite» de l'appelante et l'une ou l'autre des marques de commerce «Nutri-Max» et «Nutri-Fibre» de l'intimée, même si celles-ci visent des produits alimentaires qui sont vendus dans le même commerce. Pour reprendre les termes du juge Davis dans l'arrêt *Pepsi-Cola*, précité, à la page 32, accueillir l'opposition aurait pour effet de rendre l'intimée [TRADUCTION] «pratiquement . . . titulaire d'un droit de propriété exclusif» à l'égard du mot «Nutri» employé en liaison avec de tels produits.

J'accueillerais l'appel, je casserais le jugement de la Section de première instance rendu le 9 février 1987 et la décision de la Commission des oppositions en date du 29 novembre 1985 et je renverrais l'affaire au registraire des marques de commerce pour qu'il admette la demande d'enregistrement de la marque de commerce «Nutri-Vite» présentée sous le numéro 470,140. Comme le présent appel et l'appel portant le numéro du greffe A-141-87 ont été entendus ensemble, il devrait y avoir un seul mémoire de frais, avec débours dans les deux dossiers.

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

LE JUGE SUPPLÉANT GRAY: Je souscris à ces motifs.



A-354-90

Her Majesty the Queen, the Prime Minister of Canada, the Rt. Hon. Brian Mulroney, the Justice Minister of Canada, the Hon. Raymon Hnatyshyn, the Minister of Indian Affairs and Northern Development, the Hon. William McKnight, the Minister of the Department of Energy, Mines and Resources, Hon. Marcel Masse (Appellants)

v.

John Clifford Turner (Respondent)

INDEXED AS: TURNER v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Mahoney, Marceau and Linden J.J.A.—Vancouver, June 22, 1992.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Appeal from trial judgment striking out substantive allegations of statement of claim, but preserving paragraphs identifying parties, claiming relief and giving respondent leave to amend statement of claim — Retroactive amendment to federal legislation allegedly depriving respondent of defence in another lawsuit and leading to unfavourable settlement — Respondent alleging Ministers “through their negligence and outright connivance” caused enactment of legislation which abridged rights, caused damages — Whether Trial Judge erred in not dismissing action entirely as disclosing no reasonable cause of action — Parliamentary sovereignty in issue — Appeal allowed — Reference to elements of sovereignty enunciated in *Pickin v. British Railways Board*, [1974] A.C. 765 — Action against Crown based on allegations Parliament induced to enact legislation by tortious acts and omissions of Ministers of Crown not justiciable — Statement of claim entirely struck out.

Constitutional law — Statement of claim alleging Parliament tortiously misled to enact retroactive legislation depriving plaintiff of defence in other litigation — Plaintiff says denied fair hearing by surreptitious procedures adopted by Parliament — Procedural fairness not requirement of legislative process — Action bringing Parliamentary sovereignty into issue — Elements of sovereignty set out in *Pickin v. British Railways Board*, [1974] A.C. 765 — Statement of claim struck out in entirety as issue not justiciable.

A-354-90

Sa Majesté la Reine, le premier ministre du Canada, le très honorable Brian Mulroney, le ministre de la Justice du Canada, l'honorable Raymon Hnatyshyn, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, l'honorable William McKnight, le ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources, l'honorable Marcel Masse (appelants)

c.

John Clifford Turner (intimé)

RÉPERTORIÉ: TURNER c. CANADA (C.A.)

Cour d'appel, juges Mahoney, Marceau et Linden, J.C.A.—Vancouver, 22 juin 1992.

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Appel d'un jugement de première instance radiant les allégations de fond de la déclaration, mais maintenant les paragraphes où sont identifiées les parties et ceux où une réparation est demandée et autorisant l'intimé à modifier sa déclaration — Une modification à une loi fédérale avec effet rétroactif aurait prétendument privé l'intimé de son moyen de défense dans une autre action en justice et aurait donné lieu à un règlement défavorable — L'intimé allègue que les ministres, «par leur négligence et leur entière connivence», ont fait édicter la loi qui a abrogé ses droits et qui lui a causé un préjudice — Le juge de première instance a-t-il eu tort de ne pas rejeter complètement la demande du fait qu'elle ne révélait aucune cause raisonnable d'action? — Souveraineté parlementaire en cause — Appel accueilli — Les éléments de la souveraineté, énoncés dans l'arrêt *Pickin v. British Railways Board*, [1974] A.C. 765 sont cités — Une action dirigée contre Sa Majesté et fondée sur des allégations selon lesquelles le Parlement a été amené à édicter une loi par les actes et les omissions délictuels de ministres de la Couronne ne relève pas de la compétence des tribunaux — La déclaration a été complètement radiée.

Droit constitutionnel — Dans la déclaration, il est allégué que le Parlement a été amené, par tromperie délictuelle, à édicter une loi rétroactive qui a privé le demandeur de son moyen de défense dans une autre action — Le demandeur affirme avoir été privé d'une audition impartiale par les procédés subreptices adoptés par le Parlement — L'équité procédurale n'est pas exigée lorsqu'il s'agit d'un processus législatif — L'action met en cause la souveraineté parlementaire — Les éléments de cette souveraineté sont énoncés dans l'arrêt *Pickin v. British Railways Board*, [1974] A.C. 765 — La déclaration a été complètement radiée puisque la question en litige ne relève pas de la compétence des tribunaux.

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III.  
*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].  
*Yukon Quartz Mining Act*, R.S.C. 1970, c. Y-4.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Pickin v. British Railways Board*, [1974] A.C. 765 (H.L.); *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; (1989), 61 D.L.R. (4th) 604; 97 N.R. 241.

## REFERRED TO:

*Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304.

APPEAL from order [T-492-88, Collier J., order dated 26/4/90, F.C.T.D., not yet reported] striking out statement of claim except for those paragraphs identifying parties and claiming relief. Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Duff Friesen, Q.C.* for appellants.

## APPEARANCE:

*John Turner* on his own behalf.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants.

## RESPONDENT ON HIS OWN BEHALF:

*John C. Turner*, Vedder Crossing, British Columbia.

*The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by*

MAHONEY J.A.: This is an appeal from a decision of the Trial Division [T-492-88, Collier J., order dated 26/4/90, F.C.T.D., not yet reported] which struck out the substantive allegations of the statement of claim herein, preserving only those paragraphs identifying the parties and claiming relief. The learned Trial

## 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].  
*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III.  
*Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon*, S.R.C. 1970, ch. Y-4.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Pickin v. British Railways Board*, [1974] A.C. 765 (H.L.); *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; (1989), 61 D.L.R. (4th) 604; 97 N.R. 241.

## DÉCISION CITÉE:

*Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304.

APPEL d'une ordonnance [T-492-88, juge Collier, ordonnance en date du 26-4-90, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite] radiant une déclaration à l'exception des paragraphes où sont identifiées les parties et ceux où une réparation est demandée. Appel accueilli.

## AVOCATS:

*Duff Friesen, c.r.* pour les appelants.

## A COMPARU:

*John Turner* pour son propre compte.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour les appelants.

## INTIMÉ POUR SON PROPRE COMPTE:

*John C. Turner*, Vedder Crossing (Colombie-Britannique).

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par*

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Appel est interjeté d'une décision dans laquelle la Section de première instance [T-492-88, le juge Collier, ordonnance en date du 26-4-90, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite] a radié les allégations de fond contenues dans la déclaration en l'espèce; seuls ont été maintenus les paragraphes où sont

Judge refused, however, to dismiss the action as against any of the individual defendants: the Prime Minister and three named Ministers of the Crown, and gave the respondent [plaintiff] leave to amend the statement of claim. The appellants say the Trial Judge erred in not dismissing the action entirely as the statement of claim discloses no reasonable cause of action and also in not dismissing it as against the named individuals for want of jurisdiction.

The respondent conceded, correctly in our view, that the appeal should succeed as to the individual appellants. Accordingly, we are called upon to deal only with whether the statement of claim discloses a reasonable cause of action.

It is pleaded that the respondent was engaged in a lawsuit with another party in the Yukon Supreme Court when an amendment to the *Yukon Quartz Mining Act* [R.S.C. 1970, c. Y-4], having retroactive effect, deprived him of his defence in the action and led him to an unfavourable settlement. It alleges that the Ministers "through their negligence and outright connivance" caused the enactment of legislation which abridged his rights and injured him and he claims damages therefor.

The fundamental allegations iterated and reiterated throughout the pleading are that Parliament was tortiously misled to enact the retroactive amendment and that the respondent was denied a fair hearing by surreptitious procedures adopted by Parliament. That procedural fairness is not required in a legislative process is well established: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735.

Both the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III] and 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]] are pleaded. In our opinion, while those may undoubtedly affect the validity and construction of legisla-

identifiées les parties et ceux où une réparation est demandée. Cependant, le juge de première instance a refusé de rejeter l'action dirigée contre les défendeurs à titre individuel, c'est-à-dire le premier ministre et trois ministres de la Couronne nommément désignés; de plus, le juge a autorisé l'intimé [le demandeur] à modifier sa déclaration. Les appelants affirment que le juge de première instance a eu tort de ne pas rejeter complètement la demande puisque la déclaration ne révèle aucune cause raisonnable d'action; selon eux, le juge a également eu tort de ne pas rejeter l'action dirigée contre les personnes nommément désignées, pour défaut de compétence.

L'intimé a admis, à juste titre selon nous, que l'appel devrait être accueilli à l'égard des appelants, à titre individuel. Par conséquent, nous sommes invités à décider uniquement si la déclaration révèle une cause raisonnable d'action.

Il est plaidé que l'intimé était partie à une action en justice contre un tiers devant la Cour suprême du Yukon lorsqu'une modification à la *Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon* [S.R.C. 1970, ch. Y-4], avec effet rétroactif, l'a privé de son moyen de défense à l'action et a donné lieu à un règlement défavorable à son égard. Il est allégué que les ministres, «par leur négligence et leur entière connivence», ont fait édicter la loi qui a abrogé ses droits et qui lui a causé un préjudice pour lequel il demande des dommages-intérêts.

Tout au long de la déclaration, l'intimé ne cesse d'affirmer, essentiellement, que le Parlement a été amené, par tromperie délictuelle, à édicter la modification rétroactive et que l'intimé a été privé d'une audience impartiale par les procédés subreptices adoptés par le Parlement. Il est bien établi que l'équité procédurale n'est pas exigée lorsqu'il s'agit d'un processus législatif: *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735.

L'intimé invoque à la fois la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III] et 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]]. À notre avis, bien que ces textes puissent, sans aucun doute,

tion, they do not bear on the process of legislating. This action is not framed on the basis that the impugned legislation is invalid or inoperative but as a claim for damages as a result of the tainted process whereby it is said to have been enacted. That brings Parliamentary sovereignty squarely into issue.

The elements of that sovereignty enunciated by Lord Simon in *Pickin v. British Railways Board*, [1974] A.C. 765 (H.L.), were cited with approval by Dickson C.J. in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49 at pages 88 ff., a case, as the present one, that did not concern the constitutionality of the legislation in issue.

[Firstly, this (Parliamentary sovereignty)] involves that, contrary to what was sometimes asserted before the 18th century, and in contradistinction to some other democratic systems, the courts in this country have no power to declare enacted law to be invalid. It was conceded before your Lordships (contrary to what seems to have been accepted in the Court of Appeal) that the courts cannot directly declare enacted law to be invalid. That being so, it would be odd if the same thing could be done indirectly, through frustration of the enacted law by the application of some alleged doctrine of equity.

A second concomitant of the sovereignty of Parliament is that the Houses of Parliament enjoy certain privileges. These are vouchsafed so that Parliament can fulfil its key functions in our system of democratic government . . . .

. . . Among the privileges of the Houses of Parliament is the exclusive right to determine the regularity of their own internal proceedings . . . .

It is well known that in the past there have been dangerous strains between the law courts and Parliament—dangerous because each institution has its own particular role to play in our constitution, and because collision between the two institutions is likely to impair their power to vouchsafe those constitutional rights for which citizens depend on them. So for many years Parliament and the courts have each been astute to respect the sphere of action and the privileges of the other—Parliament, for example, by its *sub judice* rule, the courts by taking care to exclude evidence which might amount to infringement of parliamentary privilege . . . .

[Thirdly, a] further practical consideration is that if there is evidence that Parliament may have been misled into an enactment, Parliament might well—indeed, would be likely to—wish to conduct its own inquiry. It would be unthinkable that

avoir une incidence sur la validité et l'interprétation des lois, ils n'intéressent pas le processus législatif. Dans la présente action, il n'est pas allégué que la Loi contestée est invalide ou inopérante; l'intimé sollicite plutôt des dommages-intérêts en raison du processus vicié par lequel, allègue-t-il, la Loi a été édictée. Cette allégation met directement en cause la souveraineté parlementaire.

Dans l'arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, aux pages 88 et suivantes, une affaire qui, à l'instar du présent appel, n'intéressait pas la validité constitutionnelle de la loi en cause, le juge en chef Dickson a cité, en les approuvant, les éléments de cette souveraineté, tels qu'énoncés par lord Simon dans l'arrêt *Pickin v. British Railways Board*, [1974] A.C. 765 (H.L.):

[TRADUCTION] [En premier lieu, cela (la souveraineté parlementaire)] signifie que, contrairement à ce qu'on affirmait parfois avant le XVIII<sup>e</sup> siècle et par opposition à d'autres régimes démocratiques, les tribunaux de ce pays n'ont pas le pouvoir de déclarer une loi invalide. On a admis devant vos Seigneuries (au contraire de ce qui semble avoir été accepté en Cour d'appel) que les tribunaux étaient impuissants à invalider directement une loi adoptée. Cela étant, il serait étrange de pouvoir parvenir indirectement au même résultat en contrecarrant la loi édictée par l'application de quelque doctrine d'équité.

Un second élément de la souveraineté du Parlement réside dans les privilèges dont jouissent ses Chambres. Ces privilèges leur sont conférés afin que le Parlement puisse s'acquitter de la fonction clé qui lui incombe dans notre régime de gouvernement démocratique . . . .

. . . Au nombre des privilèges des Chambres du Parlement figure le droit exclusif de juger de la régularité de leurs propres procédures internes . . . .

On sait que sont apparues dans le passé de dangereuses tensions entre les tribunaux et le Parlement—dangereuses parce que chacune de ces institutions a un rôle précis à jouer dans notre constitution et qu'un conflit entre elles est susceptible d'affaiblir leur pouvoir de garantir aux citoyens les droits constitutionnels dont ils sont les protecteurs. Aussi pendant longtemps le Parlement et les tribunaux se sont chacun ingéniés à respecter la sphère d'action et les privilèges de l'autre—le Parlement, par exemple, se pliant à la règle du *sub judice* et les tribunaux prenant soin d'exclure les éléments de preuve pouvant constituer une atteinte à un privilège parlementaire . . . .

[En troisième lieu, une] autre considération d'ordre pratique s'impose: en présence de preuve indiquant que le Parlement a été induit en erreur, il est possible—et même probable—que ce dernier veuille mener sa propre enquête. Il serait impensable

two inquiries—one parliamentary and the other forensic—should proceed concurrently, conceivably arriving at different conclusions; and a parliamentary examination of parliamentary procedures and of the actions and understandings of officers of Parliament would seem to be clearly more satisfactory than one conducted in a court of law—quite apart from considerations of Parliamentary privilege.

The second and third of those elements are pertinent here, the first not at all since the validity of the legislation is not questioned.

We are all of a view that an action against Her Majesty based on allegations that Parliament has been induced to enact legislation by the tortious acts and omissions of Ministers of the Crown is not justiciable. The appeal will be allowed with costs, the statement of claim entirely struck out and the action dismissed with costs.

a de tenir concurremment deux enquêtes—l'une parlementaire et l'autre judiciaire—susceptibles d'arriver à des conclusions différentes. Un examen par le Parlement des procédures parlementaires et des faits et gestes des fonctionnaires du Parlement semble manifestement plus satisfaisant qu'un examen mené par un tribunal—indépendamment de toute question de privilège parlementaire.

b Parmi les éléments susmentionnés, le deuxième et le troisième sont pertinents en l'espèce, le premier ne l'étant pas du tout puisque la validité de la Loi n'est pas en cause.

c Nous sommes tous d'avis qu'une action dirigée contre Sa Majesté et fondée sur des allégations selon lesquelles le Parlement a été amené à édicter une loi par les actes et les omissions délictueux de ministres de la Couronne ne relève pas de la compétence des tribunaux. L'appel sera accueilli avec dépens, la déclaration sera complètement radiée et l'action sera d rejetée avec dépens.

A-821-91

**The Attorney General of Canada (Applicant)**

v.

**Clarence Levac and Canadian Human Rights Commission (Respondents)***INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. LEVAC (C.A.)*

Court of Appeal, Marceau, Desjardins and Décary J.J.A.—Montréal, April 29 and 30; Ottawa, July 8, 1992.

*Human rights — S. 28 application to set aside decision of Canadian Human Rights Tribunal under Canadian Human Rights Act — Respondent released from employment for medical reasons — Tribunal declaring Armed Forces engaged in prohibited discriminatory practice in refusing to continue to employ respondent — Prima facie case of discrimination — Applicant's main allegation based on denial of right to fair hearing rejected — No strict duty on Court to entertain new submissions if decision released by higher Court which may have altered law — Reopening of hearing discretionary matter — S.C.C. judgment in Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission) not creating fundamental change in law — Applicant estopped by own conduct from alleging violation of rules of natural justice — Respondents' medical evidence more convincing — Tribunal correctly finding medical BFOR not justified.*

*Judges and courts — S.C.C. releasing judgment said to fundamentally change law prior to Human Rights Tribunal deciding employment discrimination case — Whether natural justice breached as Tribunal not granting parties opportunity to present new arguments, evidence — Courts, tribunals never under strict duty to entertain further submissions where higher court decision, rendered after hearing, could influence deliberations — Matter of discretion in absence of request by parties.*

This was a section 28 application to set aside a decision rendered by a Canadian Human Rights Tribunal under the *Canadian Human Rights Act*, declaring that the Canadian Armed Forces engaged in a prohibited discriminatory practice in refusing to continue to employ the respondent, Clarence Levac. After nearly 30 years of service with the Forces, the latter was forcibly released from his employment for medical

A-821-91

**Procureur général du Canada (requérant)**

c.

**Clarence Levac et Commission canadienne des droits de la personne (intimés)***RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. LEVAC (C.A.)*

Cour d'appel, juges Marceau, Desjardins et Décary, J.C.A.—Montréal, 29 et 30 avril; Ottawa, 8 juillet 1992.

*Droits de la personne — Demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue de faire annuler une décision rendue par un tribunal canadien des droits de la personne en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne — L'intimé a été libéré de son emploi pour des raisons d'ordre médical — Le tribunal a déclaré que les Forces armées ont commis un acte discriminatoire illicite en refusant de continuer à employer l'intimé — Il s'agit, à première vue, d'un cas de discrimination — Rejet du principal moyen qu'invoque le requérant sur le fondement de la négation de son droit à une audience impartiale — La Cour n'est pas strictement tenue de recevoir de nouvelles observations parce qu'une juridiction supérieure a rendu une décision qui a pu modifier le droit — La réouverture de l'audience est une question discrétionnaire — L'arrêt Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission) de la C.S.C. n'a pas modifié fondamentalement le droit — La conduite du requérant l'empêche de prétendre qu'il y a eu violation des règles de justice naturelle — La preuve médicale des intimés est plus convaincante — C'est à bon droit que le tribunal a conclu que l'EPJ d'ordre médical n'était pas justifiée.*

*Juges et tribunaux — La C.S.C. a rendu un arrêt qui aurait modifié fondamentalement le droit avant que le tribunal des droits de la personne ne tranche la présente affaire de discrimination dans l'emploi — Il échet d'examiner s'il y a eu violation des règles de justice naturelle étant donné que le tribunal n'a pas accordé aux parties l'occasion de présenter de nouvelles observations et de nouveaux éléments de preuve — Les cours de justice et les tribunaux administratifs ne sont jamais strictement tenus de recevoir de nouvelles observations lorsque la décision rendue par une juridiction supérieure après l'audience pourrait influencer leur décision — Il s'agit d'une question discrétionnaire en l'absence d'une demande de la part des parties.*

Il s'agit d'une demande présentée en vertu de l'article 28 en vue de faire annuler la décision par laquelle un tribunal canadien des droits de la personne agissant en vertu de la *Loi canadienne des droits de la personne* a déclaré que les Forces armées canadiennes ont commis un acte discriminatoire illicite en refusant de continuer d'employer l'intimé, Clarence Levac. Après près de 30 années de service au sein des Forces armées,

reasons based on a heart deficiency detected during a routine medical examination. He alleged before the Canadian Human Rights Commission that his release had been imposed on the basis of a prohibited ground of discrimination under the Act, namely physical disability, while the Forces' position was that Levac had been released by virtue of a *bona fide* occupational requirement (BFOR) within the meaning of paragraph 15(a) of the Act. The Tribunal did not accept the Forces' response to the complaint, holding that there had been discrimination under the Act. Applicant's main ground of appeal against the Tribunal's decision was that the Forces had been denied the right to a fair hearing. More specifically, it was argued that the Tribunal could not render a decision based, in part, on the judgment of the Supreme Court of Canada in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, rendered after the hearing had been closed, without reopening the hearing. The issue before this Court was whether the Tribunal was correct in not reopening the hearing after the release of the judgment of the Supreme Court and in rejecting the Forces' defence based on a *bona fide* occupational requirement.

*Held* (Desjardins J.A. dissenting), the application should be dismissed.

*Per* Marceau J.A.: Applicant's main submission based on natural justice must be rejected. A tribunal or a court can never be under a strict duty to entertain new submissions from parties to litigation because a decision of a higher court handed down after the hearing could influence its deliberation. It is a purely discretionary matter. Moreover, applicant's view that the *Alberta Dairy Pool* decision signifies a fundamental change in the law was untenable. If there is something new in that judgment, it is in the clarification it gives to the meaning and scope of some of the notions around which human rights legislation and case law have evolved. Wilson J. pointed out that the *bona fide* occupational requirement contemplated by the federal and all provincial statutes as a defence against a complaint of discrimination in employment was not meant to refer to any work rule, but only to a rule requiring of employees special personal characteristics related to one of the prohibited grounds of discrimination. There was another way in which the *Alberta Dairy Pool* judgment might be considered somewhat innovative. Until now, to be justified, a *bona fide* occupational requirement had to be, as expressed in another Supreme Court case, *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, "reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public". From now on it must be, not only "reasonably", but absolutely necessary, that is, it must be without any other workable, less stringent, alternative. Members of the Tribunal found that the Forces could not excuse their discriminatory act by placing it under an alleged medical *bona fide* occupational requirement because that requirement, in its inflexibility and generality, was not justified. Their approach in dealing with the case and the principles they followed in reaching their main conclusion

M. Levac a été libéré contre son gré de son emploi pour des raisons d'ordre médical à cause d'une déficience cardiaque détectée au cours d'un examen médical de contrôle. Il a plaidé devant la Commission canadienne des droits de la personne que sa libération avait été imposée sur le fondement d'un des motifs de distinction illicite prévus par la Loi, à savoir la déficience physique. Les Forces armées se sont dites d'avis que Levac avait été libéré en raison d'une exigence professionnelle justifiée (EPJ) au sens de l'alinéa 15a) de la Loi. Le tribunal n'a pas accepté la réponse que les Forces armées ont donnée à la plainte; il a conclu qu'un acte discriminatoire avait été commis au sens de la Loi. Le principal moyen d'appel qu'invoque le requérant pour contester la décision du tribunal est qu'on a nié aux Forces armées le droit à une audience impartiale. Plus précisément, il prétend que le tribunal ne pouvait, sans rouvrir l'audience, rendre une décision fondée, du moins en partie, sur l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, que la Cour suprême a rendu après la clôture de l'audience. La question qui est soumise à la Cour est celle de savoir si le tribunal a eu raison de ne pas rouvrir l'audience après le prononcé de l'arrêt de la Cour suprême et de rejeter le moyen des Forces fondé sur l'exigence professionnelle justifiée.

Arrêt (le juge Desjardins, J.C.A., dissidente): la demande devrait être rejetée.

Le juge Marceau, J.C.A.: Le principal moyen que le requérant tire de la justice naturelle doit être rejeté. Un tribunal administratif ou une cour de justice ne peut jamais être strictement tenu de recevoir de nouvelles observations des parties à un litige parce que la décision rendue par une juridiction supérieure après l'audience pourrait influencer sa décision. Il s'agit d'une question purement discrétionnaire. De plus, l'opinion du requérant suivant laquelle l'arrêt *Alberta Dairy Pool* signifie un changement fondamental du droit est insoutenable. S'il y a quelque chose de nouveau dans cet arrêt, c'est les éclaircissements qui y sont donnés au sujet de la signification et de la portée de quelques-unes des notions à partir desquelles les lois et la jurisprudence sur les droits de la personne se sont développées. Madame le juge Wilson a souligné que l'exigence professionnelle justifiée que la loi fédérale et toutes les lois provinciales permettent d'invoquer comme moyen de défense dans le cas d'une plainte de discrimination dans l'emploi n'était pas conçue pour s'appliquer aux règles concernant l'exécution du travail, mais uniquement aux règles exigeant des employés des caractéristiques personnelles spéciales se rattachant à l'un des motifs de distinction illicite. Il y a une autre angle sous lequel on peut considérer l'arrêt *Alberta Dairy Pool* comme quelque peu innovateur. Jusqu'à maintenant, pour être justifiée, une exigence professionnelle justifiée devait, pour reprendre les termes employés par la Cour suprême dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, être «raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général». Désormais, elle doit être non seulement «raisonnablement» mais absolument nécessaire, c'est-à-dire qu'il ne doit exister aucune solution de rechange réalisable et

were correct and there was no reason for the Tribunal to reopen the hearing.

*Per Décary J.A.:* With respect to the main argument raised by the applicant, namely denial of a fair hearing, the Attorney General did not, at any time during the relatively long period between the date that the Supreme Court delivered its judgment in *Alberta Dairy Pool* and the time when the Tribunal rendered its decision, seek to reopen the hearing. This was not a case of a party being denied an opportunity to debate a fundamental change in the law, but rather one of a party being so unconvinced that there had been a fundamental change as a result of a recent decision, that it did not bother to seek leave to reopen the hearing. The conduct of the applicant estopped her from alleging violation of the rules of natural justice.

With respect to the secondary argument raised by the applicant, whether the Tribunal was correct in rejecting the Forces' defence, it cannot be said that the Tribunal erred in a reviewable way in its assessment of the evidence or reached a conclusion that it could not reasonably reach. The medical evidence adduced by the applicant as to Levac's heart condition was meager. Her principal medical expert did not at any time examine Levac personally, but the respondents' medical expert did. There being no evidence of a "sufficient risk", the Tribunal was entitled to uphold the complaint.

*Per Desjardins J.A. (dissenting):* The only question before the Court was whether the Tribunal was correct in rejecting the Forces' defence. Since the parties have recognized that the case at bar is one of direct, as opposed to indirect, discrimination, no duty to accommodate arises in cases where a BFOR is claimed since by definition an occupational requirement is job related, not employee related. As to the objective component of a BFOR, the real question was whether the requirement of a clean bill of health free from a "heart condition" is "reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public".

The respondent enjoyed sea duties so that the risk taking was his. However, in doing so, he would also put at risk the lives of others, since none of the rescue operations described by the Forces' witness could be done without endangering the lives of his fellow companions. Moreover, these operations could only be carried out at considerable public expense. The difficulty of this case is to appreciate what the Tribunal precisely did when it assessed the evidence with regard to the

moins rigoureuse. Les membres du tribunal ont conclu que les Forces armées ne pouvaient excuser leur acte discriminatoire en invoquant une présumée exigence professionnelle justifiée d'ordre médical parce que, dans son inflexibilité et sa généralité, cette exigence n'était pas justifiée. L'approche qu'ils ont adoptée pour examiner l'affaire et les principes qu'ils ont suivis pour tirer leur principale conclusion étaient bien fondés et le tribunal n'avait aucune raison de rouvrir l'audience.

Le juge Décary, J.C.A.: En ce qui concerne le principal moyen soulevé par le requérant, c'est-à-dire qu'on lui a refusé une audience impartiale, le procureur général n'a jamais, au cours de la période relativement longue qui s'est écoulée entre le moment où la Cour suprême a rendu l'arrêt *Alberta Dairy Pool* et le moment où le tribunal a rendu sa décision, tenté d'obtenir la réouverture de l'audience. Il ne s'agissait pas en l'espèce du cas d'une partie à qui l'on refuse la possibilité de débattre une modification fondamentale apportée au droit. Il s'agit plutôt du cas d'une partie qui était si peu convaincue qu'il y avait effectivement eu une modification fondamentale par suite du prononcé d'une décision récente qu'elle ne s'est pas donnée la peine de demander l'autorisation de rouvrir l'audience. La conduite du requérant l'empêche de prétendre qu'il y a eu violation des règles de justice naturelle.

Au sujet du second moyen invoqué par le requérant, c'est-à-dire la question de savoir si le tribunal a eu raison de rejeter le moyen de défense invoqué par les Forces armées, on ne peut pas dire que le tribunal a commis une erreur qui donne lieu à un contrôle dans son appréciation de la preuve ou qu'il a tiré une conclusion qu'il ne pouvait raisonnablement tirer. La preuve médicale présentée par le requérant au sujet de la cardiopathie de Levac était maigre. Son principal expert médical n'a jamais examiné Levac personnellement, alors que l'expert médical des intimés l'a fait. Comme il n'y a pas eu de preuve d'un «risque suffisant», le tribunal avait le droit de confirmer le bien-fondé de la plainte.

Le juge Desjardins, J.C.A. (dissidente): La seule question qui est soumise à la Cour est celle de savoir si le tribunal a eu raison de rejeter le moyen de défense invoqué par les Forces armées. Comme les parties ont reconnu que le présent cas est un cas de discrimination directe, par opposition à un cas de discrimination indirecte, il n'y a pas obligation de composer avec l'employé lorsqu'on invoque une EPJ étant donné que par définition une exigence professionnelle se rapporte à l'emploi et non à l'employé. En ce qui concerne la composante objective de l'EPJ, la véritable question qui se pose est celle de savoir si un bilan de santé impeccable sans «cardiopathie» est «raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général».

L'intimé bénéficiait d'affectations en mer, de sorte que c'est lui qui assumait les risques. Cependant, ce faisant, il ne pouvait que mettre en danger la vie d'autres personnes, étant donné qu'aucune des opérations de sauvetage décrites par les témoins des Forces ne pouvait être effectuée sans mettre en péril la vie de ses compagnons. De plus, ces opérations entraînaient nécessairement des dépenses publiques considérables. La difficulté qui se pose en l'espèce est d'apprécier ce que le tribunal a fait



individual concerned. Once it accepted that there was "an element of risk" in sending the respondent to a sea posting, "as compared to a person in excellent health", it erred in law in assessing the degree of the risk so as to justify the application of the discriminatory rule. The only conclusion available to it was that the Forces were entitled to impose an arbitrary demarcation line. As long as there was an element of risk, the Forces' requirement of good health constituted a BFOR.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3(1), 7(a), 15(a).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 33 C.C.E.L. 1; *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159.

##### CONSIDERED:

*Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 88 N.R. 321; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; (1989), 90 CLLC 17,001.

APPLICATION under section 28 of the *Federal Court Act* to set aside a decision of a Canadian Human Rights Tribunal declaring that the Canadian Armed Forces engaged in a prohibited discriminatory practice in refusing to continue to employ the respondent. Application dismissed.

##### COUNSEL:

*Alain Préfontaine* and *K. Watkin* for applicant.

*René Duval* for respondents.

précisément lorsqu'il a évalué la preuve en ce qui concerne l'intéressé. Une fois qu'il a accepté que l'affectation en mer de l'intimé comportait un «élément de risque que ne présente pas l'affectation d'une personne en excellente santé», le tribunal a commis une erreur de droit en évaluant le degré de risque de manière à justifier l'application de la règle discriminatoire. La seule conclusion à laquelle il pouvait en venir était que les Forces armées avaient le droit d'imposer une ligne de démarcation arbitraire. Dès lors qu'il y avait un élément de risque, la bonne santé exigée par les Forces armées constituait une EPJ.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1), 7a), 15a).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS SUIVIES:

*Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 33 C.C.E.L. 1; *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 88 N.R. 321; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; (1989), 90 CLLC 17,001.

DEMANDE présentée en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* en vue de faire annuler une décision par laquelle un tribunal canadien des droits de la personne a déclaré que les Forces armées canadiennes ont commis un acte discriminatoire illicite en refusant de continuer d'employer l'intimé. Demande rejetée.

##### AVOCATS:

*Alain Préfontaine* et *K. Watkin* pour le requérant.

*René Duval* pour les intimés.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

*Canadian Human Rights Commission, Legal Services*, Ottawa, for respondents. <sup>a</sup>

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

MARCEAU J.A.: The decision under attack here was rendered by a Canadian Human Rights Tribunal acting under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6. It consists of a declaration that the Canadian Armed Forces engaged in a prohibited discriminatory practice in refusing to continue to employ the respondent, Clarence Levac.

The Facts

The basic facts that led to the decision are simple. Mr. Levac, who had been employed by the Forces since he joined the Royal Canadian Navy in 1955 at the age of 17, was forcibly released from his employment on February 26, 1984, for medical reasons. At the time, Levac had attained the rank of Chief Petty Officer First Class, the highest rank available to him as a non-commissioned officer, and he was a C-1/ER4 Chief Marine Engineer Artificer, his normal responsibility as such being to manage the operation and maintenance of the various power systems and equipment aboard ships. The medical reasons invoked referred to a heart deficiency detected during a routine medical examination. <sup>e</sup>

As Levac felt he was wrongly treated, he filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission alleging that his release had been imposed on the basis of a prohibited ground of discrimination under the Act, namely, physical disability. <sup>f</sup>

A three-member Tribunal held a hearing which lasted four days. Levac's case was simple. He himself testified that he had none of the symptoms associated with a heart condition; he had never suffered from pain in the chest; he had never had any diffi- <sup>g</sup>

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.

*Commission canadienne des droits de la personne, Services juridiques*, Ottawa, pour les intimés.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par* <sup>b</sup>

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: La décision contestée en l'espèce a été rendue par un tribunal canadien des droits de la personne qui agissait en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6. Il s'agit d'une déclaration portant que les Forces armées canadiennes ont commis un acte discriminatoire illicite en refusant de continuer d'employer l'intimé, Clarence Levac. <sup>c</sup>

Les faits <sup>d</sup>

Les faits essentiels qui ont donné lieu à la décision sont simples. M. Levac, qui travaillait pour les Forces armées depuis qu'il s'était engagé dans la Marine royale canadienne en 1955, à l'âge de 17 ans, a été libéré contre son gré de son emploi le 26 février 1984 pour des raisons d'ordre médical. À l'époque, Levac avait atteint le grade de premier maître de première classe, soit le grade le plus élevé qu'il pouvait obtenir en tant que sous-officier, et il était maître ingénieur (classement C-1/ER4). Les fonctions qu'il exerçait normalement à ce titre consistaient à s'occuper du fonctionnement et de l'entretien des divers appareils électriques et génératrices se trouvant à bord de navires. Les raisons d'ordre médical invoquées concernaient une déficience cardiaque détectée au cours d'un examen médical de contrôle.

S'estimant lésé, Levac a déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne une plainte dans laquelle il a plaidé que sa libération avait été imposée sur le fondement d'un des motifs de distinction illicite prévus par la Loi, à savoir la déficience physique. <sup>h</sup>

Un tribunal composé de trois membres a tenu une audience qui a duré quatre jours. Le cas de Levac était simple. Il a lui-même témoigné qu'il n'avait aucun des symptômes liés à une maladie de cœur; il n'avait jamais souffert de douleurs à la poitrine; il <sup>i</sup>

culty in fulfilling his responsibilities; he felt perfectly fit for his duties. And he had with him a renowned cardiologist, Dr. Jean Gratton, who expressed the view, on the basis of his examination and expertise, that the narrowing of Levac's arteries diagnosed in 1979 was "minimal" and, in fact, corresponded to a condition present in the majority of males over 40.

The Forces' response was understandably more involved. Their position was that Levac had been released by virtue of a *bona fide* occupational requirement (a "BFOR") within the meaning of paragraph 15(a) of the Act, thus no illegal discrimination had occurred. They pleaded, in effect, that: because of the narrowing of his coronary artery, Levac was 8 to 12 times more likely to have a heart attack in the next five years; Levac was due to go to sea during those years in accordance with the normal sea to shore roster applicable to those of his rank and duties, a roster that, mainly for reasons of morale, it was essential to leave intact; if Levac had a heart attack while at sea, he had 2 to 3 times the chance of dying than if he was in close proximity to a hospital, given the limited medical facilities available on board some ships, destroyers for example where Levac might serve; and a seaman's death on board a ship adversely affects his fellow crew psychologically, and may cause undesirable interruption of the naval operation then being conducted.

### The Decision

The Tribunal did not accept the Forces' response to the complaint; its conclusion was that there had been discrimination under the Act. A detailed review of the lengthy reasons it submitted in support of its decision is not necessary; what must be carefully noted is the approach it adopted in its reasoning and the essential findings to which it came. Here is a quick summary of those reasons.

n'avait jamais eu de difficulté à s'acquitter de ses responsabilités; il s'estimait parfaitement apte à accomplir ses tâches. Il était par ailleurs accompagné d'un cardiologue réputé, le docteur Jean Gratton, qui s'est dit d'avis, sur le fondement de son examen et de ses connaissances techniques, que le rétrécissement des artères de Levac qui avait été diagnostiqué en 1979 était «minime» et qu'en fait, il se manifestait chez la majorité des hommes âgés de plus de 40 ans.

La réponse des Forces armées était, comme on pouvait s'y attendre, plus complexe. Elles se sont dites d'avis que Levac avait été libéré en raison d'une exigence professionnelle justifiée (EPJ) au sens de l'alinéa 15a) de la Loi, et que par conséquent aucun acte discriminatoire illégal n'avait été commis. Elles ont plaidé, en fait que, 1) à cause du rétrécissement des artères coronaires de Levac, les risques que celui-ci subisse une crise cardiaque au cours des cinq prochaines années étaient de huit à douze fois plus élevés; 2) Levac devait être affecté en mer au cours des années en question dans le cadre du système normal des affectations en mer et sur terre applicable aux personnes ayant son grade et exerçant ses fonctions et il était essentiel de laisser intact ce système, principalement pour des raisons de moral; 3) si Levac avait une crise cardiaque en mer, il courait deux à trois fois plus de risques de mourir que s'il se trouvait près d'un hôpital, compte tenu des installations médicales limitées disponibles sur certains navires, les destroyers par exemple, à bord desquels Levac pourrait servir; 4) la mort d'un marin à bord d'un navire affecte ses compagnons d'équipage sur le plan psychologique, et peut causer une interruption non souhaitable de l'opération navale en cours.

### La décision

Le tribunal n'a pas accepté la réponse que les Forces armées ont donnée à la plainte; il a conclu qu'un acte discriminatoire avait été commis au sens de la Loi. Il n'est pas nécessaire d'examiner en détail les longs motifs qu'il a soumis à l'appui de sa décision; ce qu'il faut remarquer attentivement, c'est l'approche qu'il a adoptée dans son raisonnement et les conclusions essentielles auxquelles il en est venu. Voici un résumé rapide des motifs en question.

After a complete review of the testimonies, the members define the issues to be decided as follows (at page 20 of the decision):

- 1) Did the Respondent's decision to forcibly release the Complainant on medical grounds constitute a discriminatory practice on a prohibited ground of discrimination, namely, physical disability, in violation of section 7(1) [sic] of the Act?
- 2) If answered in the affirmative, did the Respondent nevertheless exculpate itself by successfully invoking the BFOR Defence available to it under section 15(a) of the Act?
- 3) Was there, in any event, a legal obligation upon the Respondent to reasonably accommodate the Complainant in the face of the alleged adverse discriminatory effects upon him as a result of Respondent's decision to terminate him, without or up to the point of undue hardship?
- 4) Did the Respondent discharge such obligation?

The first issue, of course, does not raise any difficulty; no one could dispute that it was a *prima facie* case of discrimination. The second issue gives rise to a long discussion leading to the following central finding and conclusion (at pages 25 and 26):

The Tribunal finds that the Respondent has not established that Complainant cannot perform or be expected to perform the job of Chief Petty Officer First Class or Marine Engineer Artificer whether at sea or on shore or that being free from any degree of coronary artery disease and projection or prediction of a heart attack associated with this disease constitutes a bona fide occupational requirement.

The Tribunal therefore concludes that the Respondent has failed to discharge its burden of establishing a valid BFOR defense in that it has not satisfied the bona fide occupational requirement to the satisfaction of the Tribunal. We are not persuaded that Complainant could not serve at sea, if that were to occur, without danger or real risk to himself, his co-workers or his employer the Respondent and the general public which it represents. Nor, as we have already made clear, are we persuaded that Complainant could not perform his duties on Shore.

The third issue is introduced by the following comments (at page 27):

Notwithstanding the foregoing, in light of the most recent Supreme Court Decision as it affects this case, *Alberta Human Rights Commission vs Central Alberta Dairy Pool*, (Supra) as yet unreported, there is, in any event, a legal obligation imposed upon Respondent to take appropriate reasonable steps

Après un examen complet des témoignages, les membres définissent dans les termes suivants les questions à trancher (aux pages 30 et 31 de la décision):

- (1) La décision des intimées de libérer de force le plaignant pour des motifs d'ordre médical constitue-t-elle un acte discriminatoire fondé sur un motif de distinction illicite, c'est-à-dire la déficience physique, en contravention de l'alinéa 7a) de la Loi?
- (2) Si la réponse à cette question est affirmative, les intimées ont-elles néanmoins réussi à se disculper en invoquant la défense fondée sur l'exigence professionnelle justifiée prévue à l'alinéa 15a) de la Loi?
- (3) De toute manière, les intimées étaient-elles légalement tenues de composer avec le plaignant, dans la mesure où cela n'entraînait pas une contrainte excessive, en raison de l'effet préjudiciable que leur décision de mettre fin à son emploi pourrait avoir sur lui?
- (4) Les intimées se sont-elles acquittées de cette obligation?

La première question ne soulève évidemment pas de difficulté: personne ne pourrait contester qu'il s'agissait, à première vue, d'un cas de discrimination. La deuxième question a donné lieu à une longue discussion qui a mené à la conclusion centrale suivante (aux pages 38, 39 et 40):

Le tribunal estime que les intimées n'ont pas démontré que le plaignant ne pouvait pas occuper, ni qu'on ne pouvait pas s'attendre qu'il puisse occuper le poste de premier maître de première classe ou de maître mécanicien que ce soit en mer ou à terre; elles n'ont d'ailleurs pas non plus prouvé que l'inexistence d'une maladie des artères coronaires ainsi que de la prévision ou la probabilité d'une crise cardiaque associée à cette maladie constitue une exigence professionnelle justifiée.

Par conséquent, le tribunal conclut que les intimées n'ont pas réussi à s'acquitter de leur fardeau d'établir une défense valide fondée sur une exigence professionnelle justifiée parce qu'elles n'ont pas réussi à prouver cette exigence au tribunal. Nous ne sommes pas convaincus que le plaignant ne pourrait pas, le cas échéant, servir en mer sans danger ou sans représenter un risque véritable pour lui-même, ses compagnons de travail ou son employeur, les intimées, et le public en général qu'elles représentent. Nous ne sommes pas non plus convaincus, comme nous l'avons déjà clairement indiqué, que le plaignant ne pourrait pas s'acquitter de ses fonctions à terre.

La troisième question est introduite par les commentaires suivants (à la page 40):

Malgré ce qui précède, compte tenu de l'arrêt le plus récent de la Cour suprême concernant l'espèce, *Alberta Human Rights Commission c. Central Alberta Dairy Pool*, (précité) les intimées sont, de toute manière, légalement tenues de prendre les mesures raisonnables appropriées pour composer avec le

to accommodate the Complainant, who was adversely affected by Respondent's discriminatory practice, up to the point of undue hardship.

The Tribunal considers the Respondent to have failed to discharge either of such legal obligations.

A quick statement settles the fourth issue (at page 28):

The Tribunal is convinced that the Respondent was in a position to accommodate the Complainant vis-à-vis the impact of the adverse discriminatory effects sustained by him in a number of ways without undue hardship but failed to do so.

### The Ground of Appeal

This review of the facts and of the content of the decision is decidedly laconic, but I need not go any further to deal with the only legal ground of attack that I intend to address in these reasons. There were other grounds raised. Counsel for the Attorney General tried to question some of the findings of fact made by the Tribunal but it quickly became clear during the hearing that this was to no avail, it being already obvious to the Bench that none of those findings could be said to have been made in disregard of the evidence. Counsel did not pursue these other grounds except to give perspective to the sole ground not merely based on the conclusions of fact.

The issue left to be addressed concerns natural justice. The Attorney General claims that the Forces were denied the right to a fair hearing. She submits that the Tribunal could not render a decision based, at least in part, on the judgment of the Supreme Court in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, a judgment rendered after the hearing had been closed, without reopening the hearing. She puts her argument in this way in her factum:

63. When the law is changed as fundamentally as it was on September 13, 1990 by the release of the landmark decision of the Supreme Court of Canada in *Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Dairy Pool*, an adjudicative body such as the Tribunal is under a duty imposed by natural justice to grant to the parties before it the opportunity to debate whether the landmark decision applies to their particular circumstances and, if they wish to do so, to lead new evidence to meet the new found requirements imposed upon them. Not to

plaignant qui a été lésé par l'acte discriminatoire des intimées, dans la mesure où cela n'entraîne pas une contrainte excessive.

Le tribunal estime que les intimées ne se sont acquittées d'aucune de ces obligations légales.

Une déclaration rapide résout la quatrième question (à la page 42):

Le tribunal est convaincu que les intimées pouvaient, de diverses manières sans que cela n'entraîne une contrainte excessive pour elles, composer avec le plaignant quant aux effets discriminatoires qu'il a subis, mais qu'elles ne l'ont pas fait.

### c Le moyen d'appel

Cet examen des faits et du contenu de la décision est décidément laconique, mais je n'ai pas besoin d'aller plus loin pour examiner le seul moyen de droit invoqué pour contester la décision que j'ai l'intention d'aborder dans les présents motifs. D'autres moyens ont été soulevés. L'avocat du procureur général a essayé de mettre en doute certaines des conclusions de fait tirées par le tribunal, mais il est rapidement devenu clair au cours de l'audience que cela ne servait à rien, car il était déjà évident pour la Cour qu'on ne pouvait prétendre qu'aucune de ces conclusions avait été tirée sans tenir compte de la preuve. L'avocat n'a pas insisté sur ces autres moyens, sauf pour faire ressortir le seul moyen qui n'était pas exclusivement fondé sur les conclusions de fait.

La question qu'il nous reste à examiner concerne la justice naturelle. Le procureur général prétend qu'on a nié aux Forces armées le droit à une audience impartiale. Il prétend que le tribunal ne pouvait, sans rouvrir l'audience, rendre une décision fondée, du moins en partie, sur l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, que la Cour suprême a rendu après la clôture de l'audience. Voici comment il formule son raisonnement dans son mémoire:

[TRADUCTION] 63. Lorsque le droit est modifié aussi fondamentalement qu'il l'a été le 13 septembre 1990 à la suite de la publication de l'arrêt de principe *Alberta Human Rights Commission c. Central Alberta Dairy Pool* de la Cour suprême du Canada, un organisme qui a le pouvoir de rendre la justice comme le tribunal est tenu, de par les règles de justice naturelle, d'accorder aux parties qui comparaissent devant lui la possibilité de débattre la question de savoir si la décision de principe s'applique à leur situation particulière et, si elles le

do so constitutes a failure to afford a fair hearing which vitiates the entire proceedings and renders the decision invalid.

64. A fair hearing entails that the parties to it know in advance the issues they will have to address in argument and the evidence that must be led to support these arguments.

65. If the law is changed fundamentally while the decision is under reserve, as is the case here, the only way by which the Tribunal can afford a fair hearing to the parties is by granting them the opportunity to present arguments and evidence.

66. It was specially important for the Tribunal to do so in this case because this fundamental change made to the law has important ramifications on the nature of the evidence needed to address it. What constitutes a reasonable alternative or what meets the Supreme Court's open-ended list of examples of undue hardship is a question of fact for the determination of the Tribunal which the parties must be given an opportunity to address.

### The Rejection of the Ground of Appeal

There is a short answer to the applicant's submission. I do not think that a Tribunal or a Court can ever be under a strict duty to entertain new submissions from the parties to a litigation because a decision of a higher Court handed down after the hearing could influence its deliberation. It may be useful and more prudent to do so but it is, I believe, particularly in the absence of any request by the parties, a purely discretionary matter.

There is also a more complete answer. I simply disagree with the applicant's view that the *Alberta Dairy Pool* decision signifies a fundamental change in the law. The basic idea in Madam Justice Wilson's majority judgment, as I read it, is clearly set out in the following passage of her reasons (at pages 514-515):

Where a rule discriminates on its face on a prohibited ground of discrimination, it follows that it must rely for its justification on the validity of its application to all members of the group affected by it. There can be no duty to accommodate individual members of that group within the justificatory test because, as McIntyre J. pointed out, that would undermine the rationale of the defence. Either it is valid to make a rule that

désirent, de présenter de nouveaux éléments de preuve pour répondre aux nouvelles exigences auxquelles elles sont assujetties. Le fait de ne pas leur accorder cette possibilité revient à leur nier une audition impartiale, ce qui vicie toute la procédure et rend la décision invalide.

64. Le principe de l'audition impartiale suppose que les parties connaissent à l'avance les questions qu'elles devront aborder dans leur plaidoirie et qu'elles sachent quelle preuve elles doivent présenter pour appuyer leurs arguments.

65. Si le droit est modifié fondamentalement pendant que l'affaire a été mise en délibéré, comme c'est le cas en l'espèce, la seule façon pour le tribunal d'accorder une audition impartiale aux parties est de leur donner la possibilité de présenter des arguments et des éléments de preuve.

66. Il était spécialement important que le tribunal agisse ainsi dans l'affaire qui nous occupe, parce que cette modification importante apportée au droit a des répercussions importantes sur la nature des éléments de preuve qui doivent être présentés pour aborder la présente affaire. La question de savoir ce qui constitue une solution de rechange acceptable ou ce qui fait partie de la liste non exhaustive d'exemples de contrainte excessive donnés par la Cour suprême est une question de fait qui doit être tranchée par le tribunal et que les parties doivent avoir la possibilité d'aborder.

### Le rejet du moyen d'appel

On peut répondre en peu de mots à la prétention du requérant. Je ne crois pas qu'un tribunal administratif ou une cour de justice puisse être strictement tenu de recevoir de nouvelles observations des parties à un litige parce que la décision rendue par une juridiction supérieure après l'audience pourrait influencer sa décision. Il peut être utile et plus prudent de le faire mais j'estime qu'il s'agit d'une question purement discrétionnaire, surtout en l'absence de toute demande de la part des parties.

Il y a aussi une réponse plus complète. Je ne suis tout simplement pas d'accord avec l'opinion du requérant suivant laquelle l'arrêt *Alberta Dairy Pool* signifie un changement fondamental du droit. Le raisonnement fondamental du jugement que Madame le juge Wilson a rédigé au nom de la majorité est clairement exposé dans l'extrait suivant de ses motifs (aux pages 514 et 515):

Lorsque, à première vue, une règle établit une distinction fondée sur un motif de discrimination prohibé, sa justification devra reposer sur la validité de son application à tous les membres du groupe touché. En vertu du critère du motif justifiable, il ne peut en effet y avoir d'obligation d'accommodement à l'égard des membres individuels du groupe puisque, comme l'a fait observer le juge McIntyre, cela saperait le fon-

generalizes about members of a group or it is not. By their very nature rules that discriminate directly impose a burden on all persons who fall within them. If they can be justified at all, they must be justified in their general application. That is why the rule must be struck down if the employer fails to establish the BFOQ. This is distinguishable from a rule that is neutral on its face but has an adverse effect on certain members of the group to whom it applies. In such a case the group of people who are adversely affected by it is always smaller than the group to which the rule applies. On the facts of many cases the "group" adversely affected may comprise a minority of one, namely the complainant. In these situations the rule is upheld so that it will apply to everyone except persons on whom it has a discriminatory impact, provided the employer can accommodate them without undue hardship. In *O'Malley McIntyre J.* clarifies the basis for the different consequences that follow a finding of direct discrimination as opposed to a finding of adverse effect discrimination. He states at p. 555:

The duty in a case of adverse effect discrimination on the basis of religion or creed is to take reasonable steps to accommodate the complainant, short of undue hardship: in other words, to take such steps as may be reasonable to accommodate without undue interference in the operation of the employer's business and without undue expense to the employer. Cases such as this raise a very different issue from those which rest on direct discrimination. Where direct discrimination is shown the employer must justify the rule, if such a step is possible under the enactment in question, or it is struck down. Where there is adverse effect discrimination on account of creed the offending order or rule will not necessarily be struck down. It will survive in most cases because its discriminatory effect is limited to one person or to one group, and it is the effect upon them rather than upon the general work force which must be considered. In such case there is no question of justification raised because the rule, if rationally connected to the employment, needs no justification; what is required is some measure of accommodation. The employer must take reasonable steps towards that end which may or may not result in full accommodation. Where such reasonable steps, however, do not fully reach the desired end, the complainant, in the absence of some accommodating steps on his own part such as an acceptance in this case of part-time work, must either sacrifice his religious principles or his employment. [Emphasis added by Wilson J.]

There was nothing new in taking as a premise that, under the Act, a qualifying rule for employment that openly distinguishes between individuals on a pro-

dement même de ce moyen de défense. Ou bien on peut valablement établir une règle qui généralise à l'égard des membres d'un groupe ou bien on ne le peut pas. Par leur nature même, les règles qui constituent une discrimination directe imposent un fardeau à tous ceux qui y sont assujettis. Si tant est qu'elles puissent être justifiées, c'est dans leur application générale qu'elles doivent l'être. Voilà pourquoi la règle doit être annulée si l'employeur ne réussit pas à démontrer qu'il s'agit d'une EPN. Une telle règle doit être distinguée d'une règle qui, neutre en apparence, a un effet préjudiciable sur certains membres du groupe auquel elle s'applique. En pareil cas, le groupe des personnes qui subissent un effet préjudiciable est toujours plus petit que le groupe auquel la règle s'applique. Dans les faits, fréquemment, le «groupe» lésé se composera d'une seule personne, savoir le plaignant. La règle est alors maintenue en ce sens qu'elle s'appliquera à tous sauf aux personnes sur lesquelles elle a un effet discriminatoire, pourvu que l'employeur puisse procéder aux accommodements nécessaires sans subir de contraintes excessives. Dans l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre met en lumière les conséquences différentes que comportent une conclusion à la discrimination directe ou une conclusion à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Voici comment il s'exprime à la p. 555:

L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive; en d'autres mots, il s'agit de prendre des mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs. Les cas comme celui-ci soulèvent une question très différente de celle que soulèvent les cas de discrimination directe. Lorsqu'on démontre l'existence de discrimination directe, l'employeur doit justifier la règle, si cela est possible, en vertu de la loi en cause, sinon elle est annulée. Lorsqu'il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, la règle ou la condition répréhensible ne sera pas nécessairement annulée. Elle subsistera dans la plupart des cas parce que son effet discriminatoire est limité à une personne ou à un groupe de personnes et que c'est son effet sur eux plutôt que sur l'ensemble des employés qui doit être examiné. Dans un tel cas, le problème de la justification ne se pose pas, car la condition raisonnablement liée à l'emploi n'a besoin d'aucune justification; ce qui est requis est une certaine mesure d'accommodement. L'employeur doit, à cette fin, prendre des mesures raisonnables qui seront susceptibles ou non de réaliser le plein accommodement. Cependant, lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, comme l'acceptation en l'espèce d'un emploi à temps partiel, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi. [Mots soulignés par Madame le juge Wilson.]

Il n'y avait rien de nouveau à partir du principe que, sous le régime de la Loi, une règle d'admission que doit respecter une personne pour accéder à un

hibited ground of discrimination could not be treated in the same manner as a work rule which is neutral on its face but may become discriminatory when put in practice because of the personal characteristics of some individuals in the group to which it is meant to apply. Since the judgment in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, where the Supreme Court determined that intention to discriminate on the part of the employer was not a requirement of any human rights legislation and found as a result that indirect discrimination or adverse effect discrimination was also prohibited, the distinction has always been seen as a starting proposition.

There was nothing new either in affirming that a general rule, qualifying one for employment, that discriminates on its face had, of course, to be justified to be accepted as a valid defence, but if so justified, then there was no question of examining whether the employer could not have suspended its effects in particular instances. The very nature of the BFOR<sup>1</sup> defence the employer draws from the existence of such general discriminatory rule requires that it be so. (See, more particularly, the comments of McIntyre J. in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; and *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561, and those of Beetz J. in *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279.)

Finally, there was nothing new in reiterating the principle that, in the case of a neutral work rule causing adverse effect discrimination, the employer has a duty to accommodate the discriminated members of the group to which it applies, short of undue hard-

emploi et qui établit ouvertement entre des personnes une distinction fondée sur un motif de distinction illicite ne peut pas être traitée de la même manière qu'une règle concernant l'exécution du travail qui est neutre en apparence mais qui peut devenir discriminatoire lorsqu'on la met en pratique à cause des caractéristiques personnelles de certaines des personnes du groupe auquel elle doit s'appliquer. Depuis l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, dans lequel la Cour suprême du Canada a établi qu'aucune loi sur les droits de la personne n'exige une intention de la part de l'employeur de commettre un acte discriminatoire et a conclu, par conséquent, que la discrimination indirecte ou discrimination par suite d'un effet préjudiciable était également interdite, la distinction a toujours été considérée comme un point de départ.

Il n'y avait rien de nouveau non plus à affirmer qu'une règle générale, qui prévoit les conditions d'admission qui doit respecter quelqu'un pour accéder à un emploi et qui établit en apparence une distinction illicite, doit évidemment être justifiée pour pouvoir être acceptée comme moyen de défense valable, mais que, si elle est justifiée, il n'est pas alors question de vérifier si l'employeur ne pouvait pas en suspendre les effets dans certains cas particuliers. La nature même du moyen de défense fondé sur une EPJ<sup>1</sup> que l'employeur tire de l'existence d'une telle règle discriminatoire générale exige qu'il en soit ainsi. (Voir, plus particulièrement, les commentaires du juge McIntyre dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202 et dans l'arrêt *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561, et ceux du juge Beetz dans l'arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279.)

Finalement, il n'y avait rien de nouveau à réitérer le principe que, dans le cas d'une règle concernant l'exécution du travail qui est neutre et qui crée une discrimination indirecte, l'employeur est tenu de prendre des mesures pour composer avec les

<sup>1</sup> I take it from the reasons of Wilson J., at pp. 502-503, that BFOR and BFOQ (qualification) are equivalent concepts.

<sup>1</sup> Je conclus, à la lecture des motifs de Madame le juge Wilson, aux p. 502 et 503, que les concepts d'EPJ et de QPJ (qualification) sont équivalents.



ship. Indeed, the extension in *O'Malley* of the statutory prohibition to indirect discrimination was made with a necessary qualification. It was said that the employer could exonerate himself by showing that the impugned work rule had no purpose other than achieving a valid goal connected with the employment and that reasonable steps to accommodate the employees adversely affected because of their special personal characteristics had been taken.

If there is something new in the *Alberta Dairy Pool* judgment, it is, I think, in the clarification it gives to the meaning and scope of some of the notions around which human rights legislation and case law have evolved. The major part of Wilson J.'s comments is aimed at making the point that the *bona fide* occupational requirement or qualification contemplated by the federal and all provincial statutes as a defence against a complaint of discrimination in employment was not meant to refer to any work rule, but only to a rule requiring of employees special personal characteristics related to one of the prohibited grounds of discrimination. Which, in effect, seems to be in strict conformity with the expression "occupational requirement or qualification" and the fact that the defence it provides to the accusation is unqualified. Wilson J. puts in a completely different category those work rules which have nothing to do with the personal characteristics of the employees, such as rules respecting the manner of dress, hours of work, break periods and the like. When the discrimination that could result from their application was found, in *O'Malley*, to be prohibited, not expressly for sure, but by the general provisions and intent of the statute (in that case, the Ontario Act did not at that time even provide for the defence of BFOQ), it was, as we were reminded above, with the qualification that no liability would exist if the employer had made his best effort to accommodate. There, and there only, exists a duty to accommodate. It is on the basis of these conceptual clarifications that Wilson J. expressed her reservations with regard to the *Bhinder* judgment. The "hard hat rule" in *Bhinder* was not a BFOR but a classical work rule with a possible adverse discriminatory effect, similar to the one in *O'Malley*, and

membres du groupe victimes de discrimination à laquelle la règle s'applique, à moins que cela ne cause une contrainte excessive. D'ailleurs, on a apporté une nuance nécessaire à l'élargissement donné dans l'arrêt *O'Malley* à l'interdiction faite par la loi à l'égard de la discrimination indirecte. Le tribunal a déclaré que l'employeur pouvait se disculper en démontrant que la règle concernant l'exécution du travail contestée avait uniquement pour but d'atteindre un objectif valable lié à l'emploi et qu'il avait pris des mesures raisonnables pour composer avec les employés lésés à cause de leurs caractéristiques personnelles spéciales.

S'il y a quelque chose de nouveau dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*, c'est, je crois, les éclaircissements qui y sont donnés au sujet de la signification et de la portée de quelques-unes des notions à partir desquelles les lois et la jurisprudence sur les droits de la personne se sont développées. La plus grande partie des commentaires de Madame le juge Wilson visent à démontrer que l'exigence ou la qualification professionnelle justifiée que la loi fédérale et toutes les lois provinciales permettent d'invoquer comme moyen de défense dans le cas d'une plainte de discrimination dans l'emploi n'était pas conçue pour s'appliquer aux règles concernant l'exécution du travail, mais uniquement aux règles exigeant des employés des caractéristiques personnelles spéciales se rattachant à l'un des motifs de distinction illicite. Ce qui, en fait, semble être strictement conforme à l'expression «exigence ou qualification professionnelle» et au fait que le moyen de défense qu'elle permet d'invoquer à l'encontre de l'accusation est sans réserve. Madame le juge Wilson met dans une catégorie complètement différente les règles concernant l'exécution du travail qui n'ont rien à voir avec les caractéristiques personnelles des employés, comme les règles relatives à la tenue vestimentaire, à l'horaire de travail, aux pauses et ainsi de suite. Lorsque, dans l'arrêt *O'Malley*, la Cour a conclu que la discrimination qui pouvait découler de leur application était interdite non pas expressément, bien sûr, mais par les dispositions générales et l'esprit de la loi (dans cette affaire, la loi ontarienne ne permettait même pas à l'époque d'invoquer une QPJ comme moyen de défense), elle a, comme on nous l'a rappelé ci-dessus, nuancé sa conclusion en précisant que l'employeur ne serait pas tenu responsable s'il avait pris toutes les mesures

therefore a duty to accommodate should have been automatically imposed on the employer.

These precisions as to the limited scope of the BFOR defence in section 15 of the Act and the criticism addressed to the *Bhinder* decision as a result may clarify some concepts but does not change the law. In any case, they obviously do not directly bear on the case at bar since the Forces' defence here was based directly on section 15, the rule invoked being clearly and unequivocally an occupational requirement that is directly discriminatory on its face.

I am prepared to admit that there is also another aspect on which this *Alberta Dairy Pool* judgment may be considered somewhat innovative, at least indirectly, particularly if the reasons of the minority are read in conjunction with those of the majority. It may have rendered the defence of BFOR even less available than previously. Until now, the prevalent view, I believe, was that, to be justified, a *bona fide* occupational requirement had to be, as expressed in *Etobicoke* (at page 208), "reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public". It seems from now on that it must be, not only "reasonably", but absolutely necessary, that is, it must be without any other workable, less stringent, alternative. However, this step forward, if it must be acknowledged, had been prepared by the judgments in *Brossard* and in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297. Some may even

possibles pour composer avec les employés lésés. Ce n'est que dans ce cas, et dans ce cas seulement, qu'existe l'obligation de prendre des mesures pour composer avec l'employé. C'est sur le fondement de ces éclaircissements sur les concepts applicables que Madame le juge Wilson a exprimé ses réserves au sujet de l'arrêt *Bhinder*. La «règle relative au port d'un casque de sécurité» dont il était question dans l'arrêt *Bhinder* n'était pas une EPJ mais une règle classique concernant l'exécution du travail qui avait un possible effet discriminatoire indirect semblable à celui dont il était question dans l'arrêt *O'Malley*, et en conséquence une obligation de prendre des mesures pour composer avec l'employé aurait dû automatiquement être imposée à l'employeur.

Ces précisions sur la portée limitée du moyen de défense fondée sur une EPJ que prévoit l'article 15 de la Loi et sur la critique formulée en conséquence au sujet de l'arrêt *Bhinder* peuvent clarifier certains concepts mais ne changent pas le droit. En tout état de cause, elles ne se rapportent manifestement pas directement au cas qui nous occupe, étant donné que le moyen de défense que font valoir les Forces armées en l'espèce est fondé directement sur l'article 15, car la règle invoquée constitue manifestement et sans équivoque une exigence professionnelle qui est directement discriminatoire à sa face même.

Je suis prêt à reconnaître qu'il y a également un autre angle sous lequel on peut considérer l'arrêt *Alberta Dairy Pool* comme quelque peu innovateur, du moins indirectement, surtout si l'on rapproche les motifs de la minorité de ceux de la majorité. Il se peut que cet arrêt limite encore plus qu'auparavant les cas où le moyen de défense tiré d'une EPJ peut être invoqué. Jusqu'à maintenant, l'opinion la plus répandue voulait, je crois, que pour être justifiée, une exigence professionnelle justifiée devait, pour reprendre les termes employés dans l'arrêt *Etobicoke* (à la page 208), être «raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général». Il semble que désormais elle doit être non seulement «raisonnablement» mais absolument nécessaire, c'est-à-dire qu'il n'existe aucune solution de rechange réalisable et moins rigoureuse. Toutefois, ce pas en avant, si tant est qu'il faille reconnaître qu'il a été franchi, avait été

see, in this *Alberta Dairy Pool* judgment, indications that the alternative to the general rule can incorporate possible exceptions or individualized assessments, a view taken by the minority here and certainly not repudiated by the majority.<sup>2</sup> If so, then the judgment would have introduced, with respect to a BFOR, a notion not completely alien to a duty to accommodate, thereby, ironically, rendering almost meaningless and irrelevant the distinction between a rule of aptitude or qualification discriminating on its face, and a simple work rule having some adverse effect discrimination.

This last observation may explain why the Tribunal, even after having declared unjustified the BFOR alleged by the Forces, extended its review to assert that the Forces had failed to discharge their legal obligation to accommodate the complainant. It is obvious, however, that this last part of their decision was completely superfluous and in no way required by what can perhaps be seen as a novelty in the *Alberta Dairy Pool* decision.

Basically, the Tribunal found that the Forces could not excuse their discriminatory act by placing it under an alleged medical *bona fide* occupational requirement because that requirement, in its inflexibility and generality, was not justified. Their approach in dealing with the case and the principles they followed in reaching their main conclusion were correct and in no way established by the *Alberta Dairy Pool* decision. From the very beginning, the Forces knew the case they had to meet. There was no reason for the Tribunal to reopen the hearing.

The application, in my view, should be dismissed.

<sup>2</sup> At p. 513, Wilson J. states as follows:

Thus, justification of a rule manifesting a group stereotype depends on the validity of the generalization and/or the impossibility of making individualized assessments.

préparé par l'arrêt *Brossard* et par l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297. Certains peuvent même voir, dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*, des indices démontrant que la solution de rechange à la règle générale peut incorporer des exceptions possibles ou des appréciations individualisées, un point de vue qui a été adopté par la minorité dans cet arrêt et qui n'a certainement pas été répudié par la majorité<sup>2</sup>. S'il en était ainsi, l'arrêt aurait introduit, à l'égard d'une EPJ, une notion non complètement étrangère à l'obligation de composer avec l'employé, enlevant de ce fait ironiquement presque toute signification et toute pertinence à la distinction entre une règle prévoyant des conditions d'aptitude ou d'admission qui crée en apparence une discrimination, et une simple règle concernant l'exécution du travail qui crée une certaine discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

Cette dernière remarque peut expliquer pourquoi le tribunal, même après avoir déclaré injustifiée l'EPJ invoquée par les Forces armées, a poursuivi son analyse en affirmant que les Forces armées ne s'étaient pas acquittées de leur obligation légale de composer avec le plaignant. Il est évident, toutefois, que cette dernière partie de sa décision était complètement superflue et qu'elle n'était nullement exigée par ce qu'on pourrait peut-être considérer comme une nouveauté dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*.

Essentiellement, le tribunal a conclu que les Forces armées ne pouvaient excuser leur acte discriminatoire en invoquant une présumée exigence professionnelle justifiée d'ordre médical parce que, dans son inflexibilité et sa généralité, cette exigence n'était pas justifiée. L'approche qu'il a adoptée pour examiner l'affaire et les principes qu'il a suivis pour tirer sa principale conclusion étaient bien fondés et n'étaient nullement établis par l'arrêt *Alberta Dairy Pool*. Dès le départ, les Forces armées savaient ce qu'elles devaient établir. Le tribunal n'avait aucune raison de rouvrir l'audience.

La demande devrait, à mon avis, être rejetée.

<sup>2</sup> À la p. 513, Madame le juge Wilson déclare:

Par conséquent, la justification d'une règle révélant un stéréotype de groupe dépend ou bien de la validité de la généralisation ou bien de l'impossibilité d'évaluer chaque cas individuellement, ou des deux.

\* \* \*

\* \* \*

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

DESJARDINS J.A. (*dissenting*): A Canadian Human Rights Tribunal appointed under the *Canadian Human Rights Act*<sup>3</sup> has maintained a complaint of alleged discriminatory practice contrary to paragraph 7(a) of the *Canadian Human Rights Act* against the Canadian Armed Forces (the "Forces") by Clarence Levac (the "respondent") who was forcibly released from his position with the Forces. This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application was brought so as to attack the declaration that was issued by the Tribunal.

#### The facts

The respondent, born on February 27, 1938, joined the Canadian Armed Forces (Navy) in 1955 as an ordinary seaman and began his service as a stoker-mechanic. At the time of his release from employment in 1984, Clarence Levac had attained the rank of Chief Petty Officer First Class, the highest rank available to him as a non-commissioned officer. In term of his trade qualifications, he was a Chief Marine Engineer Artificer which was also the highest qualification attainable in his trade. He had served aboard a C.A.F. destroyer, the HMCS *Margaree*. His duties were primarily supervisory. His occupation is described in the service as a "hard sea trade" because the pattern of scheduling his duties requires that he serve both at sea and on shore. A number of sea and shore duties had already been scheduled for him. In fact, the respondent preferred sea postings to shore postings.<sup>4</sup>

During a routine medical examination carried out in early 1979, the respondent was diagnosed as having a "heart problem" which led to further examinations as a result of which he was declared by the Career Medical Review Board as being unfit to continue his military service with the Forces. He

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

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A. (*dissidente*): Un tribunal canadien des droits de la personne constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>3</sup> a confirmé le bien-fondé d'une plainte de présumé acte discriminatoire commis en contravention de l'alinéa 7a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Cette plainte a été portée contre les Forces armées canadiennes (les «Forces armées») par Clarence Levac (l'«intimé») qui a été libéré contre son gré de son poste au sein des Forces armées. La présente demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7] a été présentée pour contester le jugement déclaratoire qui a été rendu par le tribunal.

#### Les faits

L'intimé, qui est né le 27 février 1938, s'est engagé dans les Forces armées canadiennes (Marine) en 1955 comme matelot et a commencé son service militaire comme chauffeur. Au moment de sa libération en 1984, Clarence Levac avait atteint le grade de premier maître de première classe, soit le grade le plus élevé qu'il pouvait obtenir en tant que sous-officier. Quant à ses compétences professionnelles, il était maître mécanicien, ce qui constituait également le degré de compétence le plus élevé qu'il pouvait obtenir dans son métier. Il avait servi à bord d'un destroyer des F.A.C., le N.C.S.M. *Margaree*. Il s'agissait principalement d'un emploi de supervision. Son métier est qualifié dans le service de «spécialité navale difficile» parce qu'il était nécessaire pour cet emploi qu'il serve en mer et à terre. On avait déjà prévu des affectations en mer et à terre pour lui. En fait, l'intimé préférerait les affectations en mer aux affectations à terre<sup>4</sup>.

Les résultats d'un examen médical de contrôle que l'intimé a subi au début de 1979 ont indiqué que celui-ci souffrait d'un «problème cardiaque», ce qui a donné lieu à d'autres examens à la suite desquels il a été déclaré par le Conseil médical de révision des carrières inapte à poursuivre son service dans les Forces

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. H-6.

<sup>4</sup> A.B., at p. 68.

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), ch. H-6.

<sup>4</sup> Dossier d'appel, à la p. 68.

received official notification of his release on March 18, 1982.<sup>5</sup> At the time, he was on an on-shore assignment as a quality control inspector and chief of the detachment of technical service, at Vickers in Montréal. Although he was ordered to be released effective August 8, 1983, he was retained at Vickers as a member of the Forces until February 26, 1984.

### The decision under attack

The Human Rights Tribunal was satisfied that the respondent had made out a *prima facie* case of discrimination against the Forces under subsection 3(1) and paragraph 7(a) of the *Canadian Human Rights Act*, namely physical disability.<sup>6</sup> The question was then whether the defence presented by the Canadian Armed Forces, based on paragraph 15(a) of the Act,<sup>7</sup> was of any substance. The Tribunal stated the issue in the following terms:<sup>8</sup>

... did the Respondent nevertheless exculpate itself by successfully invoking the BFOR Defence available to it under section 15(a) of the Act?

The essence of the Forces' defence was that no discrimination occurred because the respondent was released by virtue of a *bona fide* occupational requirement (BFOR). Mr. Levac, it was said, was no longer fit for service because of a risk of employee failure. His medical condition precluded him not only from being posted to sea, but also to any station or base without adequate medical facilities.

<sup>5</sup> *Ibid.*, at p. 661.

<sup>6</sup> 3. (1) For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted are prohibited grounds of discrimination.

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

<sup>7</sup> 15. It is not a discriminatory practice if

(a) any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a *bona fide* occupational requirement;

<sup>8</sup> A.B., at p. 1252.

armées. Il a reçu l'avis officiel de sa libération le 18 mars 1982<sup>5</sup>. À l'époque, il était affecté à terre en tant qu'inspecteur du contrôle de la qualité et chef du détachement des services techniques à la Vickers à Montréal. Même s'il devait être libéré le 8 août 1983, l'intimé a conservé son emploi à la Vickers comme membre des Forces armées jusqu'au 26 février 1984.

### La décision contestée

Le tribunal des droits de la personne s'est dit convaincu que l'intimé avait établi qu'il était, à première vue, victime d'un acte discriminatoire qui était fondé sur une déficience physique et qui avait été commis par les Forces armées en violation du paragraphe 3(1) et de l'alinéa 7a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>6</sup>. Il s'agissait ensuite de savoir si le moyen de défense invoqué par les Forces armées canadiennes en vertu de l'alinéa 15a) de la *Loi*<sup>7</sup> était bien fondé. Le tribunal a exposé la question dans les termes suivants<sup>8</sup>:

... les intimées ont-elles néanmoins réussi à se disculper en invoquant la défense fondée sur l'exigence professionnelle justifiée prévue à l'alinéa 15a) de la *Loi*?

Les Forces armées soutenaient essentiellement par leur moyen de défense qu'aucun acte discriminatoire n'avait été commis parce que l'intimé avait été libéré en vertu d'une exigence professionnelle justifiée (EPJ). Elles prétendaient que M. Levac n'était plus apte à poursuivre son service à cause d'un risque d'erreur humaine. Son état de santé l'empêchait non seulement d'être affecté en mer, mais aussi à tout

<sup>5</sup> *Ibid.*, à la p. 661.

<sup>6</sup> 3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects:

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;

<sup>7</sup> 15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:

a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontrent qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées;

<sup>8</sup> Dossier d'appel, à la p. 1252.

The medical evidence before the Tribunal was conflicting. The respondent's physician, Dr. Jean Gratton, a cardiology specialist, offered the opinion that the lesions which appeared to exist on the respondent's cardiogram were only minimal and were reflected in the majority of men over forty years of age. Dr. Gratton was of the opinion that the respondent could fulfill all of the conditions of his employment with the Forces for a long period of time. Lt. Col. Henryk P. Kafka, a cardiologist for the Forces, suggested that the respondent faced a "risk of some sudden unpredictable event". While Lt. Col. Kafka conceded that the respondent had "a good prognosis",<sup>9</sup> he was of the view that the respondent represented a "significantly higher risk than someone who is completely normal". He took the position that the respondent's overall condition made him an unacceptable risk to serve at sea or at any station or base without adequate medical facilities. Dr. René Maurice Bélanger, Commandant of C.A.F. Medical Services School, was also concerned about the respondent's health condition for a sea posting. His concern did not extend to on-shore duty unless the respondent was placed in an isolated posting.<sup>10</sup>

The Board concluded that the respondent was in any event fit and able to perform his duties at a shore posting such as the one he was fulfilling at the date of his release. With regard to a sea posting, it stated:<sup>11</sup>

The Tribunal accepts that there was an element of risk that would be attached to sending the Complainant with a "heart condition" out to sea, if indeed that were to occur, as compared to a person in excellent health. However, the Tribunal does not consider, on the basis of the medical evidence as a whole, that the prediction of a risk of a heart attack of between 8 to 10% within 5 years (or 6 to 9% within 3 years based upon CASS criteria) when balanced against the substance of the other medical evidence as to Complainant's medical condition and his prognosis, is real or of sufficient weight to legally justify the

poste ou base ne possédant pas d'installations médicales suffisantes.

La preuve médicale soumise au tribunal était contradictoire. Le médecin de l'intimé, le docteur Jean Gratton, un cardiologue, s'est dit d'avis que les lésions qui semblaient exister sur le cardiogramme de l'intimé n'étaient que minimales et qu'elles se manifestaient chez la majorité des hommes âgés de plus de quarante ans. Le docteur Gratton a jugé que l'intimé pouvait satisfaire à toutes les conditions d'emploi dans les Forces armées pendant une longue période. Le lieutenant-colonel Kafka, un cardiologue au service des Forces armées, a laissé entendre que l'intimé devait envisager le «risque d'un accident soudain et imprévisible». Bien que le lieutenant-colonel Kafka ait reconnu que l'intimé avait «un bon pronostic»<sup>9</sup>, il s'est dit d'avis que, dans le cas de l'intimé, «les risques sont considérablement plus élevés que ceux existant pour une personne tout à fait normale». Il a estimé qu'en raison de son état général, l'intimé présentait un risque trop important pour qu'il puisse être affecté en mer ou à une station ou base ne possédant pas d'installations médicales suffisantes. Le docteur René Maurice Bélanger, commandant de l'École du Service de santé des Forces armées canadiennes, était également préoccupé par l'état de santé de l'intimé pour ce qui était d'une affectation en mer. Il n'était pas préoccupé par le service à terre, à moins que l'intimé ne soit affecté à un poste isolé.<sup>10</sup>

Le tribunal a conclu que l'intimé était de toute façon apte à remplir ses fonctions dans une affectation à terre comme celle qu'il occupait à la date de sa libération. Au sujet des affectations en mer, il a déclaré<sup>11</sup>:

Le tribunal reconnaît que l'affectation en mer du plaignant, si cela devait jamais se produire, comportait en raison de ses problèmes cardiaques un élément de risque que ne présente pas l'affectation d'une personne en excellente santé. Néanmoins, se fondant sur l'ensemble de la preuve médicale, le tribunal ne considère pas que des risques de crise cardiaque de 8 à 10 % au cours des cinq prochaines années (ou de 6 à 9 % au cours des trois prochaines années si l'on se fonde sur les critères du CASS) sont réels ou suffisants, lorsqu'on les compare avec les autres preuves médicales concernant l'état de santé du plai-

<sup>9</sup> A.B., at pp. 1239 and 1256.

<sup>10</sup> *Ibid.*, at p. 1251.

<sup>11</sup> *Ibid.*, at p. 1257.

<sup>9</sup> Dossier d'appel, aux p. 1239 et 1256.

<sup>10</sup> *Ibid.*, à la p. 1251.

<sup>11</sup> *Ibid.*, à la p. 1257.

application of a discriminatory rule or practice which is abhorrent and offends against the Act.

The Tribunal is convinced that the projection of a risk of heart attack is still only one of the factors to be taken into account in determining whether the Respondent has established that the Complainant cannot perform or be expected to perform his job either at sea or on shore given such dire prediction. Furthermore, it must be stressed that a risk factor in and by itself is not a disease or disability. Many other factors which have already been noted above mitigate in favour of Complainant and lead the Tribunal to the conclusion that the Respondent has not established that it was reasonably necessary for it to have excluded and released Complainant from its employ and service in order to eliminate or avoid a real risk of serious damage to Complainant, his co-workers or the public at large.

The Tribunal finds that the Respondent has not established that Complainant cannot perform or be expected to perform the job of Chief Petty Officer First Class or Marine Engineer Artificer whether at sea or on shore or that being free from any degree of coronary artery disease and projection or prediction of a heart attack associated with this disease constitutes a bona fide occupational requirement. [My emphasis.]

It concluded thus:<sup>12</sup>

... that the Respondent has failed to discharge its burden of establishing a valid BFOR defense in that it has not satisfied the bona fide occupational requirement to the satisfaction of the Tribunal. We are not persuaded that Complainant could not serve at sea, if that were to occur, without danger or real risk to himself, his co-workers or his employer the Respondent and the general public which it represents. Nor, as we have already made clear, are we persuaded that Complainant could not perform his duties on Shore. [My emphasis.]

The Tribunal further concluded that the Forces had failed in its duty to accommodate.

### Analysis

The only question before us is whether the Tribunal was correct in rejecting the Forces' defence. Since the parties have recognized that the case at bar is one of direct discrimination, as opposed to indirect discrimination, as these words have been elaborated particularly by Wilson J., for the majority, in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Com-*

gnant et ses pronostics, pour justifier légalement l'application d'une règle ou d'un acte discriminatoire qui est inacceptable et contrevient à la Loi.

Le tribunal est convaincu que l'établissement d'un risque de crise cardiaque n'est qu'un des éléments dont il faut tenir compte pour déterminer si les intimées ont démontré que le plaignant ne pouvait s'acquitter ou qu'on ne pouvait s'attendre qu'il s'acquitte de son travail en mer ou à terre compte tenu d'une telle prévision. En outre, il faut souligner qu'un facteur de risque ne constitue pas en soi une maladie ni une déficience. Beaucoup d'autres éléments qui ont déjà été signalés plus haut jouent en faveur du plaignant et amènent le tribunal à conclure que les intimés n'ont pas établi qu'il leur était raisonnablement nécessaire d'écarter le plaignant de son emploi et de le libérer de son service militaire afin d'éliminer ou d'éviter un risque réel de dommages graves pour le plaignant, ses compagnons de travail ou le public en général.

Le tribunal estime que les intimées n'ont pas démontré que le plaignant ne pouvait pas occuper, ni qu'on ne pouvait pas s'attendre qu'il puisse occuper le poste de premier maître de première classe ou de maître mécanicien que ce soit en mer ou à terre; elles n'ont pas d'ailleurs non plus prouvé que l'inexistence d'une maladie des artères coronaires ainsi que de la prévision ou la probabilité d'une crise cardiaque associée à cette maladie constitue une exigence professionnelle justifiée. [C'est moi qui souligne.]

Il a conclu ainsi<sup>12</sup>:

... les intimées n'ont pas réussi à s'acquitter de leur fardeau d'établir une défense valide fondée sur une exigence professionnelle justifiée parce qu'elles n'ont pas réussi à prouver cette exigence au tribunal. Nous ne sommes pas convaincus que le plaignant ne pourrait pas, le cas échéant, servir en mer sans danger ou sans représenter un risque véritable pour lui-même, ses compagnons de travail ou son employeur, les intimées, et le public en général qu'elles représentent. Nous ne sommes pas non plus convaincus, comme nous l'avons déjà clairement indiqué, que le plaignant ne pourrait pas s'acquitter de ses fonctions à terre. [C'est moi qui souligne.]

Le tribunal a également conclu que les Forces armées ne s'étaient pas acquittées de leur obligation de composer avec l'intimé.

### Analyse

La seule question qui nous est soumise est celle de savoir si le tribunal a eu raison de rejeter le moyen de défense invoqué par les Forces armées. Comme les parties ont reconnu que le cas qui nous occupe est un cas de discrimination directe, par opposition à un cas de discrimination indirecte, ainsi que ces termes ont été élaborés particulièrement par Madame le juge Wilson, au nom de la majorité, dans l'arrêt *Central*

<sup>12</sup> *Ibid.*, at p. 1258.

<sup>12</sup> *Ibid.*, à la p. 1258.

mission),<sup>13</sup> no duty to accommodate arises in cases where a BFOR is claimed since by definition an occupational requirement is job related, not employee related.<sup>14</sup>

In *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*,<sup>15</sup> cited at length by Wilson J. in the *Alberta Dairy Pool* case, McIntyre J. dealt with a BFOR provision in the following terms:<sup>16</sup>

Once a complainant has established before a board of inquiry a *prima facie* case of discrimination, in this case proof of a mandatory retirement at age sixty as a condition of employment, he is entitled to relief in the absence of justification by the employer. The only justification which can avail the employer in the case at bar, is the proof, the burden of which lies upon him, that such compulsory retirement is a *bona fide* occupational qualification and requirement for the employment concerned. The proof, in my view, must be made according to the ordinary civil standard of proof, that is upon a balance of probabilities.

He then defined the two components of a BFOR:

... To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation ... must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. In addition it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public.<sup>17</sup>

There is no question that the first component, the subjective test is met. The real question is whether the requirement of a clean bill of health free from a "heart condition" is "reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job

*Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*<sup>13</sup>, il n'y a pas obligation de composer avec l'employé lorsqu'on invoque une EPJ étant donné que par définition une exigence professionnelle se rapporte à l'emploi et non à l'employé<sup>14</sup>.

Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*<sup>15</sup>, que Madame le juge Wilson a cité au long dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*, le juge McIntyre a traité d'une disposition prévoyant une EPJ dans les termes suivants<sup>16</sup>:

Lorsqu'un plaignant établit devant une commission d'enquête qu'il est, de prime abord, victime de discrimination, en l'espèce que la retraite obligatoire à soixante ans est une condition de travail, il a droit à un redressement en l'absence de justification de la part de l'employeur. La seule justification que peut invoquer l'employeur en l'espèce est la preuve, dont le fardeau lui incombe, que la retraite obligatoire est une exigence professionnelle réelle de l'emploi en question. La preuve, à mon avis, doit être faite conformément à la règle normale de la preuve en matière civile, c'est-à-dire suivant la prépondérance des probabilités.

Il a ensuite défini les deux composantes d'une EPJ:

... Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction ... doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général<sup>17</sup>.

Il n'y a pas de doute que la première composante, celle du critère subjectif, est respectée. La véritable question qui se pose est celle de savoir si un bilan de santé impeccable sans «cardiopathie» est «raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace

<sup>13</sup> [1990] 2 S.C.R. 489, at pp. 505-506.

<sup>14</sup> *Ibid.*, at p. 510-511.

<sup>15</sup> [1982] 1 S.C.R. 202.

<sup>16</sup> *Ibid.*, at p. 208.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> [1990] 2 R.C.S. 489, aux p. 505 et 506.

<sup>14</sup> *Ibid.*, aux p. 510 et 511.

<sup>15</sup> [1982] 1 R.C.S. 202.

<sup>16</sup> *Ibid.*, à la p. 208.

<sup>17</sup> *Ibid.*



without endangering the employee, his fellow employees and the general public"?<sup>18</sup>

The Forces produced as a witness Dr. John D. Smith, Deputy Command Surgeon for Maritime Command, who served as a medical officer on board Her Majesty's Canadian ships. He first described at length the type of facilities available on board ships in cases of heart problem. He was then asked:<sup>19</sup>

What are these facilities aimed at doing in the treatment of heart accidents?

A. The facilities on board the destroyers, is basically meant to stabilize the patient if you can. In the destroyer, a steam driven destroyer, you've only got one Med A. He can do an assessment of the patient, he cannot in fact do a definitive diagnosis.

Q. How about the treatment available on board supply ships?

A. Well, on a supply ship you're a little better off. You've got a Medical Officer who's got more training than a Medical Assistant has and he has available to him an electrocardiogram that might add another piece of information that could assist in making the diagnosis.

Q. So basically, whenever there is a cardiac incident on board a ship, the first thing you want to do is to stabilize.

Q. And then what happens?

A. You would want to think about getting him off there.

Q. How can you do that?

A. The means of getting patients off the ship is . . . well, there are really only three ways. One is to stop what you're doing and take the ship alongside and, you know, transfer the patient ashore via a stretcher.

The second means is to have them transferred by a Jack Stay to . . .

Q. What's a Jack Stay.

<sup>18</sup> This test was applied by Wilson J., for the majority, in the *Alberta Dairy Pool* case. I do not share the view expressed by my colleague Marceau J.A. in *obiter* that this test may be read as having been stiffened by the minority opinion so that it may now read as "absolutely necessary".

<sup>19</sup> A.B., at pp. 325-330.

et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général»<sup>18</sup>?

Les Forces armées ont produit un témoin, le docteur John D. Smith, médecin-chef adjoint du commandement maritime, qui servait comme médecin militaire à bord des navires canadiens de Sa Majesté. Il a d'abord décrit dans le détail le type d'installations disponibles à bord des navires en cas de problème cardiaque. On lui a ensuite demandé<sup>19</sup>:

[TRADUCTION] À quoi servent ces installations dans le traitement des accidents cardiaques?

R. Les installations qui se trouvent à bord des destroyers servent essentiellement à stabiliser l'état du patient, si cela est possible. À bord des destroyers, des destroyers à vapeur, il n'y a qu'un médecin A. Il peut évaluer le patient, mais il ne peut en fait poser un diagnostic certain.

Q. Qu'en est-il des traitements à bord des navires ravitailleurs?

R. Eh bien, sur les navires ravitailleurs, la situation est un peu meilleure. Il y a un médecin militaire qui a une formation plus poussée que celle d'un adjoint médical et il a à sa disposition un électrocardiogramme qui peut ajouter un autre élément d'information qui peut l'aider à poser un diagnostic.

Q. Ainsi donc, essentiellement, lorsqu'un incident cardiaque se produit à bord d'un navire, la première chose à faire est de stabiliser l'état du patient.

Q. Que se passe-t-il ensuite?

R. On songe alors à le transporter ailleurs.

Q. Comment s'y prend-on?

R. Pour sortir un patient d'un navire . . . Eh bien, il n'y a en réalité que trois façons. Une des façons consiste à interrompre ce qu'on est en train de faire et d'accoster, de descendre le patient à terre avec une civière.

La deuxième façon de procéder consiste à le faire transférer à l'aide d'un va-et-vient pour . . .

Q. Qu'est-ce qu'un va-et-vient?

<sup>18</sup> Ce critère a été appliqué par Madame le juge Wilson, pour la majorité, dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*. Je ne partage pas l'opinion incidente exprimée par mon collègue le juge Marceau, J.C.A., qui estime que l'on peut considérer que l'opinion minoritaire a renforcé ce critère de sorte qu'on peut maintenant considérer que l'obligation doit être «absolument nécessaire».

<sup>19</sup> Dossier d'appel, aux p. 325 à 330.

A. A Jack Stay is a line that you pass from one ship to another on the Jack Stay, hanging from the line. Very anxiety provoking situation because you're hanging between two ships that are steaming along probably 70 feet apart with the sea below you and, you know, the ships are moving in and out and the rope is going, or the Jack Stay is going up and down and you're . . . anxiety provoking, and I can only describe that as having gone over it being perfectly well. If you were in the midst of having a heart attack I'm sure it would be even more anxiety provoking.

Q. And what would the last means be?

A. The third means would be using a helicopter, if a helicopter were available to you.

Q. And if it is, what are the drawbacks?

A. Well, the helicopters that we use are a Sea King, which are about 25 years old. The first drawback is whether or not it's working, because you know, there's only one on the ship and if they break down and you don't have the part then it doesn't fly. So presuming it's working, or another ship in company has one available, you've got to presume the flying conditions are within limits, that is that the sea state is not excessive so you can take off and that the weather is not so bad that the helicopter can't fly, and of course you've got to have a place to take the patient.

The range of the helicopter is about 240 miles. So you've got to have a place for the helicopter to land within 240 miles and I would probably suggest that greater than 50% of the time that's not possible.

Q. Are there any other drawbacks to transportation by . . .

A. Yes. In a helicopter you're virtually in an unmonitored situation . . .

Now, as I said, the range of the helicopter is about 240 miles and they can travel at 120 miles an hour, so you know, he may be in the helicopter for a period of up to two hours, where you're not even going to get a blood pressure or a pulse or listen to his chest. You can do nothing except look at him and say how are you doing.

You could administer drugs that were appropriate on route, but you could do no monitoring of the patient.

Q. Now you told us a bit about the drawbacks of transferring a patient by . . .

A. Jack Stay. Then the only place you would transfer him to would be a supply ship if there were one available.

Q. And what drawbacks are there to bringing the patient back to port?

R. Un va-et-vient, c'est une corde que l'on lance d'un navire à l'autre et sur laquelle est suspendu le patient. C'est une situation très angoissante parce qu'on est suspendu entre deux navires qui filent à une distance de probablement 70 pieds l'un de l'autre avec la mer en-dessous de vous et, vous savez, les navires se rapprochent et s'éloignent et la corde, ou le va-et-vient, monte et descend. C'est angoissant et c'est le seul mot qui me vient à l'esprit, ayant vécu l'expérience alors que j'étais en parfaite santé. Pour la personne qui est en plein milieu d'une crise cardiaque, je suis certain que c'est encore plus angoissant.

Q. Et quel serait le dernier moyen?

R. Le troisième moyen consisterait à employer un hélicoptère, si l'on en a un à sa disposition.

Q. Et s'il y en a un, quels sont les inconvénients?

R. Eh bien, les hélicoptères que nous utilisons sont des Sea King, qui datent d'à peu près 25 ans. Le premier inconvénient, c'est lorsqu'ils ne fonctionnent pas, parce que, vous savez, il n'y en a qu'un sur le navire et s'il tombe en panne, et que vous n'avez pas la pièce, il ne décolle pas. Si l'on présume donc qu'il fonctionne, ou qu'un autre navire en a un de disponible, il faut présumer que les conditions de vol sont à l'intérieur des limites, c'est-à-dire que l'état de la mer n'est pas excessif, pour qu'on puisse décoller et que le temps n'est pas mauvais au point d'empêcher l'hélicoptère de décoller, et, évidemment, il faut avoir un endroit où amener le patient.

L'hélicoptère a un rayon d'action d'environ 240 milles. Il faut donc un endroit où l'hélicoptère peut atterrir dans un rayon de 240 milles et je serais porté à dire que cela n'est pas possible plus que la moitié du temps.

Q. Y a-t-il d'autres inconvénients au transport par . . .

R. Oui. Avec un hélicoptère, on ne peut pratiquement pas contrôler l'évolution de l'état du patient . . .

Bon, comme je l'ai dit, l'hélicoptère a un rayon d'action d'environ 240 milles et peut se déplacer à 120 milles à l'heure. Le patient peut donc être dans l'hélicoptère pendant une période de jusqu'à deux heures pendant laquelle on ne pourra même pas prendre sa pression ou son pouls ou l'ausculter. On ne peut rien faire sauf le regarder et lui demander comment ça va.

On peut administrer un médicament approprié en route, mais on ne peut pas contrôler l'état du patient.

Q. Vous nous avez parlé un peu des inconvénients que comporte le transfert d'un patient à l'aide d'un . . .

R. D'un va-et-vient. Le seul endroit où on pourrait le transférer serait un navire de ravitaillement s'il y en a un de disponible.

Q. Et quels inconvénients comporte le fait de ramener le patient au port?

A. Well, in that case you're aborting the mission. The ship is sent out there at great expense to do a job, whether that job is a search and rescue role or that it's a Fisheries patrol or whether it's a training role, it's gone out there to do something and you may be asking the Commanding Officer to abort his mission to bring the patient ashore. a

Dr. Smith's testimony was uncontradicted. It can hardly be characterized as "impressionistic".<sup>20</sup>

The respondent enjoyed sea duties. The risk taking was his. However, in doing so, he could only put at risk the lives of others, since none of the operations described, whether the Jack Stay procedure or rescue by helicopter, could be done without endangering the lives of his fellow companions. Moreover, these operations could only be carried out at considerable public expense. c

In *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*,<sup>21</sup> McIntyre J. distinguished mandatory retirement for reasons of safety from mandatory retirement for purely economic reasons. He stated:<sup>22</sup> e

In cases where concern for the employee's capacity is largely economic, that is where the employer's concern is one of productivity, and the circumstances of employment require no special skills that may diminish significantly with aging, or involve any unusual dangers to employees or the public that may be compounded by aging, it may be difficult, if not impossible, to demonstrate that a mandatory retirement at a fixed age, without regard to individual capacity, may be validly imposed under the Code. In such employment, as capacity fails, and as such failure becomes evident, individuals may be discharged or retired for cause. f

He then continued:<sup>23</sup>

Faced with the uncertainty of the aging process an employer has, it seems to me, two alternatives. He may establish a retirement age at sixty-five or over, in which case he would escape the charge of discrimination on the basis of age under the Code. On the other hand, he may, in certain types of employment, particularly in those affecting public safety such as that of airline pilots, train and bus drivers, police and firemen, consider that the risk of unpredictable individual human failure g

R. Eh bien, dans ce cas, on abandonne la mission. Le navire est envoyé à grands frais pour faire un travail, que ce soit pour une recherche, un sauvetage, une patrouille de pêches ou une formation. Le navire est envoyé pour faire quelque chose et vous demandez au commandant d'abandonner la mission pour ramener le patient à terre.

Le témoignage du docteur Smith n'a pas été contredit. On ne peut guère le qualifier d'«impressionniste»<sup>20</sup>. b

L'intimé bénéficiait d'affectations en mer. C'est lui qui assumait les risques. Cependant, ce faisant, il ne pouvait que mettre en danger la vie d'autres personnes, étant donné qu'aucune des opérations décrites, qu'il s'agisse de la procédure de va-et-vient ou du sauvetage par hélicoptère, ne pouvait être effectuée sans mettre en péril la vie de ses compagnons. De plus, ces opérations entraînaient nécessairement des dépenses publiques considérables. d

Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*<sup>21</sup>, le juge McIntyre a établi une distinction entre la retraite obligatoire pour des raisons de sécurité et la retraite obligatoire pour des raisons d'ordre purement économique. Il a déclaré:<sup>22</sup>

Lorsque le souci de la capacité de l'employé est surtout d'ordre économique, c'est-à-dire lorsque l'employeur s'intéresse à la productivité, et que les conditions de travail ne requièrent aucune qualification particulière susceptible de diminuer sensiblement avec l'âge, ou ne comportent pour les employés ou le public aucun danger exceptionnel qui peut augmenter avec l'âge, il peut être difficile, voire impossible, d'établir que la retraite obligatoire à un âge déterminé, sans égard à la capacité d'une personne en particulier, peut valablement être imposée en vertu du Code. Dans un emploi de ce genre, à mesure que la capacité décline, et que ce déclin devient évident, les employés peuvent être, à juste titre, congédiés ou mis à la retraite.

h Il a poursuivi en disant:<sup>23</sup>

Devant l'incertitude du vieillissement, deux solutions, à mon avis, s'offrent à l'employeur. Il peut fixer l'âge de la retraite à soixante-cinq ans ou plus, et le cas échéant, il ne peut être accusé de discrimination fondée sur l'âge aux termes du Code. D'autre part, il peut, en ce qui concerne certains types d'emplois, en particulier ceux qui ont trait à la sécurité publique comme c'est le cas des pilotes de ligne aérienne, des conducteurs de trains et d'autobus, des policiers et des pompiers, esti-

<sup>20</sup> *Ibid.*, at p. 210.

<sup>21</sup> *Supra*, at p. 202.

<sup>22</sup> *Ibid.*, at p. 209.

<sup>23</sup> *Ibid.*, at pp. 209-210.

<sup>20</sup> *Ibid.*, à la p. 210.

<sup>21</sup> *Précité*, à la p. 202.

<sup>22</sup> *Ibid.*, à la p. 209.

<sup>23</sup> *Ibid.*, aux p. 209 et 210.

involved in continuing all employees to age sixty-five may be such that an arbitrary retirement age may be justified for application to all employees. In the case at bar it may be said that the employment falls into that category. While it is no doubt true that some below the age of sixty may become unfit for firefighting and many above that age may remain fit, recognition of this proposition affords no assistance in resolving the second question. In an occupation where, as in the case at bar, the employer seeks to justify the retirement in the interests of public safety, to decide whether a *bona fide* occupational qualification and requirement has been shown the board of inquiry and the court must consider whether the evidence adduced justifies the conclusion that there is sufficient risk of employee failure in those over the mandatory retirement age to warrant the early retirement in the interests of safety of the employee, his fellow employees and the public at large.

This last paragraph of McIntyre J. was summarized by Wilson J. in the *Alberta Dairy Pool* case in the following way:<sup>24</sup>

Where, however, the cost of "unpredictable human failure" is public safety, the Court agreed that an arbitrary retirement age may be imposed. [My emphasis.]

The difficulty of this case, however, is to appreciate what the Tribunal precisely did when it assessed the evidence with regard to the individual concerned. It was within its domain to determine whom it believed and whom it disbelieved among the various experts. In such a case, there would be no reviewable error by this Court unless the conditions for intervention under paragraph 28(1)(c) of the *Federal Court Act* were met. Once, however, it accepted, as it did in my view, that there was "an element of risk" in sending the respondent to a sea posting, "as compared to a person in excellent health",<sup>25</sup> it erred in law in assessing the degree of the risk so as to justify the application of the discriminatory rule. The only conclusion available to it was that the Forces were entitled to impose an arbitrary demarcation line. As long as there was an element of risk, the Forces' requirement of good health constituted a BFOR.

mer que le risque d'erreur humaine imprévisible que comporte le maintien de tous les employés à leur poste jusqu'à soixante-cinq ans peut justifier l'application à tous les employés d'un âge de retraite fixé arbitrairement. On peut affirmer que l'emploi dont il est question en l'espèce entre dans cette catégorie. Même s'il ne fait aucun doute que certaines personnes âgées de moins de soixante ans peuvent devenir inaptes au travail de pompier et que maintes personnes plus âgées sont encore aptes à la tâche, la reconnaissance de cette prémisse n'aide aucunement à résoudre la seconde question. Dans un métier où, comme en l'espèce, l'employeur cherche à justifier la retraite par la sécurité publique, le commissaire enquêteur et la cour doivent, pour décider si on a prouvé l'existence d'une exigence professionnelle réelle, se demander si la preuve fournie justifie la conclusion que les personnes qui ont atteint l'âge de la retraite obligatoire présentent un risque d'erreur humaine suffisant pour justifier la mise à la retraite prématurée dans l'intérêt de l'employé, de ses compagnons de travail et du public en général.

Ce dernier paragraphe du juge McIntyre a été résumé dans les termes suivants par Madame le juge Wilson dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*:<sup>24</sup>

En revanche, lorsque l'«erreur humaine imprévisible» a pour prix la sécurité publique, la Cour reconnaît que l'âge de la retraite peut être fixé arbitrairement. [C'est moi qui souligne.]

En l'espèce, toutefois, la difficulté qui se pose est d'apprécier ce que le tribunal a fait précisément lorsqu'il a évalué la preuve en ce qui concerne l'intéressé. Il lui était loisible de déterminer qui il croyait et qui il ne croyait pas parmi les divers experts. Dans ces conditions, il n'y aurait pas d'erreur donnant lieu au contrôle de notre Cour à moins que les conditions d'intervention prévues par l'alinéa 28(1)(c) de la *Loi sur la Cour fédérale* ne soient respectées. Cependant, une fois qu'il a accepté, comme il l'a fait selon moi, que l'affectation en mer de l'intimé comportait un «élément de risque que ne présente pas l'affectation d'une personne en excellente santé»,<sup>25</sup> le tribunal a commis une erreur de droit en évaluant le degré de risque de manière à justifier l'application de la règle discriminatoire. La seule conclusion à laquelle il pouvait en venir était que les Forces armées avaient le droit d'imposer une ligne de démarcation arbitraire. Dès lors qu'il y avait un élément de risque, la bonne santé exigée par les Forces armées constituait une EPJ.

<sup>24</sup> *Supra*, at p. 504.

<sup>25</sup> A.B., at p. 1257.

<sup>24</sup> Précité, à la p. 504.

<sup>25</sup> Dossier d'appel, à la p. 1257.

### Conclusion

I would allow the section 28 application, I would set aside the decision of the Canadian Human Rights Tribunal, rendered on August 2, 1991, and I would affirm the official notification of release issued by the Canadian Armed Forces on March 18, 1982.

\* \* \*

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

DÉCARY J.A.: I agree with my colleague Marceau J.A. that this application should be dismissed.

With respect to the main argument raised by the applicant, i.e. denial of a fair hearing because the hearing was not reopened after the publication of the judgment of the Supreme Court in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, I wish to make the following comment in addition to those already made by my colleague.

The hearing before the Tribunal concluded on June 7, 1990. The judgment of the Supreme Court in *Alberta Dairy Pool* was delivered on September 13, 1990. The decision of the Tribunal was signed by the Tribunal on June 17, 1991 and received by the applicant on August 2, 1991. The applicant did not, at any time during that relatively long period that elapsed between the moment the Supreme Court delivered its judgment and the moment the Tribunal rendered its decision, seek to reopen the hearing. Counsel for the applicant conceded at the hearing that the Attorney General of Canada had taken "the chance" that the Tribunal would not refer in its decision to *Alberta Dairy Pool*. This is not a case of a party being denied an opportunity to debate a fundamental change of the law. This is a case of a party so unconvinced that there was indeed such a fundamental change or that new evidence should be adduced as a result of the judgment of the Supreme Court, that it did not bother to seek leave—which it had ample time to do—to reopen the hearing. The conduct of the applicant estops her, in the particular circumstances of this case, from alleging violation of the rules of natural justice.

### Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir la demande fondée sur l'article 28, d'annuler la décision rendue le 2 août 1991 par le tribunal canadien des droits de la personne et de confirmer l'avis officiel de libération signé par les Forces armées canadiennes le 18 mars 1982.

\* \* \*

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

Le juge Décary, J.C.A.: Je suis d'accord avec mon collègue le juge Marceau, J.C.A., pour dire que la présente demande devrait être rejetée.

En ce qui concerne le principal moyen soulevé par le requérant, c'est-à-dire qu'on lui a refusé une audience impartiale parce que l'audience n'a pas été rouverte après la publication de l'arrêt de la Cour suprême, *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, je désire ajouter le commentaire suivant à ceux qui ont déjà été formulés par mon collègue.

L'audience qui s'est déroulée devant le tribunal s'est terminée le 7 juin 1990. L'arrêt *Alberta Dairy Pool* de la Cour suprême a été rendu le 13 septembre 1990. La décision du tribunal a été signée le 17 juin 1991 et a été reçue par le requérant le 2 août 1991. Au cours de la période relativement longue qui s'est écoulée entre le moment où la Cour suprême a publié son jugement et le moment où le tribunal a rendu sa décision, le requérant n'a jamais tenté d'obtenir la réouverture de l'audience. L'avocat du requérant a reconnu à l'audience que le procureur général du Canada avait couru le «risque» que le tribunal ne mentionne pas l'arrêt *Alberta Dairy Pool* dans sa décision. Il ne s'agit pas en l'espèce du cas d'une partie à qui l'on refuse la possibilité de débattre une modification fondamentale apportée au droit. Il s'agit du cas d'une partie qui était si peu convaincue qu'il y avait effectivement eu une modification fondamentale ou que de nouveaux éléments de preuve devaient être présentés par suite de l'arrêt de la Cour suprême, qu'elle ne s'est pas donnée la peine de demander l'autorisation—ce qu'elle avait amplement le temps de faire—de rouvrir l'audience. La conduite du requérant l'empêche, eu égard aux circonstances par-

With respect to the secondary argument raised by the applicant, i.e. whether the Tribunal was correct in rejecting the Forces' defence, I cannot agree with the conclusion reached by my colleague Desjardins J.A.

While I might not endorse every paragraph in the Tribunal's decision when taken out of context, I cannot say that the Tribunal erred in a reviewable way in its assessment of the evidence or reached a conclusion that it could not reasonably reach. Basically, as I see it, the Tribunal found that the applicant had not made her case that there was a "sufficient risk of employee failure", to use the words of McIntyre J. in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at page 210, to warrant the dismissal of Levac. The medical evidence adduced by the applicant with respect to the heart condition of Levac was, to put it mildly, remarkably meager. Her principal medical expert, Lt. Col. Kafka, did not at any time examine Levac personally but rather based his evidence on an examination and review of Levac's medical record from March 7, 1979 to August 9, 1983 (A.B., vol. 7, at page 1077; vol. 7, at pages 1240-1241). The respondents' medical expert, Dr. Jean D. Gratton, had examined Levac personally on November 12, 1986. The Tribunal, while it did not say so in explicit terms, was obviously more impressed with Dr. Gratton's testimony and preferred it to that of Dr. Kafka. There being no evidence of a "sufficient risk", the Tribunal was entitled in this particular instance, to uphold Levac's complaint.

ticulières de la présente affaire, de prétendre qu'il y a eu violation des règles de justice naturelle.

Au sujet du second moyen invoqué par le requérant, c'est-à-dire la question de savoir si le tribunal a eu raison de rejeter le moyen de défense invoqué par les Forces armées, je ne puis me rallier à la conclusion à laquelle ma collègue le juge Desjardins, J.C.A., en est venue.

Même si je ne pourrais pas souscrire à chacun des paragraphes de la décision du tribunal si on les prenait hors contexte, je ne puis dire que le tribunal a commis une erreur qui donne lieu à un contrôle dans son appréciation de la preuve ou qu'il a tiré une conclusion qu'il ne pouvait raisonnablement tirer. Essentiellement, selon moi, le tribunal a conclu que le requérant n'avait pas démontré qu'il existait un «risque d'erreur humaine suffisant», pour reprendre les mots employés par le juge McIntyre dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la page 210, pour justifier le renvoi de Levac. La preuve médicale présentée par le requérant au sujet de la cardiopathie de Levac était, pour employer un euphémisme, remarquablement maigre. Son principal expert médical, le lieutenant-colonel Kafka, n'a jamais examiné Levac personnellement mais a fondé son témoignage sur un examen du dossier médical de Levac entre le 7 mars 1979 et le 9 août 1983 (d.a., vol. 7, à la page 1077, vol. 7, aux pages 1240 et 1241). L'expert médical des intimés, le docteur Jean D. Gratton, avait examiné Levac personnellement le 12 novembre 1986. Bien qu'il ne l'ait pas dit en des termes explicites, le tribunal était de toute évidence plus impressionné par le témoignage du docteur Gratton et l'a préféré à celui du docteur Kafka. Comme il n'y a pas eu de preuve d'un «risque suffisant», le tribunal avait le droit dans ce cas particulier de confirmer le bien-fondé de la plainte de Levac.

A-990-91

**Her Majesty the Queen (Appellant) (Respondent by cross-appeal)**

v.

**Albert Kieboom (Respondent) (Appellant by cross-appeal)**

*INDEXED AS: CANADA v. KIEBOOM (C.A.)*

Court of Appeal, Heald, Décary and Linden JJ.A.—  
Calgary, June 15; Ottawa, July 3, 1992.

*Income tax — Gifts — Taxpayer (directing mind and will of corporation) reducing economic interest in company by creating shares to which wife and children subscribed for nominal consideration — Shares acquired by children benefit conferred by taxpayer within Act, s. 245(2)(c) (disposition by way of gift) — Act, s. 245(2) requiring Court to ignore form and legal effect of transactions and examine substance of transactions resulting in benefit being conferred by one person upon another — Fact company issued shares to children irrelevant — Transfers to children subject to application of Act, s. 69(1) — Spousal application rules applicable to income derived from property given to wife, including income from deemed disposition of portion of wife's interest in company to children — Rollover provision of Act, s. 73(5) not applicable to transfer to children as shares not transferred directly to children.*

*Income tax — Income calculation — Capital gains — Taxpayer reducing economic interest in company by creating shares to which wife and children subscribed for nominal consideration — Deemed disposition by way of gift under Act, s. 245(2)(c) — Transferred property subject to capital gains provisions — Taxpayer deemed to have received proceeds of disposition if disposes of anything at less than fair market value under Act, s. 69(1)(b)(ii) — Spousal application rules applicable to income derived from property given to wife, including income from deemed disposition of portion of wife's interest in company to children.*

*Income tax — Corporations — Taxpayer (directing mind and will of corporation) reducing economic interest in company by creating shares to which wife and children subscribed for nominal consideration — Act, s. 245(2) requiring Court to ignore form and legal effect of transactions and examine substance of transactions resulting in benefit being conferred by*

A-990-91

**Sa Majesté la Reine (appelante) (intimée par appel incident)**

a c.

**Albert Kieboom (intimé) (appelant par appel incident)**

*b RÉPERTORIÉ: CANADA c. KIEBOOM (C.A.)*

Cour d'appel, juges Heald, Décary et Linden, J.C.A.—  
—Calgary, 15 juin; Ottawa, 3 juillet 1992.

*c Impôt sur le revenu — Donations — Le contribuable (qui était l'âme dirigeante de la compagnie) a diminué sa participation dans la compagnie en créant des actions auxquelles sa femme et ses enfants ont souscrit moyennant une contrepartie symbolique — Les actions acquises par les enfants constituent un avantage conféré par un contribuable au sens de l'art. 245(2)c de la Loi (disposition à titre gratuit) — L'art. 245(2) de la Loi oblige la Cour à ne pas tenir compte de la forme ou de l'effet juridiques des opérations et à examiner la substance des opérations par suite desquelles un avantage a été conféré par une personne à une autre — Le fait que c'est la compagnie qui a émis des actions aux enfants n'est pas pertinent — Les transferts effectués aux enfants sont assujettis à l'application de l'art. 69(1) de la Loi — Les règles d'attribution entre conjoints s'appliquent au revenu tiré du bien qui a été donné à l'épouse, y compris au revenu provenant de la disposition réputée de la partie de sa participation dans la compagnie que l'épouse a transférée aux enfants — Les dispositions de roulement de l'art. 73(5) de la Loi ne s'appliquent pas au transfert aux enfants étant donné que les actions n'ont pas été transférées directement aux enfants.*

*g Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains en capital — Le contribuable a diminué sa participation dans la compagnie en créant des actions auxquelles sa femme et ses enfants ont souscrit moyennant une contrepartie symbolique — Disposition à titre gratuit présumée aux termes de l'art. 245(2)c de la Loi — Les biens transférés sont assujettis aux dispositions relatives aux gains en capital — Le contribuable est réputé avoir reçu le produit de la disposition s'il dispose d'une chose à un prix inférieur à sa juste valeur marchande selon l'art. 69(1)(b)(ii) de la Loi — Les règles d'attribution entre conjoints s'appliquent au revenu tiré du bien qui a été donné à l'épouse, y compris au revenu provenant de la disposition réputée de la partie de sa participation dans la compagnie que l'épouse a transférée aux enfants.*

*i Impôt sur le revenu — Corporations — Le contribuable (qui était l'âme dirigeante de la compagnie) a diminué sa participation dans la compagnie en créant des actions auxquelles sa femme et ses enfants ont souscrit moyennant une contrepartie symbolique — L'art. 245(2) de la Loi oblige la Cour à ne pas tenir compte de la forme ou de l'effet juridique des opérations*

*one person upon another — Fact shares issued by company irrelevant.*

The taxpayer carried on a business of selling carpets by means of a company of which he was the directing mind and will. The taxpayer gradually reduced his economic interest in the company by creating shares to which his wife, and later his children, subscribed for nominal consideration. In 1980, by means of share creation, the taxpayer reduced his equity from 90% to 50% in favour of his wife whose equity rose from 10% to 50%, for nominal consideration. In 1981, by a second similar transaction, the taxpayer and his wife both reduced their equity from 50% to 21.4% in favour of their three children who each received 19% of the equity, again for nominal consideration. In 1982, the company declared and paid a dividend of about \$4,000 per share.

The Minister reassessed the taxpayer for the 1981 taxation year, stating that, pursuant to paragraph 245(2)(c) and subsection 69(1) of the *Income Tax Act*, the issuance of shares to the children by the company constituted a disposition of an economic interest by way of gift from the taxpayer and his wife. The taxpayer and his wife were therefore both deemed to have received the proceeds of disposition at fair market value. The Minister also applied the spousal attribution rule of subsection 74(1) (which deems the gain from property transferred to a spouse to be the capital gain of the transferor) to the issuance of shares to the taxpayer's wife. Thus, 80% of the capital gain deemed to have been received by his wife by virtue of her deemed disposition to the children was attributed to the taxpayer. The Minister also applied the spousal attribution rule to the dividend income received by the taxpayer's wife in 1982.

The Tax Court decided that paragraph 245(2)(c) applied to the conferral of the benefit, but that there should not be attribution under subsection 74(1). On appeal, the Trial Division of this Court essentially agreed. The Minister appealed the decision of the Trial Division as to the attribution under subsection 74(1) and there was a cross-appeal by the taxpayer as to whether there was any conferral of a benefit under paragraph 245(2)(c).

*Held*, the appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

The shares acquired by the children were a benefit conferred by the taxpayer within the meaning of paragraph 245(2)(c). Although it is true that it was the company which actually issued the shares, it cannot be said that the benefit was conferred by the company. Section 245, which deems a payment to be a disposition by way of gift, requires that the substance of the transaction be examined regardless of form if the result is a benefit conferred by one person upon another. Here, the tax-

*et à examiner la substance des opérations par suite desquelles un avantage a été conféré par une personne à une autre — Le fait que c'est la compagnie qui a émis des actions aux enfants n'est pas pertinent.*

a Le contribuable exploitait une entreprise de vente de tapis par l'intermédiaire d'une compagnie dont il était l'âme dirigeante. Le contribuable a graduellement réduit sa participation dans la compagnie en créant des actions auxquelles sa femme, et par la suite ses enfants, ont souscrit moyennant une contrepartie symbolique. En 1980, au moyen d'une création d'actions, le contribuable a ramené sa participation de 90 % à 50 % en faveur de sa femme, dont la participation est passée de 10 % à 50 %, moyennant une contrepartie symbolique. En 1981, par une seconde opération semblable, le contribuable et sa femme ont tous les deux diminué leur participation de 50 % à 21,4 % en faveur de leurs trois enfants, qui ont reçu chacun une participation de 19 %, encore une fois moyennant une contrepartie symbolique. En 1982, la compagnie a déclaré et distribué un dividende d'environ 4 000 \$ par action.

d Le ministre a fixé de nouveau l'impôt dû par le contribuable pour l'année d'imposition 1981, déclarant qu'aux termes de l'alinéa 245(2)c) et du paragraphe 69(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'émission d'actions aux enfants par la compagnie constituait une disposition à titre gratuit d'une participation par le contribuable et sa femme. Le contribuable et sa femme ont été tous les deux réputés avoir reçu le produit de la disposition à la juste valeur marchande. Le ministre a également appliqué la règle d'attribution entre conjoints du paragraphe 74(1) (qui dispose que le gain provenant du bien transféré au conjoint est réputé être le gain en capital de l'auteur du transfert) à l'émission d'actions faite à la femme du contribuable. Ainsi, le contribuable s'est vu attribuer 80 % du gain en capital réputé avoir été reçu par sa femme en raison de la disposition qu'elle était réputée avoir faite aux enfants. Le ministre a également appliqué la règle d'attribution entre conjoints au revenu de dividendes reçu par la femme du contribuable en 1982.

g La Cour de l'impôt a décidé que l'alinéa 245(2)c) s'appliquait à l'avantage conféré, mais qu'il ne devait pas y avoir d'attribution aux termes du paragraphe 74(1). Saisie de l'appel interjeté de cette décision, la Section de première instance de notre Cour s'est essentiellement dite du même avis. Le ministre interjette appel de la décision de la Section de première instance quant à l'attribution prévue au paragraphe 74(1) et le contribuable forme un appel incident sur la question de savoir si un avantage a été conféré au sens de l'alinéa 245(2)c).

*Arrêt*: l'appel devrait être accueilli et l'appel incident devrait être rejeté.

i Les actions acquises par les enfants constituaient un avantage conféré par le contribuable au sens de l'alinéa 245(2)c). Même s'il est vrai que c'est la compagnie qui a effectivement émis les actions, on ne saurait prétendre que l'avantage a été conféré par la compagnie. L'article 245, qui dispose qu'un paiement est réputé être une disposition à titre gratuit, exige que l'on examine la substance de l'opération et qu'on ne tienne pas compte de la forme si le résultat est qu'un avantage est



payer arranged for his company to issue shares to his children so that the value of his own and his wife's shares was reduced and an interest of corresponding value was created in his children. Thus, subsection 69(1) and paragraph 245(2)(c) together deem that the transfers of equity were gifts and the transfers were deemed to have occurred at fair market value.

Subsection 74(1) (the spousal attribution rules) applied to income derived from the property given to the wife, including income from the deemed disposition from the transaction which conferred the benefit of a portion of their interest in the company upon the children. The phrase "transfer of property" in that provision is used in a rather broad sense. The word "transferable" has been defined by case law as including "every means by which property may be passed from one person to another" and "property" as the "most comprehensive of all the terms which can be used, inasmuch as it is indicative and descriptive of every possible interest which the party can have". The 40% capital interest in the company which the taxpayer gave to his wife was clearly property. The fact that this transfer was accomplished through causing the company to issue shares makes no difference. Subsection 74(1) covers transfers that are made "directly or indirectly" and "by any other means whatever". Moreover, the shares which the taxpayer's wife acquired are also taxable as "substituted property" pursuant to subsection 248(5), as it may be said that she substituted the shares she purchased for the property she received from her husband. And the section 69 deemed capital gain on her transfer of a part of her equity to the children must also be attributed to the taxpayer under subsection 74(2).

The rollover provisions of subsection 73(5) do not apply to the transfer to the children because the fact that there was here a transfer of property which was later turned into shares was not enough in the face of the express language of the provision: "share of the capital stock of a small business corporation".

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 324, 337(2)(b).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 69(1)(b)(ii), 73(5) (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 24), 74 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 39), 245(2)(c), 248(1),(5) (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 108(12)).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace*, [1967] 2 Ex.C.R. 128; [1967] C.T.C. 153; (1967), 67 DTC 5105;  
*Applebaum v. Minister of National Revenue* (1971), 71

conféré par une personne à une autre. En l'espèce, le contribuable a pris des dispositions pour que sa compagnie émette des actions à ses enfants de manière à diminuer la valeur de ses actions et de celles de sa femme et à créer en faveur de ses enfants une participation d'une valeur correspondante. Le paragraphe 69(1) et l'alinéa 245(2)c) prévoient donc tous les deux que les transferts de participation sont réputés être des dons, et que ces transferts sont réputés avoir été faits à la juste valeur marchande.

Le paragraphe 74(1) (les règles d'attribution entre conjoints) s'applique au revenu tiré du bien qui a été donné à l'épouse, y compris au revenu reçu de la disposition réputée en conséquence de l'opération par laquelle l'avantage d'une partie de leur participation dans la compagnie a été conféré aux enfants. L'expression «transfert de biens» est employée dans cette disposition dans un sens plutôt large. Selon la jurisprudence, le mot «transférable» s'entend en outre de «tout moyen par lequel un bien peut être transmis d'une personne à une autre», et le mot bien est «le terme le plus général que l'on puisse employer, étant donné qu'il sert à désigner et à décrire tous les droits possibles qu'une personne peut avoir». La participation de 40 % du capital-actions que le contribuable a donné à sa femme constituait de toute évidence un bien. Le fait qu'il a réalisé ce transfert de bien en faisant émettre des actions par sa compagnie ne fait pas de différence. Le paragraphe 74(1) s'applique aux transferts qui sont faits «directement ou indirectement» ou «par tout autre moyen que ce soit». De plus, les actions que la femme du contribuable a acquises sont également imposables à titre de «biens substitués» aux termes du paragraphe 248(5), étant donné qu'on peut dire qu'elle a substitué les actions qu'elle a achetées au bien qu'elle a reçu de son mari. Et le gain en capital qu'elle est présumée, selon l'article 69, avoir réalisé à la suite de cette disposition doit également être attribué au contribuable aux termes du paragraphe 74(2).

Les dispositions de roulement du paragraphe 73(5) ne s'appliquent pas au transfert aux enfants parce que le fait qu'il y a eu en l'espèce transfert d'un bien qui a été par la suite converti en actions ne suffit pas, compte tenu du libellé exprès de la disposition: «action du capital-actions d'une corporation exploitant une petite entreprise».

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 69(1)(b)(ii), 73(5) (mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 24), 74 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 39), 245(2)(c), 248(1),(5) (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 108(12)).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 324, 337(2)(b).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace*, [1967] 2 R.C.É 128; [1967] C.T.C. 153; (1967), 67 DTC 5105;  
*Applebaum v. Minister of National Revenue* (1971), 71

DTC 371 (T.A.B.); *Levine Estate v. Minister of National Revenue*, [1973] F.C. 285; [1973] CTC 219; (1973), 73 DTC 5182 (T.D.); *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; *R. v. Fries* (1989), 89 CLLC 14,029; [1989] 1 C.T.C. 471; (1989), 89 DTC 5240; 99 N.R. 208 (F.C.A.); *Vaillancourt v. Deputy M.N.R.*, [1991] 3 F.C. 663; [1991] 2 C.T.C. 42; (1991), 91 DTC 5408 (Eng.); 5352 (Fr.) (C.A.); *Gathercole v. Smith* (1880-81), 17 Ch. D. 1 (C.A.); *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] Ex.C.R. 580; [1948] C.T.C. 265; *The Queen v. Zandstra*, [1974] 2 F.C. 254; [1974] CTC 503; (1974), 74 DTC 6416 (T.D.); *The Queen v. McBurney (L)*, [1985] 2 CTC 214; (1985), 85 DTC 5433; 20 E.T.R. 283; 62 N.R. 104 (F.C.A.); *Commr of Taxation (Cth) v. McPhail* (1968), 41 A.L.J.R. 346 (H.C.); *Jones v. Skinner* (1836), 5 L.J. (N.S.) Ch. 87 (Rolls Ct.); *Re Lunness* (1919), 46 O.L.R. 320; 51 D.L.R. 114 (App. Div.); *Matheson, JA v The Queen*, [1974] CTC 186; (1974), 74 DTC 6176 (F.C.T.D.); *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134.

## DISTINGUISHED:

*McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020; (1990), 76 D.L.R. (4th) 217; [1991] 2 W.W.R. 244; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101.

## AUTHORS CITED

Revenue Canada Taxation. *Interpretation Bulletin* Nos. IT-209; IT-258; IT-453.

APPEAL from the Trial Division decision ([1992] 1 F.C. 276; [1991] 2 C.T.C. 106; (1991), 91 DTC 5478) on an appeal from the Tax Court of Canada as to whether the conferral of benefit dispositions of *Income Tax Act* paragraph 245(2)(c) and subsection 69(1), and the spousal attribution rules of subsection 74(1) apply to transactions whereby a taxpayer reduced his interest in his company in favour of his wife, and later his children, by having his company create shares which they acquired for nominal consideration. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

## COUNSEL:

*Helen C. Turner and Douglas B. Titosky* for appellant and respondent by cross-appeal.

*H. George McKenzie* for respondent and appellant by cross-appeal.

DTC 371 (C.A.I.); *La succession Levine c. Le ministre du Revenu national*, [1973] C.F. 285; [1973] CTC 219; (1973), 73 DTC 5182 (1<sup>re</sup> inst.); *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; *R. c. Fries* (1989), 89 CLLC 14,029; [1989] 1 C.T.C. 471; (1989), 89 DTC 5240; 99 N.R. 208 (C.A.F.); *Vaillancourt c. Sous-ministre M.R.N.*, [1991] 3 C.F. 663; [1991] 2 C.T.C. 42; (1991), 91 DTC 5352 (fr.); 5408 (angl.) (C.A.); *Gathercole v. Smith* (1880-81), 17 Ch. D. 1 (C.A.); *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] R.C.É. 580; [1948] C.T.C. 265; *La Reine c. Zandstra*, [1974] 2 C.F. 254; [1974] CTC 503; (1974), 74 DTC 6416 (1<sup>re</sup> inst.); *La Reine c. McBurney (L)*, [1985] 2 CTC 214; (1985), 85 DTC 5433; 20 E.T.R. 283; 62 N.R. 104 (C.A.F.); *Commr of Taxation (Cth) v. McPhail* (1968), 41 A.L.J.R. 346 (H.C.); *Jones v. Skinner* (1836), 5 L.J. (N.S.) Ch. 87 (Rolls Ct.); *Re Lunness* (1919), 46 O.L.R. 320; 51 D.L.R. 114 (Div. app.); *Matheson, JA c La Reine*, [1974] CTC 186; (1974), 74 DTC 6176 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020; (1990), 76 D.L.R. (4th) 217; [1991] 2 W.W.R. 244; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101.

## DOCTRINE

Revenu Canada—Impôt. *Bulletin d'interprétation* nos IT-209; IT-258; IT-453.

APPEL d'une décision rendue par la Section de première instance ([1992] 1 C.F. 276; [1991] 2 C.T.C. 106; (1991), 91 DTC 5478) à la suite d'un appel interjeté d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt sur la question de savoir si les dispositions relatives à l'attribution d'un avantage contenues à l'alinéa 245(2)(c) et au paragraphe 69(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et les règles d'attribution entre conjoints du paragraphe 74(1) s'appliquent aux opérations par lesquelles un contribuable a diminué sa participation dans sa compagnie en faveur de son épouse, et par la suite en faveur de ses enfants, en faisant créer par sa compagnie des actions qu'ils ont acquis moyennant une contrepartie symbolique. Appel accueilli et appel incident rejeté.

## AVOCATS:

*Helen C. Turner et Douglas B. Titosky* pour l'appelante et intimée par appel incident.

*H. George McKenzie* pour l'intimé et appelant par appel incident.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant and respondent by cross-appeal.

*Felesky, Flynn*, Calgary, for respondent and appellant by cross-appeal.

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

LINDEN J.A.: This is an appeal by the Minister and a cross-appeal by the taxpayer from a decision of the Trial Division of this Court [[1992] 1 F.C. 276] concerning certain transactions in the taxation years 1981 and 1982 for which reassessments were issued. The main legal issues are whether there has been a conferral of a benefit by the taxpayer under paragraph 245(2)(c) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] and whether there should be a spousal attribution of certain dividend and other income under subsection 74(1) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 39]. A subsidiary issue involves a consideration of subsection 73(5) [as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 24].

There is no dispute as to the facts. Albert Kieboom (the taxpayer) carried on a business of selling carpets in Red Deer, Alberta, through his company, Carpet Colour Centre (Red Deer) Ltd., which was incorporated on May 3, 1976. Mr. Kieboom acquired 9 common shares at incorporation and his wife, Adriana Kieboom, acquired 1 common share. Mr. Kieboom thus owned 90% of the equity of the company, while his wife owned 10%. Mr. and Mrs. Kieboom were the sole directors and shareholders.

In late 1979, additional class "A" non voting shares were created and on February 12, 1980, Adriana, Mr. Kieboom's wife, purchased 8 of these shares. The class "A" common shares were equal in equity to the original common shares. Mrs. Kieboom purchased her 8 shares for \$1 each, a sum which was well below market value. This divided the equity of the Company equally between the taxpayer, who still held his original 9 shares, and his wife, who held 9 shares (1 common and 8 class "A" common).

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante et intimée par appel incident.

*Felesky, Flynn*, Calgary, pour l'intimé et appellant par appel incident.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: La Cour statue sur l'appel interjeté par le ministre et l'appel incident interjeté par le contribuable d'une décision rendue par la Section de première instance de notre Cour [[1992] 1 C.F. 276] au sujet de certaines opérations qui ont eu lieu au cours des années d'imposition 1981 et 1982 et pour lesquelles de nouvelles cotisations ont été établies. Les principales questions juridiques en litige sont celles de savoir si un avantage a été conféré par le contribuable au sens de l'alinéa 245(2)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63] et s'il devrait y avoir attribution entre conjoints d'un certain dividende et d'autres revenus aux termes du paragraphe 74(1) [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 39]. Une question accessoire nous amène à examiner le paragraphe 73(5) [mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 24].

Les faits ne sont pas contestés. Albert Kieboom (le contribuable) exploitait une entreprise de vente de tapis à Red Deer, en Alberta par l'intermédiaire de sa compagnie, Carpet Colour Centre (Red Deer) Ltd., qui a été constituée en personne morale le 3 mai 1976. À l'époque où la compagnie a été constituée, M. Kieboom a acquis neuf actions ordinaires et sa femme, Adriana Kieboom, a acquis une action ordinaire. M. Kieboom avait donc une participation de 90 % dans la compagnie, tandis que sa femme avait une participation de 10 %. M. et M<sup>me</sup> Kieboom étaient les seules administrateurs et actionnaires.

À la fin de 1979, d'autres actions sans droit de vote de catégorie «A» ont été créées et, le 12 février 1980, Adriana, la femme de M. Kieboom, a acheté huit des actions en question. Les actions ordinaires de catégorie «A» avaient une valeur égale aux actions ordinaires initiales. M<sup>me</sup> Kieboom a acheté ses huit actions au prix d'un dollar chacune, une somme qui était très inférieure à leur valeur marchande. Cette opération a eu pour effet de diviser la participation dans la compagnie également entre le contribuable,

At a further meeting on March 1, 1981, the Company, pursuant to the decision of its directors, the taxpayer and his wife, issued 8 further class "A" shares to each of their three children for \$1 each, which was again below market value. The fair market value of the shares at the time was \$6,800 each.

As a result of these two transactions, the taxpayer's interest in his company fell first from 90% to 50%, and then from 50% to 21.4%. The second transaction reduced his wife's interest from 50% to 21.4%. This transaction also gave the three children 19% of the equity of the Company each. The transactions are illustrated by the charts below:

1. <u>At Incorporation</u>	
Albert Kieboom	9 common shares
Adriana Kieboom	1 common share
2. <u>After the Meeting of February 12, 1980</u>	
Albert Kieboom	9 common shares
Adriana Kieboom	1 common share
	8 Class "A" common shares
3. <u>After the Meeting of March 12, 1981</u>	
Albert Kieboom	9 common shares
Adriana Kieboom	1 common share
	8 Class "A" common shares
Yost Kieboom	8 Class "A" common shares
Alma Kieboom	8 Class "A" common shares
Sheila Kieboom	8 Class "A" common shares

Alternately, the transactions can be considered in terms of the effect which they had on the equity of the Company:

1. <u>At Incorporation</u>	
Albert Kieboom	90% of the equity
Adriana Kieboom	10% of the equity

qui détenait toujours ses neuf actions originales, et sa femme, qui détenait neuf actions (une action ordinaire et huit actions ordinaires de catégorie «A»).

*a* Au cours d'une autre assemblée, tenue le 1<sup>er</sup> mars 1981, la compagnie a, conformément à la décision de ses administrateurs, le contribuable et sa femme, émis huit autres actions de catégorie «A» à chacun de leurs trois enfants pour un dollar chacune. Ce prix était lui aussi inférieur à la valeur marchande. La juste valeur marchande des actions se chiffrait à l'époque à 6 800 \$ chacune.

*c* Par suite de ces deux opérations, la participation du contribuable dans sa compagnie a été ramenée d'abord de 90 % à 50 %, puis de 50 % à 21,4 %. La seconde opération a fait passer la participation de sa femme de 50 % à 21,4 %. Cette opération a également eu pour effet d'accorder aux trois enfants une participation de 19 % dans la compagnie. Les opérations sont illustrées par les tableaux suivants:

1. <u>Au moment de la constitution de la compagnie</u>	
Albert Kieboom	9 actions ordinaires
Adriana Kieboom	1 action ordinaire
2. <u>À la suite de l'assemblée du 12 février 1980</u>	
Albert Kieboom	9 actions ordinaires
Adriana Kieboom	1 action ordinaire
	8 actions ordinaires de catégorie «A»
3. <u>À la suite de l'assemblée du 12 mars 1981</u>	
Albert Kieboom	9 actions ordinaires
Adriana Kieboom	1 action ordinaire
	8 actions ordinaires de catégorie «A»
Yost Kieboom	8 actions ordinaires de catégorie «A»
Alma Kieboom	8 actions ordinaires de catégorie «A»
Sheila Kieboom	8 actions ordinaires de catégorie «A»

*i* On peut aussi considérer les opérations en fonction de l'effet qu'elles ont eu sur la participation dans la compagnie:

1. <u>Au moment de la constitution de la compagnie</u>	
Albert Kieboom	participation de 90 %
Adriana Kieboom	participation de 10 %

2. After the Meeting of February 12, 1980

Albert Kieboom	50% of the equity
Adriana Kieboom	50% of the equity

3. After the Meeting of March 12, 1981

Albert Kieboom	21.4% of the equity
Adriana Kieboom	21.4% of the equity
Yost Kieboom	19% of the equity
Alma Kieboom	19% of the equity
Sheila Kieboom	19% of the equity

In 1982, the Company declared and paid a dividend of \$4,000 per common share and \$3,750 per class "A" common share.

The Minister reassessed the taxpayer for both the 1981 and the 1982 taxation years. The taxpayer was reassessed for 1981 in two respects. Firstly, the Minister stated that the issuance of common shares to the children by the Company constituted a disposition pursuant to paragraph 245(2)(c) and subsection 69(1) of the *Income Tax Act*. The taxpayer and his wife were both deemed to have received the proceeds of disposition at fair market value.

Secondly, the Minister also reassessed the taxpayer in 1981 on the grounds that the subsection 74(1) attribution rules applied to the issuance of shares to Mrs. Kieboom. Under section 74 [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 39], income on property transferred between spouses is attributed to the transferor spouse. The definition of income for the purposes of this section includes capital gain. Thus, 80% of the capital gain deemed to have been received by Mrs. Kieboom by virtue of her deemed disposition to the children as described in the paragraph above was attributed to the taxpayer, according to section 74.

The Minister's view that there had been a section 74 spousal transfer lead to a reassessment of the taxpayer in 1982 stating that Mr. Kieboom was required to include in his income any income which his wife received from the class "A" shares. As was recounted in the facts above, dividends on the class "A" shares were issued in 1982. Thus, the reassessment included the sum of \$40,500 in the income of the taxpayer, as

2. À la suite de l'assemblée du 12 février 1980

Albert Kieboom	participation de 50 %
Adriana Kieboom	participation de 50 %

a 3. À la suite de l'assemblée du 12 mars 1981

Albert Kieboom	participation de 21,4 %
Adriana Kieboom	participation de 21,4 %
Yost Kieboom	participation de 19 %
Alma Kieboom	participation de 19 %
Sheila Kieboom	participation de 19 %

En 1982, la compagnie a déclaré et distribué 4 000 \$ de dividendes par action ordinaire et 3 750 \$ de dividendes par action ordinaire de catégorie «A».

Le ministre a fixé de nouveau l'impôt dû par le contribuable pour les années d'imposition 1981 et 1982. Le contribuable a fait l'objet d'une nouvelle cotisation pour 1981 sous deux aspects. En premier lieu, le ministre a déclaré que l'émission d'actions ordinaires aux enfants par la compagnie constituait une disposition au sens de l'alinéa 245(2)c) et du paragraphe 69(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le contribuable et sa femme ont été tous les deux réputés avoir reçu le produit de la disposition à la juste valeur marchande.

En second lieu, le ministre a également fixé de nouveau l'impôt dû par le contribuable pour 1981 au motif que les règles d'attribution prévues par le paragraphe 74(1) s'appliquaient à l'émission d'actions faite à M<sup>me</sup> Kieboom. Aux termes de l'article 74 [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 39], le revenu provenant de biens transférés entre conjoints est attribué à l'auteur du transfert. Pour l'application de cet article, les gains en capital sont assimilés à un revenu. Ainsi, conformément à l'article 74, le contribuable s'est vu attribuer 80 % du gain en capital réputé avoir été reçu par M<sup>me</sup> Kieboom en raison de la disposition qu'elle était réputée avoir faite aux enfants et dont nous avons déjà parlé.

L'opinion du ministre suivant laquelle il y avait eu un transfert entre conjoints au sens de l'article 74 a donné lieu pour 1982 à une nouvelle cotisation dans laquelle le ministre a déclaré que M. Kieboom était tenu d'inclure dans son revenu tout revenu que son épouse avait reçu des actions ordinaires de catégorie «A». Ainsi que nous l'avons relaté dans les faits déjà exposés, des dividendes ont été distribués en 1982

this was the amount of money received in dividends by Mrs. Kieboom in respect of her class "A" common shares in 1982.

The issue before us is whether these reassessments are correct. The Tax Court decided that paragraph 245(2)(c) applied to the conferral of the benefit, but that there should not be attribution under subsection 74(1). On appeal to the Trial Division of this Court, the Court essentially agreed. The Minister appealed the decision of the Trial Division as to the attribution under subsection 74(1) and there is a cross-appeal by the taxpayer as to whether there was any conferral of a benefit under paragraph 245(2)(c). I shall deal with the main issues, starting with the question of the conferral of a benefit under paragraph 245(2)(c), then with the matter of attribution under subsection 74(1) and finally under subsection 73(5).

### 1. Was there a Benefit Conferred by the Taxpayer?

The first issue is whether the shares acquired by the children were a benefit conferred by the taxpayer so as to fall within paragraph 245(2)(c), which reads:

245. . . .

(2) Where the result of one or more sales, exchanges, declarations of trust, or other transactions of any kind whatever is that a person confers a benefit on a taxpayer, that person shall be deemed to have made a payment to the taxpayer equal to the amount of the benefit conferred notwithstanding the form or legal effect of the transactions or that one or more other persons were also parties thereto; and, whether or not there was an intention to avoid or evade taxes under this Act, the payment shall, depending upon the circumstances, be

(c) deemed to be a disposition by way of gift.

It is not disputed that the acquisition of the shares at less than the market value was a benefit to the children, but it is contended that it was the corporation, not the taxpayer, which did the conferring. This is

relativement aux actions de catégorie «A». Ainsi donc, dans la nouvelle cotisation, le ministre a ajouté au revenu du contribuable la somme de 40 500 \$, étant donné que c'était la somme d'argent que M<sup>me</sup>

<sup>a</sup> Kieboom avait reçue à titre de dividendes relativement à ses actions ordinaires de catégorie «A» en 1982.

La question dont nous sommes saisis est celle de savoir si les nouvelles cotisations en question sont bien fondées. La Cour de l'impôt a décidé que l'alinéa 245(2)c) s'appliquait à l'avantage conféré, mais qu'il ne devait pas y avoir d'attribution aux termes du paragraphe 74(1). Saisie de l'appel interjeté de cette décision, la Section de première instance de notre Cour s'est essentiellement dite du même avis. Le ministre interjette appel de la décision de la Section de première instance quant à l'attribution prévue au paragraphe 74(1) et le contribuable forme un appel incident sur la question de savoir si un avantage a été conféré au sens de l'alinéa 245(2)c). J'examinerai les principales questions en litige, en commençant par la question de l'octroi d'un avantage au sens de l'alinéa 245(2)c), pour ensuite traiter de la question de l'attribution prévue au paragraphe 74(1) et, finalement, du paragraphe 73(5).

### 1. Un avantage a-t-il été conféré par le contribuable?

La première question à résoudre est celle de savoir si les actions acquises par les enfants constituaient un avantage conféré par le contribuable au sens de l'alinéa 245(2)c), dont voici le libellé:

<sup>b</sup> 245. . . .

(2) Lorsqu'une ou plusieurs ventes, échanges, déclarations de fiducie ou autres opérations de quelque nature que ce soit ont pour résultat qu'une personne confère un avantage à un contribuable, cette personne est réputée avoir fait au contribuable un paiement égal au montant de l'avantage conféré, nonobstant la forme ou les effets juridiques des opérations ou le fait qu'une ou plusieurs autres personnes y aient été également parties; et, qu'il y ait eu ou non une intention d'éviter ou d'éluider des impôts prévus par la présente loi, le paiement doit, selon les circonstances, être

<sup>c</sup> réputé être une disposition à titre gratuit.

Il est constant que l'acquisition des actions à un prix inférieur à leur valeur marchande constitue un avantage conféré aux enfants, mais l'on prétend que c'est la compagnie, et non le contribuable, qui l'a

inaccurate. Although it is true that it was the corporation which actually issued the shares, it cannot be said that the benefit was conferred by the corporation. By the issuance of these additional shares, the value of the shares held by the taxpayer was diminished. The amount of this decrease in value was, in effect, given to the new shareholders at the nominal purchase price of the shares. The fact that this was done by the taxpayer directing the company he controlled to issue new shares to the recipients, rather than issuing new shares to himself and then giving them to his family, made no difference at all. The result was the same. A benefit was conferred on the children by the taxpayer. While this Court respects fully the corporate forms used in various transactions, Parliament directs on occasion that these forms be ignored. In this case, the express wording of the Act requires that the forms used be disregarded for purposes of the section. The section stipulates that “notwithstanding the form or legal effect of the transactions or that one or more other persons were also parties thereto”, if the result is a benefit conferred by one person to another, the amount is deemed to be a payment which is a “disposition by way of gift”.

Here, the taxpayer has arranged for his company to issue shares to his children in such a way that the value of his own and his wife’s shares was reduced and an interest of corresponding value was created in his children. It was undoubtedly hoped that this indirect conferral, using the corporate form, would reduce Mr. Kieboom’s tax burden. However, the clear words of the statute require that the Court ignore the “form and legal effect” of the conferral. There is no need to invoke the common law principles of lifting the corporate veil. The statute clearly directs that the veil must be lifted in this instance. The Trial Judge recognized this when he stated [at page 290]:

The wording of the section states “notwithstanding the form or legal effect of the transactions”. This would suggest that irrespective of the form of the transaction, the Minister will examine the substance of the transaction.

conféré. Cela est inexact. Même s’il est vrai que c’est la compagnie qui a effectivement émis les actions, on ne saurait prétendre que l’avantage a été conféré par la compagnie. À la suite de l’émission de ces actions supplémentaires, la valeur des actions détenues par le contribuable a diminué. Le montant de cette diminution de valeur a, en fait, été transmis aux nouveaux actionnaires au prix d’achat symbolique des actions. Le fait que, pour ce faire, le contribuable ait donné ordre à la compagnie qu’il contrôlait d’émettre de nouvelles actions aux bénéficiaires au lieu d’émettre de nouvelles actions à lui-même et de les remettre ensuite aux membres de sa famille ne change en rien la situation. Le résultat est le même. Un avantage a été conféré aux enfants par le contribuable. Bien que la Cour respecte entièrement les formes employées par les compagnies pour diverses opérations, le législateur ordonne à l’occasion d’ignorer ces formes. En l’espèce, le libellé explicite de la Loi exige qu’on ne tienne pas compte des formes employées pour l’application de cet article. Cet article dispose que «nonobstant la forme ou les effets juridiques des opérations ou le fait qu’une ou plusieurs autres personnes y aient été également parties», si le résultat est qu’un avantage est conféré par une personne à une autre, le paiement est réputé être «une disposition à titre gratuit».

En l’espèce, le contribuable a pris des dispositions pour que sa compagnie émette des actions à ses enfants de manière à diminuer la valeur de ses actions et de celles de sa femme et à créer en faveur de ses enfants une participation d’une valeur correspondante. Il espérait sans doute que cet octroi indirect effectué par le biais de sa compagnie réduirait son fardeau fiscal. Le libellé exprès de la Loi oblige toutefois la Cour à ne pas tenir compte de la «forme ou [des] effets juridiques» de l’octroi. Il n’est pas nécessaire d’invoquer les principes de common law qui permettent de faire abstraction de la personnalité morale. La Loi prévoit clairement qu’il faut faire abstraction de la personnalité morale dans le cas qui nous occupe. C’est ce qu’a reconnu le juge de première instance lorsqu’il a déclaré [à la page 290]:

Cette disposition précise qu’elle s’applique «nonobstant la forme ou les effets juridiques des opérations». Cela laisse entendre qu’indépendamment de la forme de l’opération, le ministre en examinera la nature véritable.

This view is consistent with that of the Exchequer Court in *Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace*, [1967] 2 Ex.C.R. 128. Although the Exchequer Court case dealt with an issue of gift tax under the old subsection 137(2) [R.S.C. 1952, c. 148], the wording in this section is almost identical to that in paragraph 245(2)(c). President Jackett, addressing a similar fact situation, expressed the law as follows [at pages 138-139]:

The sequence of events bears all the earmarks of a series of company transactions that had been arranged in advance by the major shareholder and father, after taking appropriate professional advice, with a view to achieving the result of increasing the children's proportions in the ownership of the stock of the company. . . . Moreover, the benefit, if it was one, was an increase in the proportions of the children almost entirely at the expense of a decrease in the respondent's.

There is no doubt in my mind that, if the result of the transaction was a benefit to the children, it was conferred on them by the respondent.

With respect, I agree with this statement of the law and, in my view, the fact of the repeal of the gift tax should make no difference to the reasoning of the Court on this issue. See also *Applebaum v. Minister of National Revenue* (1971), 71 DTC 371 (T.A.B.); *Levine Estate v. Minister of National Revenue*, [1973] F.C. 285 (T.D.).

The Trial Judge correctly found that paragraph 245(2)(c) is a characterizing provision, not a charging provision. It is not persuasive to argue that it is a charging provision which does not end up charging. The courts are obligated to give some meaning to the words of Parliament, where it can be fairly done, and to avoid rendering Parliamentary language meaningless. The effect of paragraph 245(2)(c) is to characterize the benefit as a deemed disposition, which is deemed to occur at fair market value under subparagraph 69(1)(b)(ii). This subparagraph provides that if a taxpayer disposes of anything by way of a gift *inter vivos* at less than fair market value, the taxpayer is "deemed to have received proceeds of disposition therefor equal to that fair market value".

Cette opinion s'accorde avec celle qu'a exprimée la Cour de l'Échiquier dans le jugement *Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace*, [1967] 2 R.C.É. 128. Bien que l'affaire soumise à la Cour de l'Échiquier portât sur une question d'impôt sur les dons sous le régime de l'ancien paragraphe 137(2) [S.R.C. 1952, ch. 148], le libellé de cet article est presque identique à celui de l'alinéa 245(2)c). Le président Jackett, qui examinait une situation de fait semblable, a exprimé dans les termes suivants les règles de droit applicables [aux pages 138 et 139]:

[TRADUCTION] L'ordre chronologique dans lequel les événements se sont produits dénote clairement qu'il s'agissait d'une série d'opérations de la compagnie planifiées à l'avance par l'actionnaire principal et père, après avoir obtenu les conseils professionnels appropriés, dans le but d'augmenter la participation des enfants dans le capital-actions de la compagnie. . . Qui plus est, l'avantage, si c'en était un, s'est traduit par une augmentation de la participation des enfants presque entièrement aux dépens de celle de l'intimé.

Il n'y a aucun doute dans mon esprit que, si l'opération a eu pour effet de conférer un avantage aux enfants, c'est par l'intimé qu'il leur a été conféré.

Je souscris à cet exposé du droit et j'estime que l'abolition de l'impôt sur les dons ne change rien au raisonnement de la Cour sur cette question. Voir également *Applebaum v. Minister of National Revenue* (1971), 71 DTC 371 (C.A.I.); *La succession Levine c. Le ministre du Revenu national*, [1973] C.F. 285 (1<sup>re</sup> inst.).

C'est à bon droit que le juge de première instance a statué que l'alinéa 245(2)c) est une disposition de caractérisation, et non une disposition d'application. L'argument qu'il s'agit d'une disposition d'application qui n'a pas pour effet de frapper d'un impôt n'est pas convaincant. Les tribunaux sont obligés de trouver un sens aux mots qu'a employés le législateur lorsque cela est raisonnablement possible, et d'éviter de vider de leur sens les mots qu'il a employés. L'alinéa 245(2)c) a pour effet de qualifier l'avantage de disposition réputée, laquelle est réputée avoir lieu à la juste valeur marchande aux termes du sous-alinéa 69(1)b)(ii). Cet alinéa prévoit que le contribuable qui dispose d'un bien par une donation entre vifs moyennant une contrepartie inférieure à la juste valeur marchande est «réputé avoir reçu par suite de la disposition une contrepartie égale à cette juste valeur marchande».



This interpretation of paragraph 245(2)(c) reflects the aim of the Minister of Finance, as expressed in the White Paper which preceded the enactment of these tax reforms which was tabled in the House of Commons on November 7, 1969 [*House of Commons Debates*, 2nd Sess., 28th Parl., vol. I, at page 659]. In that document it was made clear that gifts, which used to be taxed as such, would henceforth be taxed as if the donor had sold the asset for its fair market value and then made a gift of the proceeds. In addition, this interpretation is in harmony with *Interpretation Bulletin* No. IT-453 which, although not binding on this Court, is, according to the decision of Mr. Justice Dickson [as he then was], "entitled to weight and can be an 'important factor' in case of doubt about the meaning of legislation." (*Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at page 37; *R. v. Fries* (1989), 89 CLLC 14,029 (F.C.A.), at page 12,237 per Urie J.A.; and *Vaillancourt v. Deputy M.N.R.*, [1991] 3 F.C. 663 (C.A.).

As the Trial Judge explained [at page 294]:

A taxpayer cannot give away an interest in property at less than fair market value without attracting taxation. The rationale behind this principle is to capture transactions which are designed to transfer ownership without attracting tax consequences.

I agree with that conclusion. Unlike *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020, here there was no statutory language using corporate vocabulary, only general language. Here there was clearly in the issuance of shares to the children a benefit conferred such as meets the description in subsection 245(2) of "transactions . . . [which] confer a benefit". These transfers to the children are thus subject to the application of subsection 69(1).

2. Was there a Transfer of Property so as to Engage the Attribution Provisions?

The second issue is whether the spousal attribution rules apply to income derived from the property given to the wife, including income from the deemed disposition from the transaction which conferred the benefit of a portion of Mr. and Mrs. Kieboom's inter-

Cette interprétation de l'alinéa 245(2)c reflète l'objectif du ministre des Finances, tel qu'il a été exprimé dans le livre blanc qui a précédé l'adoption de ces réformes fiscales et qui a été déposé devant la Chambre des communes le 7 novembre 1969 [*Débats de la Chambre des Communes*, 2<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> Lég., vol. I, à la page 659]. Ce document précise bien que les dons, qui étaient jusqu'alors imposés comme tels, seraient désormais imposés comme si le donateur avait vendu le bien à sa juste valeur marchande et avait ensuite fait don du produit. De plus, cette interprétation s'accorde avec le *Bulletin d'interprétation* n° IT-453 qui, même s'il ne lie pas notre Cour, a, suivant la décision du juge Dickson [alors juge puîné], «une certaine valeur et, en cas de doute sur le sens de la législation, . . . [peut] être un "facteur important"». (*Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29 à la page 37; *R. c. Fries* (1989), 89 CLLC 14,029 (C.A.F.), à la page 12,237, le juge Urie, J.C.A.; et *Vaillancourt c. Sous-ministre M.R.N.*, [1991] 3 C.F. 663 (C.A.).

Ainsi que le juge de première instance l'a expliqué [à la page 294]:

. . . un contribuable ne peut se départir d'un droit de propriété moyennant une contrepartie inférieure à sa juste valeur marchande sans être assujéti à l'impôt. Ce principe vise à assujéti les opérations conçues pour transférer le droit de propriété sans entraîner de conséquences fiscales.

Je souscris à cette conclusion. À la différence de l'affaire *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020, la loi n'emploie pas en l'espèce des mots du vocabulaire des compagnies, mais seulement des termes du vocabulaire général. Dans le cas qui nous occupe, l'émission d'actions aux enfants leur a de toute évidence conféré un avantage au sens du paragraphe 245(2), en ce sens qu'il s'agissait d'«opérations . . . [qui] confèrent un avantage». Les transferts ainsi effectués en faveur des enfants sont donc assujéti à l'application du paragraphe 69(1).

2. Y a-t-il eu un transfert de biens, ce qui donnerait lieu à l'application des dispositions d'attribution?

La seconde question à trancher est celle de savoir si les règles d'attribution entre conjoints s'appliquent au revenu tiré du bien qui a été donné à l'épouse, y compris au revenu reçu de la disposition réputée en conséquence de l'opération par laquelle l'avantage

est in the Company to the children. Subsection 74(1) is the governing provision and it states:

74. (1) Where a person has, on or after August 1, 1917, transferred property either directly or indirectly by means of a trust or by any other means whatever to his spouse, or to a person who has since become his spouse, any income or loss, as the case may be, for a taxation year from the property or from property substituted therefor shall, during the lifetime of the transferor while he is resident in Canada and the transferee is his spouse, be deemed to be income or a loss, as the case may be, of the transferor and not of the transferee.

In my view, the phrase “transfer of property” is used in this provision in a rather broad sense. Both of the nouns in the phrase are general and non-technical. As for the word transfer, Lord Justice James in *Gathercole v. Smith* (1880-81), 17 Ch. D. 1 (C.A.), stated at page 7 that the noun transfer was “one of the widest terms that can be used.” Lord Justice Lush [at page 9] stated that the word “transferable” includes “every means by which the property may be passed from one person to another.”

President Thorson, relying on the above definitions in *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] Ex.C.R. 580, at page 592, stated:

The word “transfer” is not a term of art and has not a technical meaning. It is not necessary to a transfer of property from a husband to his wife that it should be made in any particular form or that it should be made directly. All that is required is that the husband should so deal with the property as to divest himself of it and vest it in his wife, that is to say, pass the property from himself to her. The means by which he accomplishes this result, whether direct or circuitous, may properly be called a transfer.

A gift is a transfer, therefore, as was made clear by Mr. Justice Heald (as he then was) in *The Queen v. Zandstra*, [1974] 2 F.C. 254 (T.D.), at page 261. (See also *The Queen v. McBurney (L)*, [1985] 2 CTC 214 (F.C.A.), at page 218 and *Commr of Taxation (Cth) v. McPhail* (1968), 41 A.L.J.R. 346 (H.C.).)

As for the word property, it too has been widely interpreted. The *Income Tax Act*, subsection 248(1) defines property as “property of any kind whatever whether real or personal or corporeal or incorporeal

d’une partie de la participation de M. et de M<sup>me</sup> Kieboom a été conféré aux enfants. Le paragraphe 74(1) est la disposition applicable. Elle dispose:

74. (1) Lorsqu’une personne a transféré des biens, directement ou indirectement, le 1<sup>er</sup> août 1917 ou après, par un acte de fiducie ou par tout autre moyen que ce soit à son conjoint, ou à une personne qui est depuis devenue son conjoint, tout revenu ou toute perte, le cas échéant, pour une année d’imposition, provenant des biens ou de biens y substitués, est réputée, durant la vie de l’auteur du transfert, tandis qu’il réside au Canada et que le bénéficiaire du transfert est son conjoint, être un revenu ou une perte, le cas échéant, de l’auteur du transfert et non de celui à qui le transfert a été fait.

À mon avis, l’expression «transfert de biens» est employée dans cette disposition dans un sens plutôt large. Les deux substantifs de cette expression sont généraux et n’ont pas de sens technique. Quant au mot «transfert», le lord juge James a déclaré à la page 7 de l’arrêt *Gathercole v. Smith* (1880-81), 17 Ch. D. 1 (C.A.) que le substantif «transfert» est [TRADUCTION] «l’un des termes les plus généraux que l’on puisse employer». Le lord juge Lush a déclaré [à la page 9] que le mot «transférable» comprend [TRADUCTION] «tout moyen par lequel un bien peut être transmis d’une personne à une autre».

Le président Thorson, se fondant sur les définitions précitées dans le jugement *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] R.C.É. 580, a déclaré, à la page 592:

[TRADUCTION] Le mot «transfert» n’est pas un terme technique. Pour qu’il y ait transfert d’un bien d’un mari à sa femme, il n’est pas nécessaire qu’il soit fait selon une forme particulière, ni qu’il soit fait directement. Il suffit que le contribuable se départisse du bien et le remette à son épouse, c’est-à-dire qu’il lui transmette le bien. Le moyen employé pour atteindre ce résultat, qu’il soit direct ou indirect, peut à juste titre être appelé un transfert.

Par conséquent, un don est un transfert, ainsi que l’a bien précisé le juge Heald (maintenant juge à la Cour d’appel fédérale) dans la décision *La Reine c. Zandstra*, [1974] 2 C.F. 254 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 261. (Voir également *La Reine c. McBurney (L)*, [1985] 2 CTC 214 (C.A.F.), à la page 218 et *Commr of Taxation (Cth) v. McPhail* (1968), 41 A.L.J.R. 346 (H.C.).)

Quant au mot «bien», il a aussi reçu une interprétation large. Le paragraphe 248(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* en donne la définition suivante: «biens de toute nature, meubles ou immeubles, corporels ou

and, without restricting the generality of the foregoing includes (a) a right of any kind whatever, a share or a chose in action.” Lord Langdale once stated that the word property is the “most comprehensive of all the terms which can be used, inasmuch as it is indicative and descriptive of every possible interest which the party can have.” (See *Jones v. Skinner* (1836), 5 L.J. (N.S.) Ch. 87 (Rolls Ct.), at page 90; see also *Re Lunness* (1919), 46 O.L.R. 320 (App. Div.), at page 322; *Fasken*, *supra*, at page 591; and *Vaillancourt v. Deputy M.N.R.*, [1991] 3 F.C. 663 (C.A.).)

In this case, therefore, the taxpayer transferred property to his wife, that is, he gave a portion of his ownership of the equity in his company to his wife. The 40% capital interest in his company which he gave to his wife was clearly property. His beneficial interest in his company was reduced by 40% and hers was increased by 40%. The fact that this transfer of property was accomplished through causing his company to issue shares makes no difference. Subsection 74(1) covers transfers that are made “directly or indirectly” and “by any other means whatever”. The transfer, which in this case was indirect, in that the taxpayer arranged for his company to issue shares to his wife, is nevertheless a transfer from the husband to the wife. There is no need for shares to be transferred in order to trigger this provision of the Act, as was erroneously concluded by the Tax Court Judge. By this transfer of property to his wife, he divested himself of certain rights to receive dividends should they be declared. Hence, when the dividends were paid to the wife in 1982, that was income from the transferred property and was rightly attributable to the taxpayer.

In addition, the property transferred to Mrs. Kieboom in 1980 was a portion of his ownership equity. As a result of the transfer, the taxpayer’s entitlement of 40% was transferred to Mrs. Kieboom. Moreover, the shares which Mrs. Kieboom acquired are also taxable as “substituted property” pursuant to subsection 248(5) [as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 108(12)], as it may be said that she substituted the shares she purchased for the property she

incorporels et comprend, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, a) un droit de quelque nature qu’il soit, une action ou part» lord Langdale a déjà déclaré que le mot «bien» est [TRADUCTION] «le terme le plus général que l’on puisse employer, étant donné qu’il sert à désigner et à décrire tous les droits possibles qu’une personne peut avoir». (Voir *Jones v. Skinner* (1836), 5 L.J. (N.S.) Ch. 87 (Rolls Ct.), à la page 90; voir également *Re Lunness* (1919), 46 O.L.R. 320 (Div. app.), à la page 322; *Fasken*, précité, à la page 591; et *Vaillancourt c. Sous-ministre M.R.N.*, [1991] 3 C.F. 663 (C.A.).)

Ainsi donc, en l’espèce, le contribuable a transféré un bien à sa femme en lui donnant une partie de sa participation dans sa compagnie. La participation de 40 % du capital-actions de sa compagnie qu’il a donné à sa femme constituait de toute évidence un bien. Sa participation dans sa compagnie a été réduite de 40 % et celle de sa femme a été augmentée de 40 %. Le fait qu’il a réalisé ce transfert de bien en faisant émettre des actions par sa compagnie ne fait pas de différence. Le paragraphe 74(1) s’applique aux transferts qui sont faits «directement ou indirectement» ou «par tout autre moyen que ce soit». Le transfert, qui en l’espèce était indirect, étant donné que le contribuable a pris des dispositions pour que sa compagnie émette des actions à sa femme, constitue néanmoins un transfert du mari à la femme. Il n’est pas nécessaire qu’il y ait un transfert d’actions pour déclencher l’application de cette disposition de la Loi, comme le juge de la Cour de l’impôt l’a conclu à tort. Par ce transfert de bien à sa femme, le contribuable s’est départi de certains droits de recevoir des dividendes, si des dividendes étaient déclarés. Ainsi, lorsque les dividendes ont été distribués à sa femme en 1982, il s’agissait d’un revenu qui provenait du bien transféré et qui était à juste titre attribuable au contribuable.

En outre, le bien transféré à M<sup>me</sup> Kieboom en 1980 représentait une partie de la participation du contribuable. À la suite du transfert, la participation de 40 % du contribuable a été transférée à M<sup>me</sup> Kieboom. De plus, les actions que M<sup>me</sup> Kieboom a acquises sont également imposables à titre de «biens substitués» aux termes du paragraphe 248(5) [édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 108(12)], étant donné qu’on peut dire qu’elle a substitué les actions

received from her husband. (See also the Interpretation Bulletins Nos. IT-258, IT-209.) Mrs. Kieboom disposed of part of that interest when she transferred a part of that equity to the children. On the same reasoning as above, the section 69 deemed capital gain on that disposition must also be attributed to the taxpayer under subsection 74(2).

### 3. Does Subsection 73(5) Apply to the Transfer to the Children?

It has been argued that if there had been a transfer of property to the wife for attribution purposes, there has also been a transfer to the children so as to trigger the rollover provisions of subsection 73(5) which reads:

73. . . .

(5) For the purposes of this Part, where at any particular time a taxpayer has transferred property to his child who was resident in Canada immediately before the transfer and the property was, immediately before the transfer, a share of the capital stock of a small business corporation, except where the rules in subsection 74(2) require any taxable capital gain from the disposition by the taxpayer of that property to be included in the income of a person other than the taxpayer, the following rules apply. . . .

The express language in the section does not permit this conclusion. In order to receive the benefit of subsection 73(5) the property being transferred should be "immediately before the transfer, a share of the capital stock of a small business corporation". The fact that there is here a transfer of property which was later turned into shares is not enough in the face of the express language of the provision. This may appear to some to be inconsistent, but that was clearly the intention of Parliament. The taxpayer could easily have chosen to transfer shares to his children and to obtain the tax benefit in subsection 73(5), but instead he chose to attempt to secure other tax benefits for himself by using different methods of transferring his property. The Court must deal with what the taxpayer did, not what he could have done. (See Mahoney J. in *Matheson, JA v The Queen*, [1974] CTC 186 (F.C.T.D.), at page 189; approved *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, at page 55 *per* Dickson C.J.). For an even more restric-

qu'elle a achetées au bien qu'elle a reçu de son mari. (Voir également les bulletins d'interprétation nos IT-258 et IT-209.) M<sup>me</sup> Kieboom a disposé d'une partie de cette participation en transférant une partie aux enfants. Suivant le même raisonnement que celui que nous avons déjà exposé, le gain en capital qu'elle est présumée, selon l'article 69, avoir réalisé à la suite de cette disposition doit également être attribué au contribuable aux termes du paragraphe 74(2).

### 3. Le paragraphe 73(5) s'applique-t-il au transfert aux enfants?

On a soutenu que s'il y avait eu un transfert de bien à la femme aux fins de l'attribution, il y a également eu un transfert aux enfants, ce qui donne lieu à l'application des dispositions de roulement du paragraphe 73(5) qui dispose:

73. . . .

(5) Aux fins de la présente Partie et sauf lorsque les règles exposées au paragraphe 74(2) exigent qu'un gain en capital imposable, tiré de la disposition d'un bien par le contribuable, soit inclus dans le revenu d'une personne autre que le contribuable, lorsque, à une date quelconque, un bien a été transféré par un contribuable à son enfant qui résidait au Canada immédiatement avant le transfert, et que le bien était, immédiatement avant le transfert, une action du capital-actions d'une corporation exploitant une petite entreprise, les règles suivantes s'appliquent . . .

Le libellé exprès de cette disposition ne permet pas de tirer une telle conclusion. Pour bénéficier du paragraphe 73(5), il faut que le bien transféré soit «immédiatement avant le transfert, une action du capital-actions d'une corporation exploitant une petite entreprise». Le fait qu'il y a eu en l'espèce transfert d'un bien qui a été par la suite converti en actions ne suffit pas, compte tenu du libellé exprès de la disposition. Cela peut sembler illogique pour certains, mais c'était de toute évidence l'intention du législateur. Le contribuable aurait facilement pu choisir de transférer des actions à ses enfants et d'obtenir l'avantage fiscal prévu au paragraphe 73(5), mais il a plutôt choisi d'essayer d'obtenir d'autres avantages fiscaux pour lui-même en employant des méthodes différentes pour transférer ses biens. La Cour doit examiner ce que le contribuable a fait, et non ce qu'il aurait pu faire. (Voir les propos du juge Mahoney, dans l'arrêt *Matheson, JA c La Reine*, [1974] CTC 186 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 189; confirmés par le juge en chef

tive example of a rollover provision as to farmers, see subsection 73(3) requiring the children to have used the farm in the business of farming.

In conclusion, the aim of the taxpayer in this case was to split his income with his wife and children in order to reduce his tax burden. The *Income Tax Act* is now designed to prevent practices which were often allowed in earlier times. The Interpretation Bulletins explained the policy of the department in accordance with its interpretation of the provisions. The taxpayer, on the advice of his advisers, sought to circumvent the operation of the sections in question with an ingenious set of transactions. He is entitled to attempt to do that. He did not succeed, because the language used in the Act does not allow him to.

Subsections 74(1) and 73(1) apply to the transfer of property from Mr. Kieboom to Mrs. Kieboom. Thus, her income on the shares, including the dividends which she received in 1982, are attributed back to Mr. Kieboom. Subsection 69(1) and paragraph 245(2)(c) together deem that the transfers of equity which both Mr. and Mrs. Kieboom made to their children are gifts, whose transfer is deemed to have occurred at fair market value. Mr. Kieboom thus is deemed to have received proceeds of disposition equal to the fair market value of the shares. Due to the operation of subsection 74(1), Mrs. Kieboom's deemed fair market value disposition to her children must also be attributed back to Mr. Kieboom.

The appeal will be allowed, and the cross-appeal dismissed. The reassessments will be restored for the years 1981 and 1982 on the basis of the revised agreed value of the shares.<sup>1</sup> Pursuant to Rule

<sup>1</sup> At the hearing of the appeal, the Court drew the attention of counsel to the second sentence of the Trial Division's conclusion (A.B., at p.146). Counsel agreed that the second sentence was in error since it did not accord with the reasons for judgment of the learned Trial Judge. It was further agreed that the second sentence should have read substantively somewhat

(Continued on next page)

Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, à la page 55). Pour un exemple encore plus restrictif d'une disposition de roulement en ce qui concerne les agriculteurs, voir le paragraphe a 73(3) qui prévoit que les enfants doivent avoir utilisé la ferme dans le cadre d'une entreprise agricole.

En conclusion, l'objectif du contribuable en l'espèce était de fractionner son revenu avec sa femme et ses enfants pour réduire son fardeau fiscal. La *Loi de l'impôt sur le revenu* est maintenant conçue pour empêcher des pratiques qui étaient souvent permises dans le passé. Les bulletins d'interprétation expliquaient la politique du Ministère en conformité avec c l'interprétation que ce dernier donne des dispositions. Sur l'avis de ses conseillers, le contribuable a essayé de se soustraire à l'application des articles en question par une série ingénieuse d'opérations. Il a le droit d'essayer de le faire. Il n'a pas réussi parce que d les mots employés dans la Loi ne le lui permettent pas.

Les paragraphes 74(1) et 73(1) s'appliquent au transfert de bien effectué par M. Kieboom à M<sup>me</sup> Kieboom. Ainsi, le revenu qu'elle a tiré des actions, y compris les dividendes qu'elle a reçus en 1982, est attribué à M. Kieboom. Le paragraphe 69(1) et l'alinéa 245(2)c prévoient tous les deux que les transferts de participation que M. et M<sup>me</sup> Kieboom ont tous les deux effectués en faveur de leurs enfants sont réputés être des dons, et que ces transferts sont réputés avoir été faits à la juste valeur marchande. M. Kieboom est donc réputé avoir reçu un produit de disposition égal à la juste valeur marchande des actions. Par application du paragraphe 74(1), la disposition réputée avoir été faite à la juste valeur marchande entre M<sup>me</sup> Kieboom et ses enfants doit aussi être attribuée à M. Kieboom.

L'appel sera accueilli, et l'appel incident sera rejeté. Les nouvelles cotisations des années 1981 et 1982 seront rétablies en fonction de la valeur convenue révisée des actions<sup>1</sup>. Conformément à la Règle

<sup>1</sup> À l'audition de l'appel, la Cour a appelé l'attention des avocats sur la deuxième phrase du dispositif de la Section de première instance (Dossier d'appel, à la p. 146). Les avocats ont convenu que la deuxième phrase était erronée étant donné qu'elle ne s'accordait pas avec les motifs du jugement du juge de première instance. Ils ont également convenu que la

(Suite à la page suivante)

337(2)(b) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], counsel for the appellant may prepare a draft of an appropriate judgment to implement the Court's conclusions and move for judgment pursuant to Rule 324. The parties may also, at the same time, address the issue of costs by way of a motion in writing pursuant to Rule 324.

HEALD J.A.: I agree.

DÉCARY J.A.: I agree.

337(2)(b) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] l'avocat de l'appellant peut préparer un projet de jugement pour donner effet à la décision de la Cour et demander, en vertu de la Règle 324, qu'un jugement soit prononcé. Les parties peuvent également aborder en même temps la question des dépens en présentant une requête sans comparution personnelle en vertu de la Règle 324.

*b* Le juge Heald, J.C.A.: Je suis du même avis.

Le juge Décary, J.C.A.: Je suis du même avis.

---

(Continued from previous page)

as follows: "The plaintiff's appeal, with respect to the capital gain attributed to the defendant from his wife is dismissed."

---

(Suite de la page précédente)

deuxième phrase aurait dû se lire en gros comme suit: «L'appel du demandeur est rejeté en ce qui concerne le gain en capital de l'épouse du demandeur qui a été attribué au demandeur.»

T-209-92

**Canadian Human Rights Commission (Applicant)**

v.

**Canadian Liberty Net and Derek J. Peterson (Respondents)***INDEXED AS: CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. CANADIAN LIBERTY NET (T.D.)*

Trial Division, Teitelbaum J.—Vancouver, June 29; Ottawa, July 9, 1992.

*Practice — Contempt of court — Application for finding of contempt of court under R. 355 for breach of injunction prohibiting communication of telephone messages identified in order — Show cause order issued — Messages transmitted from USA to avoid injunction — Most of messages specifically prohibited by injunction — Law of contempt reviewed — Standard of proof similar to that in criminal matters: proof beyond reasonable doubt — Contemptuous activity must be expressly mentioned in order — Contents of injunction order known to respondent, partner — Respondents interfering with orderly administration of justice, thus in contempt of court.*

This was an application that the respondents be condemned for contempt of court under Rule 355 for breaching an injunction order made by Muldoon J. prohibiting them from communicating or causing to be communicated by telephone messages as identified in the order. His Lordship had found that these messages were capable of exposing persons to hatred or contempt due to the fact that the persons spoken of were identifiable on the basis of race, national or ethnic origin, colour or religion. Following the issuance of the injunction, a call to a Vancouver telephone number resulted in a telephone message given by the respondent, Canadian Liberty Net, directing the caller to a telephone number in Bellingham, Washington, U.S.A. in an attempt to avoid the terms of the injunction order. At the hearing of the show cause order, witnesses for the applicant disclosed the contents of the messages they heard in dialing the telephone number in question. Most of these messages were those specifically prohibited by the injunction order. The issues were whether the respondents, Canadian Liberty Net and its partner, Tony McAleer, could be found guilty of contempt in that a telephone message in Canada directed a caller to dial a number in the U.S.A. to hear a message enjoined to be given in Canada and whether it was shown, beyond a reasonable doubt, that respondents had breached the injunction order.

T-209-92

**Commission canadienne des droits de la personne (requérante)**

a c.

**Canadian Liberty Net et Derek J. Peterson (intimés)***RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) c. CANADIAN LIBERTY NET (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Teitelbaum—Vancouver, 29 juin; Ottawa, 9 juillet 1992.

c.

*Pratique — Outrage au tribunal — Requête visant à obtenir en vertu de la Règle 355 une conclusion d'outrage au tribunal pour désobéissance à une injonction interdisant la diffusion de messages téléphoniques mentionnés dans une ordonnance — Une ordonnance de justification a été prononcée — Les messages ont été transmis à partir des É.-U. pour se soustraire à l'injonction — La plupart des messages étaient expressément interdits par l'injonction — Examen des règles de droit en matière d'outrage au tribunal — La norme de preuve est semblable à celle qui est appliquée en matière criminelle, c'est-à-dire la preuve hors de tout doute raisonnable — Les activités qui constituent un outrage au tribunal doivent être expressément mentionnées dans l'ordonnance — L'intimé et l'un des associés étaient au courant du contenu de l'injonction — Comme ils ont gêné la bonne administration de la justice, les intimés sont coupables d'outrage au tribunal.*

f.

Il s'agit d'une requête demandant à la Cour de condamner les intimés pour outrage au tribunal en vertu de la Règle 355 pour avoir désobéi à l'injonction par laquelle le juge Muldoon leur a interdit de diffuser ou de faire diffuser les messages téléphoniques mentionnés dans l'ordonnance. Sa Seigneurie avait conclu que les messages en question étaient susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable en raison de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur ou de leur religion. À la suite du prononcé de l'injonction, toute personne qui composait un numéro de téléphone de Vancouver entendait un message téléphonique de l'intimé, Canadian Liberty Net, qui invitait la personne qui appelait à composer un numéro de téléphone de Bellingham (Washington), États-Unis pour essayer de se soustraire aux conditions de l'injonction. À l'audition de l'ordonnance de justification, les témoins de la requérante ont révélé le contenu des messages qu'ils ont entendu en composant le numéro de téléphone en question. La plupart de ces messages étaient ceux qui étaient expressément interdits par l'injonction. Les questions en litige étaient celles de savoir si l'on pouvait déclarer les intimés, Canadian Liberty Net et son associé Tony McAleer, coupables d'outrage au tribunal au motif qu'un message téléphonique invite au Canada les personnes qui appellent à composer un numéro des É.-U. pour entendre un message dont la diffusion est interdite au Canada

j.

*Held*, the application should be granted.

The law of contempt was reviewed by the Federal Court of Appeal in *Valmet Oy v. Beloit Canada Ltd.* where it was said that a person cannot be found guilty of contempt of court if the contemptuous behaviour is not proved beyond a reasonable doubt, the standard of proof being similar to that applicable in criminal matters. It was also stated that the activity said to have constituted the contempt must be one clearly covered by the prohibition, which implies that it be expressly or by necessary inference mentioned in the order. The order herein prohibited the respondents themselves, their servants, agents, volunteers, co-operants or anyone having knowledge of the injunction from communicating or causing to be communicated by telephonic means those messages or that menu of messages or any part thereof identified in the reasons for order issued by Muldoon J. It was clear from the evidence that both McAleer and Canadian Liberty Net were made aware of the injunction order and that the reason they were operating "in exile" in the U.S.A. was because of their knowledge of the injunction. The messages carried from the Bellingham telephone number were in breach of the injunction order in that they were, for the most part, the same messages as were prohibited by the order. By informing persons to call the Bellingham telephone number, both Canadian Liberty Net and McAleer were causing to be communicated the prohibited and reprehensible messages. The evidence clearly showed that this method of causing the prohibited messages to be communicated to Canadians was carefully thought out. By specifically and purposely directing anyone who called the Canadian telephone number to call the American telephone number to hear the prohibited messages, the respondents, Canadian Liberty Net and McAleer, acted in such a way as to interfere with the orderly administration of justice and were thus in contempt of court.

The messages transmitted by the respondent from its Bellingham telephone number were most reprehensible and an insult to the peoples against whom they were directed. Notwithstanding the fact that the messages were found to be capable of exposing persons to hatred or contempt in that those persons were identifiable on the basis of race, national or ethnic origin, colour or religion, Canadian Liberty Net and McAleer persisted in causing to be communicated these hateful and reprehensible messages. Breach of the injunction order warranted a most serious penalty to ensure that this type of behaviour would not continue.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 337(2)(b), 335(1),(4).

et si l'on avait démontré hors de tout doute raisonnable que les intimés avaient désobéi à l'injonction.

*Jugement*: la requête devrait être accueillie.

Les règles de droit en matière d'outrage au tribunal ont été examinées par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Valmet Oy c. Beloit Canada Ltée* dans lequel il a été déclaré qu'une personne ne saurait être déclarée coupable d'outrage au tribunal si le comportement outrageant n'est pas prouvé au-delà de tout doute raisonnable. La norme de preuve est semblable à celle qui est applicable en matière criminelle. Il a également été déclaré que l'activité qui constituerait l'outrage doit de toute évidence être visée par l'interdiction, ce qui implique qu'elle soit expressément ou implicitement mentionnée dans l'ordonnance. L'ordonnance en question interdisait aux intimés de diffuser ou de faire diffuser par voie téléphonique directement ou par leurs préposés, mandataires, collaborateurs bénévoles, associés ou toute autre personne au courant de l'injonction, tout ou partie des messages ou du menu d'accès aux messages en question mentionnés dans les motifs d'ordonnance du juge Muldoon. Il ressort à l'évidence de la preuve que McAleer et Canadian Liberty Net ont tous les deux été mis au courant de l'injonction et qu'ils exerçaient leurs activités «en exil» aux É.-U.A. parce qu'ils étaient au courant de l'injonction. Les messages diffusés depuis le numéro de téléphone de Bellingham contrevenaient à l'injonction étant donné qu'ils étaient, pour la plupart, les mêmes messages interdits que ceux qu'on trouve dans l'injonction. En invitant des personnes à composer le numéro de téléphone de Bellingham, Canadian Liberty Net et McAleer font diffuser les messages interdits et répréhensibles. Il ressort à l'évidence de la preuve que cette façon de procéder pour faire diffuser les messages interdits aux Canadiens a été soigneusement élaborée. En invitant expressément et méthodiquement toute personne qui composait le numéro de téléphone canadien à faire le numéro de téléphone américain pour entendre les messages interdits, les intimés, Canadian Liberty Net et McAleer, ont agi de façon à gêner la bonne administration de la justice et sont donc coupables d'outrage au tribunal.

Les messages diffusés par l'intimé depuis son numéro de téléphone de Bellingham sont très répréhensibles et constituent une insulte pour les personnes contre lesquelles ils sont dirigés. Malgré le fait que les messages ont été jugés susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable en raison de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur ou de leur religion, Canadian Liberty Net et McAleer ont persisté à faire diffuser ces messages haineux et répréhensibles. La violation de l'injonction justifie l'application d'une peine très lourde pour s'assurer que ce type de comportement ne se poursuive pas.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 337(2)b), 335(1),(4).



## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Cartier, Inc. v. Cartier Men's Shops Ltd.* (1988), 21 C.P.R. (3d) 219 (F.C.T.D.); *Valmet Oy v. Beloit Canada Ltd.* (1988), 20 C.P.R. (3d) 1; 82 N.R. 235 (F.C.A.). <sup>a</sup>

## REFERRED TO:

*Cartier, Inc. v. Cartier Men's Shops Ltd.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 383 (F.C.A.). <sup>b</sup>

APPLICATION for a finding of contempt of court under Rule 355 for breach of an injunction order ([1992] 3 F.C. 155 (T.D.)) prohibiting the respondents from communicating or causing to be communicated by telephone those messages identified in the order. Application granted. <sup>c</sup>

## COUNSEL:

*John L. Finlay* for applicant.  
*Douglas H. Christie* for respondents.

## SOLICITORS:

*Arvay, Finlay, Victoria*, for applicant.  
*Douglas H. Christie, Victoria*, for respondents.

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

TEITELBAUM J: On March 27, 1992, Mr. Justice Muldoon issued an injunction order wherein he ordered Canadian Liberty Net including Cori Keating and Tony McAleer "and the respondent Derek J. Peterson, by themselves or by their servants, agents, volunteers, co-operants or, otherwise, anyone having knowledge of this injunction, be, and they are hereby restrained, enjoined and prohibited until a final order is rendered between these parties and persons in the proceeding before the Canadian Human Rights Tribunal, from communicating or causing to be communicated, by telephonic means those messages or that menu of messages or any part thereof identified in the Court's said 'reasons for order' issued on March 3, 1992 [[1992] 3 F.C. 155], and they are ordered to stop emitting said messages, being communications and messages which are found to be capable of exposing persons to hatred or contempt by reason of the fact that those persons are identifiable on the basis of race, national or ethnic origin, colour or religion, and in particular, the messages transcribed <sup>f</sup>

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Cartier, Inc. c. Cartier Men's Shops Ltd.* (1988), 21 C.P.R. (3d) 219 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Valmet Oy c. Beloit Canada Ltée* (1988), 20 C.P.R. (3d) 1; 82 N.R. 235 (C.A.F.).

## DÉCISION MENTIONNÉE:

*Cartier, Inc. c. Cartier Men's Shops Ltd.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 383 (C.A.F.).

REQUÊTE demandant à la Cour de condamner les intimés pour outrage au tribunal en vertu de la Règle 355 pour avoir désobéi à une injonction ([1992] 3 C.F. 155 (1<sup>re</sup> inst.)) leur interdisant de diffuser ou de faire diffuser par téléphone les messages mentionnés dans l'ordonnance. Requête accueillie.

## AVOCATS:

<sup>d</sup> *John L. Finlay* pour la requérante.  
*Douglas H. Christie* pour les intimés.

## PROCUREURS:

<sup>e</sup> *Arvay, Finlay, Victoria*, pour la requérante.  
*Douglas H. Christie, Victoria*, pour les intimés.

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

LE JUGE TEITELBAUM: Le 27 mars 1992, le juge Muldoon a prononcé une injonction dans laquelle il a, «en attendant que soit rendue l'ordonnance finale entre les personnes et parties à l'instance devant le tribunal canadien des droits de la personne», interdit à Canadian Liberty Net, y compris ses membres Cori Keating et Tony McAleer, «et à l'intimé Derek J. Peterson, de diffuser ou de faire diffuser par voie téléphonique, directement ou par leurs préposés, mandataires, collaborateurs bénévoles, associés ou toute autre personne au courant de la présente injonction, tout ou partie des messages ou du menu d'accès aux messages identifiés dans les motifs d'ordonnance susmentionnés en date du 3 mars 1992 [[1992] 3 C.F. 155] de la Cour» et a ordonné «que les intimés cessent de diffuser lesdits messages dont la Cour a conclu qu'ils sont susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable en raison de leur race, origine nationale ou ethnique, couleur ou religion, et en particulier les messages dont la transcription est jointe à titre de pièces <sup>g</sup>

in exhibits to the affidavits of Lucie Veillette and Ronald Yamauchi respectively filed at the hearing on February 5 and 6, 1992, and recited or referred to in correspondence between the respective solicitors and counsel dated March 3 and March 11, 1992, respectively, on the Rule 337(2)(b) [Federal Court Rules, C.R.C., c. 663] proceedings, that is the following now enjoined and prohibited messages:”

There are approximately seven legal size pages of messages which are listed in the injunction order.

Mr. Justice Muldoon went on to state, in the said order:

THIS COURT FURTHER ORDERS that, because the essential characteristic of the respondents’ messages which are enjoined, is to denigrate, disparage or mock human persons just for their ancestry, national or ethnic origin, colour or religion, and just for being who they are, that characteristic and those messages are found to be capable of exposing such persons to hatred or contempt by reason of the fact that such persons are identifiable on the aforesaid basis or bases,

the respondent Canadian Liberty Net, including Cori Keating and Tony McAleer, and the respondent Derek J. Peterson, by themselves and/or by their servants, agents, volunteers, co-operants or otherwise are hereby restrained, enjoined and prohibited until a final order or disposition is rendered between these parties and persons in the Canadian Human Rights Tribunal’s proceeding, from communicating or causing to be communicated by telephonic means any messages which denigrate, disparage or mock persons by reason of their race, ancestry, national or ethnic origin, colour or religion, or just for being who they are or what they are in terms of ancestry or religion, (such as Jews or non Europeans, or non-European-descended persons); and those respondents shall forthwith stop so emitting any such messages until the occurrence of the aforesaid order or disposition of the said Tribunal;

On June 15, 1992, the applicant presented an *ex parte* motion requesting the issuance of a show cause order naming the respondents and their agents, volunteers and co-operants. The grounds for the request, according to the notice of motion are Rules 355(1) and 355(4) of the *Federal Court Rules*.

*Rule 355. (1) Anyone is guilty of contempt of court who disobeys any process or order of the Court or a judge thereof, or who acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice, or to impair the authority or dignity of the Court. In particular, any officer of justice who fails to do his duty, and any sheriff or bailiff who does not execute a writ forthwith or does not make a return thereof or, in executing it,*

aux affidavits de Lucie Veillette et de Ronald Yamauchi, respectivement déposés aux audiences des 5 et 6 février 1992, et cités ou mentionnés dans la correspondance échangée les 3 et 11 mars 1992 entre les procureurs et avocats de part et d’autre au sujet du projet d’ordonnance préparé conformément à la Règle 337(2)(b) [Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663], savoir les messages suivants:»

On trouve dans l’ordonnance approximativement huit pages format légal de messages.

Le juge Muldoon poursuit en déclarant, dans l’ordonnance en question:

Attendu que les messages des intimés qui font l’objet de la présente interdiction ont pour caractéristique essentielle de dénigrer, de décrier ou de railler des être humains en raison de leur ascendance, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur ou de leur religion, ou pour la seule raison qu’ils sont ce qu’ils sont, lesquels caractéristique et messages sont jugés susceptibles d’exposer ces personnes à la haine ou au mépris du fait qu’elles appartiennent à un groupe identifiable sur la base des critères susmentionnés,

LA COUR, en attendant que soit rendue l’ordonnance finale entre les personnes et parties à l’instance devant le tribunal canadien des droits de la personne, interdit par les présentes à l’intimée Canadian Liberty Net, dont ses membres Cori Keating et Tony McAleer, et à l’intimé Derek J. Peterson, de diffuser ou de faire diffuser par voie téléphonique, directement ou par leurs préposés, mandataires, collaborateurs bénévoles, associés ou toute autre personne, tout message qui dénigre, décrie ou raille des personnes en raison de leur race, ascendance, origine nationale ou ethnique, couleur ou religion, ou pour la seule raison qu’elles sont ce qu’elles sont par suite de leur ascendance ou de leur religion (tels les Juifs, les non-Européens et les personnes d’ascendance non européenne); et ordonne aux intimés susmentionnés de cesser immédiatement de diffuser tout message de cette nature en attendant l’ordonnance ou la décision dudit tribunal;

Le 15 juin 1992, la requérante a présenté une requête *ex parte* dans laquelle elle a demandé à la Cour de prononcer une ordonnance de justification mentionnant les intimés et leurs mandataires, collaborateurs bénévoles et associés. Suivant l’avis de requête, la demande est fondée sur les Règles 355(1) et 355(4) des *Règles de la Cour fédérale*.

*Règle 355. (1) Est coupable d’outrage au tribunal quiconque désobéit à un bref ou une ordonnance de la Cour ou d’un de ses juges, ou agit de façon à gêner la bonne administration de la justice, ou à porter atteinte à l’autorité ou à la dignité de la Cour. En particulier, un officier de la justice qui ne fait pas son devoir, et un shérif ou huissier qui n’exécute pas immédiatement un bref ou qui ne dresse pas le procès-verbal d’exécution*

infringes any rule the violation whereof renders him liable to a penalty, is guilty of contempt of court.

(4) No one may be condemned for contempt of court committed out of the presence of the judge, unless he has been served with a show cause order ordering him to appear before the Court, on the day and at the hour fixed to hear proof of the acts with which he is charged and to urge any grounds of defence that he may have. The show cause order issued by the judge of his own motion or on application must be served personally, unless for valid reasons another mode of service is authorized. The application for the issuance of the show cause order may be presented without its being necessary to have it served.

The applicant provided, for the issuance of the show cause order, the affidavit evidence of Liliane Mercier and Andrew Epstein.

After reading the injunction order and the affidavits of Mercier and Epstein, I issued a show cause order returnable before me on June 29, 1992.

At the hearing of the show cause order, I was presented with an affidavit of an Edward Byers, a process server, and the affidavit of a Partap Girm, a process server, who state that they were unable to serve the respondent Derek J. Peterson with the show cause order and four other documents, namely, a notice of motion seeking the issuance of a show cause order, a copy of the affidavit of Liliane Mercier together with a transcript of messages from the Canadian Liberty Net in British Columbia and in Bellingham, Washington, U.S.A. obtained on June 5, 1992, a copy of the affidavit of Andrew Epstein an "articled student" at the law firm of Arvay, Finlay, to which is attached an affidavit of Roberta Mruk and a copy of a business record of "B.C. Tel" which, according to Mr. Epstein, indicates that a Tony McAleer was registered with B.C. Tel as a partner in the Canadian Liberty Net. A second affidavit of Mr. Epstein is attached to the affidavit of Partap Girm which is the injunction order of Mr. Justice Muldoon of March 27, 1992.

The affidavit of Dean Willsie, a process server, dated June 26, 1992 indicates that he attempted to serve Cori Keating with the show cause order and various other documents as with Derek J. Peterson

y afférent ou qui enfreint une règle dont la violation le rend passible d'une peine, est coupable d'outrage au tribunal.

(4) Une personne ne peut être condamnée pour outrage au tribunal commis hors de la présence du juge que s'il lui a été signifié une ordonnance de justification lui enjoignant de comparaître devant la Cour, au jour et à l'heure fixés pour entendre la preuve des actes dont il est accusé et pour présenter, le cas échéant, sa défense en exposant les raisons de sa conduite. Cette ordonnance, rendue par le juge soit de sa propre initiative, soit sur demande, doit obligatoirement être signifiée à personne, à moins qu'un autre mode de signification ne soit autorisé pour des raisons valables. La demande d'ordonnance de justification enjoignant d'exposer les raisons peut être présentée sans qu'il soit nécessaire de la faire signifier.

À l'appui de sa requête en ordonnance de justification, la requérante a produit, sous forme d'affidavit, le témoignage de Liliane Mercier et d'Andrew Epstein.

Après avoir lu l'injonction et les affidavits de Mercier et d'Epstein, j'ai prononcé une ordonnance de justification qui devait m'être présentée le 29 juin 1992.

À l'audition de l'ordonnance de justification, on m'a présenté l'affidavit d'un certain Edward Byers, huissier, et l'affidavit d'un certain Partap Girm, huissier, qui déclarent qu'ils ont été incapables de signifier à l'intimé Derek J. Peterson l'ordonnance de justification et quatre autres documents, à savoir un avis de requête concluant au prononcé d'une ordonnance de justification, une copie de l'affidavit de Liliane Mercier ainsi qu'une transcription des messages provenant de Canadian Liberty Net en Colombie-Britannique et à Bellingham (Washington), É.-U.A., qui ont été obtenus le 5 juin 1992, une copie de l'affidavit d'Andrew Epstein, un «stagiaire» du cabinet d'Arvay, Finlay, à laquelle est joint l'affidavit de Roberta Mruk et une copie d'un registre commercial de la «B.C. Tel.» qui indique, selon M. Epstein, que Tony McAleer était inscrit auprès de la B.C. Tel. comme l'un des associés de Canadian Liberty Net. Un second affidavit de M. Epstein est annexé à l'affidavit de Partap Girm, qui est l'injonction prononcée par le juge Muldoon le 27 mars 1992.

Dans son affidavit du 26 juin 1992 l'huissier Dean Willsie déclare qu'il a essayé sans succès de signifier à Cori Keating ainsi qu'à Derek J. Peterson l'ordonnance de justification et divers autres documents. Il

but was unable to do so. It appears that notwithstanding the numerous attempts to find Cori Keating, Mr. Willsie was unable to do so.

Both Canadian Liberty Net and Tony McAleer <sup>a</sup> were served with the show cause order on June 15, 1992 and were, on June 23, 1992 served with the affidavits of Andrew Epstein sworn on June 12, 1992 and June 10, 1992, the affidavit of Liliane Mercier and notice of motion (see affidavit of service of <sup>b</sup> Partap Girn and Edward Byers).

Counsel for the respondents Canadian Liberty Net <sup>c</sup> and Peterson at the hearing before Mr. Justice Muldoon, was served with a copy of the show cause order and the same other documents as was served on Canadian Liberty Net and McAleer. <sup>d</sup>

The applicant called two witnesses. The respondents did not call any witnesses. <sup>e</sup>

Liliane Mercier, an employee of the Canadian Human Rights Commission stated that on June 5, 1992, in Vancouver, B.C., she dialed telephone number 604-266-9642. The following is the message that <sup>f</sup> Ms. Mercier states that she heard:

Hello and welcome to the Canadian Liberty Net Liaison line for May the 28th. You may be wondering what the new number is for the Liberty Net and if that's what you called for you won't be disappointed. There may be a few problems with the system at the moment but we'll be working out those bugs over the next little while, please be patient. You know that we can now say exactly what we want without officious criticism and sanction, so please enjoy our extensive list of new messages. The new number for the Canadian Liberty Net in exile is area code 206-734-1306, that's area code 206-734-1306. Please enjoy our refreshing Liberty Net. <sup>g</sup>

Ms. Mercier states that she telephoned a number in the United States, area code 206-734-1306 and taped what she heard on the telephone line. Exhibit A-2 is the tape of the messages heard by this witness on June 5, 1992. Exhibit A-1 is the transcript of the messages heard by Ms. Mercier after dialing number <sup>h</sup>

semble que malgré ses nombreuses tentatives M. Willsie n'ait pas réussi à trouver Cori Keating.

Canadian Liberty Net et Tony McAleer ont tous les deux reçu signification de l'ordonnance de justification le 15 juin 1992, et ont, le 23 juin 1992, reçu signification des affidavits souscrits par Andrew Epstein le 12 juin 1992 et le 10 juin 1992, ainsi que de l'affidavit de Liliane Mercier et de l'avis de requête (voir l'affidavit de signification de Partap Girn et d'Edward Byers).

Au cours de l'audience qui s'est déroulée devant le juge Muldoon, l'avocat des intimés Canadian Liberty Net et Peterson a reçu signification d'une copie de l'ordonnance de justification et des mêmes autres documents que ceux qui ont été signifiés à Canadian Liberty Net et à McAleer. <sup>d</sup>

La requérante a fait entendre deux témoins. Les intimés n'ont fait entendre aucun témoin. <sup>e</sup>

Liliane Mercier, une employée de la Commission canadienne des droits de la personne, a déclaré que le 5 juin 1992, à Vancouver (C.-B.), elle avait fait le numéro de téléphone (604) 266-9642. Voici le message que M<sup>me</sup> Mercier déclare avoir entendu:

[TRADUCTION] Bonjour et bienvenue! Ici la ligne de communication de Canadian Liberty Net pour le 28 mai. Vous vous demandez peut-être quel est le nouveau numéro de Liberty Net et si c'est le but de votre appel, vous ne serez pas déçu. Nous avons peut-être encore quelques problèmes avec le système mais nous réglerons ces difficultés techniques d'ici peu. Soyez patient. Vous savez que nous pouvons maintenant dire exactement ce que nous voulons sans faire l'objet de critiques ou de sanctions officieuses. Nous vous invitons donc à profiter de notre liste complète de nouveaux messages. Le nouveau numéro de Canadian Liberty Net en exil est le (206) 734-1306. Je répète: indicatif régional (206), numéro 734-1306. Nous vous invitons à profiter de notre «rafraîchissant» Liberty Net. <sup>g</sup>

M<sup>me</sup> Mercier déclare qu'elle a composé un numéro des États-Unis, le (206) 734-1306 et qu'elle a enregistré ce qu'elle a entendu. La pièce A-2 est la bande magnétique des messages que ce témoin a entendus le 5 juin 1992. La pièce A-1 est la transcription des messages que M<sup>me</sup> Mercier a entendus après avoir <sup>h</sup>

206-734-1306. The opening of the message is the following:

Calling 206-734-1306—Bellingham WA, USA

You have reached the Canadian Liberty Net In Exile, Canada's computer operated voice message centre to promote cultural and racial awareness amongst White people. If you are offended or upset by the free expression of European cultural and racial awareness press 6 on your touch tone phone and do not attempt to enter the Canadian Liberty Net. For those of you who wish to hear our messages press 1 on your touch tone phone to learn about how to use the system or press 88 to go to the main menu.

[Pressed 88]

Welcome to the main menu, please note any messages and or editorial comment found in this system are those of the contributor or box holder and do not necessarily reflect the opinions and or the intentions of the Canadian Liberty Net. If at any time you wish to return to the previous menu press 9 on your touch tone phone.

Now press 1 for the Leadership Forum, press 2 for a Lesson in History, or press 3 for Miscellaneous Messages, or you can press 5 to leave a message. Please note once you have left your message you will be disconnected.

[Pressed 1]

This is the leaders menu. Press 1 for Canada, 2 for the U.S. and 3 for International.

[Pressed 1]

Press 1 to hear from Janice Long, wife of Aryan Nations Leader Terry Long, press 3 to hear from Ernest Zundel or press 4 to hear from the Heritage Front.

The full message obtained by this witness is found in Exhibit A-1.

The applicant called as its second witness Mr. Andrew Epstein, an articulated student with the law firm of Arvay, Finlay. Mr. Epstein states that on May 6, 1992 he called a telephone number 266-9642 to listen to the following message:

composé le (206) 734-1306. Voici le début de ce message:

Appel au (206) 734-1306—Bellingham (Wash.), É.-U.A.

[TRADUCTION] Ici le Canadian Liberty Net en exil, le centre canadien de messages vocaux informatisé visant à promouvoir la conscientisation culturelle et raciale chez les gens de race blanche. Si la libre expression de la conscientisation culturelle et raciale européenne vous choque ou vous vexe, faites le 6 sur votre téléphone à clavier et n'essayez pas d'entrer en communication avec le Canadian Liberty Net. Ceux d'entre vous qui désirent entendre nos messages sont priés de faire le 1 sur leur téléphone à clavier pour apprendre comment utiliser le système ou d'appuyer sur 88 pour accéder au menu principal.

[Appuyé sur 88]

Vous avez demandé le menu principal. Veuillez prendre note que les messages et commentaires éditoriaux diffusés dans le cadre du présent système sont ceux du collaborateur ou titulaire de la case et qu'ils ne reflètent pas nécessairement les opinions ou les intentions de Canadian Liberty Net. Pour retourner en tout temps au menu précédent, appuyez sur 9 sur votre téléphone à clavier.

Appuyez maintenant sur 1 pour le forum sur les chefs, sur 2 pour une leçon d'histoire ou sur 3 pour les messages divers. Vous pouvez également appuyer sur 5 pour laisser un message. Veuillez prendre note que dès que vous aurez laissé votre message, la communication sera interrompue.

[Appuyé sur 1]

Vous avez demandé le menu des chefs. Appuyez sur 1 pour le Canada, sur 2 pour les États-Unis et sur 3 pour la scène internationale.

[Appuyé sur 1]

Appuyez sur 1 pour entendre Janice Long, l'épouse de Terry Long, chef d'Aryan Nations. Appuyez sur 3 pour entendre Ernest Zundel ou sur 4 pour entendre le message de l'Heritage Front.

On trouve à l'annexe A-1 le message intégral que ce témoin a obtenu.

La requérante a fait entendre comme second témoin M. Andrew Epstein, un stagiaire du cabinet d'avocats d'Arvay, Finlay. M. Epstein déclare que le 6 mai 1992, il a composé le numéro de téléphone 266-9642 et qu'il a entendu le message suivant:

This is April 20 1992 and you have reached the Canadian Liberty Net broadcasting from the Soviet Socialist People's Republic of Canada. The federal court injunction is still in effect and so we can only provide a limited and sanitized update. The new U.S. phone line has been ordered but there is a wait for the installation. We should be up and running by May 4.

Sorry we were unable to answer the phone on Sunday the 19th, but we were attending a birthday party. We will be here next Sunday.

Tom Metzger's hotline will feature a live call-in on Saturday night from 6 to 9 Pacific, not Wednesday as was previously announced.

We still need your financial support for the upcoming legal battle. We have retained Doug Christie to represent the Liberty Net against the Human Wrongs Tribunal scheduled for May 25 through 29 in Vancouver, location to be announced later. Send your donations to: Canadian Liberty Net P.O. Box 35683 Vancouver, B.C. V6M 4G9.

Leave a message after the beep.

As a result of cross-examination, Mr. Epstein states that he had sworn to an affidavit on June 12, 1992, that a Gordon Mackie had testified before the Canadian Human Rights Tribunal while Mr. Epstein was present. Mr. Gordon Mackie was giving evidence "saying something regarding the phone line in question" (page 10, transcript of show cause hearing). The telephone line in question was 266-9642 in Vancouver containing the above message.

Mr. Epstein states that when he swore to the affidavit of June 12, 1992, he did so on the basis of recollection but subsequently he obtained a transcript of the hearing. He also states that his recollection, on June 12, 1992, is a verbatim and accurate recollection and that the said Mr. Mackie informed the Canadian Human Rights Tribunal that the business records of B.C. Tel indicate that Tony McAleer was registered with B.C. Tel as a partner in Canadian Liberty Net.

[TRADUCTION] Nous sommes le 20 avril 1992. Ici le Canadian Liberty Net, diffusant depuis la République populaire socialiste soviétique du Canada. L'injonction de la Cour fédérale est toujours en vigueur; nous ne pouvons donc donner qu'une mise à jour limitée et aseptisée. Nous avons demandé une nouvelle ligne téléphonique aux États-Unis mais l'installation se fait attendre. Nous prévoyons entrer en service d'ici le 4 mai.

Nous regrettons de n'avoir pu répondre au téléphone le dimanche 19. Nous assistions à une réception d'anniversaire. Nous serons ici dimanche prochain.

Dans le cadre de sa ligne ouverte, Tom Metzger recevra en direct vos appels samedi soir de 18 h à 21 h, heure du Pacifique, et non mercredi, comme nous l'avions déjà annoncé.

Nous avons encore besoin de votre appui financier en prévision de la bataille juridique qui s'annonce. Nous avons retenu les services de Doug Christie pour représenter Liberty Net à l'audience du Tribunal des injustices de la personne qui devrait se dérouler du 25 au 29 mai à Vancouver. L'endroit sera précisé plus tard. Envoyez vos dons à l'adresse suivante: Canadian Liberty Net, case postale 35683, Vancouver (Colombie-Britannique) V6M 4G9.

Laissez un message après le signal sonore.

Contre-interrogé, M. Epstein a déclaré qu'il a souscrit un affidavit le 12 juin 1992. Il a ajouté qu'un certain Gordon Mackie avait témoigné devant le tribunal canadien des droits de la personne alors que M. Epstein était présent. Dans son témoignage, M. Gordon Mackie [TRADUCTION] «a dit quelque chose au sujet de la ligne téléphonique en question» (page 10 de la transcription de l'audience de justification). La ligne téléphonique en question est le 266-9642 à Vancouver qui contient le message précité.

M. Epstein déclare que lorsqu'il a souscrit l'affidavit du 12 juin 1992, il l'a fait en fonction des faits dont il se souvenait mais qu'il a obtenu par la suite une transcription de l'audience. Il déclare également que les faits qu'il a relatés de mémoire le 12 juin 1992 étaient exacts et conformes à ce dont il se souvenait et que M. Mackie a informé le tribunal canadien des droits de la personne que les registres commerciaux de la B.C. Tel indiquent que Tony McAleer était inscrit à la B.C. Tel comme l'un des associés de Canadian Liberty Net.

Exhibit B to Epstein's June 12, 1992 affidavit is a computer printout of B.C. Tel's records.

L'annexe B de l'affidavit du 12 juin 1992 d'Epstein est un relevé informatique des registres de la B.C. Tel.

266 9642 7 **\*\* (BSC) basic information \*\*** date: 92/05/20  
 DEREK J PETERSON D/B CANADIAN LIBERTY NET bp: 92/05/24  
 sa: 3576 W 36th AVE VAN BC V6N2S2 cid:  
 ba: 3576 W 36th VAN BC V6N2S2 mda:  
 key ac: N major acct:  
 npub: N dep: \$0 no dir: 001 svc: B org date: 91/10/09  
 cc: 8 trl: \$99999 no bil: 1 cr ch ex: N inst date:  
 forms: trmt his: 000000 tx sta: TT da ex: N out date:  
 rocp: N ---T--- cr cd: N rate grp: 14 out on:  
 10 ci PR/TONY MCALEAR 3221629;PREV3221209;LD10

sbi instr:	resp no:						pm outlet:	
s&e code	mac	qty	amount	fps	tic	pms	rac	
B SLT CPE	A1	1	48.25	TT	23027	2D00A65	C1	
CF	A1	1	5.00	TT	23218	2E01C02	G1	
TCL CPE	A1	1	2.55	TT	23840	3U01D65	G1	

#### COMMENTS AVAILABLE

FOR SPECIAL SERVICE INQUIRIES TRANSFER THE CUSTOMER TO 430-7511.  
 ABCD CID: 000208065

tn: 266 9642  
 10:09:11

screen: BSC month: 1 start:

past:

SNA 02 BCTIMSC

NUM LPT1

A

Mr. Epstein gave evidence that Mr. Mackie, in his presence, informed the Canadian Human Rights Tribunal that "PR Tony McAlear" [sic] on the B.C. Tel records indicates that this person is a partner in the Canadian Liberty Net.

M. Epstein a témoigné qu'en sa présence, M. Mackie avait informé le tribunal des droits de la personne que la mention «PR Tony McAlear» [sic] figurant sur les registres de la B.C. Tel indiquait que cette personne est l'un des associés de Canadian Liberty Net.

No other evidence was made by the applicant. No evidence was called for by the respondents.

La requérante n'a présenté aucun autre élément de preuve. Les intimés n'ont produit aucune preuve.

#### The Issues:

#### Les questions en litige:

1) Can the respondents Canadian Liberty Net and Tony McAleer be found guilty of contempt in that a telephone message in Canada directs a caller to call a telephone number in Bellingham, Washington to hear a message which had been prohibited from being given in Canada as a result of an injunction order dated March 27, 1992?

1) Peut-on déclarer les intimés Canadian Liberty Net et Tony McAleer coupables d'outrage au tribunal au motif qu'un message téléphonique invite au Canada les personnes qui appellent à composer un numéro de téléphone de Bellingham (Washington) pour entendre un message dont la diffusion est interdite au Canada par suite de l'injonction prononcée le 27 mars 1992?

2) Has it been shown, beyond a reasonable doubt, that the injunction order issued on March 27, 1992

2) A-t-on démontré hors de tout doute raisonnable que les intimés Canadian Liberty Net et Tony McA-

has been breached by the respondents Canadian Liberty Net and by Tony McAleer?

After hearing the evidence, I am satisfied that the following facts have been established.

A) An injunction order of this Court was issued by Mr. Justice Muldoon on March 27, 1992 as regards Canadian Liberty Net and Derek J. Peterson as named respondents and "including Cori Keating and Tony McAleer" to prevent them from transmitting messages "which are found to be capable of exposing persons to hatred or contempt by reason of the fact that those persons are identifiable on the basis of race, national or ethnic origin, colour or religion".

The injunction order specifically enjoined the respondents, including Keating and McAleer, from transmitting specific messages. Those prohibited messages are too numerous to include in this decision but may be read in the injunction order of March 27, 1992.

B) Following the issuance of the injunction order, a call to a Vancouver telephone number 604-266-9642 would result in a telephone message given by the Canadian Liberty Net. The message states that because of a Federal Court injunction a new U.S. telephone line has been ordered.

C) That on June 5, 1992, a telephone call to 604-266-9642 resulted in a message that the caller has reached the Canadian Liberty Net liaison line, that a new number for the Canadian Liberty Net "in exile" exists and it is "area code 206-734-1306", that the reason for the new number is "we can now say exactly what we want without officious criticism and sanction".

I take this statement to mean, to avoid the terms of the injunction order of Mr. Justice Muldoon, the respondent, Canadian Liberty Net directs the caller to a telephone number in Bellingham, Washington, U.S.A. It is not denied that the telephone number 206-734-1306 is in Bellingham, Washington in the U.S.A.

D) I am satisfied that Exhibit B to the affidavit of Mr. Epstein of June 12, 1992 indicates that the

leer ont désobéi à l'ordonnance prononcée le 27 mars 1992?

Après avoir entendu la preuve, je suis convaincu que les faits suivants ont été établis.

A) Une injonction de notre Cour a été prononcée le 27 mars 1992 par le juge Muldoon contre les intimés nommément désignés Canadian Liberty Net et Derek J. Peterson, «dont Cori Keating et Tony McAleer», pour leur interdire de diffuser des messages «dont la Cour a conclu qu'ils sont susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable en raison de leur race, origine nationale ou ethnique, couleur ou religion».

L'injonction interdisait expressément aux intimés, dont Keating et McAleer, de diffuser des messages déterminés. Ces messages interdits sont trop nombreux pour être cités dans la présente décision, mais on peut les lire dans l'injonction du 27 mars 1992.

B) À la suite du prononcé de l'injonction, toute personne qui composait le numéro de téléphone (604) 266-9642 à Vancouver entendait un message téléphonique de Canadian Liberty Net, qui précisait qu'à cause de l'injonction de la Cour fédérale, on avait demandé l'installation d'une nouvelle ligne téléphonique aux États-Unis.

C) Le 5 juin 1992, toute personne qui faisait le (604) 266-9642 entendait un message lui disant qu'elle avait atteint la ligne de communication de Canadian Liberty Net, qu'il existait un nouveau numéro pour le Canadian Liberty Net «en exil», que c'était le «(206) 734-1306», que la raison d'être du nouveau numéro était que [TRADUCTION] «nous pouvons maintenant dire exactement ce que nous voulons sans faire l'objet de critiques ou de sanctions officieuses».

Suivant mon interprétation, cette affirmation signifie que, pour éviter les conditions de l'injonction du juge Muldoon, l'intimé Canadian Liberty Net invite les personnes qui appellent à composer un numéro de téléphone de Bellingham (Washington), aux États-Unis. Il est constant que le numéro de téléphone (206) 734-1306 se trouve à Bellingham (Washington), aux États-Unis.

D) Je suis convaincu que l'annexe B de l'affidavit souscrit le 12 juin 1992 par M. Epstein indique que



telephone number 266-9642, as of May 20, 1992 (or June 5, 1992 affidavit of Mercier) was registered in the name of Derek Peterson and Canadian Liberty Net. Tony McAleer is a “partner” according to the evidence of Mr. Epstein.

I would comment on the evidence of Mr. Epstein as it relates to Mr. McAleer being a partner in the Canadian Liberty Net telephone number 266-9642. This evidence was not solicited by counsel for the applicant. Exhibit B was not before me at the show cause hearing. It was counsel for McAleer in cross-examination that brought out this evidence. It was he who decided to question Mr. Epstein about an affidavit that was filed only for the purpose of issuing a show cause order. This being the case, I am satisfied from Exhibit B and the *viva voce* evidence by Mr. Epstein in answering counsel for McAleer questions, that McAleer is a partner in Canadian Liberty Net telephone number 266-9642.

E) Most of the messages heard by Liliane Mercier on June 15, 1992 after calling telephone number 206-734-1306 are messages which Mr. Justice Muldoon specifically prohibited. Examples of this, and I do not intend to repeat the messages, as they do not warrant repeating, can be found in Exhibit A-3, Mr. Justice Muldoon’s injunction order at page 4, line 32 and following, and then by looking at Exhibit A-1 page 9 under the words “[Pressed 3]” it is abundantly clear that the message is the prohibited message. Also see Exhibit A-3 page 5 and compare Exhibit A-1 page 15 under the words “[Pressed 5]” the same message is communicated.

I do not believe it necessary to give further examples. It is clear that the messages given from the Bellingham, Washington telephone number are a repetition of a number of prohibited messages.

In fact, counsel for McAleer and Canadian Liberty Net does not deny that the prohibited messages as found in the injunction order are being transmitted by Canadian Liberty Net from Bellingham, Washington.

le numéro de téléphone 266-9642 était, au 20 mai 1992 (ou au 5 juin 1992, date de l’affidavit de Mercier) inscrit au nom de Derek Peterson et de Canadian Liberty Net. Tony McAleer est un «associé» suivant le témoignage de M. Epstein.

J’aimerais formuler des observations au sujet du témoignage de M. Epstein, portant que M. McAleer est un associé en ce qui concerne le numéro de téléphone 266-9642 de Canadian Liberty Net. Cet élément de preuve n’a pas été sollicité par l’avocat de la requérante. L’annexe B ne m’a pas été soumise à l’audience de justification. C’est l’avocat de McAleer qui a produit cet élément de preuve en contre-interrogatoire. C’est lui qui a décidé d’interroger M. Epstein au sujet d’un affidavit qui avait été déposé uniquement dans le but d’obtenir une ordonnance de justification. Dans ces conditions, je suis convaincu, vu l’annexe B et le témoignage qu’a donné M. Epstein en réponse aux questions de l’avocat de McAleer, que McAleer est un associé en ce qui concerne le numéro de téléphone 266-9642 de Canadian Liberty Net.

E) La plupart des messages que Liliane Mercier a entendus le 15 juin 1992 après avoir composé le numéro de téléphone (206) 734-1306 sont des messages que le juge Muldoon a expressément interdits. On peut en trouver des exemples—et je n’ai pas l’intention de reproduire les messages, car ils ne valent pas la peine d’être répétés—à la pièce A-3, aux lignes 32 et suivantes de la page 4 de l’injonction du juge Muldoon, ainsi qu’à la page 9 de la pièce A-1 après les mots «[Appuyé sur 3]». Il est parfaitement clair que le message correspond au message interdit. Voir également la pièce A-3, page 5 et comparer avec la pièce A-1, page 15, sous les mots «[Appuyé sur 5]». Le même message est communiqué.

Je ne crois pas qu’il soit nécessaire de donner d’autres exemples. Il est évident que les messages transmis depuis le numéro de téléphone de Bellingham (Washington) sont une répétition de plusieurs des messages interdits.

En fait, l’avocat de McAleer et de Canadian Liberty Net ne nie pas que les messages interdits que l’on trouve dans l’injonction sont diffusés par Canadian Liberty Net depuis Bellingham (Washington).

F) The injunction order of Mr. Justice Muldoon was not served on the respondent Canadian Liberty Net itself before the show cause order was requested on June 15, 1992 nor was it served personally on the respondent Peterson, nor on Tony McAleer or Keating before June 15, 1992. <sup>a</sup>

THE COURT: Before you go into your argument, do you have any evidence that the Injunction was ever served on Mr. McAleer or anyone else? <sup>b</sup>

MR. FINLAY: No, I don't, sir.

G) The show cause order was not served on Peterson or Keating as they could not be found. In that they were not served, they are not part of these proceedings. <sup>c</sup>

### The Law of Contempt

In the case of *Cartier, Inc. v. Cartier Men's Shops Ltd.* (1988), 21 C.P.R. (3d) 219 (F.C.T.D.), at pages 223-225 (the appeal of this decision was dismissed [(1990), 32 C.P.R. (3d) 383 (F.C.A.)]), I stated the following as to the law of contempt: <sup>d</sup>

Mr. Justice Heald, in the case of *Maison des Semiconducteurs Ltée v. Apple Computer Inc.* unreported, F.C.A. A-111-87 at p. 5, March 17, 1988 [reported 20 C.P.R. (3d) 221, at p. 224]\* quoted Lord Denning in speaking of the proper approach to be taken in contempt proceedings. <sup>f</sup>

Lord Denning M.R. articulated the proper approach succinctly in the case of *Re Brambevale Ltd.*, [1970] Ch. 128 at 137:

"A contempt of court is an offence of a criminal character. A man may be sent to prison for it. It must be satisfactorily proved. To use the time honoured phrase, it must be proved beyond reasonable doubt . . . Where there are two equally consistent possibilities open to the court, it is not right to hold that the offence is proved beyond reasonable doubt." <sup>h</sup>

(Italics are mine.)

At p. 6 [p. 5 C.P.R.], Mr. Justice Heald goes on to state, in speaking of the test to be applied in contempt proceedings: <sup>i</sup> "The test is the one required for offences of a criminal nature, namely, proof beyond a reasonable doubt." (Emphasis is mine.)

\* Editor's Note:

Also reported at [1988] 3 F.C. 277 *sub nom.* *Apple Computer, Inc. v. MacKintosh Computers Ltd.*

F) L'intimé Canadian Liberty Net n'a pas lui-même reçu signification de l'injonction du juge Muldoon avant que l'ordonnance de justification ne soit demandée le 15 juin 1992, et cette injonction n'a pas non plus été signifiée à personne à l'intimé Peterson, ou à Tony McAleer ou à Keating avant le 15 juin 1992.

LA COUR: Avant que vous ne commenciez votre plaidoirie, avez-vous des éléments de preuve démontrant que l'injonction a été signifiée à M. McAleer ou à toute autre personne?

M<sup>e</sup> FINLAY: Non, je n'en ai pas, Monsieur le juge.

G) L'ordonnance de justification n'a pas été signifiée à Peterson ou à Keating car ils n'ont pu être trouvés. Comme ils n'ont pas reçu signification, ils ne sont pas partie à la présente instance.

### Les règles de droit en matière d'outrage au tribunal

Dans le jugement *Cartier, Inc. c. Cartier Men's Shops Ltd.* (1988), 21 C.P.R. (3d) 219 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux pages 223 à 225, (l'appel de cette décision a été rejeté [(1990), 32 C.P.R. (3d) 383 (C.A.F.)]), j'ai énoncé les règles de droit suivantes au sujet de l'outrage au tribunal:

Le juge Heald, dans l'affaire *Maison des Semiconducteurs Ltée c. Apple Computer Inc.*, jugement non publié, C.A.F., A-111-87, daté du 17 mars 1988 [publié dans 20 C.P.R. (3d) 221, à la p. 224]\*, à la p. 5, cité les propos formulés par Lord Denning concernant l'approche applicable lors de procédures d'outrage au tribunal.

Lord Denning, M.R. a énoncé succinctement la façon convenable d'aborder ce problème dans l'affaire *Re Brambevale Ltd.*, [1970] Ch. 128, à la p. 137:

«Un outrage au tribunal est une infraction pénale. Elle peut entraîner l'incarcération d'un individu. Elle doit être établie de façon satisfaisante. Pour employer la formule consacrée, elle doit être prouvée au-delà de tout doute raisonnable . . . Dans le cas de deux possibilités qui se présentent également à la Cour, il est erroné de statuer que l'infraction est prouvée au-delà de tout doute raisonnable.»

(L'italique est de moi.)

À la p. 6 [p. 5 C.P.R.], le juge Heald ajoute ce qui suit en ce qui a trait au critère applicable lors de procédures d'outrage au tribunal: Le critère est celui qui s'applique aux infractions de nature criminelle, à savoir une preuve au-delà de tout doute raisonnable.» (L'italique est de moi.)

\* Note de l'arrêstiste:

Également publié dans [1988] 3 C.F. 277 *sub nom.* *Apple Computer, Inc. c. MacKintosh Computers Ltd.*

The issue of contempt and the elements required to find contempt were reviewed in the case of *Valmet Oy v. Beloit Canada Ltd.* unreported, F.C.A., A-602-86, February 1, 1988 [reported 20 C.P.R. (3d) 1, 82 N.R. 235]] both by Mr. Justice Pratte and Mr. Justice Marceau.

Mr. Justice Pratte, in speaking of Rule 355(1) which reads as follows:

**Rule 355 (1)** Anyone is guilty of contempt of court who disobeys any process or order of the Court or a judge thereof, or who acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice, or to impair the authority or dignity of the Court. In particular, any officer of justice who fails to do his duty, and any sheriff or bailiff who does not execute a writ forthwith or does not make a return thereof or, in executing it, infringes any rule the violation whereof renders him liable to a penalty, is guilty of contempt of court.

states at p. 14 and 15 [pp. 10-11 C.P.R.]:

Before discussing that judgment, it is necessary to have in mind certain elementary principles:

- (1) As Rule 355(1) of the *Federal Court Rules* makes it clear, a person may be guilty of contempt of court either by disobeying an order of the court or by obstructing or interfering with the course of justice.

The only person who may disobey an order of a court is the party to whom that order is addressed. However, a third party who knowingly aided and abetted a party to disobey an injunction may be found guilty of contempt, not because he breached the injunction, but, rather, because he acted in a manner that interfered with the course of justice.

- (2) A person cannot be found guilty of contempt of court if the contemptuous behaviour is not proved beyond a reasonable doubt. In such matter, *the standard of proof is similar to that applicable in criminal matters.*

- (3) A court injunction must be complied with strictly in accordance to its terms. However, the defendant against whom an injunction is pronounced is enjoined from committing the prohibited acts whatever be the method he may use in committing them. It follows that a defendant will be in breach of the injunction pronounced against him not only if he himself contravenes the order of the court but also if the order is breached by his agent, workman, servant or another person acting for him.

(Emphasis is mine.)

Mr. Justice Marceau, at p. 3 of his judgment, states [pp. 17-8 C.P.R.]:

1. Considering what has to be proved, it is well established that *the activity said to have constituted the contempt must be one clearly covered by the prohibition, which implies that it be expressly or by necessary inference mentioned in the*

La question de l'outrage au tribunal et des éléments essentiels afin d'établir le bien-fondé d'une telle accusation a été examinée par les juges Pratte et Marceau dans l'arrêt *Valmet Oy c. Beloit Canada Ltée*, jugement non publié, C.A.F., A-602-86, daté du 1<sup>er</sup> février 1988 [publié à 20 C.P.R. (3d) 1, 82 N.R. 235].

Le juge Pratte, relativement à la Règle 355(1) qui porte:

**Règle 355 (1)** Est coupable d'outrage au tribunal quiconque désobéit à un bref ou une ordonnance de la Cour ou d'un de ses juges, ou agit de façon à gêner la bonne administration de la justice, ou à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité de la Cour. En particulier, un officier de la justice qui ne fait pas son devoir, et un shérif ou huissier qui n'exécute pas immédiatement un bref ou qui ne dresse pas le procès-verbal d'exécution y afférent ou qui enfreint une règle dont la violation le rend passible d'une peine, est coupable d'outrage au tribunal.

déclare ce qui suit aux p. 14 et 15 [p. 10 et 11 C.P.R.]:

Avant de discuter de ce jugement, il est nécessaire de se rappeler certains principes élémentaires:

- (1) Il ressort de la Règle 355(1) des *Règles de la Cour fédérale* qu'une personne peut se rendre coupable d'outrage au tribunal soit en désobéissant à une ordonnance de la Cour soit en entravant le cours de la justice.

La seule personne qui puisse désobéir à une ordonnance d'un tribunal est la partie que vise cette ordonnance. Toutefois, un tiers qui s'est sciemment fait le complice d'une partie pour désobéir à une injonction peut être déclaré coupable d'outrage, non pas parce qu'il a violé l'injonction, mais plutôt parce qu'il a agi de manière à entraver le cours de la justice.

- (2) Une personne ne saurait être déclarée coupable d'outrage au tribunal si le comportement outrageant n'est pas prouvé au-delà d'un doute raisonnable. À cet égard, *la norme de preuve est semblable à celle applicable en matière criminelle.*

- (3) Il faut respecter strictement les termes de l'injonction d'un tribunal. Toutefois, il est interdit au défendeur que vise une injonction de commettre les actes interdits quelle que soit la méthode qu'il peut suivre pour les commettre. Il s'ensuit qu'un défendeur violera l'injonction prononcée contre lui non seulement s'il viole lui-même l'ordonnance de la Cour, mais aussi si la violation de cette ordonnance est le fait de son mandataire, de son ouvrier, de son préposé ou d'une autre personne agissant en son nom.

(L'italique est de moi.)

Le juge Marceau, à la p. 3 de son jugement, déclare [p. 17 et 18 C.P.R.]:

1. Si l'on considère ce qu'il faut prouver, il est bien établi que *l'activité qui, prétend-on, constitue l'outrage doit de toute évidence être visée par l'interdiction, ce qui implique qu'elle soit expressément ou implicitement mentionnée dans*

*order.* Because of this prerequisite, I do not think that the trial judge was entitled to find, as he did, that the commission of a certain action, although not covered by the injunction, was nevertheless contemptuous as being contrary to the "spirit" thereof. . . .

2. Coming now to the quality of the proof, it is also well established that *it must be of the high standard necessary for a criminal conviction*, not the lower standard sufficient to dispose of a disputed question of fact in a civil litigation. The proof must satisfy beyond any reasonable doubt, not merely on a balance of probability. (Emphasis added.)

Considering the above and the very strict requirements necessary to be met before one can be found in contempt of court, are the respondents Canadian Liberty Net and McAleer in contempt of court of the injunction issued by the Court on March 27, 1992?

#### Evidence and Discussion

As I have stated, the evidence is clear that Canadian Liberty Net has continued to make use of the telephone number it had before the issuance of the injunction. This, in itself, is permitted as the order does not prevent the continued use of the telephone number. The order prohibits Canadian Liberty Net, Peterson, Keating and McAleer by themselves, their servants, agents, volunteers, co-operants or otherwise anyone having knowledge of the injunction from communicating or causing to be communicated by telephonic means those messages or that menu of messages or any part thereof identified in the reasons for order issued by Mr. Justice Muldoon on March 3, 1992.

I am completely satisfied that both McAleer and Canadian Liberty Net knew of the injunction order and what it contained. Counsel for Canadian Liberty Net at the hearing before Mr. Justice Muldoon was Mr. Douglas Christie and he received a copy of the injunction order. I can and do conclude from this that his client was made aware of the injunction order. Furthermore, on Exhibit A-1, filed with the affidavit of Ms. Mercier, it states that "the new number for Canadian Liberty Net in exile is area code 206-734-1306". I am satisfied that the reason it is operating "in exile", in the U.S.A., is because of its knowledge

*l'ordonnance.* Étant donné cette condition préalable, le juge de première instance n'était pas, à mon avis, en droit de conclure, comme il l'a fait, que la perpétration d'un acte qui n'était pourtant pas visé par l'injonction revêtait néanmoins un caractère outrageant parce que contraire à l'«esprit» de celle-ci. . . .

2. Pour ce qui est de la qualité de la preuve, il est également bien établi qu'*elle doit correspondre à la norme élevée nécessaire à la condamnation criminelle*, et non à la norme inférieure suffisante pour trancher une question de fait contestée dans un litige civil. La preuve doit convaincre au-delà d'un doute raisonnable, et non simplement selon la balance des probabilités. (L'italique est de moi.)

Compte tenu de ce qui précède et des conditions très strictes qui doivent être respectées avant qu'on puisse déclarer une personne coupable d'outrage au tribunal, les intimés Canadian Liberty Net et McAleer sont-ils coupables d'outrage au tribunal pour avoir désobéi à l'injonction prononcée par la Cour le 27 mars 1992?

#### Preuve et analyse

Comme je l'ai déjà déclaré, il ressort à l'évidence de la preuve que Canadian Liberty Net a continué à utiliser le numéro de téléphone qu'elle possédait avant le prononcé de l'injonction. Cela est, en soi, permis étant donné que l'ordonnance ne lui interdit pas de continuer à utiliser le numéro de téléphone. L'ordonnance interdit à Canadian Liberty Net, à Peterson, à Keating et à McAleer de diffuser ou de faire diffuser par voie téléphonique, directement ou par leurs préposés, mandataires, collaborateurs bénévoles, associés ou toute autre personne au courant de l'injonction, tout ou partie des messages ou du menu d'accès aux messages en question mentionnés dans les motifs d'ordonnance du 3 mars 1992.

Je suis parfaitement convaincu que McAleer et Canadian Liberty Net étaient tous les deux au courant de l'injonction et de ce qu'elle contenait. L'avocat qui occupait pour Canadian Liberty Net à l'audience qui s'est déroulée devant le juge Muldoon était M<sup>e</sup> Douglas Christie et il a reçu une copie de l'injonction, ce qui me permet de conclure que son client a été mis au courant de l'injonction—et c'est la conclusion à laquelle j'en arrive. Qui plus est, il est déclaré dans la pièce A-1, qui a été déposée avec l'affidavit de M<sup>me</sup> Mercier, que [TRADUCTION] «le nouveau numéro de Canadian Liberty Net en exil est le (206)

of the injunction order. This becomes most obvious when one looks at Exhibit A-4 where the message is:

This is April 20, 1992, and you have reached the Canadian Liberty Net broadcasting from the Soviet Socialist Peoples Republic of Canada. The Federal Court injunction is still in effect and so we can only provide a limited and sanitized update. The new U.S. phone line has been ordered, but there is a wait for installation. We should be up and running by May 4. (Underlining is mine.)

I am also satisfied that Tony McAleer had knowledge of the injunction for the same reasons as Canadian Liberty Net. The message on the telephone tape on April 20, 1992 states that the Canadian Liberty Net has been reached and that because of the injunction order, a new telephone number in the U.S. has been ordered.

As I have stated, Exhibit B to Epstein's June 12, 1992 affidavit clearly indicates, with the *viva voce* evidence of Mr. Epstein, that McAleer was a partner in Canadian Liberty Net. The message refers to the injunction order of the Federal Court.

The evidence satisfies me beyond a reasonable doubt that the contents of the injunction order were known to Canadian Liberty Net and McAleer on June 5, 1992. As I have stated, Mr. Justice Pratte, in the *Valmet Oy v. Beloit Canada Ltd.* [(1988), 20 C.P.R. (3d) 1 (F.C.A.)] case (*supra*) states that a defendant will be in breach of the injunction pronounced against him not only if he contravenes the order of the Court but also if the order is breached by his agent, workman, servant "or another person acting for him". [Underlining added.]

Tony McAleer was not a named respondent in the proceedings brought before Mr. Justice Muldoon. Nevertheless, Tony McAleer was specifically named in the injunction order and prohibited from causing to be communicated the messages mentioned in Mr. Justice Muldoon's order of March 27, 1992.

734-1306». Je suis convaincu que Canadian Liberty Net exerce ses activités «en exil» aux États-Unis parce qu'elle est au courant de l'injonction. Cette conclusion devient tout à fait évidente lorsqu'on examine la pièce A-4, dans laquelle on lit le message suivant:

[TRADUCTION] Nous sommes le 20 avril 1992. Ici le Canadian Liberty Net, diffusant depuis la République populaire socialiste soviétique du Canada. L'injonction de la Cour fédérale est toujours en vigueur; nous ne pouvons donc donner qu'une mise à jour limitée et aseptisée. Nous avons demandé une nouvelle ligne téléphonique aux États-Unis, mais l'installation se fait attendre. Nous prévoyons entrer en service d'ici le 4 mai. (Non souligné dans le texte original.)

Je suis également convaincu que Tony McAleer était au courant de l'injonction pour les mêmes raisons que Canadian Liberty Net. Le message téléphonique enregistré du 20 avril 1992 précise que la personne qui appelle a joint Canadian Liberty Net et qu'un nouveau numéro de téléphone a été demandé aux États-Unis.

Comme je l'ai déjà déclaré, il ressort à l'évidence de l'annexe B de l'affidavit souscrit le 12 juin 1992 par Epstein ainsi que du témoignage que ce dernier a donné de vive voix que McAleer était un des associés de Canadian Liberty Net. Il est fait mention de l'injonction de la Cour fédérale dans le message.

La preuve me convainc hors de tout doute raisonnable que Canadian Liberty Net et McAleer étaient au courant du contenu de l'injonction le 5 juin 1992. Comme je l'ai déjà déclaré, dans l'arrêt *Valmet Oy v. Beloit Canada Ltd.* [(1988), 20 C.P.R. (3d) 1 (F.C.A.)] (précité), le juge Pratte affirme qu'un défendeur viole l'injonction prononcée contre lui non seulement s'il viole lui-même l'ordonnance de la Cour, mais aussi si la violation de cette ordonnance est le fait de son mandataire, de son ouvrier, de son préposé ou «d'une autre personne agissant en son nom». [Soulignement ajouté.]

Tony McAleer n'a pas été nommé désigné comme intimé dans l'instance introduite devant le juge Muldoon. Néanmoins, il était expressément désigné dans l'injonction et il lui a été interdit de faire diffuser les messages mentionnés dans l'ordonnance prononcée le 27 mars 1992 par le juge Muldoon.

As I have stated, the messages carried from the U.S. Bellingham, Washington telephone number are in breach of the March 27, 1992 injunction order in that the messages are, in most part, the same prohibited messages as found in the injunction order.

It is important to understand what it is that Canadian Liberty Net and McAleer have done. This may still be continuing but I have no evidence of this.

A call is made to the Vancouver, B.C. telephone number of Canadian Liberty Net of which McAleer is a partner. The caller is informed that he reached the Canadian Liberty Net and is referred to the Bellingham telephone number in the U.S. where the caller is told he or she has reached the Canadian Liberty Net in exile and is then told to press a particular number on his telephone to receive a message which message, I am satisfied, is prohibited from being transmitted by the injunction order of Mr. Justice Muldoon.

I do not have any evidence that the transmission of the messages on the U.S. telephone of Canadian Liberty Net is illegal in the United States. I believe that whether or not the transmission of the messages is legal or not, it matters not for the purpose of the present hearing.

As I have stated, Mr. Justice Muldoon specifically prohibited Canadian Liberty Net and McAleer from causing to be communicated the prohibited and I say reprehensible messages. I am satisfied that by informing persons to call the Bellingham telephone number, both Canadian Liberty Net and McAleer are causing to be communicated the prohibited and reprehensible messages.

It is clear from the evidence (Exhibit A-3) that this method of causing the prohibited messages to be communicated to Canadians was carefully thought out. What Canadian Liberty Net and McAleer are now attempting to say in their defence is that the Court has no jurisdiction over them as the prohibited messages are being transmitted from the U.S.A. They do not deny the messages are the same as the prohibited messages found in the injunction order.

Ainsi que je l'ai déjà déclaré, les messages diffusés depuis le numéro de téléphone américain de Bellingham (Washington) contrevenaient à l'injonction du 27 mars 1992 étant donné que les messages sont, pour la plupart, les mêmes messages interdits que ceux qu'on trouve dans l'injonction.

Il est important de comprendre ce que Canadian Liberty Net et McAleer ont fait. Il est possible que leurs agissements se poursuivent mais aucune preuve ne me permet de l'affirmer.

Une personne compose le numéro de téléphone de Vancouver (C.-B.) de Canadian Liberty Net dont McAleer est l'un des associés. La personne qui appelle est informée qu'elle a atteint Canadian Liberty Net et est invitée à composer le numéro de téléphone de Bellingham, aux États-Unis, où on lui dit qu'elle a atteint Canadian Liberty Net en exil et où on lui demande ensuite d'appuyer sur un numéro particulier sur son téléphone pour recevoir un message, message que l'injonction du juge Muldoon interdit, selon moi, de diffuser.

Rien ne me permet de croire que la diffusion des messages par la ligne téléphonique américaine de Canadian Liberty Net soit illégale aux États-Unis. J'estime qu'il est sans importance de savoir, dans le cadre de la présente instance, si la diffusion des messages est légale ou non.

Comme je l'ai déjà déclaré, le juge Muldoon a expressément interdit à Canadian Liberty Net et à McAleer de faire diffuser les messages qui sont interdits—et j'ajoute répréhensibles. Je suis persuadé qu'en invitant des personnes à composer le numéro de téléphone de Bellingham, Canadian Liberty Net et McAleer font diffuser les messages interdits et répréhensibles.

Il ressort à l'évidence de la preuve (pièce A-3) que cette façon de procéder pour faire diffuser les messages interdits aux Canadiens a été soigneusement élaborée. Ce que Canadian Liberty Net et McAleer essaient maintenant de prétendre dans leur défense, c'est que la Cour n'a pas compétence à leur égard étant donné que les messages interdits sont diffusés depuis les États-Unis. Ils ne nient pas que les messages soient identiques aux messages interdits que l'on trouve dans l'injonction.

The evidence is overwhelming, and beyond any reasonable doubt that Canadian Liberty Net and McAleer purposely and methodically arranged to have the prohibited messages transmitted by telephone to Canadians by specifically and purposely directing anyone who called the Canadian telephone number to call the American telephone number to hear the prohibited messages.

Clearly the respondents Canadian Liberty Net and McAleer acted in such a way as to interfere with the orderly administration of justice and are thus in contempt of court.

### Conclusion

As I have stated, the messages transmitted by the Canadian Liberty Net from its Bellingham, Washington telephone number are most reprehensible and an insult to the peoples against whom they are directed. Notwithstanding the fact that Mr. Justice Muldoon found that the messages are capable of exposing persons to hatred or contempt by reason of the fact that those persons are identifiable on the basis of race, national or ethnic origin, colour or religion, Canadian Liberty Net and McAleer persist in causing to be communicated these hateful and reprehensible messages.

I believe that the breach of the March 27, 1992 injunction order warrants a most serious penalty in order to ensure that this type of behaviour does not continue.

For this reason, the parties are to appear before me or any other judge of the Federal Court of Canada at the time and place stated in my order.

Costs in favour of the applicant.

La preuve est accablante et elle démontre hors de tout doute raisonnable que Canadian Liberty Net et McAleer ont délibérément et méthodiquement pris des dispositions pour faire diffuser les messages interdits par voie téléphonique aux Canadiens en invitant expressément et délibérément toute personne qui composait le numéro de téléphone canadien à faire le numéro de téléphone américain pour entendre les messages interdits.

De toute évidence, les intimés Canadian Liberty Net et McAleer ont agi de façon à gêner la bonne administration de la justice et sont donc coupables d'outrage au tribunal.

### Dispositif

Comme je l'ai déjà précisé, les messages diffusés par Canadian Liberty Net depuis son numéro de téléphone de Bellingham (Washington) sont très répréhensibles et constituent une insulte pour les personnes contre lesquelles ils sont dirigés. Malgré le fait que le juge Muldoon a conclu que les messages sont susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable en raison de leur race, origine nationale ou ethnique, couleur ou religion, Canadian Liberty Net et McAleer persistent à faire diffuser ces messages haineux et répréhensibles.

J'estime que la violation de l'injonction du 27 mars 1992 justifie une peine très lourde pour s'assurer que ce type de comportement ne se poursuive pas.

Pour ce motif, les parties devront comparaître devant moi ou devant tout autre juge de la Cour fédérale à la date, à l'heure et au lieu précisés dans mon ordonnance.

Les dépens sont adjugés à la requérante.

A-532-90

Andrée Ménard and Michel Ouellette (*Applicants*)

v.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)

INDEXED AS: MÉNARD v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Pratte, Hugessen and Desjardins JJ.A.—Ottawa, March 25 and July 10, 1992.

*Civil Code — Unionized federal public servants in Quebec working extra hours, paid at overtime rates — Overtime rates paid in error as not provided for by collective agreement — Whether employer entitled to recover overpayment — Employees pleading promissory estoppel — Ouellette having accepted promotion only on promise of continued overtime hours, Ménard having given up rest days and vacation — Estoppel requiring reliance to detriment — No detriment in Ouellette's case — Common law doctrine of estoppel not applying to cause of action arising in Quebec — Fin de non-recevoir not identical to estoppel — Unjust enrichment civilist doctrine applicable to facts of case — Five elements of action in unjust enrichment (gain by one party, loss by other, relationship between gain and loss, absence of lawful justification, lack of other remedy at law) met as to Ménard.*

*Public Service — Labour relations — Nurses in penitentiary working outside usual hours, being paid at overtime rates — Employer subsequently discovering overtime payments made under erroneous interpretation of collective agreement — Recovering overpayments pursuant to Financial Administration Act, s. 155 by deductions from salaries — Arbitrator rejecting grievances — Whether arbitrator having jurisdiction to hear grievances based on promissory estoppel — Dispute arising out of misinterpretation in first instance of collective agreement — Application of agreement source of alleged estoppel — Whether common law doctrine of estoppel applicable to cause of action arising in Quebec — Application allowed, as to one of two applicants, on basis of unjust enrichment.*

This was a section 28 application for judicial review of an arbitrator's decision rejecting the applicants' grievances. The applicants were nurses, working for the Correctional Service of Canada in its institution at Cowansville. They were union-

A-532-90

Andrée Ménard et Michel Ouellette (*requérants*)

c.

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

RÉPERTORIÉ: MÉNARD c. CANADA (C.A.)

Cour d'appel, juges Pratte, Hugessen et Desjardins, J.C.A.—Ottawa, 25 mars et 10 juillet 1992.

*Code civil — Des fonctionnaires fédéraux syndiqués travaillant au Québec ont travaillé en dehors des heures normales de travail et ont été rémunérés au taux du temps supplémentaire — Le tarif des heures supplémentaires a été appliqué par erreur puisque la convention collective ne le prévoyait pas — L'employeur peut-il recouvrer les paiements faits en trop? — Les employés invoquent le principe du promissory estoppel — M. Ouellette a accepté une promotion en se fondant uniquement sur la promesse qu'il pourrait continuer à travailler des heures supplémentaires et M<sup>me</sup> Ménard a accepté de sacrifier ses jours de congés et ses vacances — L'estoppel doit reposer sur la promesse et le détriment qu'elle entraîne — L'élément de détriment n'existe pas dans le cas de M. Ouellette — La doctrine de l'estoppel en common law ne s'applique pas à la cause d'action qui a pris naissance au Québec — La fin de non-recevoir n'est pas identique à l'estoppel — L'enrichissement sans cause, qui est une doctrine de nature civiliste, s'applique aux faits de l'espèce — En ce qui concerne M. Ménard, les cinq éléments de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause (à savoir l'enrichissement du débiteur, l'appauvrissement du créancier, un lien de connexité entre les deux, une absence de justification légale et l'absence d'un autre recours prévu par la loi) sont réunis.*

*Fonction publique — Relations du travail — Les requérants, à savoir un infirmier et une infirmière ont travaillé dans un établissement pénitencier en dehors des heures régulières de travail et ont été rémunérés selon le tarif des heures supplémentaires — L'employeur a constaté subséquemment que le paiement des heures supplémentaires avait été effectué en vertu d'une interprétation erronée de la convention collective — Le recouvrement du trop payé s'est effectué par voie de déduction sur les salaires conformément à l'art. 155 de la Loi sur l'administration financière — L'arbitre a rejeté les griefs — L'arbitre avait-il compétence pour entendre les griefs fondés sur le promissory estoppel — Le différend découle de l'interprétation erronée donnée à la convention collective — L'application de la convention a soulevé la prétention fondée sur l'estoppel — La doctrine de l'estoppel de la common law est-elle applicable à la cause d'action qui a pris naissance au Québec? — La demande est accueillie quant à l'un des deux requérants au motif de l'enrichissement sans cause.*

Il s'agit en l'espèce d'une demande fondée sur l'article 28, visant la révision judiciaire de la décision d'un arbitre qui a rejeté les griefs des requérants. Les deux requérants étaient un infirmier et une infirmière qui travaillaient dans un établisse-



ized, and their conditions of work were governed by a collective agreement. The practice at the institution was to treat as overtime any work done outside an employee's usual working hours, including pause days and vacation. At the end of 1987, the employer realized that this practice was based upon an erroneous interpretation of the collective agreement, and that many of the hours paid at overtime rates should not have been. The applicants had, in 1986 and 1987, performed work outside their normal working hours and had received overtime pay. The employer notified the applicants that they had been overpaid, Mr. Ouellette to the extent of 128 hours and Ms. Ménard to the extent of 35 hours. The employer proceeded to recover the money by deducting it from the employees' current salaries. The employees' representative agreed that the overtime payments were not called for by the collective agreement, but argued that the employer, having induced the applicants to work extra hours, is estopped from reclaiming the overpayment. In the case of Mr. Ouellette, he was offered a supervisory job which would not ordinarily have entailed any overtime; and he accepted it on the understanding that he would continue to carry out overtime work as a nurse, to about the same number of hours as before. Ms. Ménard was called back to work on her rest days and during vacation, and agreed to give up her time off on the understanding that she would get either time-and-a-half or double-time.

The arbitrator held that the recovery of the overpayments was lawful under the *Financial Administration Act*.

*Held* (Pratte J.A. dissenting), the application should be allowed as to the applicant, Ménard but dismissed as to Ouellette.

*Per* Hugessen J.A.: Section 92 of the *Public Service Staff Relations Act* confers upon an arbitrator authority to hear grievances involving the interpretation or application of a collective agreement. The source of the instant dispute was a mutual misinterpretation of the collective agreement. The actions of the employer said to create an estoppel were actions exactly in the application of the agreement, and a conflict as to the legal consequences of those actions necessarily lies within the jurisdiction of the arbitrator. Estoppel requires not just reliance on the promise, but detriment on the part of the promisee. When Mr. Ouellette accepted the promotion to Chief of Health, he was promised the opportunity to work overtime, and received it. There was no detriment to him in taking the new position, whatever the rate of pay for those extra hours. Ms. Ménard did suffer detriment in giving up her days off, which she would not have done if she was to be paid only at the regular rate. She might be able to invoke estoppel, except that the common law doctrine of estoppel, argued by both parties, is not part of the law applicable to the case. The cause of action arose in the province of Quebec, and the general law applica-

ment du service correctionnel du Canada à Cowansville. Ils étaient syndiqués et leurs conditions de travail étaient régies par une convention collective. La pratique de l'établissement consistait à considérer comme heures supplémentaires tout travail accompli en dehors des heures régulières de travail d'un employé, y compris les jours de congés et les vacances. À la fin de 1987, l'employeur s'est rendu compte que cette pratique était fondée sur une interprétation erronée de la convention collective et qu'un bon nombre d'heures payées selon le tarif des heures supplémentaires n'auraient pas dû l'être. Les requérants avaient, au cours des années 1986 et 1987, travaillé en dehors des heures normales de travail et avaient été rémunérés au tarif des heures supplémentaires. L'employeur a avisé les requérants qu'ils avaient été trop payés, à savoir, M. Ouellette, jusqu'à concurrence de 128 heures, et M<sup>me</sup> Ménard, jusqu'à concurrence de 35 heures. L'employeur a procédé au recouvrement des sommes dues en les déduisant des salaires qu'ils touchaient à cette époque. Le représentant des employés a reconnu que les paiements des heures supplémentaires n'étaient pas justifiés par la convention collective, mais ils ont prétendu que l'employeur ne pouvait pas réclamer le paiement en trop puisqu'il avait incité les requérants à travailler des heures supplémentaires. En ce qui concerne M. Ouellette, on lui avait offert un poste de superviseur qui, normalement, n'aurait pas exigé la prestation d'heures supplémentaires, et il l'avait accepté contre la promesse qu'il continuerait à faire à peu près le même nombre d'heures supplémentaires à titre d'infirmier que dans le passé. M<sup>me</sup> Ménard avait été rappelée au travail les jours de congés et durant ses vacances et elle avait accepté de sacrifier ses congés contre la promesse qu'elle serait rémunérée au taux majoré de temps et demi ou temps double.

L'arbitre a conclu que le recouvrement des paiements faits en trop était conforme à la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

*Arrêt* (le juge Pratte, J.C.A., dissident): la demande devrait être accueillie à l'égard de la requérante Ménard et rejetée à l'égard du requérant Ouellette.

Le juge Hugessen, J.C.A.: L'article 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* confère à un arbitre la compétence pour entendre les griefs portant sur l'interprétation ou l'application de la convention collective. Le présent différend résultait d'une mauvaise interprétation que les parties en cause ont donnée à la convention collective. Les gestes de l'employeur dont on prétend qu'ils ont donné naissance à l'estoppel portaient sur l'interprétation de la convention collective, et les conséquences juridiques qui en découlent relèvent nécessairement de la compétence de l'arbitre. L'estoppel se fonde non seulement sur une promesse mais aussi sur le détriment auquel le bénéficiaire de la promesse est exposé. Lorsque M. Ouellette a accepté la promotion à titre «chef-santé», on lui a garanti la possibilité de faire des heures supplémentaires et on a tenu cette promesse. En acceptant le nouveau poste, il n'agissait pas à son détriment et ce, quel que soit le taux de rémunération des heures supplémentaires. M<sup>me</sup> Ménard agissait à son détriment en sacrifiant ses jours de congés, ce qu'elle n'aurait pas fait si elle ne devait être rémunérée qu'au taux ordinaire. Elle pourrait invoquer l'estoppel, sauf que la doc-

ble is civil law. Although the expression "estoppel" is often used in civilist writings, the concept is not identical to the *fin de non-recevoir*, and the common law vocabulary is to be avoided as being misleading. Ms. Ménard's action against the employer is better framed in unjust enrichment, a concept which is solidly established in civilist doctrine and case law. There are five elements required for an action in unjust enrichment. There must be enrichment of one party, deprivation of another, a causal link between the two, a lack of juridical justification for the enrichment, and no other remedy for the person deprived. Here, the employer has gained extra work from Ms. Ménard, she has been deprived of her rest days, and the gain and detriment arise out of the same event. The parties acted out a mutual error of law, negating the cause for the employee's agreement. No other remedy is available.

*Per Pratte J.A. (dissenting):* The arbitrator was without jurisdiction to hear the grievances of the applicants. Subsection 92(1) of the Act empowers the adjudicator to hear grievances based on the interpretation or application of the collective agreement, and that jurisdiction is limited to a determination whether the employer has violated the collective agreement. In reclaiming the overpayments made to the applicants, the employer was not applying the terms of the collective agreement, but the general law on the recovery of moneys paid in error. The applicants acknowledge that the collective agreement did not entitle them to receive the sums in question. Even assuming that the representations and promises made by the employer disentitled it to recover the moneys paid, this argument has nothing to do with the collective agreement it was the function of the arbitrator to interpret and apply.

This matter arose in Quebec, where the civil law recognizes the contractual validity of a simple promise, without the necessity that the promisee furnish a consideration. Since the doctrine of promissory estoppel is a gloss on the common law requirement for consideration, it can have no bearing on a matter arising out of offers made and accepted in Quebec.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Code du travail*, R.S.Q. 1977, c. C-27.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 155(3).  
*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 92, 93.

trine de l'*estoppel* de la common law, plaidée par les parties en cause, ne fait pas partie de la loi applicable en l'espèce. La cause d'action a pris naissance dans la province de Québec, où le droit général applicable est le droit civil. Même si l'expression «*estoppel*» est souvent employée dans les écrits de droit civil, ce concept n'est pas identique à la fin de non recevoir, et il faut éviter d'employer le vocabulaire de la common law qui peut induire en erreur. L'action de M<sup>me</sup> Ménard contre l'employeur convient mieux à l'enrichissement sans cause, un concept qui est solidement établi dans la doctrine du droit civil et dans sa jurisprudence. Cinq éléments sont essentiels à l'action fondée sur l'enrichissement sans cause. Il doit y avoir enrichissement d'une partie, appauvrissement de l'autre partie, un lien de connexité entre les deux, une absence de justification légale à l'égard de l'enrichissement et absence d'un autre recours pour la personne appauvrie. L'employeur a bénéficié, en l'espèce, des heures supplémentaires accomplies par M<sup>me</sup> Ménard, et celle-ci a été privée de ses congés; en outre, l'avantage de même que le détriment découlent du même événement. Les parties ont agi sous l'effet d'une erreur de droit mutuelle annulant le motif qui justifiait le consentement de l'employé. Aucun autre recours n'est possible en l'espèce.

Le juge Pratte, J.C.A. (dissident): L'arbitre n'avait pas compétence pour entendre les griefs des requérants. Le paragraphe 92(1) de la Loi permet à l'arbitre d'entendre les griefs fondés sur l'interprétation ou l'application d'une convention collective, et cette compétence se limite à déterminer si l'employeur a violé ou non la convention collective. En réclamant les paiements en trop faits aux requérants, l'employeur n'appliquait pas les termes de la convention collective, mais il invoquait plutôt les règles de droit générales relatives au recouvrement des sommes payées par erreur. Les requérants reconnaissent que la convention collective ne leur donnait pas le droit de recevoir les sommes en litige. Même si l'on suppose que les déclarations et les promesses faites par l'employeur l'empêchaient de recouvrer les sommes versées, cette prétention n'a rien à voir avec la convention collective que l'arbitre devait interpréter et appliquer.

Le litige est né au Québec dont le droit civil reconnaît la validité contractuelle d'une simple promesse sans qu'il soit nécessaire que le bénéficiaire fournisse une «considération». Puisque le *promissory estoppel* n'est qu'une qualification apportée à l'exigence de la common law relative à la «considération», il ne peut avoir aucune influence sur un litige résultant des promesses faites et acceptées au Québec.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code du travail* S.R.Q. 1977, ch. C-27.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 155(3).  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 92, 93.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*National Bank of Canada (Canadian National Bank) v. Soucisse et al.*, [1981] 2 S.C.R. 339; (1981), 43 N.R. 283.

## REFERRED TO:

*Sinyor Spinners of Canada Ltd. c. Leesona Corp.*, [1976] C.A. 395; (1976), 29 C.P.R. (2d) 71 (Qué.); *Cerundolo c. Val-Barette (Corp. mun. de)*, [1986] R.D.I. 796; (1986), 9 Q.A.C. 96 (C.A. Qué.); *Syndicat national des travailleurs des pâtes et papiers de Port-Alfred c. Lippé*, [1990] R.D.J. 124 (C.A. Qué.); *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; (1991), 80 D.L.R. (4th) 520; 48 Admin. L.R. 161; 91 CLLC 14,017; 123 N.R. 161.

## AUTHORS CITED

Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, Montréal: Presses de l'université de Montréal, 1970.  
D'Aoust, Claude et Dubé, L. *L'estoppel et les laches en jurisprudence arbitrale*, Montréal: École de relations industrielles, Université de Montréal, 1990.

APPLICATION for judicial review of a decision of an arbitrator appointed under the *Public Service Staff Relations Act*, holding applicants disentitled to overtime pay. Application allowed as to one of two applicants.

## COUNSEL:

*Catherine H. MacLean* for applicants.  
*Dora Benbaruk* and *Harvey A. Newman* for respondent.

## SOLICITORS:

*Nelligan/Power*, Ottawa, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

HUGESSEN J.A.:

Introduction

The applicants attack a decision by an adjudicator appointed pursuant to sections 92 and 93 of the *Public Service Staff Relations Act*.<sup>1</sup> The applicants' grievances concerned claims for overtime made by them in 1986 and 1987. However, the grievances them-

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. P-35.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Banque Nationale du Canada (Banque Canadienne Nationale) c. Soucisse et autres*, [1981] 2 R.C.S. 339; (1981), 43 N.R. 283.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Sinyor Spinners of Canada Ltd. c. Leesona Corp.*, [1976] C.A. 395; (1976), 29 C.P.R. (2d) 71 (Qué.); *Cerundolo c. Val-Barette (Corp. mun. de)*, [1986] R.D.I. 796; (1986) 9 Q.A.C. 96 (C.A. Qué.); *Syndicat national des travailleurs des pâtes et papiers de Port-Alfred c. Lippé*, [1990] R.D.J. 124 (C.A. Qué.); *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; (1991), 80 D.L.R. (4th) 520; 48 Admin. L.R. 161; 91 CLLC 14,017; 123 N.R. 161.

## DOCTRINE

Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, Montréal: Presses de l'université de Montréal, 1970.  
D'Aoust, Claude et Dubé, L. *L'estoppel et les laches en jurisprudence arbitrale*, Montréal: École de relations industrielles, Université de Montréal, 1990.

DEMANDE visant la révision judiciaire d'une décision d'un arbitre nommé en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, statuant que les requérants n'ont pas droit d'être rémunérés selon le tarif des heures supplémentaires. La demande est accueillie à l'égard de l'un des requérants.

## f AVOCATS:

*Catherine H. MacLean* pour les requérants.  
*Dora Benbaruk* et *Harvey A. Newman*, pour l'intimée.

## g PROCUREURS:

*Nelligan/Power*, Ottawa, pour les requérants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.:

Introduction

Les requérants s'en prennent à une décision rendue par un arbitre nommé en vertu des articles 92 et 93 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*<sup>1</sup>. Les griefs des requérants avaient trait aux réclamations faites par eux en 1986 et 1987 pour du

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. P-35.

selves were not filed until December 1988 and referred to adjudication in November 1989. The reason for this unusual delay is important and has consequences for the legal position of the parties.

### Facts

In 1986 and 1987, at the time the two applicants originally made their claims for overtime, they were accepted by the employer. It was common ground that at the time the employer had for some time given the collective agreement a misinterpretation by which an employee who agreed to do overtime was always paid at time-and-a-half or double-time, depending on the circumstances. The parties are now agreed in saying that this interpretation is not in keeping with the wording of the collective agreement, which only gives increased rates in certain specific circumstances.

The two applicants are nurses and work at Cowansville, Quebec in a Correctional Service of Canada institution. During 1986 and 1987 the applicant Ménard was called by the employer while she was on statutory leave and on annual vacation and asked to return to work; she was offered pay, as the case may be, at time-and-a-half or double-time depending on the circumstances. She accepted these offers and worked on a number of her days of leave, for which she was paid at the agreed rate.

In 1988, two years later, the employer realized that the interpretation it had previously given the collective agreement was in error. This is how the employer explained its action in the reply it gave the employee at the third level of the grievance process:

[TRANSLATION] It has been determined from an administrative inquiry that, as the result of an improper application of your collective agreement regarding the payment of overtime, you were overpaid between June '86 and September '87 pay equivalent to 35.5 hours of work at the basic rate.

This being so, the employer has no choice but to recover the overpayment.

temps supplémentaire. Toutefois, les griefs eux-mêmes n'ont été déposés qu'en décembre 1988 et renvoyés à l'arbitrage en novembre 1989. La raison de ce retard inhabituel est importante et a des répercussions sur la situation juridique des parties.

### Les faits

En 1986 et 1987, aux moments où les deux requérants avaient originalement formulé leurs demandes de temps supplémentaire, elles ont été acceptées par l'employeur. En effet, il est acquis au débat qu'à l'époque l'employeur avait, depuis longtemps, donné à la convention collective une mauvaise interprétation selon laquelle un employé qui acceptait d'exécuter un travail supplémentaire était toujours rémunéré au taux de temps et demi ou temps double, selon les circonstances. Les parties sont d'accord aujourd'hui pour déclarer que cette interprétation n'est pas conforme au texte de la convention collective qui n'accorde les taux majorés que dans certaines circonstances précises.

Les deux requérants sont infirmiers et travaillent à Cowansville, Québec dans un établissement du Service Correctionnel du Canada. Durant les années 1986 et 1987 la requérante, Ménard, a reçu, durant ses périodes de congés et ses vacances annuelles, des appels de la part de l'employeur l'invitant à rentrer au travail et lui offrant une rémunération, le cas échéant, au taux de temps et demi ou temps double selon les circonstances. Elle a accepté ces offres et a travaillé pendant un certain nombre de ses journées de congés pour lesquelles elle est rémunérée selon le taux convenu.

Deux ans plus tard, en 1988, l'employeur s'est rendu compte que l'interprétation qu'il avait auparavant donnée à la convention collective était erronée. Voici comment l'employeur explique son geste dans la réponse qu'il a donnée à l'employée au troisième palier de règlement du grief:

Une enquête administrative a permis de constater que vous avez perçu en trop, entre juin 86 et septembre 87, par suite d'une application inappropriée de votre convention collective en ce qui a trait au paiement des heures supplémentaires, une rémunération équivalant à 35.5 heures de travail à taux simple.

Ce faisant, l'employeur n'avait d'autre choix que de procéder au recouvrement du trop payé.

Contrary to your allegation, the employer's decision is in no way illegal as it is based on section 156(3) of the *Financial Administration Act*.

Your grievance is accordingly dismissed. [Appeal Book, at page 4.]

In the case of the applicant Ouellette, the situation is a bit different. He is ordinarily required to work a lot of overtime. During the summer of 1986, the employer asked him to act as "health chief" temporarily. Apparently, there was very little scope for overtime in performing the duties of this position. Mr. Ouellette accordingly concluded an agreement with his employer that he agreed to perform the duties of "health chief" on condition that he could still work overtime as a regular nurse as in the past. According to the employee it was also agreed that this work would be paid for at time-and-a-half or double-time according to the circumstances, and this was done.

Here again, the employer realized two years later that part of the payment made to Mr. Ouellette was above the rates provided for in the collective agreement. The employee, for his part, objected to the employer's attempt to recover the "overpayment". The employer's response at the third level of the grievance process explains the handling of the matter:

[TRANSLATION] It has been determined from an administrative inquiry that, as the result of an improper application of your collective agreement regarding the payment of overtime, you were overpaid between June '86 and September '87 pay equivalent to 128 hours of work at the basic rate.

This being so, the employer has no choice but to recover the overpayment.

Contrary to your allegation, the employer's decision is in no way illegal as it is based on section 156(3) of the *Financial Administration Act*.

Your grievance is accordingly dismissed. [Appeal Book, at page 11.]

### Grievances

Before the adjudicator the applicants relied on the principle of estoppel, a common law principle that a party who by his words or actions induces another party to act to his detriment cannot then change his

La décision de l'employeur n'est nullement illégale contrairement à ce que vous prétendez car elle s'appuie sur l'article 156(3) de la *Loi sur l'administration financière*.

Par conséquent, votre grief est rejeté. [Dossier d'appel, à la page 4.]

Dans le cas du requérant Ouellette, la situation est un peu différente. Normalement il est appelé à travailler beaucoup de temps supplémentaire. Durant l'été 1986, l'employeur lui a demandé d'agir à titre de «chef-santé» sur une base intérimaire. Dans l'exécution des fonctions de ce poste, apparemment, il y avait très peu de possibilité de gagner du temps supplémentaire. M. Ouellette a donc conclu une entente avec son employeur selon laquelle il acceptait de remplir les fonctions de «chef-santé» à la condition qu'il pouvait quand même continuer, comme dans le passé, à travailler du temps supplémentaire à titre d'infirmier régulier. Il a aussi été convenu, selon l'employé, que ce travail serait rémunéré au taux de temps et demi ou temps double selon les circonstances, ce qui fut fait.

Ici, encore, l'employeur s'est rendu compte deux ans plus tard qu'une partie de la rémunération payée à M. Ouellette était supérieure aux taux prévus dans la convention collective. L'employé, pour sa part, s'est objecté à la tentative de l'employeur de récupérer le «trop payé». La réponse de l'employeur au troisième palier du règlement du greffe explique l'acheminement du dossier:

Une enquête administrative a permis de constater que vous avez perçu en trop, entre juin 86 et septembre 87, par suite d'une application inappropriée de votre convention collective en ce qui a trait au paiement des heures supplémentaires, une rémunération équivalant à 128 heures de travail à taux simple.

Ce faisant, l'employeur n'avait d'autre choix que de procéder au recouvrement du trop payé.

La décision de l'employeur n'est nullement illégale contrairement à ce que vous prétendez car elle s'appuie sur l'article 156(3) de la *Loi sur l'administration financière*.

Par conséquent, votre grief est rejeté. [Dossier d'appel, à la page 11.]

### Les griefs

Devant l'arbitre les requérants ont invoqué la doctrine de l'*estoppel*, doctrine de la common law selon laquelle une partie qui, par ses paroles ou ses gestes, induit une autre partie à agir à son détriment, ne peut

position and go back on his word, thus profiting from the error caused by himself.

The adjudicator dismissed the grievances: hence the appeal at bar.

### Adjudicator's jurisdiction

In this Court the respondent argued that the adjudicator lacked jurisdiction to hear the applicants' grievances, and that the Court can therefore only dismiss the section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application.

The adjudicator's jurisdiction is based on section 92 of the *Public Service Staff Relations Act*, which limits the cases which can be the subject of a grievance by an employee to claims originating in:

92. ...

(a) the interpretation or application in respect of the employee of a provision of a collective agreement or an arbitral award, or

(b) disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty, ...

The respondent argued that the applicants now admit that the collective agreement does not entitle them to pay at time-and-a-half or double-time every time they are required to work outside their regular working hours or during their leave periods. That being so, there is no further dispute as to the interpretation or application of the agreement and the applicants' remedy must lie elsewhere than in the grievance procedure and reference to adjudication.

With respect for the contrary view, I cannot accept this argument. The very source of the dispute between the parties is this erroneous interpretation given by the parties to the agreement, and its "improper application" to the applicants' case (the expression is that used by the employer itself in its reply to the grievances, quoted above). Had it not been for this interpretation the applicants would never have made claims for overtime, those claims would never have been paid and the employer would therefore never have tried to obtain reimbursement. Since it is the attempt at recovery which led to the grievances, there is a direct cause-and-effect relation-

pas, par la suite, changer sa position et revenir sur sa parole afin de profiter de l'erreur dont elle a été elle-même la source.

L'arbitre a rejeté les griefs, d'où le présent pourvoi.

### Compétence de l'arbitre

Devant nous l'intimée soutient que l'arbitre n'avait pas la compétence pour juger des griefs des requérants et que, partant, nous ne pouvons que rejeter la demande faite en vertu de l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7].

La juridiction de l'arbitre tire sa source de l'article 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* qui limite les cas pouvant faire l'objet d'un grief par un employé aux réclamations ayant comme source:

92. ...

a) l'interprétation ou l'application, à son endroit, d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale;

b) une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une sanction pécuniaire.

Or, prétend l'intimée, les requérants admettent maintenant que la convention collective ne leur donne pas droit à une rémunération au taux de temps et demi ou temps double chaque fois qu'ils sont appelés à travailler en dehors de leurs heures régulières de travail ou durant leurs périodes de congés. Cela étant, il n'y a plus aucun débat sur l'interprétation ou l'application de la convention et le remède des requérants doit se trouver ailleurs que dans la procédure du grief et du renvoi à l'arbitrage.

Avec égards pour l'avis contraire, je ne peux pas accepter cette prétention. La source même de la dispute entre les parties est précisément l'interprétation erronée que les parties ont donnée à la convention et son «application inappropriée» au cas des requérants (l'expression est celle utilisée par l'employeur même dans sa réponse au grief citée ci-dessus). N'eût été cette interprétation, les requérants n'auraient jamais fait les réclamations pour temps supplémentaire, ces réclamations n'auraient jamais été payées, et l'employeur n'aurait donc jamais tenté de se faire rembourser. Puisque c'est la tentative de remboursement qui a provoqué les griefs, il y a un lien direct de cause

ship between them and the interpretation and application of the collective agreement.

To put it another way, the applicants' contentions are based on the principle of estoppel, that is on the argument that by its words and deeds the employer induced them to act to their detriment. However, the words and deeds in question relate only to the interpretation and application of the collective agreement, and a dispute as to their consequences necessarily falls within the jurisdiction of the adjudication tribunal.

Further, the whole structure of labour relations law, in both the public and private sectors, tends to favour recourse to arbitration and to discourage questions of employer-employee relations from coming before the ordinary courts of law. In my opinion it is simply inconceivable that the instant case, involving relations between an employer and its unionized employees, who are governed by a collective agreement, should come before any other tribunal than the one specifically designated for the purpose by the Act.

#### Adjudicator's decision on applicants' claims as made

As I have already said, the applicants based their grievances on the principle of estoppel. In his decision, the adjudicator rejected this argument as follows:

[TRANSLATION] With regard to estoppel, there is no evidence that the employer made a promise or commitment concerning the amount to be paid. The commitment was simply that Mr. Ouellette could work overtime. [Appeal Book, at page 174, reverse.]

It will at once be noted that the adjudicator says not a word regarding Ms. Ménard's claim, though her position is quite different. I will return to this below.

Counsel for the applicants argued that as to Mr. Ouellette's claim the conclusion is quite simply wrong and that the adjudicator failed to take account of the employer's actions, which at law are just as capable of constituting a promise or undertaking as words are.

Personally, I do not think it is essential to examine this problem any further as it seems to me that even

à effet entre ceux-ci et l'interprétation et l'application de la convention collective.

Autrement dit, les prétentions des requérants sont basées sur la doctrine de l'estoppel, c'est-à-dire sur une prétention que l'employeur, par ses gestes et ses paroles, les a induits à agir à leur détriment. Les gestes et les paroles en cause, toutefois, n'ont trait qu'à l'interprétation et l'application de la convention collective, et une dispute quant à leurs conséquences relève nécessairement de la compétence du tribunal d'arbitrage.

D'ailleurs, toute l'économie du droit des relations de travail, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, tend à favoriser le recours à l'arbitrage et à décourager que des questions, touchant aux relations entre employeur et employé, soient soumises aux tribunaux de droit commun. À mon avis, il est tout simplement impensable que le présent litige, impliquant des relations entre un employeur et ses employés syndiqués, qui sont régis par une convention collective, soit soumis à un autre tribunal que celui que la Loi a spécifiquement désigné à cette fin.

#### La décision de l'arbitre sur les réclamations des requérants telles que formulées

Comme je l'ai déjà dit, les requérants fondaient leurs griefs sur la doctrine de l'estoppel. Dans sa décision, l'arbitre a rejeté cette prétention dans les termes suivants:

En ce qui a trait à l'estoppel, il n'y a aucune preuve que l'employeur a fait une promesse ou un engagement en ce qui a trait au montant à être payé. L'engagement était simplement que M. Ouellette pourrait faire du surtemps. [Dossier d'appel, à la page 174, verso.]

Notons tout de suite que l'arbitre ne dit pas un mot concernant la réclamation de M<sup>me</sup> Ménard dont la position est pourtant bien distincte. J'y reviendrai.

Le procureur des requérants prétend que, en ce qui a trait à la réclamation de M. Ouellette, la conclusion est tout simplement erronée et que l'arbitre a omis de tenir compte des gestes de l'employeur qui, selon la doctrine, sont tout aussi susceptibles de constituer une promesse ou un engagement que des paroles.

Pour ma part, il ne me paraît pas essentiel d'étudier ce problème plus à fond car il me semble que même

assuming that counsel is right, an essential part of estoppel, namely the detriment, is lacking in the case of Mr. Ouellette.

It will be recalled that all Mr. Ouellette did as a consequence of the employer's alleged promise was agree to be appointed to the position of "health chief" on an acting basis. The evidence does not show (and it is in any case very unlikely) that the salary attached to that position was less than the one Mr. Ouellette was receiving in his regular position. The objection raised by the employee to the proposed acting appointment was that the new position gave him less opportunity for doing overtime. The employer then promised him that he could do as much overtime in the future as in the past, and it kept to that promise. Whether the employer did or did not at the same time promise that the overtime would still be paid for at the time-and-a-half or double-time rate changes absolutely nothing, because Mr. Ouellette did not in any way act to his detriment in relying on such a promise. Before the alleged promise, Mr. Ouellette was working as a full-time male nurse and was doing a lot of overtime for which he was paid at a rate to which he now admits he was not entitled. After the promise, he accepted the "health chief" appointment but continued doing overtime for approximately the same number of hours a month at exactly the same rate. He therefore did not lose anything in comparison with his previous position. As the detriment, an essential component of estoppel, was absent, the adjudicator was right to dismiss his claim.

In Ms. Ménard's case, however, the situation is different. In her case the evidence is clear and uncontradicted that she agreed to give up her days of statutory leave and annual vacation solely because the employer promised her pay at the time-and-a-half or double-time rate.

The adjudicator failed to give a summary of the gist of Ms. Ménard's evidence and this Court authorized that the case be amended to add an affidavit from someone who was present at the hearing before

en tenant pour acquis que le procureur a raison, un élément essentiel de l'*estoppel*, soit le détriment, manque dans le cas de M. Ouellette.

<sup>a</sup> L'on se rappellera que tout ce que M. Ouellette a fait, comme conséquence de la prétendue promesse de l'employeur, était d'accepter d'être nommé sur une base intérimaire au poste de «chef-santé». La preuve ne révèle pas (et il est d'ailleurs fort peu probable) que le salaire attaché à ce poste était moindre que celui que touchait M. Ouellette dans son poste régulier. L'objection que faisait l'employé à la nomination intérimaire proposée était que le nouveau poste lui offrirait moins de possibilité de faire du temps supplémentaire. L'employeur lui a alors promis qu'il pourrait dans l'avenir faire autant de temps supplémentaire que dans le passé, et il s'est tenu à cette promesse. Que l'employeur ait ou non promis en même temps que le temps supplémentaire serait toujours payé au taux de temps et demi ou temps double ne change absolument rien, parce que M. Ouellette n'a aucunement agi à son détriment sur la foi d'une telle promesse. Avant la prétendue promesse, M. Ouellette travaillait comme infirmier régulier et faisait beaucoup de temps supplémentaire pour lequel il était rémunéré à un taux auquel, il l'admet maintenant, il n'avait pas droit. Après la promesse, il a accepté la nomination de «chef-santé» mais il continuait à faire du temps supplémentaire pour approximativement le même nombre d'heures par mois à exactement le même taux. Il n'a donc rien perdu par rapport à sa position antérieure. Le détriment, élément essentiel de l'*estoppel*, étant absent, l'arbitre a eu raison de rejeter sa réclamation.

<sup>b</sup> Pour ce qui est de M<sup>me</sup> Ménard, pourtant, la situation est différente. Dans son cas, la preuve est claire et non contredite qu'elle a accepté de sacrifier ses journées de congés et de vacances annuelles uniquement parce que l'employeur lui avait promis une rémunération au taux de temps et demi ou temps double.

<sup>c</sup> L'arbitre a omis de donner un résumé de la partie essentielle de la preuve de M<sup>me</sup> Ménard et cette Cour a autorisé la modification du dossier par l'ajout d'un affidavit d'une personne qui avait assisté à l'audience



the adjudicator. The substance of this affidavit, which was not contradicted or objected to by the respondent, is as follows:

7. [TRANSLATION] During Miss Ménard's examination-in-chief, she mentioned that when she was called and asked to return to work during her vacation time, leave time or statutory leave, she was always told the number of hours' overtime to be done. Additionally, she was told that the hourly rate for this overtime would be time-and-a-half or double-time.

8. Miss Ménard also testified during her examination-in-chief that she had worked at Cowansville since February 1983 and that the practice regarding call-back procedure as well as compensation for overtime existed at that time, and she actually thought they had existed before she held the job.

9. Miss Ménard also testified in her examination-in-chief that she would not have accepted the employer's call-back if she had been told she would have to work at the basic rate, not the overtime rate.

10. Miss Ménard also testified in her examination-in-chief that she relied on the employer's promise to pay for the overtime, a promise which was made during the telephone calls asking her to return to work. She indicated that she would not otherwise have returned.

11. In her cross-examination, Miss Ménard testified that she did not dispute the interpretation made by the employer of the provisions contained in the collective agreement regarding compensation for overtime. What she was objecting to was the retroactive application of this interpretation when she was specifically told at the time of the call-back that she would be paid at the overtime rate and she agreed to work on that condition. [Appeal Book, Appendix, at page 2.]

The respondent did not argue in this Court that the collective agreement entitled her to require an employee to work against his or her wishes outside the regular working hours. The collective agreement itself contains no express provision to this effect. Overtime was accordingly voluntary and it is this fact that clearly distinguishes the cases of the two applicants.

It will be recalled that Mr. Ouellette wanted to do overtime and that it was the employer's promise that he would not be deprived of the opportunity of doing so which caused him to accept his new position. In Ms. Ménard's case, however, she was called back to work during her periods of statutory leave or vacation and would not have agreed to return but for the employer's promise that she would be paid at the

devant l'arbitre. Voici l'essentiel de cet affidavit, qui n'a pas été contredit ni contesté par l'intimée:

7. Durant l'interrogatoire principal de Mlle Ménard, celle-ci a mentionné que quand on l'appelait et qu'on lui demandait de revenir au travail pendant ses jours de vacances, jours de congés ou en congé statutaire, on lui disait toujours quel serait le nombre d'heures supplémentaires à faire. De plus, on lui disait également que le taux horaire pour ces heures supplémentaires serait celui de temps et demi ou temps double.

8. Mlle Ménard a aussi témoigné durant son interrogatoire principal qu'elle travaillait à Cowansville depuis le mois de février 1983 et que la pratique sur les procédures de rappel de même que l'indemnisation pour temps supplémentaire existaient à ce moment-là, et qu'elle croyait en fait qu'elles existaient avant qu'elle occupe cet emploi.

9. Mlle Ménard a aussi témoigné[sic] durant son interrogatoire principal qu'elle n'aurait pas accepté un rappel au travail de l'employeur si on lui avait dit qu'elle devrait travailler au taux régulier, et non à ceux du temps supplémentaire.

10. Mlle Ménard a aussi témoigné durant son interrogatoire principal qu'elle se fiait sur la promesse de l'employeur de payer pour le temps supplémentaire, promesse qui a été faite durant les appels téléphoniques lui demandant un rappel au travail. Elle a indiqué qu'elle ne serait autrement pas retournée travailler.

11. Durant son contre-interrogatoire, Mlle Ménard a témoigné qu'elle ne contestait pas l'interprétation que faisait l'employeur des dispositions d'indemnisation pour temps supplémentaire contenues dans la convention collective. Plutôt, elle s'objectait à l'application rétroactive de cette interprétation quand on lui avait spécifiquement dit, au moment du rappel, qu'elle serait payée aux taux de temps supplémentaire, et qu'elle avait accepté de travailler sous cette condition. [Dossier d'appel, Appendice, à la page 2.]

L'intimée n'a pas prétendu devant nous que la convention collective lui donnait le droit d'exiger qu'un employé travaille contre son gré en dehors de ses heures régulières de travail. La convention collective elle-même ne contient pas de disposition expresse à cet effet. Le travail supplémentaire était donc volontaire et c'est ce fait qui distingue nettement les cas des deux requérants.

On se rappellera que M. Ouellette voulait faire du temps supplémentaire et que c'est la promesse de l'employeur à l'effet qu'il ne serait pas privé de la possibilité d'en faire qui lui a fait accepter son nouveau poste. Dans le cas de M<sup>me</sup> Ménard, toutefois, elle a été rappelée au travail durant ses périodes de congés ou de vacances et n'aurait pas accepté de rentrer n'eût été la promesse de l'employeur qu'elle

time-and-a-half or double-time rate. This then is the detriment which, as I noted above, is of the very essence of the principle of estoppel.

The injury done to Ms. Ménard does not lie in the fact that she did work for which she was not entitled to be paid except under the very terms of the collective agreement, terms which we now know are different from what the parties thought they were at the time. Instead, it is that the employee did work which she was not obliged to do and which she would ordinarily not have wanted to do. She only agreed to do it against her wishes in reliance on the employer's promise that she would be paid at the higher rates.

Accordingly, I conclude that on the basis of the claim as made before him and in this Court, the adjudicator made an error of law and that he should have allowed Ms. Ménard's grievance and given her the benefit of the principle of estoppel.

#### Application of principle of estoppel in Quebec

However, a point of law of vital importance arises here, though it seems to have completely escaped the parties, their counsel and the adjudicator.

The entire dispute between the parties arose in Quebec. To the extent that the relations between the parties are not governed by the collective agreement or by the *Public Service Staff Relations Act* they are subject to the civil law of Quebec. The principle of estoppel derives from the common law.

How does this affect the very basis of the applicants' claim?

In my opinion, there are two possible answers to this question.

#### The *fin de non-recevoir*

To begin with, although the principle of estoppel is not part of our civil law, it bears a close resemblance to several aspects of the civil law concept of the *fin*

serait rémunérée au taux de temps et demi ou temps double. Voilà donc l'élément de détriment qui, comme je l'ai déjà dit, est de l'essence même de la doctrine de l'*estoppel*.

<sup>a</sup> Ce n'est pas le fait que M<sup>me</sup> Ménard a rendu une prestation de travail pour laquelle elle n'avait droit d'être rémunérée autrement que selon les termes mêmes de la convention collective, termes qu'on sait maintenant différents de ce que les parties les croyaient être à l'époque, qui lui a causé du tort. Plutôt, c'est que cette employée a rendu une prestation qu'elle n'était pas obligée de rendre et qu'elle n'aurait pas normalement voulu rendre. Si elle a accepté de la rendre malgré sa volonté, c'est sur la seule foi de la promesse de l'employeur qu'elle serait rémunérée aux taux majorés.

<sup>b</sup> J'en conclus donc que sur la base de la réclamation telle qu'elle a été plaidée devant lui et devant notre Cour, l'arbitre a commis une erreur de droit et qu'il aurait dû accueillir le grief de M<sup>me</sup> Ménard et lui faire bénéficier de la doctrine de l'*estoppel*.

#### L'applicabilité de la doctrine de l'*estoppel* au Québec

<sup>c</sup> Ici, toutefois, surgit une question de droit d'une importance capitale qui, pourtant, semble avoir échappé complètement aux parties, à leurs avocats et à l'arbitre.

<sup>d</sup> Toute la dispute entre les parties est née au Québec. Dans la mesure où les relations entre les parties ne sont pas régies par la convention collective ou par la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, elles sont assujetties au droit civil du Québec. Or, la doctrine de l'*estoppel* provient de la common law.

<sup>e</sup> Qu'en est-il donc de la base même de la réclamation des requérants?

<sup>f</sup> À cette question, il y a, à mon avis, deux réponses possibles.

#### La fin de non-recevoir

<sup>g</sup> Dans un premier temps, bien que la doctrine de l'*estoppel* soit étrangère à notre droit civil, elle s'apparente étroitement à plusieurs aspects de la notion

*de non-recevoir*. This is what Beetz J. said about it, speaking for the Supreme Court:

There is nonetheless no question that *fins de non-recevoir* do exist in Quebec civil law and are sometimes confused with *estoppel*, despite the warning of Mignault J. in *Grace and Company v. Perras* [(1921), 62 S.C.R. 166], at p. 172:

... I venture to observe that the doctrine of *estoppel* as it exists in England and common law provinces of the Dominion is no part of the law of the Province of Quebec. This, however, does not mean that in many cases where a person is held to be estopped in England, he would not be held liable in the Province of Quebec. Article 1730 of the civil code is an example of what, in England, is referable to the principle of *estoppel*, and where a person has by his representation induced another to alter his position to his prejudice, liability in Quebec could be predicated under articles 1053 and following of the civil code. Whether such liability could be relied on as a defence to an action, in order to avoid what has been called a "circuit d'actions," is a proposition which, were it necessary to discuss it here, could no doubt be supported on the authority of Pothier. May I merely add, with all due deference, that the use of such a word as "*estoppel*," coming as it does from another system of law, should be avoided in Quebec cases as possibly involving the recognition of a doctrine which, as it exists today, is not a part of the law administered in the Province of Quebec.<sup>2</sup>

Like the Supreme Court, the Quebec Court of Appeal<sup>3</sup> and the arbitration tribunals sitting pursuant to the Quebec *Labour Code* [R.S.Q. 1977, c. C-27]<sup>4</sup> have often adopted and applied the principle of *estoppel* under the guise of a *fin de non-recevoir*.

It is therefore not impossible to maintain that the employer's conduct, in promising Ms. Ménard additional pay if she would agree to give up her vacation and statutory leave, is under Quebec law a *fin de non-recevoir* the effect of which is to bar the employer from now trying to recover the benefits it conferred on its employee (the higher rate of pay) while retain-

<sup>2</sup> *National Bank of Canada (Canadian National Bank) v. Soucisse et al.*, [1981] 2 S.C.R. 339, at pp. 360-361.

<sup>3</sup> See *Sinyor Spinners of Canada Ltd. c. Leeson Corp.*, [1976] C.A. 395 (Qué.); *Cerundolo c. Val-Barette (Corp. mun. de)*, [1986] R.D.I. 796 (C.A. Qué.); *Syndicat national des travailleurs des pâtes et papiers de Port-Alfred c. Lippé*, [1990] R.D.J. 124 (C.A. Qué.).

<sup>4</sup> See Claude D'Acoust and Louise Dubé, *L'estoppel et les laches en jurisprudence arbitrale*, École de relations industrielles, Université de Montréal, 1990; especially at pp. 155 to 166.

civiliste de la fin de non-recevoir. Voici ce qu'en a déclaré le juge Beetz, au nom de la Cour suprême:

Il n'en demeure pas moins indiscutable qu'il y a dans le droit civil québécois des fins de non-recevoir que l'on a parfois confondues avec *l'estoppel* malgré l'admonition du juge Mignault dans *Grace and Company c. Perras* [(1921), 62 R.C.S. 166], à la p. 172:

[TRANSDUCTION] ... Je me permets de faire remarquer que la théorie de *l'estoppel* qui existe en Angleterre et dans les provinces de *common law* au Canada n'existe pas dans le droit de la province de Québec. Cela ne signifie pas cependant que dans bien des cas où, en Angleterre, une personne peut se voir opposer une fin de non-recevoir, elle ne serait pas tenue responsable dans la province de Québec. L'article 1730 du Code civil est un exemple de ce qu'on appelle, en Angleterre, le principe de *l'estoppel*, et lorsqu'une personne, par ses démarches, a amené une autre personne à modifier sa position à son préjudice, la responsabilité au Québec peut être retenue en vertu des art. 1053 et suivants du Code civil. Savoir si cette responsabilité peut être invoquée en défense à une action, en vue d'éviter ce qu'on a appelé un «circuit d'actions», est une question qui, s'il était nécessaire de l'examiner ici, pourrait certes s'appuyer sur l'autorité de Pothier. Avec égards, j'ajouterais simplement que l'emploi du mot «*estoppel*», qui vient d'un autre système de droit, devrait être évité dans les affaires qui viennent du Québec puisqu'il pourrait signifier la reconnaissance d'une doctrine qui, comme elle existe aujourd'hui, ne fait pas partie du droit applicable dans la province de Québec<sup>2</sup>.

À l'instar de la Cour suprême, la Cour d'appel du Québec<sup>3</sup> et les tribunaux d'arbitrage siégeant en vertu du *Code du travail* [S.R.Q. 1977, ch. C-27] du Québec<sup>4</sup> ont souvent adopté et appliqué la doctrine de *l'estoppel* en guise d'une fin de non-recevoir.

Il n'est donc pas impossible de maintenir que le comportement de l'employeur, en promettant une rémunération supplémentaire à M<sup>me</sup> Ménard si celle-ci acceptait de sacrifier ses vacances et ses congés, constitue, en droit québécois, une fin de non-recevoir dont l'effet serait d'empêcher que l'employeur tente maintenant de récupérer le bénéfice qu'il a donné à

<sup>2</sup> *Banque Nationale du Canada (Banque Canadienne Nationale) c. Soucisse et autres*, [1981] 2 R.C.S. 339 aux p. 360 et 361.

<sup>3</sup> Voir *Sinyor Spinners of Canada Ltd. c. Leeson Corp.*, [1976] C.A. 395 (Qué.); *Cerundolo c. Val-Barette (Corp. mun. de)*, [1986] R.D.I. 796 (C.A. Qué.); *Syndicat national des travailleurs des pâtes et papiers de Port-Alfred c. Lippé*, [1990] R.D.J. 124 (C.A. Qué.).

<sup>4</sup> Voir Claude D'Acoust et Louise Dubé, *L'estoppel et les laches en jurisprudence arbitrale*, École de relations industrielles, Université de Montréal, 1990; notamment aux p. 155 à 166.

ing for itself the consideration it received (the non-compulsory work during the vacation periods).

### Unjust enrichment

However, there is another way of looking at the problem which I find to be clearly preferable because it is a purely civil law approach.

The facts of the case at bar lend themselves extraordinarily well to application of the concept of unjust enrichment or the action *de in rem verso*. This concept is now firmly implanted in both Quebec legal theory and case law.<sup>5</sup>

Five conditions are generally recognized as being essential for an action to lie: enrichment of the debtor, impoverishment of the creditor, a connection between the two, the absence of legal justification and the absence of any remedy at law.

All these conditions are met in the facts of the case at bar so far as Ms. Ménard's claim is concerned. She was impoverished because she lost the benefit of her days of statutory leave and vacation when she was under no obligation whatever to return to work. On its part, the employer was enriched because it received the benefit of its employee's labour, labour which it had no right to require of her. The connection between the two is obvious.

As to the absence of justification, we now know that the rate of pay promised the employee by the employer was not consistent with that stated in the collective agreement: the two parties acted under a mutual error of law. That error, which by definition amounts to the denial or the absence of a cause in the legal sense, is at the very source of both the enrichment of the one and the impoverishment of the other. The error, as such, clearly cannot give rise to rights: the employees who did overtime are not entitled to be paid at any rate other than that specified in the agreement. However, that same error can establish beyond any doubt the absence of any legal justification for Ms. Ménard giving up her days off and for the employer benefiting therefrom.

l'employé (le taux de rémunération majoré) tout en gardant pour lui la contrepartie qu'il a reçue (le travail non obligatoire durant les périodes de vacances).

### a L'enrichissement sans cause

Il y a toutefois une seconde manière d'aborder le problème que je trouve nettement préférable parce que de nature purement civiliste.

b Les faits de l'espèce se prêtent extraordinairement bien à l'application de la notion de l'enrichissement sans cause ou de l'action *de in rem verso*. Cette notion est maintenant solidement ancrée tant dans la doctrine que dans la jurisprudence québécoises<sup>5</sup>.

c Cinq conditions sont généralement reconnues comme étant essentielles au maintien de l'action: l'enrichissement du débiteur, l'appauvrissement du créancier, un lien de connexité entre les deux, une absence de justification légale et l'absence d'un autre recours prévu par la Loi.

d Toutes ces conditions sont remplies dans les faits de l'espèce pour ce qui est de la réclamation de M<sup>me</sup> Ménard. Elle a été appauvrie parce qu'elle a perdu le bénéfice de ses journées de congés et de vacances alors qu'elle n'était aucunement obligée de rentrer au travail. Pour sa part, l'employeur a été enrichi parce qu'il a reçu le bénéfice de la prestation de son employée, prestation qu'il n'était pas en droit d'exiger d'elle. La connexité entre les deux est évidente.

e Pour ce qui est de l'absence de justification, l'on sait maintenant que le taux de rémunération promis par l'employeur à l'employée n'était pas conforme à celui prévu dans la convention collective; les deux parties ont agi sous l'effet d'une erreur de droit mutuelle. Cette erreur, qui par définition constitue la négation ou l'absence d'une cause juridique, est à la source même tant de l'enrichissement de l'une que de l'appauvrissement de l'autre. L'erreur, en tant que telle, ne peut pas évidemment être créatrice de droit: les employés qui ont fait du temps supplémentaire n'ont droit d'être rémunérés à un taux autre que celui prévu dans la convention. Cette même erreur, toutefois, peut démontrer de façon indéniable l'absence de toute justification légale pour M<sup>me</sup> Ménard d'avoir

<sup>5</sup> See as to this in general Jean-Louis Baudouin, *Les obligations*, Nos. 410 to 436.

<sup>5</sup> Voir généralement à ce sujet Jean-Louis Baudouin, *Les obligations*, nos. 410 à 436.

Finally, no other remedy is possible in the circumstances.

### Conclusion

I therefore conclude that Ms. Ménard's claim, whether seen from the standpoint of common law estoppel or that of civil law unjust enrichment, is valid in both cases. The adjudicator erred in dismissing it.

I would allow the section 28 application, set aside the adjudicator's decision as to Ms. Ménard's claim and refer the matter back to the adjudicator to be again decided by him on the basis that this claim is valid.

Desjardins J.A.: I concur.

\* \* \*

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

PRATTE J.A. (*dissenting*): The applicants are asking the Court to set aside pursuant to section 28 of the *Federal Court Act* a decision of an adjudicator pursuant to the *Public Service Staff Relations Act* which dismissed the grievances filed by them.

The applicant Ouellette is a male nurse; the applicant Ménard is a female nurse. They are both Public Service employees and work in Cowansville, province of Quebec, in a Correctional Service of Canada institution. At the time in question their working conditions were covered by the collective agreement made on July 9, 1986 between the Treasury Board and the Professional Institute of the Public Service of Canada.

It appears that the Correctional Service officials realized in late 1987 that nurses working at the Cowansville institution had been paid at a higher rate than that provided for in the collective agreement for hours of work done during their vacation or days of leave. As the result of a mistake in interpreting the agreement, all these hours of work were apparently

sacrifié ses journées libres et pour l'employeur d'en avoir tiré profit.

a Finalement il n'y a aucun autre recours possible en l'espèce.

### Conclusion

b J'en conclus donc que la réclamation de M<sup>me</sup> Ménard, qu'elle soit vue sous l'optique de l'estoppel de la common law ou bien sous celle de l'enrichissement sans cause du droit civil, est, dans les deux cas, bien fondée. L'arbitre a erré en la rejetant.

c Je ferais droit à la demande faite en vertu de l'article 28, je casserais la décision de l'arbitre en ce qui concerne la réclamation de M<sup>me</sup> Ménard et je renverrais l'affaire à l'arbitre pour qu'il la décide à nouveau en tenant pour acquis que cette réclamation est bien fondée.

Desjardins, J.C.A.: J'y souscris.

\* \* \*

e Voici les motifs du jugement rendu en français par

f LE JUGE PRATTE, J.C.A. (*dissident*): Les requérants demandent l'annulation en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* d'une décision d'un arbitre en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* qui a rejeté les griefs qu'ils avaient formulés.

g Le requérant Ouellette est infirmier; la requérante Ménard est infirmière. Ils font tous deux partie de la fonction publique et travaillent à Cowansville, province de Québec, dans un établissement du Service correctionnel du Canada. À l'époque qui nous intéresse, leurs conditions de travail étaient régies par la convention collective intervenue le 9 juillet 1986 entre le Conseil du Trésor et l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada.

i Il semble que les autorités du Service correctionnel se soient rendu compte à la fin de 1987 que les infirmiers travaillant à l'établissement de Cowansville avaient été rémunérés plus généreusement que ne le prévoyait la convention collective pour les heures de travail accomplies pendant leurs vacances ou leurs jours de congé. Suite à une erreur d'interprétation de

treated as overtime when they were not. A check was made followed by calculations of the amounts each employee had received between June 1986 and September 1987 over and above what he or she was entitled to under the collective agreement, and claims were sent to those who had been overpaid. Accordingly, on November 9, 1988 Michel Ouellette received a notice informing him he had been overpaid for the equivalent of 128 hours of work at the regular rate, for which he would have to reimburse the employer; on the same day, a claim for reimbursement of the equivalent of 35 hours of work was made to Andrée Ménard. After receiving these notices the applicants, as required by the notices they had been given, made the necessary arrangements with their superiors for the reimbursement of these amounts, and on December 14, 1988 each of them filed a grievance objecting to the employer's decision to require reimbursement of the amounts which they had been paid by mistake.

The case was sent to adjudication and the evidence before the adjudicator apparently disclosed the following:

1. Since 1982 the practice in Cowansville had been to pay for the work done by nurses during their days of leave or vacation at time-and-a-half for the first day and double-time thereafter; work during days of leave and vacation was treated as voluntary for the nurses (although it appears that under the agreement it was compulsory); when a nurse was called back to work the practice was he or she would be told by telephone whether the payment would be at time-and-a-half or at double-time.

2. The applicant Ouellette had always done a good deal of overtime during his vacation and days of leave; in 1986 he was asked if he would agree to fill the position of "health chief" on an acting basis; as the incumbent of this position ordinarily did not do overtime, Ouellette only agreed to accept the duties after receiving an assurance from his head of section that he would continue to do overtime as before.

la convention, toutes ces heures de travail avaient apparemment été considérées comme des heures supplémentaires alors qu'elles ne l'étaient pas. Après vérification, on calcula les montants que chaque employé avait reçus, du mois de juin 1986 au mois de septembre 1987, en sus de ce à quoi la convention collective lui donnait droit et on fit parvenir des réclamations à ceux qui avaient été trop payés. C'est ainsi que, le 9 novembre 1988, Michel Ouellette reçut un avis le prévenant qu'on lui avait payé en trop l'équivalent de 128 heures de travail à temps simple qu'il devrait rembourser à l'employeur; le même jour, on réclamait d'Andrée Ménard le remboursement de l'équivalent de 35 heures de travail. Après avoir reçu ces avis, les requérants, comme l'exigeaient les avis qu'on leur avait donnés, firent les arrangements nécessaires avec leur supérieur pour assurer le remboursement de ces montants et, le 14 décembre 1988, chacun d'eux déposait un grief s'en prenant à la décision de l'employeur d'exiger le remboursement des sommes qu'on leur avait payées par erreur.

L'affaire fut renvoyée à l'arbitrage et, devant l'arbitre, la preuve révéla apparemment ce qui suit:

1. Depuis 1982, la pratique à Cowansville était de rémunérer le travail des infirmiers fait pendant leurs jours de congé ou leurs vacances à temps et demi pour le premier jour et à temps double par la suite; le travail pendant les jours de congé et les vacances était considéré comme volontaire pour les infirmiers (bien qu'il semble que, aux termes de la convention, il ait été obligatoire); quand on rappelait un infirmier au travail, la pratique voulait qu'on lui dise, par téléphone, s'il serait rémunéré à temps et demi ou à temps double.

2. Le requérant Ouellette a toujours fait beaucoup de travail supplémentaire pendant ses vacances et ses jours de congé; en 1986, on lui demanda d'accepter d'occuper, à titre intérimaire, le poste de «chef-santé»; comme, ordinairement, le titulaire de ce poste ne fait pas de temps supplémentaire, Ouellette n'a accepté de remplir cette tâche qu'après avoir obtenu de son chef de service l'assurance qu'il continuerait à faire des heures supplémentaires comme auparavant.

3. Each time the applicant Ménard was called back to work during her leave or vacation, she was told the amount of pay she would be receiving and she would not have agreed to be called back to work if she had known she would be paid at the regular rate.

Before the adjudicator, the applicants adduced the principle of promissory estoppel, contending that after encouraging them to work during their vacation and leave by telling them that they would be paid time-and-a-half or double-time, the employer could not then maintain that they were not entitled to such pay. Counsel for the employer relied simply on section 155(3) of the *Financial Administration Act* [R.S.C., 1985, c. F-11], which authorizes the Receiver General to "recover any over-payment made out of the Consolidated Revenue Fund on account of salary, wages, pay or pay and allowances out of any sum of money that may be due or payable by Her Majesty in right of Canada to the person to whom the over-payment was made."

The adjudicator dismissed the grievances on grounds which he stated concisely as follows:

[TRANSLATION] Subsection 155(3) of the *Financial Administration Act* states that the Receiver General, i.e. the employer, may recover any overpayment made out of the Consolidated Revenue Fund on account of salary, wages, pay or pay and allowances. The employer has discretion either to exercise or not to exercise its recovery authority. If it chooses to do so, it cannot be prevented from proceeding, unless it is proved that the employer specifically agreed to reduce its authority through the collective agreement. This is not the case here.

With regard to estoppel, there is no evidence that the employer made a promise or commitment concerning the amount to be paid. The commitment was simply that Mr. Ouellette could work overtime.

The employer therefore had the right to recover the overpayment and the grievances are therefore dismissed.

It is not in dispute that, in accordance with a recent ruling by the Supreme Court,<sup>6</sup> an adjudicator's decision can only be revised if he has exceeded his jurisdiction or has erroneously exercised it in a patently unreasonable manner. The applicants did not argue that the adjudicator had infringed any rule setting the limits of his powers; instead, they maintained that he had made patently unreasonable errors, first, by

<sup>6</sup> *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614.

3. Chaque fois que l'on a rappelé la requérante Ménard au travail pendant ses congés ou ses vacances, on lui a indiqué le montant de la rémunération qu'elle recevrait et elle n'aurait pas accepté d'être rappelée au travail si elle avait su qu'elle serait rémunérée au taux régulier.

Devant l'arbitre, les requérants invoquèrent le principe du «*promissory estoppel*», prétendant que l'employeur, après les avoir incités à travailler pendant leurs vacances et leurs congés en leur représentant qu'ils seraient rémunérés à temps et demi ou à temps double, ne pouvait plus prétendre qu'ils n'avaient pas droit à cette rémunération. L'avocat de l'employeur, lui, se serait contenté d'invoquer le paragraphe 155(3) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* [R.S.C., 1985, ch. F-11] qui autorise le receveur général à «recouvrer les paiements en trop faits sur le Trésor à une personne à titre de salaire, de traitements ou d'allocations en retenant un montant égal sur toute somme due à cette personne par Sa Majesté du chef du Canada».

L'arbitre rejeta les griefs pour des motifs qu'il exprime succinctement dans les termes suivants:

Le paragraphe 155(3) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* dit que le receveur général, c'est-à-dire l'employeur, peut recouvrer les paiements faits en trop sur le Trésor à une personne à titre de salaire, de traitements ou d'allocations. L'employeur a discrétion d'exercer ou non son autorité de recouvrement. Ce choix étant fait, on ne peut l'empêcher de le faire, à moins de prouver que l'employeur a accepté spécifiquement de réduire son autorité par le biais de la convention collective. Ce qui n'est pas le cas.

En ce qui a trait à l'estoppel, il n'y a aucune preuve que l'employeur a fait une promesse ou un engagement en ce qui a trait au montant à être payé. L'engagement était simplement que M. Ouellette pourrait faire du surtemps.

L'employeur avait donc droit de procéder au recouvrement et en conséquence les griefs sont rejetés.

Il est constant que, suivant la jurisprudence récente de la Cour suprême,<sup>6</sup> la décision de l'arbitre ne peut être révisée que s'il a excédé sa compétence ou l'a exercée erronément d'une façon manifestement déraisonnable. Les requérants ne prétendent pas que l'arbitre ait violé une règle déterminant la limite de ses pouvoirs; ils prétendent plutôt qu'il a commis des erreurs manifestement déraisonnables, d'une part, en

<sup>6</sup> *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614.

assuming that there could be promissory estoppel in the absence of an express commitment, verbal or in writing, by the employer, and second, by not taking into account the uncontradicted evidence that nurses called back to work during their days of leave or vacation were always told what pay they would be receiving if they agreed to return to work.

In my opinion, these arguments by the applicants must be dismissed because even if the adjudicator had not made the errors alleged, he should still have dismissed the applicants' grievances on the ground that he had no jurisdiction to rule on the arguments submitted by them.

I should note here that under section 2 of the *Public Service Staff Relations Act*, a collective agreement is an "agreement in writing" and under subsection 92(1) of that Act, a grievance cannot be referred to adjudication unless it is a grievance of an employee concerning

92. ...

(a) the interpretation or application in respect of the employee of a provision of a collective agreement or an arbitral award, or

(b) disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty, ...

Clearly, the applicants' grievances did not relate to disciplinary action and so they must have had to do with the interpretation or application of the collective agreement governing their working conditions. A grievance involves interpretation of the agreement when the employee alleges that the employer has given a clause of the agreement a meaning that it does not have; it involves application of the agreement when the employee maintains that the employer was wrong to believe in the existence of facts which, if they had existed, would have justified the application of a clause of the agreement the meaning of which is not in dispute. In both cases, the employee is alleging that the employer infringed the agreement. An adjudicator's jurisdiction is accordingly limited to determining whether the employer infringed the collective agreement as the employee contends.

What was the applicants' grievance in the case at bar? They complained that the respondent had required them to reimburse money which they had

supposant qu'il ne pouvait y avoir de «*promissory estoppel*» en l'absence d'un engagement exprès, verbal ou écrit, de l'employeur et, d'autre part, en ne tenant aucun compte de la preuve non contredite suivant laquelle on indiquait toujours aux infirmiers qui étaient rappelés au travail pendant leurs jours de congé ou leurs vacances quelle rémunération leur serait payée s'ils acceptaient de revenir au travail.

Ces prétentions des requérants doivent, à mon avis, être rejetées parce que même si l'arbitre n'avait pas commis les erreurs qu'on lui reproche, il aurait dû, quand même, rejeter les griefs des requérants au motif qu'il n'avait pas la compétence pour statuer sur les moyens que les requérants faisaient valoir.

Je veux ici rappeler que, suivant l'article 2 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, une convention collective est une «Convention écrite» et que, suivant le paragraphe 92(1) de la même Loi, un grief ne peut être renvoyé à l'arbitrage que s'il s'agit du grief d'un employé qui porte sur

92. ...

a) l'interprétation ou l'application, à son endroit, d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale;

b) une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une sanction pécuniaire.

Les griefs des requérants ne se rapportaient évidemment pas à une mesure disciplinaire, ils devaient donc porter sur l'interprétation ou l'application de la convention collective qui régissait leurs conditions de travail. Un grief porte sur l'interprétation de la convention lorsque l'employé reproche à l'employeur de donner à une clause de la convention un sens qu'elle n'a pas; il porte sur l'application de la convention lorsque l'employé prétend que l'employeur a eu tort de croire à l'existence de faits qui, s'ils avaient existé, auraient justifié l'application d'une clause de la convention dont tous admettent le sens. Dans les deux cas, l'employé reproche à l'employeur d'avoir violé la convention. La compétence d'un arbitre est donc limitée à déterminer si, comme le prétend l'employé, l'employeur a violé la convention collective.

En l'espèce, quel était le grief des requérants? Ils se plaignaient de ce que l'intimée ait exigé le remboursement des sommes qui, par erreur, leur avait été



been paid by mistake in addition to the money provided for in the collective agreement. In making this claim, the respondent was not applying the collective agreement: she was simply applying the rules of the ordinary law regarding the reimbursement of a payment which she said had been made by mistake. The only case in which this claim could have been a breach of the agreement is where the money claimed had in fact been paid in accordance with the agreement: in such a case, the respondent would have used the rules of the ordinary law to deprive the applicants of a benefit conferred on them by the collective agreement. However, that was not the position of the applicants, who admitted that the collective agreement did not entitle them to receive the money in question. Their only argument was that the respondent could not claim reimbursement of this money because of the representations and promises made to them to encourage them to work during their vacation and days of leave. Even if we assume, as the applicants alleged, that these promises and representations had the effect of either requiring the respondent to pay more than was provided for in the agreement or of preventing her from claiming reimbursement of what she had wrongly paid, the fact remains that these are arguments that have nothing to do with the collective agreement which the adjudicator was responsible for interpreting and applying. Even if the adjudicator had accepted these arguments, he could not have concluded that the collective agreement had been misinterpreted or wrongly applied; accordingly, he could not allow the grievances.

I would dismiss the application.

I would add a word to explain why I did not think it proper to discuss the theory of promissory estoppel. The case arose in the province of Quebec where the civil law, unlike the common law, recognizes the validity of a mere contractual promise without the recipient having to give any consideration for the promise. As promissory estoppel is only an alleviation by the courts of the traditional common law rule relating to consideration, there is no need to mention it in a case involving promises made and accepted in Quebec.

payées en sus des montants prévus à la convention collective. En faisant cette réclamation, l'intimée n'appliquait pas la convention collective; elle invoquait plutôt les règles du droit commun relativement au remboursement d'un paiement qu'elle disait avoir fait par erreur. Le seul cas où cette réclamation aurait pu constituer une violation de la convention est celui où, en fait, les sommes réclamées auraient été payées conformément à la convention; en ce cas, en effet, l'intimée aurait utilisé les règles du droit commun pour priver les requérants d'un avantage que la convention collective leur accordait. Mais telle n'était pas la position des requérants qui admettaient que la convention collective ne leur donnait pas le droit de recevoir les sommes en litige. Leur seule prétention était que l'intimée ne pouvait leur réclamer le remboursement de ces montants à cause des représentations et promesses qu'on leur avait faites pour les inciter à travailler pendant leurs vacances et leurs jours de congé. Or, même si l'on suppose, comme l'affirment les requérants, que ces promesses et représentations aient eu pour effet ou bien d'obliger l'intimée à payer plus que ne le prévoyait la convention ou bien de l'empêcher de réclamer le remboursement de ce qu'elle avait indûment payé, il reste qu'il s'agit là de prétentions qui n'ont rien à voir avec la convention collective que l'arbitre était chargé d'interpréter et d'appliquer. L'arbitre, même s'il jugeait ces prétentions fondées, ne pouvait conclure que la convention collective avait été mal interprétée ou mal appliquée; il ne pouvait donc faire droit aux griefs.

Je rejetterais la demande.

J'ajoute un mot pour expliquer pourquoi je n'ai pas jugé bon de discuter de la théorie du «*promissory estoppel*». Ce litige est né dans la province de Québec dont le droit civil, contrairement à la common law, reconnaît la validité d'une simple promesse contractuelle sans qu'il soit nécessaire que son bénéficiaire fournisse une «*considération*». Or, le «*promissory estoppel*» n'étant qu'une atténuation qu'a apportée la jurisprudence à la règle traditionnelle de common law relative à la «*considération*», il n'y a pas lieu d'en parler à l'occasion d'un litige où l'on invoque des promesses faites et acceptées au Québec.

T-295-92

Ken R. Crawford and Daniel Armaly (*Applicants*)

v.

**The Warden of William Head Penitentiary, Angie Boutin—The A & D Officer of William Head Penitentiary and The Disciplinary Court of William Head Penitentiary** (*Respondents*)

*INDEXED AS: CRAWFORD v. CANADA (WARDEN OF WILLIAM HEAD PENITENTIARY) (T.D.)*

Trial Division, MacKay J.—Ottawa, July 8, 1992.

*Penitentiaries — Federal penitentiary convicts convicted of disciplinary offence for refusal to submit to being photographed by new image capture system — System authorized by Identification of Criminals Act and Order in Council — Privacy Act and Access to Information Act establishing guidelines applicable to release of information maintained by institution, access thereto and for protection of privacy — Whether new system introduced in accordance with existing directives not giving rise to cause of action as Commissioner's Directives not having force of law — Within Commissioner's administrative authority to issue memorandum setting out practice for photographing inmates.*

*Construction of statutes — Identification of Criminals Act, s. 2 providing persons in custody and convicted of indictable offence may be subjected to processes sanctioned by Governor in Council — Order in Council P.C. 1954-1109 sanctioning photography for purposes of Act — New method of photographing federal penitentiary inmates by recording image using video camera and subsequently fixing it on photographic paper still photographic process by standard dictionary definition — Interpretation Act, s. 10 providing law considered as "always speaking" — Cannot be interpreted to preclude new technology.*

*Judicial review — Equitable remedies — Convicts convicted, fined for disciplinary offence in refusing to submit to new system of photography — Certiorari to quash disciplinary charge inappropriate since basis therefor (order to submit to computerized photography system) lawful — Order not arbitrary as all other inmates at same penitentiary photographed using new equipment — Declarations as to meaning of "photograph", and requiring new directives and regulations before new system used inappropriate — Court not to define words apart from factual context — Court will not issue directives to executive branch as to manner of performing responsibilities in future.*

T-295-92

Ken R. Crawford et Daniel Armaly (*requérants*)

c.

**Le directeur du pénitencier William Head et Angie Boutin, l'agent d'admission et d'élargissement du pénitencier William Head, et le tribunal disciplinaire du pénitencier William Head** (*intimés*)

*RÉPERTORIÉ: CRAWFORD c. CANADA (DIRECTEUR DU PÉNITENCIER WILLIAM HEAD) (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge MacKay—Ottawa, 8 juillet 1992.

*Pénitenciers — Détenus dans un pénitencier fédéral déclarés coupables d'infraction disciplinaire pour avoir refusé de se laisser photographier par le système de capture d'images — Système autorisé par la Loi sur l'identification des criminels et par le décret d'application — La Loi sur la protection des renseignements personnels et la Loi sur l'accès à l'information ont établi des lignes directrices sur la communication des informations, sur l'accès à ces informations et sur la protection de la vie privée — Que le nouveau système ait été introduit conformément aux directives en vigueur ou non, il n'y a pas là une cause d'action puisque les directives du Commissaire n'ont pas force de loi — La note de service sur les modalités à observer pour photographier les détenus relève des pouvoirs administratifs du Commissaire.*

*Interprétation des lois — L'art. 2 de la Loi sur l'identification des criminels prévoit que les personnes détenues à la suite d'une condamnation pour acte criminel peuvent être soumises aux opérations anthropométriques approuvées par le gouverneur en conseil — Le décret C.P. 1954-1109 sanctionne les opérations de photographie en application de la Loi — Le nouveau procédé de photographie des détenus des pénitenciers fédéraux par la prise de l'image au moyen d'un caméscope et son impression subséquente sur du papier photographique demeure un procédé photographique au sens normal du dictionnaire — L'art. 10 de la Loi d'interprétation prévoit que la loi «a vocation permanente» — La loi ne peut être interprétée comme interdisant les nouvelles technologies.*

*Contrôle judiciaire — Recours en equity — Des détenus purgeant une peine pour acte criminel ont été condamnés à une amende pour avoir refusé de se soumettre au nouveau système de photographie — Il n'y a pas lieu à ordonnance de certiorari pour annuler les charges disciplinaires qui ont un fondement légal (ordre de se soumettre au système d'identification photographique par ordinateur) — L'ordre n'était pas arbitraire puisque tous les autres détenus du même pénitencier ont été photographiés au moyen du nouveau matériel — Il n'y a pas lieu à ordonnances déclaratoires sur la signification de «photographie» ou sur la nécessité de formuler de nouvelles directives ou un nouveau règlement avant l'introduction du nouveau système — La Cour ne peut définir des mots indépen-*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Following refusal to submit to new computerized system of photography, convicts convicted, fined for disciplinary offence — Photographing inmates within purposes of Identification of Criminals Act not violating Charter s. 7.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Federal penitentiary introducing new system of photographing convicts — Whether Charter s. 15 violated in that convicts at other institutions not subjected to new system — S. 15 concerning discriminatory laws based on personal characteristics — No such discrimination herein.*

This was an application for an interlocutory injunction, *certiorari* and declaratory relief. The applicants were inmates (having been convicted of indictable offences) at William Head Institution, a federal penitentiary. They were convicted of a disciplinary offence and fined \$10 each for having refused to be photographed by new computerized photographic identification equipment, known as the "image capture system", whereby the individual is filmed by a video camera, producing an image on the sensitized surface of a cassette tape by the chemical action of light. The image is stored in the computer and subsequently printed on Kodak paper. The system is subject to the requirements set out in a 1989 memorandum from the Commissioner of Corrections dealing with the taking and distribution of inmate's photographs. Data so obtained is not distributed electronically. Disclosure of photographs taken by means of this new system may only be made in accordance with the requirements of the *Privacy Act*, *Access to Information Act* and the *Identification of Criminals Act*. *Identification of Criminals Act*, subsection 2(1) provides that any person in custody and convicted of an indictable offence may be subjected to any measurements, processes or operations sanctioned by the Governor in Council. Order in Council P.C. 1954-1109 sanctioned photography for the purposes of that Act.

The applicants submitted that the new system was not authorized by law. Their concerns related to authority for use of the system, the absence of guidelines for protection of privacy, the failure to introduce the new system in accord with processes set out by Commissioner's Directives, breach of an alleged duty of fairness by requiring the applicants to submit to the new system, bias in relation to the operations of the disciplinary court, and that the system violated the inmates' Charter, sections 7 and 15 rights (the latter because convicts at other institutions in the penitentiary system were not subjected to similar requirements).

*damment des faits de la cause — La Cour ne donnera pas aux fonctionnaires du pouvoir exécutif des directives sur la manière dont ils doivent s'acquitter de leurs attributions à l'avenir.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Ayant refusé de se soumettre au nouveau système d'identification photographique par ordinateur, des détenus purgeant leur peine à la suite d'une condamnation pour acte criminel ont été condamnés à une amende pour infraction disciplinaire — La photographie des détenus en application de la Loi sur l'identification des criminels ne va pas à l'encontre de l'art. 7 de la Charte.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Nouveau système de photographie des détenus mis en place dans un pénitencier fédéral — Il échet d'examiner s'il y a violation de l'art. 15 de la Charte si les détenus d'autres institutions ne sont pas soumis au même système — L'art. 15 vise les lois discriminatoires fondées sur des caractéristiques personnelles — Il n'y a pas discrimination en l'espèce.*

Requête en injonction interlocutoire, en bref de *certiorari* et en ordonnance déclaratoire. Les requérants étaient détenus à l'institution William Head, pénitencier fédéral, à la suite d'une condamnation pour acte criminel. Ils ont été déclarés coupables d'infraction disciplinaire et condamnés à une amende de 10 \$ chacun pour avoir refusé de se laisser photographier au moyen d'un nouveau matériel d'identification photographique par ordinateur, connu sous le nom de capture d'images. Par ce procédé, le sujet est filmé par un caméscope, qui forme par l'action de la lumière une image sur la surface sensible de la bande d'une cassette. L'image est enregistrée dans l'ordinateur et subséquemment imprimée sur du papier Kodak. Le système est soumis aux prescriptions d'une note de service de 1989 du Commissaire au sujet de la prise et de la distribution des photographies des détenus. Les données recueillies par ce procédé ne sont pas transmises par moyen électronique. La divulgation des photographies prises par cette méthode ne peuvent être divulguées que conformément à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur l'identification des criminels*. Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'identification des criminels* prévoit que quiconque est détenu en vertu d'une condamnation pour acte criminel peut être soumis à toute mensuration ou autre opération anthropométrique approuvée par le gouverneur en conseil. Le décret C.P. 1954-1109 sanctionne les opérations de photographie en application de cette Loi.

Les requérants soutiennent que le nouveau système n'est pas autorisé par la loi. Leurs sujets de préoccupation sont le pouvoir d'utiliser le système, l'absence de lignes directrices pour la protection de la vie privée, le fait que le système n'a pas été introduit conformément aux modalités définies par les directives du Commissaire, le manquement à l'obligation d'équité du fait d'obliger les requérants à se soumettre au nouveau système, la prévention du tribunal disciplinaire, et la violation des droits que leur garantissent les articles 7 et 15 de la Charte (puisque, pour ce qui est de ce dernier article, d'autres détenus du système pénitentiaire ne sont pas soumis à la même obligation).

*Held*, the application should be dismissed.

A declaration that the Warden lacked authority to order the inmates to submit to the new system because it was unlawful could not be granted. The *Identification of Criminals Act* and the Order in Council authorize the use of the video image capture system. Although it utilizes new technology, it still involves a photographic process within standard dictionary definitions. Storage on the computer does not render the system something other than a photographic process, even if it may also permit screen display of the image and other information. The printing out of the image on paper is a part of the photographic process. The Act and Order in Council must be interpreted in accordance with *Interpretation Act*, section 10 as "always speaking". They cannot be construed to preclude the introduction and application of new technology.

It would be inappropriate to grant a declaration that the Warden did not have authority to store images electronically in a computer in the absence of governing regulations. The system is not interconnected with a network; it is subject to rules for its security and information from it is communicated only to those authorized to receive it by the *Identification of Criminals Act* or pursuant to agreements for purposes of law enforcement. The *Privacy Act* and *Access to Information Act* establish the guidelines applicable to release of the information, access to it and for protection of the privacy of individuals about whom the institution maintains any information.

Nor would it be appropriate to grant *certiorari* to quash the disciplinary charges since the basis for the disciplinary proceedings—an order to submit to the video image capture system—was lawful. Again, a declaration as to the meaning of "photograph" would be inappropriate because the Court cannot define words apart from a factual context. The officer who ordered the convicts to submit to the video image capture system did not exceed her jurisdiction. The action was not arbitrary. The new system had been relied upon exclusively since January 1992 and all other William Head inmates were photographed using the new equipment. The reasoning behind the decision that fingerprinting does not infringe Charter, section 7 applied (*R. v. Beare*; *R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387). Photographing the applicants within the purposes of the *Identification of Criminals Act* did not violate section 7. Charter, section 15 concerns discriminatory laws based on personal characteristics. There was no evidence of discrimination in that sense. Nor can the Court issue a declaration that before the new system is used new directives and regulations must be drafted. The Court does not issue directives to the officers of the executive branch of government as to how they shall perform their responsibilities in the future.

Whether the new system was introduced in accordance with existing directives does not give rise to a cause of action

*Jugement*: la requête devrait être rejetée.

La Cour ne saurait rendre une ordonnance déclarant que le directeur n'est pas investi du pouvoir d'ordonner aux détenus de se soumettre au nouveau système parce que celui-ci n'est pas légalement sanctionné. La *Loi sur l'identification des criminels* et le décret d'application autorisent l'utilisation du système de capture d'images vidéo. Bien que celui-ci représente une nouvelle technologie, il s'agit là d'un procédé photographique au sens normal du dictionnaire. L'enregistrement de l'image dans un ordinateur ne différencie pas ce système du procédé photographique ordinaire, même s'il permet la visualisation de l'image et d'autres informations sur un écran. L'impression de cette image sur du papier fait partie du procédé photographique. La Loi et le décret doivent être interprétés conformément à l'article 10 de la *Loi d'interprétation* comme «ayant vocation permanente». Ils ne peuvent être interprétés comme interdisant l'introduction ou l'application de nouvelles technologies.

Il n'y a pas lieu à ordonnance déclarant que le directeur n'est pas habilité à stocker par moyen électronique des images dans un ordinateur en l'absence de règlements régissant cette technique. Le système en cause n'est relié à aucun réseau; il est assujéti aux règles de sécurité et les informations qu'il contient ne sont communiquées qu'aux autorités qui y ont droit en application de la *Loi sur l'identification des criminels* ou en exécution d'accords conclus en matière d'application de la loi. La *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur l'accès à l'information* ont établi des lignes directrices sur la communication des informations, sur l'accès à ces informations, et sur la protection de la vie privée des individus dont l'institution conserve les renseignements personnels.

Il n'y a pas lieu non plus à bref de *certiorari* pour annuler les charges disciplinaires, puisque la cause de l'instance disciplinaire, savoir l'ordre de se soumettre au système de capture d'images vidéo, avait un fondement légal. De même, une ordonnance déclaratoire sur la signification de «photographie» n'est pas indiquée, puisque la Cour ne peut définir des mots indépendamment des faits de la cause. L'agent qui a ordonné aux détenus de se soumettre au système de capture d'images vidéo n'a pas excédé ses pouvoirs. Son action n'était pas arbitraire. L'institution s'est exclusivement servie de ce système depuis janvier 1992 et tous les autres détenus ont été photographiés au moyen du nouveau matériel. Application du raisonnement selon lequel la prise d'empreintes digitales ne va pas à l'encontre de l'article 7 de la Charte (*R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387). L'article 15 de la Charte vise les lois discriminatoires fondées sur des caractéristiques personnelles. Il n'y a en l'espèce aucun témoignage ou preuve sur une mesure discriminatoire dans ce sens. La Cour ne peut non plus rendre une ordonnance déclarant qu'il faut formuler de nouvelles directives et un nouveau règlement avant que le nouveau système ne puisse être utilisé. La Cour n'a pas pour fonctions de donner des directives aux fonctionnaires du pouvoir exécutif sur la manière dont ils doivent s'acquitter de leurs attributions à l'avenir.

Que le nouveau système ait été introduit conformément aux directives en vigueur ou non, il n'y a pas là cause d'action

because Commissioner's Directives do not have the force of law. The failure to place a Commissioner's Directive relating to provision of information in the inmate law library prior to the introduction of the new system did not breach a duty of fairness. The Directive did not present a new practice of any significance. Furthermore, the Commissioner's Directives do not confer any legally enforceable rights. Finally, it was within the Commissioner's implied administrative authority to issue the 1989 memorandum setting out the practice for taking photographs of inmates.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 324.  
*Fugitive Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. F-32.  
*Identification of Criminals Act*, R.S.C., 1985, c. I-1, s. 2(1).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 10.  
 Order in Council P.C. 1954-1109.  
*Penitentiary Service Regulations*, C.R.C., c. 1251, s. 39(a) (as am. by SOR/85-640, s. 4).  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 8.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Beare*; *R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481; [1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90; 88 N.R. 205.

##### REFERRED TO:

*British Columbia Telephone Company Ltd. v. The Queen* (1992), 92 DTC 6129 (F.C.A.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; [1992] 2 W.W.R. 193; (1992), 84 Alta. L.R. (2d) 129; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Martineau et al. v. Maisqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285.

APPLICATION for interlocutory injunction, *certiorari* and declaratory relief with respect to implementation of new computerized method of photographing inmates at federal penitentiary and resulting disciplinary measures for refusal to submit thereto. Application dismissed.

puisque les directives du Commissaire n'ont pas force de loi. Le défaut de placer la directive du Commissaire sur la communication des renseignements dans la bibliothèque de droit des détenus avant l'introduction du nouveau système ne constitue pas un manquement à l'obligation d'équité. Cette directive n'introduisait aucune nouvelle pratique d'importance. Qui plus est, les directives du Commissaire ne confèrent aucun droit légalement exécutoire. Enfin, la note de service de 1989 sur la photographie des détenus relève des pouvoirs administratifs implicites du Commissaire.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15.  
 Décret C.P. 1954-1109.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 10.  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1.  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 8.  
*Loi sur les criminels fugitifs*, L.R.C. (1985), ch. F-32.  
*Loi sur l'identification des criminels*, L.R.C. (1985), ch. I-1, art. 2(1).  
*Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., ch. 1251, art. 39a) (mod. par DORS/85-640, art. 4).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 324.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481; [1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90; 88 N.R. 205.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*British Columbia Telephone Company Ltd. c. La Reine* (1992), 92 DTC 6129 (C.A.F.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; [1992] 2 W.W.R. 193; (1992), 84 Alta. L.R. (2d) 129; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285.

REQUÊTE en injonction interlocutoire, en bref de *certiorari* et en ordonnance déclaratoire contre l'application d'un système de photographie par ordinateur des détenus dans un pénitencier fédéral, et contre les mesures disciplinaires résultant du refus de s'y soumettre. Requête rejetée.

## WRITTEN REPRESENTATIONS BY:

*Ken R. Crawford* for applicants.  
*Paul F. Partridge* for respondents.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

MACKAY J.: This application, filed in February, 1992, was considered pursuant to Rule 324 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] of the Court's Rules on the basis of written submissions without personal appearance. I dismissed the application on June 12, 1992, after consideration of the following documents:

1. The "applicants record" comprised of
  - a) the notice of motion filed on February 3, 1992,
  - b) the affidavits of Ken R. Crawford, Daniel Armaly and Bruce Kimble, and exhibits "A" to "K", appended to these affidavits,
  - c) Written Submissions—K. Crawford;
2. Record of the respondents, including:
  - a) affidavit of John James Costello with appended exhibits "A" to "N",
  - b) affidavit of K. Helgi Eyjolfsson, with appended exhibits "A" to "D",
  - c) statement of fact and law of the Attorney General of Canada;
3. Affidavit of Daniel Armaly sworn the 22nd day of May, 1992, with exhibits 1 to 4 appended to that affidavit.

The following are my reasons for dismissing the application.

Background

When the application was filed, both applicants were in custody at William Head Institution, a federal penitentiary, having been convicted of indictable offences for which they were sentenced. In January, 1992, each of the applicants was directed by order of a penitentiary officer to submit to being photographed by means of computerized photographic

## MÉMOIRES SOUMIS PAR:

*Ken R. Crawford* pour les requérants.  
*Paul F. Partridge* pour les intimés.

## a PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

LE JUGE MACKAY: La requête en l'espèce, déposée en février 1992, a été instruite conformément à la Règle 324 des Règles de la Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], sur la base des observations soumises par écrit et sans comparution en personne des parties. Je l'ai rejetée le 12 juin 1992 après examen des documents suivants:

- d 1. le «dossier des requérants» comprenant:
  - a) l'avis de requête déposé le 3 février 1992,
  - b) les affidavits de Ken R. Crawford, de Daniel Armaly et de Bruce Kimble, avec pièces respectives «A» à «K» jointes,
  - c) le mémoire de K. Crawford;
- e 2. le dossier des intimés comprenant:
  - f a) l'affidavit de John James Costello avec pièces «A» à «N» jointes,
  - g b) l'affidavit de K. Helgi Eyjolfsson, avec pièces «A» à «D» jointes,
  - c) l'exposé des points de fait et de droit du Procureur général du Canada;
3. l'affidavit en date du 22 mai 1992 de Daniel Armaly, avec pièces 1 à 4 jointes.

Voici les motifs par lesquels j'ai rejeté la requête.

Les faits de la cause

Au moment du dépôt de la requête, les deux requérants étaient détenus à l'institution William Head, un pénitencier fédéral, où ils purgeaient des peines après avoir été condamnés pour actes criminels. En janvier 1992, chacun des requérants a reçu d'un fonctionnaire du pénitencier l'ordre de se faire photographier au moyen d'un matériel d'identification photogra-

identification equipment, known as the image capture system, a system that was being evaluated through a pilot project at the institution.

Both applicants refused the order and were charged with a disciplinary offence contrary to paragraph 39(a) of the *Penitentiary Service Regulations* [C.R.C., c. 1251 (as am. by SOR/85-640, s. 4)], for failure to obey a lawful order. On February 12, 1992, both applicants were found guilty of disciplinary offences by the disciplinary court and each was ordered to pay a fine in the amount of \$10. On behalf of the respondents it said that neither suffered any loss of liberty as a result of the findings of the disciplinary court, the applicant Crawford being released on mandatory supervision on February 14, 1992, and the applicant Armaly simply continuing to serve the life sentence under which he was being held at the time.

The image capture process is described as an integrated computer and video imaging system that provides for a "picture/text data base" that can be searched and displayed and can print pictures. On behalf of the respondents the system is described summarily in the following way, and there is no evidence to the contrary.

10. The image capture system is a photographic process. The video camera in the process produces an image of the individual on the sensitized surface of the cassette tape by the chemical action of light. It is this image that is stored in the computer and subsequently printed by the kodak printer on kodak paper used in the development of photographs to produce a colour photograph of the subject.

In the affidavit of John James Costello, a Unit Manager of the Correctional Service of Canada at the institution, the system is further described in some detail in the following terms:

6. As part of the evaluation of the image capture system, inmates in custody at the William Head Institution under conviction for indictable offences have been subjected to having their photographs taken using the image capture system. All inmates at the institution, apart from the applicants, Ken R. Crawford and Daniel Armaly, (hereinafter referred to as "Crawford" and "Armaly") have complied with the request to be photographed.

7. The operation of the equipment in the image capture system is described in the attached operating manual a true copy of which is now produced and shown to me and marked as

phique par ordinateur, connu sous le nom de système de capture d'images, lequel système constituait un projet-pilote en cours d'évaluation à l'institution.

L'un et l'autre requérants, ayant refusé d'obtempérer, ont été accusés d'infraction disciplinaire en application de l'alinéa 39a) du *Règlement sur le service des pénitenciers* [C.R.C., ch. 1251 (mod. par DORS/85-640, art. 4)], pour refus d'obéir à un ordre légal. Le 12 février 1992, le tribunal disciplinaire les a déclarés tous deux coupables d'infraction disciplinaire et condamnés à une amende de 10 dollars. Les intimés font savoir que ni l'un ni l'autre requérant n'en a subi aucune privation de liberté, puisque le requérant Crawford a été libéré sous surveillance obligatoire le 14 février 1992, et que le requérant Armaly continue à purger la peine d'emprisonnement à perpétuité qu'il purgeait à l'époque.

Le procédé de capture d'images est un système intégré d'ordinateur et de prise d'images vidéo, comportant une «base de données image/texte» qui se prête aux recherches et à la visualisation et qui peut imprimer des images. Les intimés le décrivent, sans être contredits, de la façon sommaire suivante.

[TRADUCTION] 10. Le système de capture d'images est un procédé photographique. Le caméscope produit une image du sujet sur la surface sensible de la bande de la cassette par l'action de la lumière. C'est cette image qui est enregistrée dans l'ordinateur et subséquemment imprimée par l'imprimante Kodak sur du papier photographique Kodak pour produire une photographie en couleurs du sujet.

L'affidavit de John James Costello, gestionnaire d'unité du Service correctionnel du Canada en fonction à l'institution, donne une description plus détaillée du système comme suit:

[TRADUCTION] 6. Dans le cadre de l'évaluation du système de capture d'images, les détenus qui purgeaient à l'institution William Head une peine d'emprisonnement pour acte criminel devaient se faire photographier par ce système. À l'exception des requérants Ken R. Crawford et Daniel Armaly (respectivement appelés ci-après «Crawford» et «Armaly»), tous les détenus de l'institution se sont conformés à cet ordre.

7. Le fonctionnement du matériel de capture d'images est décrit dans le mode d'emploi ci-joint, dont copie conforme jointe au présent affidavit à titre de pièce «C». Essentiellement,

Exhibit "C" to this my affidavit. Essentially, the principal components of this system are employed in the following manner to generate photographs:

- i. An individual is filmed by means of the Panasonic video camera using a standard VHS video cassette tape producing an image of the individual on the sensitized surfaces of the cassette tape by the chemical action of light;
- ii. The IBM compatible personal computer scans this photographic image taken by the video camera, coding the information depicted therein, and storing it in the computer's data base;
- iii. Thereafter, the colour video printer, prints a colour photograph of the individual on kodak paper used in the development of photographs.

8. The aforementioned data can then be downloaded from the IBM compatible personal computer database and stored on a cartridge, similar to a video cassette cartridge, called an Everex.

9. At the present time, the image capture system at the William Head Institution is used solely for the purpose of producing colour photographs of inmates and construction workers at the institution for internal security purposes and in the case of inmates for police agencies, the National Parole Board, parole offices and supervising agencies respecting inmates on parole, mandatory supervision or temporary absences, in accordance with the requirements set out in a memorandum from the Commissioner of Corrections, dated May 1st, 1989, a true copy of which is now produced and shown to me and marked as Exhibit "D" to this my affidavit.

10. The aforementioned photographs respecting inmates are not transmitted by any electronic means at this time. All such photographs are delivered only by mail or by hand. The data obtained through the use of the IBM compatible personal computer in the image capture system is not distributed electronically or otherwise outside of the William Head Institution at this time.

11. Any photographs of inmates at the William Head Institution taken by means of the image capture system may only be disclosed by the Correctional Service of Canada (also known as the Canadian Penitentiary Service) in accordance with the requirements of the Privacy Act, R.S.C. 1985 Chap P-21 and the Access to Information Act R.S.C. 1985 Chap A-1 and the Identification of Criminals Act R.S.C. 1985 Chap I-1. For example, personal information concerning an inmate in William Head Institution may be disclosed under agreements with provincial governments for the purpose of administering and or enforcing any law or carrying out a lawful investigation pursuant to section 8(2)(f) of the Privacy Act. Now produced and shown to me and marked as Exhibit "E" to this my affidavit is a copy of such an agreement with the Province of British Columbia dated the 27th day of July, 1983.

les principales composantes du système fonctionnent de la façon suivante pour produire des photographies:

- i. Le sujet est filmé par un caméscope Panasonic utilisant une bande magnétoscopique VHS standard, l'action de la lumière formant une image du sujet sur la surface sensible de la bande de la cassette;
- ii. L'image photographique prise par le caméscope est lue par un micro-ordinateur compatible IBM qui code les informations graphiques contenues dans la bande et les enregistre dans sa base de données;
- iii. L'image enregistrée est subséquemment envoyée à une imprimante vidéo couleur, qui imprime une image en couleur du sujet sur du papier photographique Kodak ordinaire.

8. Les données susmentionnées peuvent être copiées de la base de données du micro-ordinateur compatible IBM sur une cassette Everex, qui ressemble à une cassette vidéo.

9. À l'heure actuelle, le système de capture d'images à l'institution William Head ne sert qu'à produire des photographies en couleurs des détenus et des ouvriers du bâtiment travaillant à l'institution, pour les besoins de sécurité interne, et dans le cas des premiers, à l'intention des services de police, de la Commission nationale des libérations conditionnelles, des bureaux de libération conditionnelle et des organismes de surveillance, en ce qui concerne les détenus en libération conditionnelle, sous surveillance obligatoire ou en permission, conformément aux prescriptions d'une note de service en date du 1<sup>er</sup> mai 1989 du commissaire du Service correctionnel, dont copie conforme ci-jointe à titre de pièce «D».

10. Les photographies susmentionnées des détenus ne sont pas transmises par moyen électronique à l'heure actuelle. Elles sont exclusivement expédiées par la poste ou par messenger. Les données obtenues par l'utilisation du micro-ordinateur compatible IBM dans le système de capture d'images ne sont pas à l'heure actuelle diffusées, par moyen électronique ou autre, à l'extérieur de l'institution William Head.

11. Les photographies prises des détenus à l'institution William Head au moyen du système de capture d'images ne peuvent être divulguées par le Service correctionnel du Canada (également connu sous le nom de Service canadien des pénitenciers) que conformément aux prescriptions de la Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, de la Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, et de la Loi sur l'identification des criminels, L.R.C. (1985), ch. I-1. Par exemple, les renseignements personnels concernant un détenu à l'institution William Head peuvent être divulgués dans le cadre d'accords conclus avec les gouvernements provinciaux en matière d'administration ou d'application de la loi ou d'enquêtes licites conformément à l'alinéa 8(2)f) de la Loi sur la protection des renseignements personnels. Ci-joint à titre de pièce «E» la copie d'un accord de ce type avec le gouvernement de la Colombie-Britannique, en date du 27 juillet 1983.



The general concerns of the applicants arising from the order to have their photographs taken by means of the new video image capture system, their refusal and subsequent prosecution and conviction for that refusal, relate to the authority for use of the video image system, the absence of guidelines for protection of privacy of inmates whose images are captured by the new system, the failure of officers of the institution to introduce the new system in accord with processes said to be set out by institutional or Commissioner's Directives, breach of an alleged duty of fairness owed to the applicants by requiring them to submit to the new video image system, an allegation of bias in relation to the operations of the disciplinary court at William Head Institution, and finally, an allegation that the video image capture system violates section 15 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]] when other inmates in the penitentiary system are not subject to similar requirements.

The basic issue giving rise to most of these concerns is the applicants' submission that the video image capture system in use in the institution since January 1992 is not authorized by law. That submission I am not persuaded to accept.

Under the *Identification of Criminals Act*, R.S.C., 1985, c. I-1 as amended, subsection 2(1) provides:

2. (1) Any person who is in lawful custody, charged with, or under conviction of, an indictable offence, or who has been apprehended under the *Extradition Act* or the *Fugitive Offenders Act*, may be subjected, by or under the direction of those in whose custody the person is, to

(a) the measurements, processes and operations practised under the system for the identification of criminals commonly known as the Bertillon Signaletic System; or

(b) any measurements, processes or operations sanctioned by the Governor in Council that have the same object as the measurements, processes and operations practised under the Bertillon Signaletic System.

By Order in Council P.C. 1954-1109 [SOR/54-325], passed pursuant to this Act it is provided:

Les sujets de préoccupation qu'inspirent aux requérants l'ordre qui leur était donné de se laisser photographier par le nouveau système de capture d'images vidéo, leur refus, et leurs poursuites et condamnations disciplinaires subséquentes, sont le pouvoir d'utiliser le système de prise d'images vidéo, l'absence de lignes directrices pour la protection de la vie privée des détenus photographiés par le nouveau système, le fait que les fonctionnaires de l'établissement n'ont pas introduit le nouveau système conformément au processus qu'auraient défini le règlement de l'institution et les directives du Commissaire, le fait que l'institution aurait manqué à l'obligation d'équité qu'elle leur doit en les soumettant au nouveau système de prise d'images vidéo, la prévention qu'ils reprochent au tribunal disciplinaire à l'institution William Head et enfin, le fait que le système de capture d'images vidéo représente à leurs yeux une violation de l'article 15 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]] puisque d'autres détenus du système pénitentiaire ne sont pas soumis à la même obligation.

La question fondamentale qui sous-tend la plupart de ces préoccupations est le fait, d'après les requérants, que le système de capture d'images vidéo utilisé à l'institution depuis janvier 1992 n'est pas autorisé par la loi. Je n'accepte pas cet argument.

Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'identification des criminels*, L.R.C. (1985), ch. I-1, modifiée, porte:

2. (1) Quiconque est légalement détenu sous une inculpation d'acte criminel ou en vertu d'une condamnation pour un acte criminel, ou a été arrêté en application de la *Loi sur l'extradition* ou de la *Loi sur les criminels fugitifs*, peut être soumis, par ceux qui en ont la garde ou sur leur ordre:

a) aux mensurations et autres opérations en usage dans le système d'identification des criminels dit bertillonage;

b) à toute mensuration ou autre opération anthropométrique approuvée par le gouverneur en conseil.

Le décret C.P. 1954-1109 [DORS/54-325], pris pour l'application de cette Loi, prévoit ce qui suit:

For the purposes of the Identification of Criminals Act, the measurements, processes or operations of fingerprinting and photography are hereby sanctioned.

There can be no doubt, in my view, that this Act and the Order in Council authorize the use of the video image capture system. No words authorize the use of this specific equipment or of any other equipment for photographing and storing images or photographs, not even by use of polaroid or more traditional cameras, or for the storing of photographic prints or negatives in traditional files, as was done prior to the introduction of the new equipment. The recording by video camera and subsequent fixing of video images on photographic paper, though this utilizes new technology, clearly involve a process of producing pictures by means of the chemical action of light on sensitive surfaces. That is a photographic process within standard dictionary definitions. Storage of the image on a computer, in the process as used on the evidence here adduced, does not render the system something other than a photographic process, even if it may also permit screen display of the image and other information. The printing out of the image on paper, with or without other information, is a part of the photographic process. In my view, the *Identification of Criminals Act* and P.C. 1954-1109 are to be interpreted, in accord with section 10 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, as “always speaking”, and they cannot be construed to preclude the introduction and application of new technology. (See MacGuigan J.A., in *British Columbia Telephone Company Ltd. v. The Queen* (1992), 92 DTC 6129 (F.C.A.), at pages 6131-6133.)

The applicants’ related concern about the absence of guidelines for protection of privacy of those whose images are photographed and stored does not, in the circumstances here, give rise to issues for determination by the Court. Their concern is with potential uses of the information stored by computer and the possibilities of transmission of that information. The only evidence is that the system in use in the institution is “stand-alone”; it is not interconnected with

Aux fins de la Loi sur l’identification des criminels, les mensurations, procédés ou opérations de dactyloscopie et de photographie sont approuvés par les présentes.

Il ne peut y avoir, à mon sens, aucun doute que la Loi et le décret ci-dessus autorisent l’emploi du système de capture d’images vidéo. Ces textes ne comportent aucun terme particulier pour autoriser ce matériel spécifique ou un autre matériel pour les prises de vues et le stockage des images ou photographies, ni même l’emploi d’appareils Polaroid ou d’appareils photographiques plus traditionnels, ou le stockage des clichés photographiques ou des négatifs dans les fichiers traditionnels, tels qu’ils se pratiquaient avant l’introduction du nouveau matériel. Bien qu’elles représentent une nouvelle technologie, la prise d’images par caméscope et l’impression subséquente de ces images vidéo sur papier photographique constituent de toute évidence un procédé de production d’images par action de la lumière sur une surface sensible. Il s’agit là d’un procédé photographique au sens normal du dictionnaire. L’enregistrement de l’image dans un ordinateur, dans le procédé tel qu’il est utilisé d’après les témoignages produits en l’espèce, ne différencie pas ce système du procédé photographique ordinaire même s’il permet la visualisation de l’image ou d’autres informations sur un écran. L’impression de cette image sur du papier, avec ou sans d’autres informations, fait partie du procédé photographique. À mon avis, la *Loi sur l’identification des criminels* et le décret C.P. 1954-1109 doivent être interprétés conformément à l’article 10 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, comme ayant «vocation permanente», et ils ne peuvent être interprétés comme interdisant l’introduction ou l’application de nouvelles technologies (voir la décision du juge MacGuigan, J.C.A., dans *British Columbia Telephone Company Ltd. c. La Reine* (1992), 92 DTC 6129 (C.A.F.), aux pages 6131 à 6133).

La préoccupation connexe des requérants au sujet de l’absence de lignes directrices pour la protection de la vie privée de ceux dont la photographie est prise et stockée ne donne pas lieu, dans les circonstances qui nous intéressent en l’espèce, à des questions à trancher par la Cour. Cette préoccupation s’attache à l’utilisation éventuelle des informations enregistrées par ordinateur et aux possibilités de transmission de ces informations. Le seul témoignage produit à ce

any network; it is subject to rules for its security, and information from it is communicated only to those authorized to receive it by the *Identification of Criminals Act*, or pursuant to agreements for purposes of law enforcement consistent with section 8 of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21. That statute and the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, together establish the guidelines applicable to release of the information, access to it and for protection of the privacy of individuals about whom the institution maintains any information, including information stored by computers. The general framework established by these Acts is applicable to any information obtained or stored for purposes of the *Fugitive Offenders Act* [R.S.C., 1985, c. F-32], as for any other purpose for which any authority of the government of Canada collects or maintains information about individuals.

#### Application—Relief requested—Reasons for dismissal

The various forms of relief requested in the application are here set out in the terms included in the notice of motion filed, with brief reasons why the applicants' request for the particular form of relief is dismissed.

1. An interlocutory injunction or relief thereof restraining the respondent, A Trono, in his capacity as Warden of William Head Penitentiary from acting beyond his jurisdiction by arbitrarily ordering the applicants to submit to a new Computerized Video Image Capture System contrary to the Penitentiary Act, the Penitentiary Rules and Regulations, Commissioners Directives, the Mission Document, the commonlaw duty to act fairly, The Canadian Bill of Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms pending the ruling of this Honourable Court on the merits of this application.

Since the order of June 12 disposes of the application on its merits, this relief sought, an interlocutory injunction or relief in the nature thereof, pending disposition of the application, is unnecessary. No purpose would be served by an interlocutory injunction at this stage.

2. A writ of Certiorari or relief in the nature thereof quashing the Charges served on the applicants under Section 39(a) of the

sujet établi que le système en usage à l'institution est «autonome»; il n'est relié à aucun réseau; il est assujéti aux règles de sécurité et les informations qu'il contient ne sont communiquées qu'aux autorités qui y ont droit en application de la *Loi sur l'identification des criminels*, ou en exécution d'accords conclus en matière d'application de la loi conformément à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21. Cette loi et la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, concourent à établir des lignes directrices sur la communication des informations, sur l'accès à ces informations, et sur la protection de la vie privée des individus dont l'institution conserve les renseignements personnels, y compris les renseignements enregistrés par ordinateur. Le cadre général défini par ces deux lois embrasse tout renseignement obtenu et conservé aux fins de la *Loi sur les criminels fugitifs* [L.R.C. (1985), ch. F-32], ou à toute autre fin dans la poursuite de laquelle une autorité gouvernementale du Canada réunit ou conserve des renseignements personnels.

#### Requête—Chefs de demande—Motifs de rejet

Les divers chefs de demande formulés dans la requête sont textuellement reproduits ci-dessous, chacun étant accompagné de brefs motifs qui expliquent pourquoi il est rejeté.

[TRADUCTION] 1. Injonction interlocutoire ou ordonnance de même nature pour interdire, en attendant que l'honorable Cour se prononce sur le fond de la présente requête, à l'intimé A Trono, en sa qualité de directeur du pénitencier William Head, d'excéder ses pouvoirs en ordonnant arbitrairement aux requérants de se soumettre à un nouveau système de capture d'images vidéo par ordinateur, en violation de la *Loi sur les pénitenciers*, du Règlement sur le service des pénitenciers, des directives du Commissaire, de l'exposé de mission, de l'obligation d'équité de common law, de la *Déclaration canadienne des droits* et de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'ordonnance du 12 juin ayant tranché la requête au fond, une injonction interlocutoire ou ordonnance de même nature est inutile. Elle ne servirait à rien en cet état de la cause.

[TRADUCTION] 2. Bref de certiorari ou ordonnance de même nature pour annuler les charges signifiées aux requérants par

Penitentiary Rules and Regulations by A&D Officer, Angie Boutin, pertaining to an order she had given the Applicants to submit to the Video Image Capture System that was not lawful and therefore beyond her jurisdiction under the Penitentiary Service Regulations and the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

3. A writ of Prohibition or relief in the nature thereof directed to the independent Chairperson of William Head Disciplinary Court or any other persons acting on their behalf and prohibiting them from proceeding in excess of or beyond their jurisdiction in relation to Disciplinary proceedings now pending against the applicants in relation to the charges regarding the Video Image Capture System, considered to be in violation of section 39(a) of the Penitentiary Service Regulations.

Charges under paragraph 39(a) of the *Penitentiary Service Regulations* were heard and the applicants were determined to be guilty for which punishment in the form of a fine was imposed by the disciplinary court on February 12, 1992, well before this application was ready for consideration by this Court. A writ of *certiorari* or relief in the nature thereof relating to the charges *per se* is no longer appropriate. Even if the request for a writ of *certiorari* be interpreted at this time as relating to the proceedings of the disciplinary court, such relief would only be considered where the basis for those proceedings, i.e., prosecution for failure to follow an order to submit to the video image capture system, was not lawful. That conclusion is not warranted. I am persuaded that the system here utilized at the institution is authorized by law and I am not persuaded that there is any violation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The writ of prohibition requested in paragraph 3, directed to the independent chairperson of the disciplinary court, is not appropriate relief at this stage when that court has already dealt with the matter.

4. A declaration determining what the term "Photograph" means under the current Commissioner's Directives, and the Standing Orders, pursuant to the Penitentiary Regulations for the purposes of inmate identification.

The relief sought is not appropriate for this Court to consider. Implicitly, it invites the Court to consider a non-justiciable issue. It is no part of a Court's function to define words, even those used in a statute or regulations, apart from the factual context in which those words are sought to be

Angie Boutin, l'agent d'admission et d'élargissement, en application de l'alinéa 39a) du Règlement sur le service des pénitenciers, à la suite de l'ordre qu'elle leur avait donné de se soumettre au système de capture d'images vidéo, lequel ordre n'était pas légal et de ce fait excédait ses pouvoirs, au regard du Règlement sur le service des pénitenciers et de la Charte canadienne des droits et libertés.

3. Bref de prohibition ou ordonnance de même nature pour interdire au président neutre du tribunal disciplinaire de l'institution William Head ou à ses représentants d'excéder leurs pouvoirs dans l'instance disciplinaire pendante contre les requérants par suite des charges concernant le système de capture d'images vidéo, savoir contravention à l'alinéa 39a) du Règlement sur le service des pénitenciers.

Les charges relevées en application de l'alinéa 39a) du *Règlement sur le service des pénitenciers* ont été instruites et le tribunal disciplinaire, les déclarant coupables, a imposé une amende le 12 février 1992, bien avant que cette requête ne fût en état devant la Cour. Un bref de *certiorari* ou ordonnance de même nature concernant les charges elles-mêmes n'est plus indiqué. Même si la requête en bref de *certiorari* pouvait être interprétée en cet état de la cause comme se rapportant à l'instance disciplinaire, elle ne pourrait être instruite que si celle-ci, c'est-à-dire la poursuite disciplinaire pour non-observation de l'ordre de se soumettre au système de capture d'images vidéo, n'avait pas un fondement légal. Rien ne permet de tirer pareille conclusion. Je suis convaincu que le système utilisé à l'institution est légal et je ne suis pas convaincu qu'il y ait eu violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le bref de prohibition demandé au paragraphe 3 pour être destiné au président neutre du tribunal disciplinaire, n'est pas une mesure de redressement indiquée en cet état de la cause puisque ce tribunal a déjà tranché l'affaire.

[TRANSDUCTION] 4. Ordonnance déclaratoire sur la signification du terme «photographie» au sens des directives du Commissaire et des ordres permanents, pris pour l'application du Règlement sur le service des pénitenciers en ce qui concerne l'identification des détenus.

Il n'appartient pas à la Cour de considérer ce chef de demande qui revient à l'inviter à instruire une question qui ne relève pas de la justice. Un tribunal judiciaire n'a nullement pour fonction de définir des mots, même ceux qui figurent dans des lois ou règlements, indépendamment des faits de la

applied. Here, on the basis of the evidence presented, the video image capture system used in the institution, though it involves the adoption of new technology, is, in my view, within the authority of the Penitentiary Service and of the institution to adopt under prevailing statutes and regulations.

5. A declaration that the current Commissioner's Directives only gives the Warden authority to take inmate "Photographs" as is normally understood a photograph to be, with camera and film, but they do not give the Warden authority to store inmate images electronically in the memory of a computer so that they may be retrieved and or shared at will without governing regulations pertaining to that medium.

The relief sought would appear to relate specifically to storage of inmate images in the memory of a computer whence they may be retrieved. The evidence before me indicates that the image is captured by a camera and that provision is made for printing of the image on a film. The evidence is also that the equipment in use at the institution is "stand alone", without means of communicating electronically with other facilities, that the information stored in a computer permits retrieval of both photographic and file information concerning individuals and for the display on screen and for the printing of that information on photographic paper as may be required. The evidence is that there are security standards established for protection of the system and of the information stored, and that distribution of the information is limited, as it is in the case of information stored by other means, for purposes established under the *Identification of Criminals Act* and Order in Council P.C. 1954-1109. As noted earlier the *Privacy Act* and the *Access to Information Act* clearly provide standards and criteria concerning access to the information obtained by the institution and protection of the privacy of individuals about whom information is retained. This legislative regime establishes standards for information retained by the Correctional Service, as for all other public authorities, and for access to and distribution of that information. A declaration in the terms sought would be inappropriate in these circumstances.

cause auxquels ces mots doivent s'appliquer. Il ressort des témoignages produits en l'espèce que le Service des pénitenciers et l'institution en cause sont parfaitement habilités par les lois et règlements applicables à utiliser le système de capture d'images vidéo dont s'agit, malgré la nouvelle technologie qui le caractérise.

[TRANSLATION] 5. Ordonnance déclarant que les directives en vigueur du Commissaire n'habilitent le directeur à prendre des «photographies» de détenus qu'au sens normal du terme, avec appareil photographique et film, et non pas à stocker par moyen électronique les images des détenus dans la mémoire d'un ordinateur, de façon qu'elles puissent être récupérées et partagées à volonté en l'absence de règlements régissant cette technique.

Ce chef de demande porte expressément sur l'enregistrement des images des détenus dans la mémoire d'un ordinateur d'où elles peuvent être récupérées. Il ressort des témoignages produits que l'image est prise par un caméscope et qu'il est possible de la transférer sur un film. Que l'équipement en usage à l'institution est «autonome» sans moyen de communication électronique avec d'autres installations, que l'information enregistrée dans l'ordinateur permet la récupération à la fois des données graphiques et des renseignements concernant les intéressés, pour la visualisation sur écran comme pour l'impression de cette information sur papier photographique, selon le besoin. Et enfin que des normes de sécurité ont été établies pour la protection du système et des informations enregistrées, dont la distribution est limitée aux fins de la *Loi sur l'identification des criminels* et du décret C.P. 1954-1109, au même titre que les informations conservées par d'autres moyens. Comme noté plus haut, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur l'accès à l'information* établissent clairement des normes et critères en ce qui concerne l'accès à l'information obtenue par l'institution et la protection de la vie privée des individus dont les renseignements personnels sont conservés. Ce régime législatif établit des normes concernant les informations conservées par le Service correctionnel, comme par toutes les autres autorités publiques, et concernant l'accès à ces informations et leur diffusion. Une ordonnance déclaratoire dans le sens de ce chef de demande n'est pas indiquée dans ce contexte.

6. A declaration that the Warden of William Head Penitentiary has no authority to arbitrarily order inmates to submit to a new Inmate identification process known as a Video Image Capture System because it is not legally sanctioned under current regulations as it has no standard or criteria regulating its potential for arbitrary application and violations to privacy rights of inmates.

As I have earlier indicated, my conclusion is that the *Identification of Criminals Act* and P.C. 1954-1109 do authorize use of the video image capture system. Guidelines for the taking and distribution of inmates' photographs were published in a memorandum from the Commissioner to the Correctional Service dated May 1, 1989 and while this may not be a Commissioner's Directive and has no force of law, it is a valid administrative direction about internal procedures of the Service. Photographing inmates in accord with that memorandum, whether by the new equipment or by standard cameras cannot be considered arbitrary where the photographing is done for purposes within the *Identification of Criminals Act*. Finally, though there be no criteria spelled out to specifically regulate the use of the equipment and to ensure protection of privacy rights of individuals, there is no evidence that the equipment is used for unlawful purposes, and as pointed out, the information obtained and retained whether through use of new or more traditional equipment and methods is subject to the protective legislative regime established by the *Privacy Act* and the *Access to Information Act*.

The requested declaration is not granted.

7. A declaration that Angie Boutin A & D officer of William Head Institution acted beyond her jurisdiction ordering the applicants to submit to the new Video Image System as it was not a lawful order, and that she had acted unfairly when applying that order to the applicants, contrary to their rights under The Charter.

I find that the officer did not act beyond her jurisdiction in ordering the applicants to submit to

[TRADUCTION] 6. Ordonnance déclarant que le directeur du pénitencier William Head n'est pas investi du pouvoir d'ordonner arbitrairement aux détenus de se soumettre à un nouveau procédé d'identification connu sous le nom de système de capture d'images vidéo par ordinateur, parce que celui-ci n'est pas légalement sanctionné sous le régime de la réglementation en vigueur, faute de normes ou de critères régissant les possibilités d'utilisation arbitraire et de violation du droit à la vie privée des détenus.

J'ai conclu plus haut que la *Loi sur l'identification des criminels* et le décret C.P. 1954-1109 autorisent certainement l'utilisation du système de capture d'images vidéo par ordinateur. Les lignes directrices régissant la prise et la diffusion des photographies de détenus étaient définies dans une note de service en date du 1<sup>er</sup> mai 1989, adressée par le commissaire au Service correctionnel, et bien que cette note de service ne soit pas une directive du commissaire et n'ait pas force de loi, elle n'en est pas moins une instruction administrative valide sur le fonctionnement interne du Service. Photographier les détenus conformément à cette note de service, que ce soit au moyen du nouveau matériel ou au moyen d'appareils photographiques ordinaires, ne peut être considéré comme arbitraire si la photographie se fait aux fins de la *Loi sur l'identification des criminels*. Enfin, bien qu'il n'y ait aucun critère formellement établi pour régir expressément l'utilisation du matériel ni pour assurer la protection du droit à la vie privée des intéressés, il n'y a aucune preuve établissant que ce matériel sert à des fins illicites et, comme indiqué plus haut, peu importe que le matériel et les méthodes utilisés à cet effet soient nouveaux ou plus traditionnels, les informations obtenues et conservées sont soumises au régime législatif de protection établi par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur l'accès à l'information*.

L'ordonnance déclaratoire demandée n'est pas accordée.

[TRADUCTION] 7. Ordonnance déclarant que Angie Boutin, l'agent d'admission et d'élargissement de l'institution William Head, a excédé ses pouvoirs en ordonnant aux requérants de se soumettre au nouveau système de capture d'images vidéo puisque cet ordre n'est pas légal, et qu'elle a fait preuve d'iniquité en donnant cet ordre aux requérants, en violation des droits que leur garantit la Charte.

Je conclus que cette fonctionnaire n'a pas excédé ses pouvoirs en ordonnant aux requérants

the video image capture system. The suggestion that this action was arbitrary because not all inmates were required to so submit is not established for there is evidence of the respondents that the new system was relied on exclusively at the institution from the commencement of January, 1992, and that all other inmates aside from the applicants herein had been photographed using the new equipment. The suggestion that the applicants' Charter rights were infringed is not supported by evidence or argument. In so far as that may be seen to relate to section 7 of the Charter, I am persuaded that the reasoning of Mr. Justice La Forest in *R. v. Beare*; *R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387, upholding the practice of fingerprinting persons charged with an indictable offence and that the practice did not infringe section 7 of the Charter, is applicable to the photographing of inmates incarcerated upon conviction for indictable offences. The practice, within the purposes of the *Identification of Criminals Act* does not violate section 7. In so far as the applicants' concern relates to section 15 of the Charter, in that inmates of other institutions in the Correctional Service system may not have been required to submit to photographing by the video image capture system, that concern does not raise an issue in terms of section 15. That section concerns discriminatory laws based on personal characteristics enunciated, or analogous to those enunciated, in section 15 (see *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143), and there is here no evidence or argument of discrimination in that sense.

The declaration sought is not granted.

8. A declaration that before the Video Image Capture System can be sanctioned new Directives encompassing much more than the word "Photograph" must be applied to the regulations and that new regulations must be drafted by CSC National Headquarters to protect the individual's right to privacy creating standards, criteria, and guidelines to cover this tools encompassing application.

The relief requested is not granted. I have already indicated that in my view use of the video

de se soumettre au système de capture d'images vidéo. Les requérants n'ont pu prouver que cette mesure était arbitraire en ce que tous les détenus n'étaient pas obligés de s'y soumettre, alors que de leur côté, les intimés ont établi que l'institution s'est exclusivement servie de ce système depuis le début de janvier 1992 et qu'à l'exception des requérants, tous les autres détenus ont été photographiés au moyen du nouveau matériel. Il n'y a ni preuve ni argument à l'appui de la prétention qu'il y a eu violation des droits que la Charte garantit aux requérants. Pour autant que l'article 7 de la Charte puisse être en jeu, je suis persuadé que le raisonnement tenu par le juge La Forest qui, dans *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387, confirmait que la prise d'empreintes digitales des personnes sous le coup d'une inculpation d'acte criminel n'allait pas à l'encontre de l'article 7 de la Charte, s'applique également à la photographie des détenus purgeant une peine d'emprisonnement pour acte criminel. Cette mesure, qui ne déborde pas des fins visées par la *Loi sur l'identification des criminels*, ne va pas à l'encontre de l'article 7. Pour autant que la préoccupation des requérants se rapporte à l'article 15 de la Charte, en ce que les détenus d'autres institutions du Service correctionnel n'ont peut-être pas été obligés de se soumettre à la photographie par le système de capture d'images vidéo, cette préoccupation ne constitue pas une question touchant l'article 15, qui vise les lois discriminatoires fondées sur les caractéristiques personnelles énumérées dans cette disposition, ou sur celles qui s'y apparentent (voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143), et il n'y a en l'espèce aucun témoignage ou argument sur une mesure discriminatoire dans ce sens.

L'ordonnance déclaratoire demandée n'est pas accordée.

[TRADUCTION] 8. Ordonnance déclarant qu'avant que le système de capture d'images vidéo puisse être sanctionné, de nouvelles directives allant au-delà de la «photographie» doivent être appliquées au règlement, et qu'un nouveau règlement doit être formulé par l'administration centrale du Service correctionnel du Canada pour protéger le droit individuel à la vie privée en établissant des normes, critères et lignes directrices sur l'utilisation de ce matériel.

Ce chef de demande est rejeté. J'ai déjà conclu que l'utilisation du matériel de capture d'images

image capture system equipment for lawful purposes is authorized by the law. Even if I were not so persuaded it is not a function of the Court to issue directives to officers of the executive branch of government concerning how they shall perform their responsibilities in future, even though their future conduct may be based on judicial decisions critical of their past conduct. The relief here requested does not raise a justiciable issue for this Court.

9. A declaration that the Warden of William Head Institution had not followed Commissioner's Directive 095 para (3) and 020 paras (11) & (12) by not introducing such a new system according to these Directives and therefore failed to act fairly.

Commissioner's Directives do not have the force of law giving rise to legally enforceable status or rights to third parties, even those who may be affected by administrative actions taken pursuant to such directives. (See La Forest J., *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pages 35-36.) There is inference from the exchange of correspondence in the fall of 1991 and from the applicants' own efforts then initiated to obtain information about the new system that the introduction of the new system was known and discussed before January 1992. Nevertheless, whether the new system was introduced in accord with existing directives or not, no action by the applicants relying on those directives arises; the issue is not justiciable.

The declaration requested is not granted.

10. A declaration that under the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Bill of Rights that inmates have a right to life, liberty, security of the person and the enjoyment of property, and that an inmate's image is his property and can only be used for offender identification by the right of law.

The relief requested is to declare the existing law in a general way, without application to the evidence before the Court. That is not a function of this Court. This raises no justiciable issue.

The declaration requested is not granted.

vidéo à des fins licites est autorisée par la loi. Même si telle n'était pas ma conclusion, la Cour n'a pas pour fonction de donner des directives aux fonctionnaires du pouvoir exécutif quant à la manière dont ils doivent s'acquitter de leurs attributions à l'avenir, même si leurs agissements futurs peuvent être influencés par les décisions judiciaires qui critiquent leurs agissements passés. Ce chef de demande ne soulève pas une question relevant de la justice.

[TRADUCTION] 9. Ordonnance déclarant que le directeur de l'institution William Head n'a pas suivi les directives 095, paragraphe (3), et 020, paragraphes (11) et (12), du Commissaire, puisqu'il n'a pas introduit ce nouveau système conformément à ces directives et, de ce fait, n'a pas agi équitablement.

Les directives du commissaire n'ont pas force de loi pour conférer un statut ou des droits légalement exécutoires à des tiers, y compris ceux qui peuvent être touchés par les mesures administratives prises en application de ces directives. (Voir *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pages 35 et 36, le juge La Forest). Il ressort de la correspondance échangée à l'automne 1991 ainsi que des efforts faits à l'époque par les requérants pour obtenir des informations sur le nouveau système que l'introduction de ce dernier avait été connu et discuté avant janvier 1992. Néanmoins, que le nouveau système ait été introduit conformément aux directives en vigueur ou non, les requérants n'ont aucune cause d'action fondée sur ces directives; la question ne relève pas de la justice.

L'ordonnance déclaratoire demandée n'est pas accordée.

[TRADUCTION] 10. Ordonnance déclarant que sous le régime de la Charte canadienne des droits et libertés et de la Déclaration des droits, les détenus ont droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne ainsi qu'à la jouissance de biens, et que l'image d'un détenu est son bien propre et ne peut être utilisée qu'aux fins d'identification légale des contrevenants.

Ce chef de demande vise à une proclamation générale des règles de droit en vigueur, indépendamment des preuves dont la Cour est saisie. Telle n'est pas la fonction de la Cour. Ce chef de demande ne soulève pas une question relevant de la justice.

L'ordonnance déclaratoire demandée n'est pas accordée.



11. A declaration that Commissioners Directive 782 Dated January 10, 92 had no force and effect on the inmates of William Head previous to January 23, 1992 because it was not placed in the inmate law library until January 23, 92 by the librarian and therefore could not be known by inmates to be a regulation in effect.

The evidence presented does not indicate how the referred document, Commissioner's Directive 782, dated January 10, 1992, is relevant to the issues here raised. In so far as it is in evidence the directive relates to the provision of information, including an up-to-date photograph, concerning an offender when information is provided to a "destination police force", concerning release of an offender on parole or mandatory supervision. In the absence of evidence and argument otherwise, this would clearly seem to be within the purposes of the *Identification of Criminals Act*, it would not seem to present any new practice of significance, and as noted above in considering item 9, Commissioner's Directives confer no legally enforceable rights upon inmates. No claim to unfairness arising by reason of the failure, if there were such, to place the directive in question in the inmate law library prior to January 23, 1992, is made out on the evidence presented by affidavits of the applicants.

The relief requested is not granted.

12. A Declaration that the Memorandum entitled *Inmate Photographs* show by Exhibit "C" hereto my affidavit that was to be in force as of May 15, 1989 as a result of the Pepino Inquiry is not a Commissioner's Directive. That the 2 years that lapsed between its initiation gave the Commissioner ample time to entrench it as an Directive with a identifying number but did not and therefore is not enforceable under the Penitentiary Act.

The relief requested concerns a memorandum, earlier referred to, setting out practice for the Service in taking photographs of inmates on a basis that would provide up-to-date photographs for the Service itself, and for those to whom photographs are supplied pursuant to the *Identification of Criminals Act* and consistent with the *Privacy Act*. That memorandum is not, on its face, in the form of a Commissioner's Directive, but it is an administrative direction to those responsible for administration of the Correctional Service, not to inmates, and it is clearly within the implied administrative

[TRADUCTION] 11. Ordonnance déclarant que la directive 782 en date du 10 janvier 1992 du Commissaire n'était pas applicable à l'égard des détenus de William Head avant le 23 janvier 1992, puisque le bibliothécaire ne l'a mise dans la bibliothèque de droit des détenus qu'à cette dernière date, et que par conséquent, les détenus ne savaient pas qu'elle était en vigueur.

Les preuves et témoignages produits n'établissent aucun rapport entre le document susmentionné, savoir la directive 782 du commissaire, en date du 10 janvier 1992, et les points litigieux en l'espèce. D'après ces preuves et témoignages, la directive en question prévoit la communication à la «police du lieu de destination» des renseignements, dont une photographie à jour, sur les contrevenants en état de libération conditionnelle ou sous surveillance obligatoire. Sauf preuve ou argumentation contraire, cette directive ne déborde certainement pas des fins visées par la *Loi sur l'identification des criminels*, elle ne semble introduire aucune nouvelle pratique d'importance et, comme noté au paragraphe consacré au chef de demande 9, les directives du commissaire ne confèrent aux détenus aucun droit légalement exécutoire. Dans leur témoignage par affidavit, les requérants n'invoquent aucune iniquité par suite du défaut, si défaut il y avait, de placer la directive en question dans la bibliothèque de droit des détenus avant le 23 janvier 1992.

Ce chef de demande est rejeté.

[TRADUCTION] 12. Ordonnance déclarant que la note de service intitulée *Photographies des détenus* (pièce «C») de mon affidavit qui devait entrer en vigueur à compter du 15 mai 1989 par suite de l'enquête Pepino, n'est pas une directive du Commissaire. Que la période de deux ans qui s'est écoulée depuis la date de cette note de service donnait au Commissaire amplement de temps pour en faire une directive avec numéro d'ordre, mais qu'il ne l'a pas fait et qu'en conséquence, elle ne peut être appliquée dans le cadre de la Loi sur les pénitenciers.

Ce chef de demande porte sur une note de service, dont il a été fait état plus haut et qui définit les modalités à observer par le Service pour photographier les détenus de manière à avoir des photographies à jour pour le Service lui-même et pour les autorités auxquelles ces photographies sont communiquées en application de la *Loi sur l'identification des criminels* et de façon compatible avec la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Cette note de service ne revêt certes pas la forme d'une directive du commissaire, mais elle constitue une instruction administrative destinée

authority of the Commissioner. (See Pigeon J., *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118, at page 129.)

aux responsables de l'administration du Service correctionnel, non pas aux détenus, et elle relève manifestement des pouvoirs administratifs implicites du commissaire (voir *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118, à la page 129, le juge Pigeon).

The declaration requested is not granted.

*a* L'ordonnance déclaratoire demandée n'est pas accordée.

In addition to the specific relief requested, the applicants submitted by affidavit that the Disciplinary Court ought to be prohibited from proceeding because of perceived bias. This was said to arise because the applicant Crawford intended to initiate legal action against the Independent Chairperson's assistant and advisor. In the affidavit of Armaly filed May 28, 1992, reference is also made to advice rendered by Paul Partridge, as counsel, to the Independent Chairperson or the Disciplinary Court concerning that Court's proceeding while this application for relief in the Federal Court was outstanding. Neither reference provides any basis for establishing bias on the part of the Disciplinary Court. At the time of the Disciplinary Court's proceedings no action had been initiated by Crawford in relation to the Chairperson's assistant; Crawford's intentions to do so do not constitute a basis for a reasonable perception of bias on the part of the Chairperson at the time of the proceedings of the Disciplinary Court, nor does the advice rendered by counsel to the Chairperson or the Court.

*c* Outre ces chefs de demande spécifiques, les requérants font valoir par affidavit qu'il faut interdire au tribunal disciplinaire de se saisir de l'affaire pour cause de prévention. Cette prévention serait due au fait que le requérant Crawford envisageait de poursuivre en justice l'adjoint et le conseiller du président neutre. Dans son affidavit déposé le 28 mai 1992, Armaly fait aussi état des conseils donnés par Paul Partridge, en sa qualité de conseiller juridique, au président neutre ou au tribunal disciplinaire au sujet de l'instance devant ce dernier, alors que cette requête devant la Cour fédérale était pendante. Ni l'une ni l'autre de ces prétentions ne permet de conclure à un préjugé de la part du tribunal disciplinaire. Au moment de l'audience tenue par ce dernier, aucune action n'avait été intentée par Crawford contre l'adjoint du président; l'intention initiale de Crawford n'est pas un motif raisonnable sur lequel il puisse se fonder pour conclure à la prévention de la part du président au moment de l'audience du tribunal disciplinaire; la même observation vaut pour les conseils donnés par le conseiller juridique au président ou au tribunal.

While it is not set out as a ground for relief in relation to the Disciplinary Court, there appears to be a perception that simply initiating proceedings in this, the Federal Court, should result in suspension of other proceedings, pending a decision of this Court. While each tribunal, board or authority must assess its own basis for proceeding when the basis of those proceedings are questioned by application to this Court, I note that this Court itself does not readily intervene to grant an application to stay other proceedings, though it has jurisdiction to do so.

*h* Bien qu'ils n'en fassent pas un chef de demande contre le tribunal disciplinaire, il appert qu'aux yeux des requérants, l'introduction de cette instance devant la Cour doit emporter suspension de toute autre procédure en attendant sa décision. S'il est vrai que chaque tribunal administratif, conseil ou autorité doit s'assurer du fondement de sa saisine quand ce fondement est remis en question devant la Cour, je note que cette Cour n'est pas encline à ordonner la suspension d'autres instances bien qu'elle en ait le pouvoir.

Conclusion

For the reasons outlined, the various forms of relief requested by the applicants were not granted. The application for relief, *in toto*, was thus dismissed. <sup>a</sup>

Conclusion

Par tous ces motifs, les divers chefs de demande des requérants ont été rejetés. La requête a donc été rejetée dans sa totalité.

<p>T-1622-91</p> <p><b>Frantz Etienne (Plaintiff)</b></p> <p>v.</p> <p><b>Her Majesty the Queen and The Minister of National Defence (Defendants)</b></p> <p>and</p> <p><b>The Commissioner of Official Languages of Canada (Mis en cause)</b></p>	<p>T-1622-91</p>	<p><b>Frantz Etienne (demandeur)</b></p> <p>c.</p> <p><b>Sa Majesté la Reine et Le ministre de la Défense nationale (défendeurs)</b></p> <p>et</p> <p><b>Le commissaire aux langues officielles (mis en cause)</b></p>
--	------------------	--

INDEXED AS: *ÉTIENNE v. CANADA (T.D.)*

c *RÉPERTORIÉ: ÉTIENNE c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Teitelbaum J.—Montréal, September 16; Ottawa. September 23, 1992.

Section de première instance, juge Teitelbaum—Montréal, 16 septembre; Ottawa, 23 septembre 1992.

*Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — Motion pursuant to Federal Court Rules, RR. 303 and 1733 (matter subsequently discovered), to amend and set aside order rejecting application for extension of time to apply to Federal Court under Official Languages Act, s. 77 in relation to complaint investigated by Commissioner of Official Languages — Order already under appeal before Appeal Division — Motion dismissed — Not case where order not in conformity with reasons for order — Therefore, no jurisdiction in Court to amend or vary order as matter now before Appeal Division — Improper to do so — R. 303 (amendment of any document) not applicable.*

d *Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — Requête présentée conformément aux Règles 303 et 1733 des Règles de la Cour fédérale (faits découverts par la suite) en vue de rectifier et d'annuler l'ordonnance rejetant une demande de prolongation du délai pour présenter une requête à la Cour fédérale en vertu de l'art. 77 de la Loi sur les langues officielles à l'égard d'une plainte relativement à laquelle le commissaire aux langues officielles a mené une enquête — Appel interjeté contre l'ordonnance devant la Cour d'appel — Requête rejetée — Il ne s'agit pas d'une ordonnance qui n'est pas en accord avec les motifs qui la justifient*  
 e *— En conséquence, la Cour n'a pas la compétence pour rectifier ou modifier l'ordonnance puisque la question est maintenant devant la Cour d'appel — Il ne serait pas approprié de le faire — La Règle 303 (rectification d'un document) ne s'applique pas.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

g LOIS ET RÈGLEMENTS

*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 303, 337(5), 1733.*  
*Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 77.*

*Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31, art. 77.*  
*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 303, 337(5), 1733.*

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

JURISPRUDENCE

APPLIED:

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Flexi-Coil Ltd. v. Smith-Roles Ltd. et al.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 174 (F.C.T.D.); *Henry v. Canada*, T-1529-85, Rouleau J., judgment dated 29/3/89, F.C.T.D., not reported.

*Flexi-Coil Ltd. c. Smith-Roles Ltd. et autres* (1985), 4 C.P.R. (3d) 174 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Henry c. Canada*, T-1529-85, juge Rouleau, jugement en date du 29-3-89, C.F. 1<sup>re</sup> inst., non publié.

DISTINGUISHED:

DISTINCTION FAIT AVEC:

*Metaxas et al. v. Ship "Galaxias" (No. 3)* (1988), 24 F.T.R. 241 (F.C.T.D.).

*Metaxas et autres c. Le navire «Galaxias» (no. 3)* (1988), 24 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## REFERRED TO:

*Metaxas v. Galaxias (The)*, [1989] 1 F.C. 386; (1988), 19 F.T.R. 108 (T.D.).

MOTION pursuant to Rules 303 and 1733 of the *Federal Court Rules*, on ground of matters subsequently discovered, to amend and set aside an order of this Court (T-1622-91, dated 19/5/92, not yet reported) rejecting an application for extension of time to file an application in the Federal Court under section 77 of the *Official Languages Act* in relation to a complaint investigated by the Commissioner of Official Languages. Motion dismissed.

## COUNSEL:

*Peter B. Annis* for plaintiff and mis en cause.

*Carole Johnson* for defendants.

## SOLICITORS:

*Scott & Aylen*, Ottawa, for plaintiff and mis en cause.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendants.

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

TEITELBAUM J: On June 21, 1991, the plaintiff filed in the Federal Court Registry in Montréal a notice of motion pursuant to section 77 of the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31 in which he requests, among other requests:

[TRANSLATION] The application also seeks an extension of the usual deadline for filing an action in this Honourable Court pursuant to section 77(2) of the Act.

On May 19, 1992 [T-1622-91, F.C.T.D., not yet reported], I refused the application.

On June 15, 1992, the plaintiff appealed my May 19, 1992 decision to the Federal Court of Canada, Appeal Division.

On the day following the filing of the notice of appeal, June 16, 1992, the plaintiff filed a motion to amend and to set aside judgment due to matters subsequently discovered. This application, according to

## DÉCISION CITÉE:

*Metaxas c. Galaxias (Le)*, [1989] 1 C.F. 386; (1988), 19 F.T.R. 108 (1<sup>re</sup> inst.).

REQUÊTE présentée conformément aux Règles 303 et 1733 des *Règles de la Cour fédérale* en vue de rectifier et d'annuler, en raison de faits découverts par la suite, une ordonnance de cette Cour (T-1622-91, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 19-5-92, encore inédite) rejetant une demande de prolongation du délai pour présenter une demande à la Cour fédérale en vertu de l'article 77 de la *Loi sur les langues officielles* à l'égard d'une plainte relativement à laquelle le commissaire aux langues officielles a mené une enquête. Requête rejetée.

## AVOCATS:

*Peter B. Annis* pour le demandeur et le mis en cause.

*Carole Johnson* pour les défendeurs.

## PROCUREURS:

*Scott & Aylen*, Ottawa, pour le demandeur et le mis en cause.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

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

LE JUGE TEITELBAUM: Le 21 juin 1991, le demandeur a déposé, au greffe de la Cour fédérale à Montréal, un avis de requête conformément à l'article 77 de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31, où il soumet notamment la demande suivante:

La requête vise aussi l'obtention d'une prolongation du délai normal pour présenter un recours à cette honorable Cour au titre de l'article 77(2) de la Loi.

Le 19 mai 1992 [T-1622-91, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédit], j'ai rejeté la demande.

Le 15 juin 1992, le demandeur a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel fédérale du Canada.

Le jour suivant le dépôt de l'avis d'appel, soit le 16 juin 1992, le demandeur a déposé une requête visant à rectifier et à annuler le jugement en raison de faits découverts par la suite. Selon la requête en rectifica-

the motion to amend, is made pursuant to Rules 303 and 1733 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] which state:

*Amendment of any Document*

*Rule 303.* (1) For the purpose of determining the real question in controversy, or of correcting any defect or error, the Court may, at any stage of a proceeding, and after giving all interested parties an opportunity to be heard, order any document in the matter to be amended on such terms as seem just, and in such manner as it may direct.

(2) This Rule does not apply to a judgment or order.

. . .

*Setting Aside Judgments for New Matter or Fraud*

*Rule 1733.* A party entitled to maintain an action for the reversal or variation of a judgment or order upon the ground of matter arising subsequent to the making thereof or subsequently discovered, or to impeach a judgment or order on the ground of fraud, may make an application in the action or other proceeding in which such judgment or order was delivered or made for the relief claimed.

With respect to counsel for the plaintiff, at the time of filing the notice of motion, Rule 303 does not appear to be applicable with the facts of this case. What plaintiff now requests is an amendment or variance of my order of May 19, 1992.

The motion is for leave to file an amended affidavit and to set aside the judgment of Mr. Justice Teitelbaum, dated May 19th, 1992, on the grounds of matters subsequently discovered.

In the plaintiff's original application of April 22, 1992, he states in his affidavit that he had filed a complaint with the Official Languages Commission on February 21, 1990 and that he received, on or about March 23, 1991 the results of the investigation arising out of his complaint.

Pursuant to section 77 of the Act, the applicant [plaintiff] had 60 days to commence proceedings, if he wished to, from the date he received the report which the plaintiff stated to be [TRANSLATION] "on or about March 23, 1991".

tion, la présente demande est présentée conformément aux Règles 303 et 1733 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663], ainsi libellées:

*Rectification d'un document*

*Règle 303.* (1) Afin de déterminer quel est réellement le point en litige, ou de corriger un défaut ou une erreur, la Cour pourra, à tout stade d'une procédure, et après avoir donné à toutes les parties intéressées la possibilité de se faire entendre, ordonner qu'un document afférent à la question soit rectifié aux conditions qui semblent justes et de la façon qu'elle prescrira.

(2) La présente Règle ne s'applique ni à un jugement ni à une ordonnance.

c

. . .

*Annulation des jugements en raison de faits nouveaux ou de fraude*

*Règle 1733.* Une partie qui a droit de demander en justice l'annulation ou la modification d'un jugement ou d'une ordonnance en s'appuyant sur des faits survenus postérieurement à ce jugement ou à cette ordonnance ou qui ont été découverts par la suite, ou qui a droit d'attaquer un jugement ou une ordonnance pour fraude, peut le faire, sans intenter d'action, par simple demande à cet effet dans l'action ou autre procédure dans laquelle a été rendu ce jugement ou cette ordonnance.

Quant à l'avocat du demandeur, au moment du dépôt de l'avis de requête, la Règle 303 ne paraît pas être applicable aux faits de l'espèce. Le demandeur demande maintenant une rectification ou une modification de l'ordonnance que j'ai rendue le 19 mai 1992.

[TRANSLATION] La requête vise l'autorisation de déposer un affidavit modifié et d'annuler le jugement rendu le 19 mai 1992 par le juge Teitelbaum en raison de faits découverts par la suite.

Dans l'affidavit joint à sa demande initiale du 22 avril 1992, le demandeur soutient que le 21 février 1990, il a déposé une plainte auprès de la Commission des langues officielles et que le ou vers le 23 mars 1991, il a reçu les conclusions de l'enquête menée relativement à sa plainte.

Conformément à l'article 77 de la Loi, le demandeur disposait de 60 jours pour introduire une instance, s'il le désirait, à compter de la date de la réception du rapport, ce qui, selon le demandeur, se situait «le ou vers le 23 mars 1991».

The plaintiff did not commence proceedings within the time stipulated in section 77 of the Act. As his reason, he stated:

[TRANSLATION] I thought that the time for bringing proceedings only ran during working days and that it expired on June 21, 1991.

As I have stated, I dismissed this April 22, 1992 application as I found that even if the above was correct, that is the [TRANSLATION] "working days" reason, the plaintiff was outside the 60-day delay stipulated and no other reason was alleged for the late filing of the claim.

With the filing of the present application, the plaintiff filed the affidavits of Jean Guy Patenaude dated May 27, 1992, the plaintiff's affidavit of June 15, 1992 and the affidavit of Mark G. Peacock, an attorney, who had represented the plaintiff before me on the original application filed by the applicant [plaintiff]. The plaintiff is now represented by another attorney.

By reading the three affidavits, it is clearly apparent that the plaintiff could not have received the Commission's report on March 23, 1991 as the plaintiff had first stated but received the report either between the dates of April 4 and April 23, 1991 or on April 22 or May 23, 1991.

According to the plaintiff, this information was subsequently discovered.

As a result of this "discovery", the plaintiff now seeks leave to vary the decision given on May 19, 1992 on the basis of a subsequently discovered matter pursuant to Rule 1733 of the *Federal Court Rules*.

There are two issues put before the Court and I could state it no better than counsel for the plaintiff did in his memorandum of points of argument:

Whether the Court may entertain a motion pursuant to Rule 1733 for the variation of a judgment on the grounds of a subsequently discovered matter when the party has appealed the judgment sought to be varied.

Whether this is an appropriate case for an Order to vary pursuant to Rule 1733.

Le demandeur n'a pas introduit d'instance dans le délai prescrit à l'article 77 de la Loi. Il a ainsi motivé cette omission:

Je pensais que le délai pour intenter les procédures ne courait que durant les jours ouvrables et que ce délai expirait le 21 juin 1991.

Comme je l'ai mentionné, j'ai rejeté la demande du 22 avril 1992 en concluant que même si le motif portant sur les «jours ouvrables» était fondé, le demandeur n'avait pas respecté le délai prescrit de 60 jours et il n'avait allégué aucune autre raison motivant le dépôt tardif de sa demande.

À la présente demande, le demandeur a joint l'affidavit de Jean Guy Patenaude, daté du 27 mai 1992, son propre affidavit, daté du 15 juin 1992, et celui de Mark G. Peacock, avocat, qui a représenté le demandeur devant moi au cours de la demande initiale déposée par le requérant [demandeur]. Le demandeur est maintenant représenté par un autre avocat.

Il ressort clairement de la lecture des trois affidavits que le demandeur ne peut avoir reçu le rapport de la Commission le 23 mars 1991, comme il l'a d'abord affirmé, mais plutôt entre le 4 avril et le 23 avril 1991, ou le 22 avril ou le 23 mai 1991.

Selon le demandeur, ce renseignement a été découvert par la suite.

Compte tenu de cette «découverte», le demandeur demande l'autorisation de modifier la décision rendue le 19 mai 1992 en s'appuyant sur des faits découverts par la suite conformément à la Règle 1733 des *Règles de la Cour fédérale*.

La Cour est saisie de deux questions que je ne pourrais mieux formuler que l'avocat du demandeur dans son exposé des points d'argument:

[TRANSLATION] La Cour peut-elle instruire et juger une requête, conformément à la Règle 1733, visant à modifier un jugement en raison de faits découverts par la suite alors que la partie a interjeté appel du jugement que l'on cherche à modifier?

Convient-il, en l'espèce, de rendre une ordonnance de modification conformément à la Règle 1733?

JURISDICTION

Counsel for the plaintiff makes the following submission. Counsel submits that it is in the interests of justice to allow the application regardless of whether an appeal has been taken from the order sought to be varied. He submits the case of *Metaxas et al. v. Ship "Galaxias" (No. 3)* (1988), 24 F.T.R. 241 (F.C.T.D.), at page 242 for the above principle. Counsel also submits that Rule 1733 was intended to modify the normal rules concerning *functus officio*. He further states that there is nothing on the face of Rule 1733 that suggests its (Rule 1733) effect is to be limited by one party filing an appeal to the order.

In his memorandum, counsel further states:

Moreover, a restrictive interpretation of Rule 1733 unnecessarily encumbers the rule. Rule 1733 was intended to moderate the *functus* rule to avoid wasting the Court's time and to see that justice was done where the facts militate against an unnecessary appeal.

It is furthermore submitted that it would be unfair to impose a requirement not permitting orders to vary in the face of appeals. One party could preclude the other from bringing a motion pursuant to Rule 1733 merely by appealing the decision.

In the alternative, it is submitted that mere procedural matters should not be allowed to interfere with the goal of seeing that justice is done by permitting the Applicant to fully argue the motion to vary. Any potential inconsistencies between an Order under Rule 1733 and an appeal of the judgment sought to be varied may be avoided were the Court to hear the motion on its merits and to provide counsel with at least a preliminary indication of its conclusions. Thereafter the Applicant could take the necessary steps to discontinue the appeal prior to an Order varying judgment to avoid any possible inconsistent results.

DISCUSSION

In the case of *Metaxas v. Galaxias (The)*, Mr. Justice Rouleau, in a decision reported at [1989] 1 F.C. 386 (T.D.) considered the validity of the claims (there were numerous claims to the proceeds of the sale of the ship) and ranked the claims in order of priority. Thereafter, one of the claimants applied, while the matter was before the Appeal Division, to

COMPÉTENCE

L'avocat du demandeur soutient qu'il est dans l'intérêt de la justice d'accueillir la demande indépendamment du fait qu'un appel a été interjeté contre l'ordonnance que l'on cherche à modifier. À l'appui de ce principe, il invoque l'arrêt *Metaxas et autres c. Le navire «Galaxias» (no. 3)* (1988), 24 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 242. L'avocat du demandeur soutient également que la Règle 1733 vise à modifier les règles normales relatives à l'épuisement des pouvoirs d'une cour. Il soutient également que rien à la lecture de la Règle 1733 ne laisse entendre que son effet (selon la Règle 1733) doit être limité par le dépôt, par une partie, d'un appel contre l'ordonnance.

Dans son exposé, l'avocat dit ceci:

[TRADUCTION] En outre, l'interprétation restrictive de la Règle 1733 gêne inutilement celle-ci. La Règle 1733 vise à modérer la règle relative à l'épuisement des pouvoirs d'une cour pour éviter une perte de temps à la Cour et pour faire en sorte que la justice soit rendue lorsque les faits militent contre un appel inutile.

Nous soutenons également qu'il serait injuste d'interdire qu'une ordonnance de modification soit rendue lorsqu'il y a un appel. Une partie pourrait empêcher l'autre de présenter une requête conformément à la Règle 1733 simplement en interjetant appel de la décision.

Subsidiairement, nous soutenons qu'on ne devrait pas permettre que de simples questions de procédure portent atteinte à l'objectif qui vise à faire en sorte que la justice soit rendue en permettant au requérant de débattre pleinement la requête en modification. La Cour peut éviter les incompatibilités possibles entre une ordonnance rendue en vertu de la Règle 1733 et un appel du jugement que l'on cherche à modifier si elle entend la requête sur le fond et donne à l'avocat au moins une indication préliminaire de ses conclusions. En conséquence, le requérant pourrait prendre les mesures nécessaires pour abandonner l'appel avant qu'une ordonnance modifiant un jugement soit rendue afin d'éviter tout résultat incompatible.

ANALYSE

Dans l'arrêt *Metaxas c. Galaxias (Le)*, publié dans [1989] 1 C.F. 386 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Rouleau a étudié la validité des réclamations (de nombreuses réclamations visant le produit de la vente du navire ont été présentées) avant d'en fixer le rang par ordre de priorité. Par la suite, l'un des réclamants a demandé la rectification de l'ordonnance de la Cour alors que la



amend the Court's order, arguing that the order did not accord with the reasons given therefore.

In the case of *Metaxas*, the application to amend was brought pursuant to Rule 337(5) which, as Mr. Justice Rouleau states on page 242:

... permits the court to make an amendment to an order or judgment if it does not accord with the reasons given therefor.

Rule 337(5) states:

*Judgments and Orders*

Rule 337. . . .

(5) Within 10 days of the pronouncement of judgment under paragraph (2)(a), or such further time as the Court may allow, either before or after the expiration of that time, either party may move the Court, as constituted at the time of the pronouncement, to reconsider the terms of the pronouncement, on one or both of the following grounds, and no others:

- (a) that the pronouncement does not accord with the reasons, if any, that may have been given therefor;
- (b) that some matter that should have been dealt with has been overlooked or accidentally omitted.

Mr. Justice Rouleau goes on to state, on page 242:

I am mindful of the jurisprudence cited by the parties opposing this motion to the effect that once an order has been appealed, no amendment thereof should be made, e.g., *Flexi-Coil Ltd. v. Smith-Roles Ltd. et al.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 174, *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General and Minister of National Health and Welfare) (No. 5)* (1986), 3 F.T.R. 239 (Fed. T.D.).

These latter decisions question the propriety of a trial judge amending a judgment which has already been appealed to the Court of Appeal. I appreciate the thrust of the two cited decisions, but in my view where an order of this court does not reflect the intent of the written reasons therefor due to an oversight or omission, it is in the interests of justice that the order be amended to reflect the decision of the presiding judge.

In my view, it is imperative that the April 11, 1988 judgment be amended to reflect this provision. It is in the interests of all parties concerned that the decision under appeal be a true reflection of the court's decision.

In speaking of a second amendment request, Mr. Justice Rouleau states, on page 242:

The second amendment to the April 11, 1988 judgment proposed by counsel for Baseline Industries Ltd., is that provision

question était devant la Cour d'appel, soutenant que l'ordonnance ne correspondait pas aux motifs donnés pour justifier cette ordonnance.

Dans l'arrêt *Metaxas*, la demande en rectification avait été faite conformément à la Règle 337(5) qui, comme le mentionne le juge Rouleau à la page 242:

... autorise la Cour à modifier une ordonnance ou un jugement si le prononcé n'est pas en accord avec les motifs qui ont été donnés pour justifier cette ordonnance ou ce jugement.

La Règle 337(5) est ainsi libellée:

*Jugements et ordonnances*

Règle 337. . . .

(5) Dans les 10 jours du prononcé d'un jugement en vertu de l'alinéa (2)a), ou dans tel délai prolongé que la Cour pourra accorder, soit avant, soit après l'expiration du délai de 10 jours, l'une ou l'autre des parties pourra présenter à la Cour, telle qu'elle est constituée au moment du prononcé, une requête demandant un nouvel examen des termes du prononcé, mais seulement l'une ou l'autre ou l'une et l'autre des raisons suivantes:

- a) le prononcé n'est pas en accord avec les motifs qui, le cas échéant, ont été donnés pour justifier le jugement;
- b) on a négligé ou accidentellement omis de traiter d'une question dont on aurait dû traiter.

Le juge Rouleau dit ensuite, à la page 242:

J'ai examiné la jurisprudence citée par les parties qui contestent la requête et selon laquelle il ne peut être apporté aucune modification à une ordonnance faisant l'objet d'un appel, et notamment les arrêts suivants: *Flexi-Coil Ltd. c. Smith-Roles Ltd. et al.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 174, *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général et ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (No. 5)* (1986), 3 F.T.R. 239 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

Ces deux arrêts récents portent sur l'opportunité pour un juge de première instance de modifier un jugement dont appel a déjà été interjeté. Je ne mets certes pas en doute l'autorité de ces précédents, mais à mon avis lorsque, par suite d'une inadvertance ou d'un oubli, une ordonnance de cette Cour ne reflète pas correctement l'esprit des motifs qui la justifient, il est dans l'intérêt de la justice que cette ordonnance soit modifiée pour mieux traduire la décision du président du tribunal.

À mon sens, il est essentiel que le jugement rendu le 11 avril 1988 soit modifié de façon à refléter ce passage. Il y va en effet de l'intérêt de toutes les parties concernées que la décision dont appel traduise fidèlement le jugement de la Cour.

En parlant de la demande portant sur la deuxième modification, le juge Rouleau a dit, à la page 242:

L'avocat de la société Baseline Industries Ltd. propose qu'une deuxième modification soit apportée au jugement du 11

should be made for the possibility that N.A.T. might fail to provide the Deletion Certificate and that hence the remaining funds would be held indefinitely by the court. Counsel suggests that my order should state that in this eventuality, the fund should be immediately released for the benefit of the other creditors of the fund. I am not satisfied that I can properly make this amendment because of the reservations expressed in the *Flexi-Coils* case (supra). In any event, such an amendment would be outside the purview of rule 337(5) because this remedy was not contemplated in my original order and simply admitted due to a clerical error. On the other hand, it would seem that it would be appropriate for me to provide that the parties may reapply to the court within 120 days after the exhausting of all appeals to make submissions with respect to the fund remaining in the court. It might well be at this later stage that the court would provide the remedy proposed by Baseline Industries Ltd., but I feel that it is appropriate that this be left for future consideration.

This case is easily distinguished from the case at bar. What was allowed by Mr. Justice Rouleau was an amendment to his order so that the order would conform with his reasons for order. In the case at bar, I did not issue an order which did not conform with my reasons for order.

What Mr. Justice Rouleau is saying is that it is in the interests of justice to amend an order of the Court, even if the matter is before the Appeal Division of the Court if the order does not conform with the reasons given. This is clearly permitted pursuant to Rule 337(5) as the error was due to an oversight or omission. Amendment is not permitted where the order follows from the written reasons. This is also confirmed by Mr. Justice Rouleau where he states, regarding a second amendment [supra]:

I am not satisfied that I can properly make this amendment because of the reservations expressed in the *Flexi-Coils* case (supra).

I am satisfied I do not have the jurisdiction to amend or vary my order of May 19, 1992 in that the matter is now before the Appeal Division. My order follows from my reasons and the question of whether "it is in the interest of justice" as in the *Metaxas* case (supra) is not in issue before me. Nor do I believe it proper for me to vary or amend my order while the matter is before the Appeal Division.

In the case of *Flexi-Coil Ltd. v. Smith-Roles Ltd. et al.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 174 (F.C.T.D.), in an appli-

avril 1988 de façon à éviter que les sommes restantes ne soient conservées indéfiniment par la Cour advenant le cas où N.A.T. ferait défaut de fournir le certificat de radiation. L'ordonnance devrait prévoir, suggère-t-il, que ces sommes soient alors immédiatement libérées au profit des autres créanciers. Je ne suis pas convaincu qu'il convienne que j'apporte cette modification, vu les réserves exprimées dans l'arrêt *Flexi-Coils*, précité. Quoi qu'il en soit, une telle modification n'est pas visée à la Règle 337(5) puisque le redressement souhaité n'a pas été envisagé dans l'ordonnance originale et qu'il ne s'agit pas d'une simple erreur d'écriture. Il conviendrait par ailleurs de prévoir que les parties pourront, dans les 120 jours suivant l'expiration de tous les droits d'appel, en référer à nouveau à la Cour au sujet du fonds restant. Il se peut fort que la Cour accorde à ce moment le redressement proposé par la société Baseline Industries Ltd., mais il convient, à mon avis, de laisser cette question à son appréciation future.

Cet arrêt se distingue nettement de l'espèce. Ce que le juge Rouleau a permis est une rectification de son ordonnance afin que celle-ci reflète les motifs justifiant son ordonnance. En l'espèce, je n'ai rendu aucune ordonnance qui ne corresponde pas aux motifs qui la justifient.

Selon le juge Rouleau, il est dans l'intérêt de la justice de modifier une ordonnance de la Cour qui ne correspond pas aux motifs qui la justifient, même si la question est devant la Cour d'appel. La Règle 337(5) permet clairement un tel geste puisque l'erreur résultait d'une inadvertance ou d'un oubli. On ne peut rectifier l'ordonnance lorsque celle-ci est compatible avec les motifs écrits. Le juge Rouleau le confirme lorsqu'il dit [ci-dessus], quant à la deuxième modification:

Je ne suis pas convaincu qu'il convienne que j'apporte cette modification, vu les réserves exprimées dans l'arrêt *Flexi-Coils*, précité.

Je suis convaincu que je n'ai pas la compétence de rectifier ou de modifier l'ordonnance que j'ai rendue le 19 mai 1992 puisque la question est maintenant devant la Cour d'appel. Mon ordonnance est en accord avec mes motifs, et je n'ai pas à trancher la question de savoir s'«il est dans l'intérêt de la justice» de la modifier, qui se posait dans l'arrêt *Metaxas* (précité). Je ne crois pas non plus qu'il convienne de modifier ou de rectifier mon ordonnance alors que la question est devant la Cour d'appel.

Dans l'arrêt *Flexi-Coil Ltd. c. Smith-Roles Ltd. et autres* (1985), 4 C.P.R. (3d) 174 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où la

cation pursuant to Rule 337 of the *Federal Court Rules* where a variation of an order was sought and the matter was in appeal, Madam Justice Reed, at page 175 states:

There is, however, an additional and overriding reason for rejecting this motion: the December 6, 1984 order is under appeal. Accordingly, in my view, it would be highly improper for me to attempt to vary that order now, even should I wish to do so.

It is important to note that Madam Justice Reed does not say she does not have the jurisdiction to vary or amend her order but only that it would be improper for her to do so while the matter was under appeal.

I take this to mean that she too would amend or vary her order if, as a result of an inadvertent omission, her order did not conform with her written reasons. For no other reason would she amend or vary her order while the order was under appeal.

In the case of *Henry v. Canada*, T-1529-85, March 29, 1989 (not reported) Mr. Justice Rouleau, in dealing with an application to vary or amend a decision pursuant to Rule 1733 and which decision was under appeal, as in the case at bar, states:

... I have also reached the conclusion that the Trial Division of the Federal Court is now functus to deal with this application.

For the above reasons, I am satisfied that as a result of my May 19, 1992 order being under appeal, I do not have the jurisdiction, pursuant to Rule 1733, to vary or amend my order. As I have previously stated herein, I am also of the belief that it would be improper for me to do so.

Is this an appropriate case for an order to vary pursuant to Rule 1733?

There is much evidence in the 3 affidavits filed as to when the applicant [plaintiff] probably received the report from the Commission. In that I have found that I do not have jurisdiction to vary or amend my order pursuant to Rule 1733, I believe it would be most improper for me to comment on this evidence.

demande présentée conformément à la Règle 337 des *Règles de la Cour fédérale* visait la modification d'une ordonnance alors que la question était en appel, Madame le juge Reed, à la page 175, dit:

<sup>a</sup> Il existe toutefois un motif additionnel et primordial pour rejeter la présente requête: l'ordonnance du 6 décembre 1984 fait l'objet d'un appel. J'estime donc qu'il serait très inapproprié pour moi de tenter de modifier maintenant cette ordonnance, lors même que je le voudrais.

<sup>b</sup> Il importe de remarquer que Madame le juge Reed ne dit pas qu'elle n'avait pas la compétence pour modifier ou rectifier son ordonnance, mais seulement qu'il serait inapproprié pour elle de le faire alors que la question fait l'objet d'un appel.

<sup>c</sup> À mon avis, cela signifie qu'elle aussi rectifierait ou modifierait son ordonnance si, en raison d'un oubli commis par inadvertance, son ordonnance ne correspondait pas à ses motifs écrits. Elle ne rectifierait ni ne modifierait son ordonnance pour aucune autre raison si celle-ci faisait l'objet d'un appel.

<sup>d</sup> Dans l'arrêt *Henry c. Canada*, T-1529-85, rendu le 29 mars 1989 (non publié), le juge Rouleau a dit ce qui suit en se prononçant sur une demande fondée sur la Règle 1733 et visant la modification ou la rectification d'une décision qui faisait l'objet d'un appel, comme en l'espèce:

<sup>e</sup> [J]e juge également que la Section de première instance de la Cour fédérale a épuisé ses pouvoirs relativement à cette demande.

<sup>f</sup> Pour ces motifs, je suis convaincu que puisque mon ordonnance rendue le 19 mai 1992 fait l'objet d'un appel, je n'ai pas la compétence, conformément à la Règle 1733, pour la modifier ou la rectifier. Comme je l'ai mentionné précédemment en l'espèce, je crois également qu'il serait inapproprié pour moi d'agir ainsi.

Est-il approprié de rendre une ordonnance de modification conformément à la Règle 1733?

<sup>g</sup> Les 3 affidavits déposés contiennent une preuve abondante sur le moment où le requérant [demandeur] a probablement reçu le rapport de la Commission. Comme j'ai conclu que je n'ai pas la compétence pour modifier ou rectifier mon ordonnance conformément à la Règle 1733, je crois qu'il serait

The application to amend and set aside judgment (order) due to matters subsequently discovered pursuant to Rules 303 and 1733 of the *Federal Court Rules* is denied with costs in favour of the respondents [defendants].

très inapproprié pour moi d'apporter mes commentaires sur cette preuve.

La demande visant à rectifier et à annuler le jugement (l'ordonnance) en raison de faits découverts par la suite conformément aux Règles 303 et 1733 des *Règles de la Cour fédérale* est rejetée avec dépens en faveur des intimés [défendeurs].

A-1145-88

A-1145-88

Attorney General of Canada (*Applicant*)Procureur général du Canada (*requérant*)

v.

a c.

Richard Gaboriault, Alain Brousseau, Antonio Simetich, Marcel St-Laurent, Dough Dixon, Robert Lauzon, Maurice Boivin, Jacques Langlois, Pierre Daniels, François Ciré, Pierre Simard, Jacques Thivierge, Jacques Desjardins, Louis St-Pierre, Gaston Paquette, Raymond Brière, Alain Demers, Michel Delisle and Tecksol Inc. and Gilles Minville (*Respondents*)

Richard Gaboriault, Alain Brousseau, Antonio Simetich, Marcel St-Laurent, Dough Dixon, Robert Lauzon, Maurice Boivin, Jacques Langlois, Pierre Daniels, François Ciré, Pierre Simard, Jacques Thivierge, Jacques Desjardins, Louis St-Pierre, Gaston Paquette, Raymond Brière, Alain Demers, Michel Delisle et Tecksol Inc. et Gilles Minville (*intimés*)

and

et

Transport Canada (*Mis en cause*)d Transports Canada (*mis en cause*)

*INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. GABORIAULT (C.A.)*

*RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. GABORIAULT (C.A.)*

e

Court of Appeal, Marceau, Desjardins and Décary J.J.A.—Montréal, May 11; Ottawa, June 11, 1992.

Cour d'appel, juges Marceau, Desjardins et Décary, J.C.A.—Montréal, 11 mai; Ottawa, 11 juin, 1992.

*Labour relations — S. 28 application to set aside CLRB decision on complaint of unfair competition under Canada Labour Code — Passenger Transfer Vehicles at Mirabel Airport owned by Transport Canada, maintained and operated by private company on term contract through public bids — Lower bidder, Cafas Inc., supplanted in 1985 by respondent Tecksol Inc. — Latter hiring all former employees of Cafas except eighteen respondents — Complaint by respondents to CLRB based on Code, s. 184(3)(a)(i) — Board finding true employer of maintenance workers and drivers not Tecksol Inc. but Transport Canada — Federal Court decision in Canada (Attorney General) v. P.S.A.C. (Econosult case) having direct bearing herein — Status of employee in private and public sectors distinguished — Employment in Public Service subject to body of strict and rigid rules, not resulting from situation of fact — Board acting on basis of legal impossibility in recognizing new category of government employees: de facto employees and thereby creating legal void — Patently unreasonable error of law — Application granted.*

*Relations du travail — Demande fondée sur l'art. 28 visant à faire annuler une décision rendue par le CCRT relativement à une plainte de pratique déloyale portée en vertu du Code canadien du travail — Les véhicules transbordeurs de passagers à l'aéroport Mirabel appartiennent à Transports Canada, mais sont entretenus et exploités par une compagnie privée en exécution d'un contrat à durée déterminée conclu à la suite de soumissions publiques — Un plus bas soumissionnaire, Cafas Inc., s'est vu supplanter en 1985 par l'intimée Tecksol Inc. — Celle-ci a embauché tous les anciens employés de Cafas, à l'exception des dix-huit intimés — Les intimés ont saisi le CCRT d'une plainte fondée sur l'art. 184(3)a)(i) du Code — Le Conseil a conclu que le véritable employeur des préposés à l'entretien et des chauffeurs n'était pas Tecksol Inc. mais Transports Canada — La décision de la Cour fédérale dans l'affaire Canada (Procureur général) c. A.F.P.C. (l'affaire Econosult) s'applique directement en l'espèce — Distinction faite entre la qualité d'employé dans les secteurs privé et public — L'emploi dans la fonction publique est soumis à un ensemble de règles strictes et rigides; il ne résulte pas d'une situation de fait — Le Conseil a agi sur la base d'une impossibilité juridique en reconnaissant une nouvelle catégorie d'employés de l'État (celle des employés de fait), créant par là un vide juridique — Erreur de droit manifestement déraisonnable — Demande accueillie.*

j

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 184 (3)(a)(i) (as am. by S.C. 1977-78, c. 27, s. 65; 1980-81-82-83, c. 47, s. 53, item 14), 187(1)(a) (as am. by S.C. 1977-78, c. 27, s. 66; 1984, c. 39, s. 35). *a*

*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 16(p)(i), 22(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 56).

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. P.S.A.C.*, [1989] 2 F.C. 633; (1989), 97 N.R. 116 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; (1991), 80 D.L.R. (4th) 520; 48 Admin. L.R. 161; 91 CLLC 14,017; 123 N.R. 161. *c*

## REFERRED TO:

*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; *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; 102 N.R. 1; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161. *e*

APPLICATION under section 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside a decision of the Canada Labour Relations Board ((1988), 75 di 130) rendered in response to a complaint of unfair competition made pursuant to sections 184 *et seq.* of the *Canada Labour Code*. Application granted. *f*

## COUNSEL:

*Raymond Piché* for applicant.  
*Robert P. Gagnon* for respondent Tecksol Inc.  
*Gilles Grenier* for Canada Labour Relations Board. *h*

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant. *i*

*Grondin, Poudrier, Bernier*, Québec, for respondent Tecksol Inc.

*Trudel, Nadeau, Lesage, Cleary, Larivière & Associés*, Québec, for Canada Labour Relations Board. *j*

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 16p)(i), 22(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 56).

*Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 184(3)a)(i) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 27, art. 65; 1980-81-82-83, ch. 47, art. 53, item 14), 187(1)a) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 27, art. 66; 1984, ch. 39, art. 35).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada (Procureur général) c. A.F.P.C.*, [1989] 2 C.F. 633; (1989), 97 N.R. 116 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; (1991), 80 D.L.R. (4th) 520; 48 Admin. L.R. 161; 91 CLLC 14,017; 123 N.R. 161.

## DÉCISIONS CITÉES:

*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; *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; 102 N.R. 1; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161.

DEMANDE, fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, visant à faire réviser et annuler une décision du Conseil canadien des relations du travail ((1988), 75 di 130) rendue à la suite d'une plainte de pratique déloyale portée en vertu des articles 184 et suivants du *Code canadien du travail*. Demande accueillie. *g*

## AVOCATS:

*Raymond Piché* pour le requérant.  
*Robert P. Gagnon* pour l'intimée Tecksol Inc.  
*Gilles Grenier* pour le Conseil canadien des relations du travail.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.

*Grondin, Poudrier, Bernier*, Québec, pour l'intimée Tecksol Inc.

*Trudel, Nadeau, Lesage, Cleary, Larivière & Associés*, Québec, pour le Conseil canadien des relations du travail.

*Toupin & Barrette*, Montréal, for respondents  
Richard Gaboriault et al.

*Toupin & Barrette*, Montréal, pour les intimés  
Richard Gaboriault et autres.

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

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

MARCEAU J.A.: This application to review and set aside, pursuant to section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], is from a decision of the Canada Labour Relations Board [(1988), 75 di 130] rendered in response to a complaint of unfair competition made pursuant to sections 184 *et seq.* [as enacted by S.C. 1972, c. 18] of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1. It is of particular interest in that the Court is called on once again to consider and affirm the duality and relative independence of the two systems of employment which govern, one the public sector and the other the private sector, in our system of law. The difficulty with it arises, in effect, from the underlying factual context which is situated at a point of contact between the two types of employment. The facts giving rise to the case are as follows.

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Cette demande d'examen et d'annulation en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] s'en prend à une décision rendue par le Conseil canadien des relations du travail [(1988), 75 di 130] relative-ment à une plainte de pratique déloyale qui lui avait été présentée sous l'égide des articles 184 et suivants [édictés par S.C. 1972, ch. 18] du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1. Elle présente un intérêt tout particulier en ce qu'elle force à vérifier et affirmer une fois encore la dualité et l'autonomie respective des deux régimes d'emploi qui, dans notre système de droit, régissent l'un le secteur public, l'autre le secteur privé. Sa difficulté vient, en effet, de ce que ce contexte factuel qui la sous-tend se situe à un point de rencontre entre les deux régimes. Voici donc les faits qui l'ont provoquée.

The facts are not in dispute, but counsel of course were not in agreement as to the conclusions to be drawn from them. I must say that I could disregard these differences of opinion and state the problem quite simply based on the bare essentials, as in my view its solution depends strictly on principles of law; however, to correspond more closely with the respective positions of the parties, I will undertake a complete review of the facts accepted by counsel themselves in the submissions they made to the Court.

Ces faits ne sont pas controversés, mais les procureurs évidemment ne sont pas toujours d'accord quant à ceux qu'il faut retenir. À la vérité, je pourrais oublier ces différences de vues et poser le problème de façon fort simple à partir du strict essentiel, car sa solution, à mon avis, met strictement en cause des principes de droit. Mais, pour mieux respecter les positions respectives des parties, je procéderai à une revue complète des faits retenus par les procureurs eux-mêmes dans les mémoires qu'ils ont soumis à la Cour.

At the Montréal International Airport (Mirabel), the federal Department of Transport (hereinafter "Transport Canada"), maintains a shuttle service for passengers between the terminal and the aircraft. This service is provided by specially built vehicles, known simply as "Passenger Transfer Vehicles" (P.T.V.).

Le ministère fédéral des Transports (ci-après Transports Canada) maintient, à l'aéroport international de Montréal (Mirabel), un service de transbordement des passagers entre l'aérogare et les avions. Ce service est assuré au moyen de véhicules spécialement construits, appelés simplement «véhicules transbordeurs de passagers» (V.T.P.).

Since they were put into service when the airport opened, these P.T.V.s, owned by Transport Canada, have been maintained and operated by the employees of a private company, based on a term contract awarded in response to public bids. The first private company to obtain and carry out the contract was

Depuis leur mise en service lors de l'ouverture de l'aéroport, ces V.T.P., qui appartiennent à Transports Canada, sont entretenus et opérés par des employés d'une compagnie privée, sur la base d'un contrat à durée déterminée octroyé à partir de soumissions publiques. La première compagnie privée à obtenir et

replaced after some years by a lower bidder, a company named Cafas Inc., which was itself supplanted in 1985 following a new call for tenders by a third company, the respondent Tecksol Inc.

Once it obtained the contract, Tecksol Inc. proceeded to hire the staff it needed to carry out its obligations in accordance with the specifications attached to the contract. Among the applications it received were those of several former employees of Cafas Inc.; it accepted all of them except those of the eighteen respondents. The complaint which these eighteen respondents submitted jointly to the Canada Labour Relations Board, shortly after their applications were dismissed, led to the decision at issue here.

This complaint by Gaboriault and his fellow workers, made pursuant to paragraph 187(1)(a) of the *Canada Labour Code*,<sup>1</sup> [as am. by S.C. 1977-78, c. 27, s. 66; 1984, c. 39, s. 35] charged Tecksol Inc. with having, with the complicity of Gilles Minville, a Transport Canada employee more directly linked with the Mirabel operations, contravened the provisions of subparagraph 184(3)(a)(i) [as am. by S.C. 1977-78, c. 27, s. 65; 1980-81-82-83, c. 47, s. 53, item 14] of the Code, which read as follows at that time:

184. . . .

(3) No employer and no person acting on behalf of an employer shall

(a) refuse to employ or to continue to employ or suspend, transfer, lay off or otherwise discriminate against any person in regard to employment, pay or any other term or condition of employment or intimidate, threaten or otherwise discipline any person, because the person

(i) is or proposes to become, or seeks to induce any other person to become, a member, officer or representative of a

<sup>1</sup> At the time of the complaint this subsection read as follows:

187. (1) Subject to subsections (2) to (5), any person or organization may make a complaint in writing to the Board that

(a) an employer, a person acting on behalf of an employer, a trade union, a person acting on behalf of a trade union or an employee has failed to comply with subsection 124(4) or section 136.1, 148, 161.1, 184 or 185; or

à exécuter le contrat fut remplacée après quelques années par un plus bas soumissionnaire, une compagnie du nom de Cafas Inc., qui elle-même, en 1985, suite à un nouvel appel d'offres, se voyait supplantée par une troisième compagnie, l'intimée Tecksol Inc.

Une fois son contrat obtenu, Tecksol Inc. procéda à l'embauche du personnel dont elle avait besoin pour exécuter ses obligations conformément au devis attaché au contrat. Parmi les candidatures qu'elle avait en main se trouvaient celles de plusieurs des anciens employés de Cafas Inc.; elle les accepta toutes sauf celles des dix-huit intimés. C'est la plainte que ces dix-huit intimés soumièrent ensemble au Conseil canadien des relations du travail, peu après le rejet de leur candidature, qui donna lieu à la décision ici mise en cause.

Cette plainte de Gaboriault et de ses compagnons, formulée en vertu de l'alinéa 187(1)a) du *Code canadien du travail*<sup>1</sup> [mod. par S.C. 1977-78, ch. 27, art. 66; 1984, ch. 39, art. 35], accusait Tecksol Inc. d'avoir, avec la connivence de Gilles Minville, un préposé de Transports Canada plus directement rattaché aux opérations de Mirabel, contrevenu aux dispositions du sous-alinéa 184(3)a)(i) [mod. par S.C. 1977-78, ch. 27, art. 65; 1980-81-82-83, ch. 47, art. 53, item 14] du Code, dont le texte se lisait alors comme suit:

184. . . .

(3) Nul employeur et nulle personne agissant pour le compte d'un employeur ne doit

a) refuser d'embaucher ou de continuer à employer ou suspendre, transférer, mettre à pied, ni autrement prendre contre une personne des mesures discriminatoires en ce qui concerne un emploi, le salaire ou autres conditions d'emploi, ni intimider, menacer ou prendre d'autres mesures disciplinaires à l'encontre d'une personne, parce que cette personne

(i) est ou se propose de devenir, ou cherche à inciter une autre personne à devenir un membre, dirigeant ou délégué

<sup>1</sup> Ce paragraphe, au moment de la plainte, se lisait ainsi:

187. (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (5), toute personne ou organisation peut adresser au Conseil, par écrit, une plainte

a) portant qu'un employeur, une personne agissant pour le compte d'un employeur, un syndicat, une personne agissant pour le compte d'un syndicat ou un employé ne s'est pas conformé ou a contrevenu au paragraphe 124(4) ou aux articles 136.1, 148, 161.1, 184 ou 185; ou



trade union or participates in the promotion, formation or administration of a trade union . . .

d'un syndicat ou collabore au développement, à la formation ou à l'administration d'un syndicat, . . .

It should be mentioned that on December 13, 1984 the Board had certified the International Association of Machinists and Aerospace Workers as a bargaining agent to represent the Cafas Inc. employers working at Mirabel on the operation and service of the Passenger Transfer Vehicles. It was alleged that the employment rejections were connected with the part the respondents may have played in organizing the union.

Il faut savoir que, le 13 décembre 1984, le Conseil avait accredité l'Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale comme agent négociateur pour représenter les employés de Cafas Inc. travaillant à Mirabel et affectés à l'opération et au service des véhicules transbordeurs de passagers. On voulait prétendre que les refus d'emploi étaient rattachés au rôle qu'avaient pu avoir les intimés dans l'organisation du syndicat.

Tecksol Inc. and Minville naturally challenged the validity of the allegations and a hearing was ordered. At the hearing, in addition to protesting its good faith, Tecksol added as an alternative argument that, in any case, the complaint should not have been brought against it because it was not the real employer of the P.T.V. maintenance workers and drivers. At the close of the hearing, the Board dismissed the complaint against Minville forthwith on the ground that no evidence had been presented to support it. On the complaint against Tecksol Inc., however, it ordered a second hearing to be held to which it intended to summon and officially implead Transport Canada, and which it would devote to considering the argument as to the identity of the true employer put forward alternatively by the company.

Tecksol Inc. et Minville contestèrent naturellement le bien-fondé des accusations, et une audition fut ordonnée. Au cours de l'audition, en plus de protester de sa bonne foi, Tecksol ajouta, comme moyen subsidiaire, que, de toute façon, la plainte n'aurait pas dû être dirigée contre elle parce qu'elle n'était pas le véritable employeur des préposés à l'entretien et des chauffeurs des V.T.P. Au terme de l'audition, le Conseil rejeta immédiatement la plainte contre Minville au motif qu'aucune preuve n'avait été faite pour l'appuyer. Mais quant à la plainte contre Tecksol Inc., il ordonna à son sujet le tenue d'une seconde audition à laquelle il entendait convier et mettre en cause officiellement Transports Canada et qu'il consacrerait à l'examen de ce moyen relatif à l'identification du véritable employeur que la compagnie avait avancé subsidiairement.

Before the date set for the new hearing, Tecksol Inc. indicated that it no longer intended to proceed with its alternative argument, but the Board refused to consider the discontinuance and proceeded as scheduled. After hearing submissions by the parties it took the matter under advisement and shortly after issued its decision. It found that the true employer of the P.T.V. maintenance workers and drivers was not Tecksol Inc. but in fact Transport Canada; however, as it did not have any jurisdiction over Transport Canada it could not admit and act on the complaint. Both the Attorney General of Canada and Gaboriault and his fellow workers at once appealed from the decision, bringing proceedings under section 28 of the *Federal Court Act*.

Avant la date fixée pour la nouvelle audition, Tecksol Inc. fit savoir qu'elle n'entendait pas soutenir plus avant son moyen subsidiaire, mais le Conseil refusa de considérer le désistement et procéda comme prévu. Après avoir entendu les représentations des parties, il prit l'affaire en délibéré, et peu après fit connaître sa décision. D'après lui, le véritable employeur des préposés à l'entretien et des chauffeurs des V.T.P. n'était pas la compagnie Tecksol Inc. mais bien Transports Canada; mais comme il n'avait pas compétence sur Transports Canada, il ne pouvait recevoir et donner suite à la plainte. Aussi bien le procureur général du Canada que Gaboriault et ses compagnons en appelèrent aussitôt de la décision en commençant des procédures en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Some time later, this Court rendered judgment in *Canada (Attorney General) v. P.S.A.C.*, [1989] 2 F.C.

Quelque temps plus tard, cette Cour rendait jugement dans l'affaire *Canada (Procureur général) c.*

633 [hereinafter *Econosult*], in which it adopted positions that appeared to be at variance with the Board's findings and the decision it had just made. To avoid needless litigation, the parties then agreed to stay the section 28 proceedings until the Supreme Court had ruled on the validity of these positions.

When the Supreme Court judgment affirming the judgment of the Federal Court was rendered,<sup>2</sup> Gaboriault and his fellow workers, before proceeding with the section 28 application, chose to ask the Board to revise its decision. The Board refused. This refusal is really only incidental since the application before this Court is against the initial decision, but the real nature of the problem can perhaps be gathered from reading the summary of reasons (unofficial but prepared by the Board) which the latter gave to justify its reaction:

The Board dismisses an application for review of a decision rendered in *Tecksol Inc.* (1988), 75 di 130 (CLRB no. 713) where it had been determined that the real employer in a complaint of unfair labour practice was not Tecksol but rather the Transport Department, whose activities do not fall under the Board's jurisdiction.

The Board dismisses the application for review for the following reasons:

The *Econosult* judgment, issued by the Supreme Court on March 21, 1991, on which the applicants based their application, has no bearing on decision no. 713 in that it only determines that *Econosult* employees are not civil servants falling under the Public Service Staff Relations Board jurisdiction. The judgment did not determine however that the employees could not be employees of a federal government department.

Contrary to the situation prevailing in *Econosult*, the Board has full jurisdiction to determine who is an employee and who is an employer and this is what it has done, by properly applying its policies.

The problem raised by the fact that employees are not covered either by the *Public Service Staff Relations Act* or by the *Canada Labour Code* requires a legislative solution rather than an administrative one.

As soon as the Board's decision to affirm its decision was known, the Attorney General reactivated his section 28 proceedings for its review.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> [1991] 1 S.C.R. 614.

<sup>3</sup> Gaboriault and his fellow workers at first did likewise, but shortly before the hearing they discontinued their application.

*A.F.P.C.*, [1989] 2 C.F. 633 [ci-après *Econosult*], et adoptait à cette occasion des positions qui semblaient ne pas s'accorder avec les conclusions du Conseil dans la décision qu'il venait de prendre. Les parties convinrent alors, pour éviter des procédures inutiles, de suspendre les demandes sous l'article 28 jusqu'à ce que la Cour suprême se fût prononcée sur la validité de ces positions.

Lorsque fut rendu l'arrêt de la Cour suprême confirmant la décision de la Cour fédérale<sup>2</sup>, Gaboriault et ses compagnons choisirent, avant de poursuivre leurs procédures sous l'article 28, de demander au Conseil de réviser sa décision. Le Conseil refusa. Ce refus ne constitue en somme qu'un incident, puisque c'est la décision initiale que la demande devant nous attaque, mais la lecture du résumé des motifs (non officiel mais préparé par lui) que le Conseil donna pour justifier sa réaction permettra de mieux voir, peut-être, la véritable dimension du problème:

Dans cette affaire, le Conseil rejette une demande de révision d'une décision rendue dans *Tecksol Inc.* (1988), 75 di 130 (CCRT n° 713), où il avait été décidé que l'employeur véritable des plaignants qui avaient déposé une plainte de pratique déloyale n'était pas la compagnie Tecksol Inc. mais plutôt le ministère des Transports (Transports Canada), dont les activités ne sont pas assujetties à la compétence du Conseil.

Les motifs pour lesquels le Conseil rejette la demande de révision sont les suivants:

L'arrêt *Econosult*, rendu par la Cour suprême le 21 mars dernier, sur lequel les requérants fondent leur demande, n'a aucune incidence sur la décision n° 713 en ce qu'il ne fait que décider que les employés de *Econosult* ne sont pas des fonctionnaires assujettis à la compétence de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique. Il n'a toutefois pas déterminé que les employés ne peuvent pas être des employés d'un Ministère de l'État Canadien.

Contrairement à la situation qui prévalait dans *Econosult*, le Conseil possède toute la compétence nécessaire pour déterminer qui est un employé et qui est un employeur et c'est ce qu'il a fait en appliquant correctement ses politiques.

Le problème engendré par le fait que des employés ne soient assujettis ni à la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* ni au *Code canadien du travail* nécessite une solution législative plutôt qu'administrative.

Sitôt connue la décision du Conseil de confirmer sa décision, le procureur général réactiva ses procédures sous l'article 28 pour en obtenir la révision<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> [1991] 1 R.C.S. 614.

<sup>3</sup> Gaboriault et ses compagnons firent d'abord de même mais, peu avant l'audition, ils se désistèrent de leur demande.

Those are the facts underlying the application before the Court. I have taken more time than I would have liked to go over them, but now that the position of the Board, the consequences of which might be so very significant, has been put in context I think it will be easier to explain why I feel that the Attorney General was right to challenge it.

Essentially, what I think is that the *Econosult* decision did have a direct bearing on the solution of the problem as the Board felt it should be stated and that the conclusion reached in that case is contrary to the position taken by the Board. In my opinion, with respect, to conclude merely that the majority judgment held that the employees in question were not subject to the jurisdiction of the Public Service Staff Relations Board is to misread that judgment. It is, in fact, to amputate the *ratio decidendi*, the very substance, of the judgment. What the Supreme Court affirmed in the judgment was that, in the legal situation at issue here, a person cannot be an employee of the federal government without an express appointment or formal hiring duly authorized by law. In the reasons I wrote in support of this Court's judgment in *Econosult*, I gave an explanation of this situation which I will take the liberty of repeating (at pages 642-643):

It is well known that in the private sector the status of employee of a person acting for another, though involving a contract resulting from deliberate acts, is often in practice inferred from the circumstances which actually surround the doing of the work. The reason is that the employer-employee relationship is primarily a legal relationship which the law associates with a situation of fact: the contract of employment may not take any particular form and may result simply from the behaviour of the parties concerned, hence the establishment of criteria by which such a contract can be identified behind appearances which may conceal it.

In the public sector, on the contrary, as I understand the legislation, the status of an employee of Her Majesty cannot be simply inferred from a situation of fact. The intention was simply, so to speak, to shield the Crown as employer from the actions of all its representatives vested with executive powers: otherwise, Parliament undoubtedly concluded, the situation would quickly become both uncontrollable and chaotic. Employment in the Public Service has been subject to a body of strict and rigid rules.

This basic principle applies to everyone in all fields, as also does the rule that the federal govern-

Voilà donc les faits qui sont à la base de cette demande qui nous est soumise. J'ai pris plus de temps que je l'aurais voulu à les exposer, mais maintenant que la position du Conseil, dont les répercussions pourraient être si singulièrement importantes, a été mise en contexte, il me sera certes plus facile d'expliquer pourquoi je crois que le procureur général a eu raison de la contester.

Ce que je pense essentiellement, c'est que l'arrêt *Econosult* avait effectivement une application directe sur la solution du problème tel que le Conseil avait cru devoir le poser et que l'enseignement qui s'y trouve s'oppose à la position qu'il a adopté. C'est, à mon avis, je le dis avec égard, mal lire le jugement de la majorité que d'en retenir uniquement une affirmation à l'effet que les employés dont il était question là n'étaient pas assujettis à la compétence de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique. C'est, en fait, amputer l'arrêt de sa *ratio decidendi*, de sa substance même. Ce que la Cour suprême a confirmé dans cet arrêt, c'est que, dans le cadre juridique qui est le nôtre, une personne ne peut pas être un employé de l'État canadien sans nomination expresse ou engagement formel dûment autorisé par la loi. Dans les motifs que j'écrivais au soutien du jugement de cette Cour dans l'affaire *Econosult*, je donnais de cette situation une explication que je me permets de répéter (aux pages 642 et 643):

Il est constant que, dans le secteur privé, la qualité d'employé d'une personne qui agit au bénéfice d'une autre, bien qu'impliquant un contrat dépendant d'actes de volonté, s'infère souvent en pratique des circonstances entourant, dans la réalité, la prestation de travail. C'est que la relation employeur-employé est avant tout une relation juridique que le droit rattache à une situation de fait, le contrat de travail ne comportant aucune forme particulière et pouvant résulter d'un simple comportement des parties en présence. D'où l'établissement de critères permettant de la déceler derrière des apparences qui pourraient la camoufler.

Dans le secteur public, au contraire, la qualité d'employé de la Reine ne saurait, selon ce que je comprends de la législation, s'inférer ainsi d'une simple situation de fait. On a tout simplement voulu, pourrait-on dire, mettre la Reine-employeur à l'abri des faits et gestes de tous ses représentants munis de pouvoirs exécutifs: autrement, a sans doute pensé le Parlement, la situation deviendrait vite aussi incontrôlable que chaotique. L'emploi dans la fonction publique a été soumis à un ensemble de règles strictes et rigides.

Ce principe de base s'impose à tous et dans tous les domaines, comme s'impose aussi le principe que

ment means all Departments, and none of them may be an independent entity which can become an employer on its own. Certainly, wide powers have been conferred on the Board to decide questions before it, and in particular it has jurisdiction—which the Public Service Staff Relations Board in *Econosult* did not have—to determine whether a person is an employer or an employee (cf. subparagraph 16(p)(i) of the Code [R.S.C., 1985, c. L-2]). Equally certainly, the exercise by the Board of its jurisdiction is protected by a privative clause (subsection 22(1) of the Code [R.S.C., 1985, c. 1-2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 56)]). However, clearly the Board is not acting in a vacuum and while it is natural for it to seek to implement its own particular policies, its conclusions must be able to form part of the system as a whole and not be at variance in any essential way. The Board cannot act on the basis of a legal impossibility.

This is precisely why I said at the outset that the problem could be discussed without even adverting to the context in which the decision was made. I am not forgetting that the Board had an unfair labour practice complaint against Tecksol Inc. before it, and that it came to the conclusion that Tecksol Inc. was not the complainants' employer as a result of its analysis of the specific situation of the company and the contents of the contract awarded to it. I am also not forgetting that the Board never stated that it had jurisdiction over Her Majesty as employer, and that in arriving at its conclusion it confined itself simply to the criteria it had developed for identifying an employer within the meaning of the legislation it is responsible for applying. However, I still think that by reasoning as it did the Board, I repeat, acted on the basis of a legal impossibility, which its jurisdiction, however wide, clearly cannot allow it to do.

Of course, it is quite natural for the Board to refer to its analysis of the circumstances surrounding the doing of the work in order to determine which of two possible employers is the worker's real employer, and it is legitimate for it, in order to facilitate its analysis, to seek to identify certain criteria, though it may seem surprising—I may say in passing—that it relied

l'État canadien s'entend de tous les ministères, aucun d'entre eux ne constituant une entité autonome pouvant devenir employeur à son compte. Sans doute le Conseil s'est-il vu attribuer de larges pouvoirs pour décider des questions qui lui sont soumises et il a, notamment,—ce que n'avait pas la Commission des relations de travail dans la Fonction publique dans l'affaire *Econosult*—compétence pour déterminer si une personne est un employeur ou un employé (cf. sous-alinéa 16p)(i) du Code [L.R.C. (1985), ch. L-2]). Sans doute aussi, l'exercice par le Conseil de sa compétence est-il protégé par une clause privative (paragraphe 22(1) du Code [L.R.C. (1985), ch. L-2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 56)]). Mais le Conseil n'agit évidemment pas en vase clos et s'il est normal qu'il cherche à mettre en œuvre des politiques qui lui sont propres, ses conclusions doivent pouvoir prendre corps dans l'ensemble du système et ne sauraient en contredire les données essentielles. Le Conseil ne peut agir à partir d'une impossibilité juridique.

C'est pourquoi, justement, je disais au départ qu'on pouvait discuter du problème sans même avoir égard au contexte dans lequel la décision a été rendue. Je n'oublie pas que le Conseil était saisi d'une plainte de pratique déloyale à l'encontre de Tecksol Inc. et que c'est à l'occasion de l'analyse de la situation particulière de la compagnie et des données du contrat qui lui avait été octroyé qu'il en est venu à la conclusion que Tecksol Inc. n'était pas l'employeur des plaignants. Je n'oublie pas non plus que le Conseil n'a jamais affirmé avoir compétence sur Sa Majesté en tant qu'employeur et que, pour arriver à sa conclusion, il s'en est uniquement rapporté aux critères qu'il a déjà retenus pour identifier un employeur au sens de la loi qu'il est chargé d'appliquer. Mais je persiste à penser qu'en raisonnant comme il l'a fait, le Conseil a agi à partir, je le répète, d'une impossibilité juridique, ce que sa juridiction, aussi étendue qu'elle soit, ne lui permet évidemment pas de faire.

Il est, bien sûr, tout à fait normal que le Conseil se rapporte à son analyse des circonstances entourant une prestation de travail pour déterminer lequel de deux employeurs possibles est l'employeur véritable du travailleur et il est légitime que, pour faciliter cette analyse, il ait tenté de dégager certains critères, encore qu'on puisse s'étonner—je me permets la

primarily on those formulated by the ordinary courts of law to distinguish an employee from an independent worker. However, it must still have before it two possible employers, that is, two persons who may have by their actions alone established an employer-employee relationship with the worker. This is where one encounters the initial stumbling-block: such an employer-employee relationship between the federal government and the worker cannot simply result from a situation of fact. To reason as if it could be otherwise would, in my opinion, be a "patently unreasonable" error of law which could not escape judicial review. (See, in particular, *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048.)

But would that mean, one may say, that in implementing the *Canada Labour Code* the Board would have to introduce a category of employers lacking the attributes necessary for that status and so create an artificial labour relations situation? It would, I think, be advisable to look more closely at what is meant by necessary attributes and also at how the system would be artificial. However, in any case, it is not for this Court, at least not at this stage, to decide this point, when it has a clear duty to correct a patently unreasonable error of law.

It was argued that the Attorney General had no interest in securing the quashing of a decision which was not in any way binding on Transport Canada and which was also of no concern to Gaboriault and his fellow workers, so that the Court should in its discretion avoid intervention.

First, I do not think that the Court's power under section 28 of its enabling Act is discretionary; but even if it were I feel that the Attorney General has every interest in acting to prevent the continued existence and binding authority of a decision in which the Board, without jurisdiction, purported to identify and implement a new category of government employees, namely *de facto* employees, thus quite

remarque en passant—qu'il s'en soit remis principalement à ceux dégagés par les tribunaux de droit commun pour distinguer un employé d'un travailleur indépendant. Mais encore faut-il qu'il ait devant lui justement deux employeurs possibles, soit deux personnes susceptibles d'avoir établi, avec le travailleur, par leur seul comportement, une relation d'employeur à employé. Et l'on retrouve l'empêchement de départ: une telle relation employeur-employé entre l'État fédéral et un travailleur ne peut tout simplement pas dépendre uniquement d'une situation de fait. Raisonner comme s'il pouvait en être autrement constitue, à mon avis, une erreur de droit «manifestement déraisonnable» (*patently unreasonable*) qui ne saurait échapper à la révision judiciaire. (Voir notamment *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048.)

Mais alors, dit-on, faudrait-il que le Conseil, dans la mise en œuvre du *Code canadien du travail*, introduise une catégorie d'employeurs privés des attributs nécessaires à cette qualité et ainsi mettre en place un régime artificiel de rapport de travail. Il y aurait lieu, je pense, de réexaminer ce que l'on entend par attributs nécessaires et aussi en quel sens le régime serait artificiel. Mais, de toute façon, il ne revient pas à cette Cour, à ce stade-ci en tout cas, d'en juger, alors qu'il lui revient sans aucun doute de sanctionner une erreur de droit manifestement déraisonnable.

On a fait valoir que le procureur général n'avait pas intérêt à obtenir la nullité d'une décision qui n'avait aucune conséquence juridique contraignante pour Transports Canada et de laquelle Gaboriault et ses compagnons s'étaient, par ailleurs, désintéressés, de sorte que la Cour, dans sa discrétion, devrait éviter d'intervenir.

D'abord, je ne crois pas que le pouvoir de la Cour sous l'article 28 de sa loi constitutive soit discrétionnaire. Mais même s'il l'était, je crois que le procureur général a pleinement intérêt à éviter que reste formellement en vigueur et garde autorité une décision par laquelle le Conseil aurait, hors juridiction, prétendu déceler et donner effet à l'existence d'une nouvelle catégorie d'employés de l'État, soit les employés de

suddenly creating a legal void which could not be tolerated.

In my opinion the application should be allowed and the decision *a quo* set aside. If the Board does not consider that Gaboriault and his fellow workers discontinued their complaint, it will naturally be open to the Board to re-hear the complaint, but it must then do so on the assumption that the persons hired by Tecksol Inc. and assigned to the maintenance and operation of P.T.V.s at Mirabel are not employees of Transport Canada or employees or public servants of Her Majesty the Queen in Right of Canada.

DESJARDINS J.A.: I concur.

DÉCARY J.A.: I concur.

fait, créant alors, tout à fait subitement, un vide juridique qui ne pourrait être toléré.

Je suis d'avis que la demande doit être accordée et la décision attaquée annulée. Si le Conseil ne considère pas que Gaboriault et ses compagnons se sont désistés de leur plainte, il lui sera naturellement loisible de l'instruire de nouveau, mais il lui faudra alors tenir pour acquis que les personnes engagées par Tecksol Inc. et affectées à l'entretien et à l'exploitation des V.T.P. à Mirabel ne sont pas des employés de Transports Canada ni des employés ou des fonctionnaires de Sa Majesté la Reine du Chef du Canada.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: J'y souscris.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: J'y souscris.

T-1026-92

Richard Kahgee suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Chippewas of Saugeen Band of Indians, also known as the Saugeen First Nation, and which together with Chippewas of Nawash Band of Indians, also known as the Nawash First Nation, constitute the Saugeen Ojibway Nation, also known as the Saugeen Chippewa Nation, also known as the Saucing Nation, also known as the Sahgeeng Nation;

Ralph Akiwenzie suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Chippewas of Nawash Band of Indians, also known as the Nawash First Nation, and which together with Chippewas of Saugeen Band of Indians, also known as the Saugeen First Nation, constitute the Saugeen Ojibway Nation, also known as the Saugeen Chippewa Nation, also known as the Saucing Nation, also known as the Sahgeeng Nation; and

Richard Kahgee and Ralph Akiwenzie together, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Saugeen Ojibway Nation, also known as the Saugeen Chippewa Nation, also known as the Saucing Nation also known as the Sahgeeng Nation (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada, The Minister of Fisheries and Oceans, "Fishery Officers" and the Minister of Natural Resources (Ontario) (*Defendants*)

*INDEXED AS: SAUGEEN BAND OF INDIANS v. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (T.D.)*

Trial Division, MacKay J.—Ottawa, June 23 and September 10, 1992.

*Injunctions — Application for interlocutory injunction against Crown, Minister, provincial Minister, federal and provincial officials in action for declaration of aboriginal and treaty rights — Natives commercially fishing in Lake Huron without provincial licence — Provincial officer notifying fish buyers not to deal with unlicensed fishermen — Whether subject to interlocutory injunctive relief in Federal Court — Parties not disputing existence of some aboriginal right to com-*

T-1026-92

Richard Kahgee, pour son compte et pour le compte de tous les autres membres de la bande indienne des Chippewas de Saugeen, aussi appelée Première nation saugeen, laquelle constitue, avec la bande indienne des Chippewas de Nawash, aussi appelée Première nation nawash, la Nation saugeen ojibwa, aussi appelée Nation saugeen chippewa ou Nation saucing ou Nation sahgeeng;

Ralph Akiwenzie, pour son compte et pour le compte de tous les autres membres de la bande indienne des Chippewas de Nawash, aussi appelée Première nation nawash, laquelle constitue, avec la bande indienne des Chippewas de Saugeen, aussi appelée Première nation saugeen, la Nation saugeen ojibwa, aussi appelée Nation saugeen chippewa ou Nation saucing ou Nation sahgeeng;

Richard Kahgee et Ralph Akiwenzie ensemble, pour leur compte et pour le compte de tous les autres membres de la Nation saugeen ojibwa, aussi appelée Nation saugeen chippewa ou Nation saucing ou Nation sahgeeng (*demandeurs*)

c.

Sa majesté la Reine du chef du Canada, le ministre des Pêches et des Océans, les «agents des pêches» et le ministre des Richesses naturelles (Ontario) (*défendeurs*)

*RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE SAUGEEN c. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge MacKay—Ottawa, 23 juin et 10 septembre 1992.

*Injonctions — Requête en injonction interlocutoire contre la Couronne fédérale, un ministre fédéral, un ministre provincial ainsi que des fonctionnaires fédéraux et provinciaux dans le cadre d'une action visant à obtenir un jugement déclaratoire à l'égard de droits ancestraux ou issus de traités — Autochtones pratiquant la pêche commerciale dans le Lac Huron sans détériorer de permis provincial — Fonctionnaires provinciaux avisant des acheteurs de poisson de ne pas traiter avec des pêcheurs*

*mercial fishery — Whether right infringed, whether infringement justified, to be decided at trial — Crown not subject to injunctive order — Exception where Minister acting outside statutory authority not applying, as no evidence of unauthorized act.*

*Constitutional law — Aboriginal and Treaty Rights — Native fishermen fishing waters off Bruce Peninsula since time immemorial — Selling fish without provincial licence — Provincial official warning fish buyers not to purchase fish from unlicensed sellers — Whether infringing aboriginal or treaty rights — Existence of right undisputed — Application for interim, interlocutory injunctions — Court to determine at trial whether licence requirement constituting infringement, whether infringement justified.*

*Constitutional law — Distribution of powers — Provincial conservation officers also designated fisheries officers under federal Act — Intervening to prevent sale of fish caught by fishermen without provincial commercial licence — Whether agents of federal Crown for purpose of Federal Court jurisdiction — May act under different sources of authority — Here acting under provincial Game and Fish Act enacted under authority over property and civil rights within province — Not power delegated by federal Minister as having no authority under that head.*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Application for injunctions against federal Crown, Minister, provincial Minister, federal and provincial officials — Provincial Minister, officials not shown to be acting under federal authority, not agents of federal Crown within s. 17 Federal Court Act — Appointees under law of province expressly excluded from s. 18 jurisdiction over federal board, tribunal.*

*Fisheries — Aboriginal, treaty fishing rights — Official in Ontario Ministry of Natural Resources issuing notice to fish buyers not to buy from unlicensed fishermen — Whether acting under authority of federal Fisheries Act — Judicial notice taken of arrangements under which provincial officers apply federal Act — Officers may derive authority from different sources, including provincial authority over sale of fish within province — Not shown to be acting under delegated federal authority.*

*non détenteurs de permis — La question est de savoir si les défendeurs peuvent faire l'objet d'une injonction interlocutoire en Cour fédérale — Les parties ne contestent pas l'existence d'un certain droit ancestral à la pêche commerciale — C'est à l'instruction que seront tranchées les questions de savoir s'il y a eu atteinte à ce droit et si cette atteinte était justifiée — La Couronne ne peut faire l'objet d'une ordonnance d'injonction — L'exception prévue dans le cas où le ministre outrepassa la compétence que la loi lui confère n'est pas applicable en l'espèce vu l'absence de preuve d'un acte non autorisé.*

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Pêcheurs autochtones pêchant dans les eaux au large de la péninsule Bruce depuis des temps immémoriaux — Vente de poisson sans permis provincial — Fonctionnaire provincial avertissant des acheteurs de ne pas acheter de poisson de vendeurs ne détenant pas de permis — Y a-t-il eu atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités? — Droit non contesté — Requête en injonctions interlocutoires provisoires — C'est à la Cour qu'il appartient de décider à l'instruction si l'exigence d'un permis constitue une atteinte et, le cas échéant, si cette atteinte était justifiée.*

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Agents provinciaux de conservation également désignés agents des pêches en vertu de la Loi fédérale — Intervention visant à empêcher la vente de poisson pris par des pêcheurs ne détenant pas de permis commercial provincial — Sont-ils, aux fins de la compétence de la Cour fédérale, des mandataires de la Couronne fédérale? — Possibilité d'agir en vertu de différentes sources de pouvoir — En l'espèce, les fonctionnaires ont agi en vertu de la Loi sur la chasse et la pêche, loi provinciale édictée sous le régime de la compétence sur la propriété et les droits civils dans la province — Il ne s'agit pas d'un pouvoir délégué par le ministre fédéral, ce dernier n'ayant pas compétence à ce chapitre.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Requête en injonctions contre la Couronne fédérale, un ministre fédéral, un ministre provincial ainsi que des fonctionnaires fédéraux et provinciaux — La preuve n'ayant pas établi que le ministre provincial et ses fonctionnaires ont agi en vertu d'un pouvoir fédéral, ils ne sont pas les mandataires de la Couronne fédérale au sens de l'art. 17 de la Loi sur la Cour fédérale — Les personnes désignées aux termes d'une loi d'une province sont expressément exclues de la compétence conférée par l'art. 18 à l'égard des offices fédéraux.*

*Pêches — Droits ancestraux ou issus de traités — Un fonctionnaire du ministère des Richesses naturelles de l'Ontario a avisé des acheteurs de poisson de ne pas s'approvisionner auprès de pêcheurs ne détenant pas de permis — Agissait-il en vertu de la Loi sur les pêches fédérale? — Connaissance d'office des ententes en vertu desquelles les fonctionnaires provinciaux appliquent la Loi fédérale — Les fonctionnaires peuvent tirer leur pouvoir de différentes sources, dont la compétence provinciale en matière de vente de poisson dans la province — La preuve n'établit pas qu'ils ont agi en vertu d'une délégation fédérale de pouvoir.*



This was an application for interim and interlocutory injunctions to restrain the defendants from interfering with the plaintiffs' fish sales. The plaintiffs are native Indians who fish the waters of Lake Huron off the Bruce Peninsula and sell their catch. Between December 1990 and March 1992 there were discussions between them and the Ontario Ministry of Natural Resources about their asserted aboriginal and treaty rights in the fishery. The plaintiffs continued to fish during that period, and to sell their catch, without holding commercial fishing licences. In March 1992, the District Manager of the Ministry wrote to the fish buyers informing them that they would be liable to prosecution if they bought from unlicensed individuals. The plaintiffs aver that the provincial official took this action under authority delegated to him by the federal Minister. Their action against the defendants is for a declaration, *inter alia*, as to aboriginal and treaty rights in the fishery.

*Held*, the application should be dismissed.

While it is not disputed that there is an aboriginal right to fish commercially, that does not mean the right is unlimited, and it is the extent of the right which is in issue. In *R. v. Sparrow*, the Supreme Court of Canada held that, even where it is the aboriginal right to fish for food which is being asserted, a court must assess whether the right exists, whether it is infringed, and whether the infringement is justified. Those issues will only be resolved at trial. The Court takes judicial notice of the arrangements whereby jurisdiction to administer the federal *Fisheries Act* is delegated to provincial officials. That does not require the inference that they are here acting under federal constitutional authority over fisheries and as agents of the federal government. They may act with authority based on different sources. In relation to the purchase and sale of fish within the province they act within provincial jurisdiction over property and civil rights, a matter with respect to which the federal government has no legislative authority to delegate. The *Game and Fish Act* of Ontario is clearly not a law of Canada within section 101 of the Constitution for the purposes of supporting the jurisdiction of the Federal Court. That Court has jurisdiction under section 17 only over the federal Crown and its agents. A remedy may be granted under section 18 only against a federal board, commission or other tribunal, defined in subsection 2(1) as expressly excluding any person appointed under a law of a province. The Minister of Natural Resources is not a proper party to a Federal Court action.

The plaintiffs argued aboriginal rights under the Constitution and the remedy, in section 52, that legislation contrary to the Constitution is of no force and effect. While section 52 can be argued at trial, at this interlocutory stage it does not affect the application of section 22 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, to the effect that the Crown is immune from injunctive orders. The Queen is therefore not a proper party to the application for an interlocutory injunction. The federal

Il s'agit d'une requête en injonctions interlocutoires provisoires visant à empêcher les défendeurs d'entraver la vente de poisson par les demandeurs. Ceux-ci sont des autochtones qui pêchent dans les eaux du Lac Huron, au large de la Péninsule Bruce, et qui vendent leurs prises. Entre décembre 1990 et mars 1992, il y a eu des pourparlers entre eux et le ministre des Richesses naturelles de l'Ontario au sujet de leur revendication quant à des droits de pêche ancestraux ou issus de traités. Pendant cette période, les demandeurs ont continué à pêcher et à vendre leurs prises, sans détenir de permis de pêche commerciale. En mars 1992, le gestionnaire de district du ministère a écrit aux acheteurs de poisson pour les aviser qu'ils étaient passibles de poursuites s'ils s'approvisionnaient auprès de personnes non titulaires de permis. Selon les demandeurs, le fonctionnaire provincial a agi ainsi en vertu d'un pouvoir que lui a délégué le ministre fédéral. Dans l'action qu'ils ont intentée contre les défendeurs, ils concluent, entre autres, à une déclaration quant à leurs droits de pêche ancestraux ou issus de traités.

*Jugement*: la demande devrait être rejetée.

Si l'existence d'un droit ancestral de pêche commerciale n'est pas contestée, cela ne signifie pas que ce droit soit absolu, sa portée faisant précisément l'objet du litige. Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, la Cour suprême du Canada a jugé que, même dans le cas où c'est le droit de pêche à des fins de subsistance qui est allégué, le tribunal doit décider si le droit existe, s'il y a eu atteinte à ce droit et, le cas échéant, si l'atteinte est justifiée. Ces questions ne seront tranchées qu'à l'instruction. La Cour prend connaissance d'office des ententes en vertu desquelles la compétence quant à l'application de la *Loi sur les pêches* fédérale est déléguée aux fonctionnaires provinciaux. Il ne s'ensuit nécessairement, toutefois, qu'ils agissaient en l'espèce en vertu de la compétence constitutionnelle fédérale sur les pêcheries et à titre de mandataires du gouvernement fédéral. Leur pouvoir peut être fondé sur d'autres sources. En matière d'achat et de vente de poisson dans la province, les mesures qu'ils prennent relèvent de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils dans la province, domaine à l'égard duquel le gouvernement fédéral n'a pas de compétence législative à déléguer. La *Loi sur la chasse et la pêche* de l'Ontario n'est manifestement pas, aux fins de la compétence de la Cour fédérale, une loi du Canada au sens de l'article 101 de la Constitution. Aux termes de l'article 17, cette Cour n'a compétence qu'à l'égard de la Couronne fédérale et de ses mandataires. Aux termes de l'article 18, seul peut faire l'objet d'un recours un office fédéral au sens du paragraphe 2(1), lequel exclut expressément toute personne désignée en vertu d'une loi provinciale. Le ministre des Richesses naturelles n'est donc pas une partie compétente aux fins d'une action en Cour fédérale.

Les demandeurs invoquent les droits ancestraux que leur garantit la Constitution et se réclament du caractère inopérant, aux termes de l'article 52, de toute règle de droit contraire à la Constitution. Quoique l'article 52 puisse être soulevé à l'instruction, il n'a pas, à cette étape interlocutoire, d'incidence sur l'application de l'article 22 de la *Loi sur la responsabilité de l'État* où est reconnue l'immunité de la Couronne à l'égard des ordonnances d'injonction. Cette dernière n'est par conséquent

Minister can only be subject to injunction if found to be acting beyond the scope of his statutory authority. There is no evidence that the Minister was so acting. Even if the Ontario fisheries officers were taken to have been acting under authority delegated from the federal authority, there is no basis, pending trial, to find, on constitutional grounds, that they exceeded that authority. The federal Minister is not a proper party to the application for an interlocutory injunction. Neither are the unnamed federal and provincial fisheries officers, for the foregoing reasons as well as because, without a means of identifying the individuals, no order against them could be enforced. The Court does not make orders which are not enforceable. As the action may concern the constitutional validity of an Act of Parliament or of a provincial legislature, counsel are to advise the Court before the matter is set down for trial whether this is a case in which notice to the Attorneys General pursuant to section 57 of the *Federal Court Act* is required and, if so, when and how it is to be given.

pas une partie compétente aux fins de la requête en injonction interlocutoire. Il ne peut y avoir lieu à injonction contre le ministre fédéral que s'il est établi qu'il a excédé la compétence que la loi lui confère. Or cette preuve n'a pas été faite. Même si l'on considérait que les agents des pêches de l'Ontario ont agi en vertu d'une délégation de pouvoir découlant de la compétence fédérale, rien ne permet, d'ici l'instruction, de conclure qu'ils ont, sur le plan constitutionnel, excédé cette compétence. Le ministre fédéral n'est donc pas une partie compétente aux fins de la requête en injonction interlocutoire. Non plus par ailleurs que les agents des pêches fédéraux et provinciaux innommés tant pour les motifs susmentionnés que parce que, sans moyen d'identifier les personnes, une ordonnance rendue contre eux ne pourrait être exécutée. Or, la Cour ne rend pas d'ordonnances qui ne sont pas susceptibles d'exécution. Étant donné la possibilité que l'action mette en cause la constitutionnalité d'une loi du Parlement ou d'une législature provinciale, les avocats devront, avant que l'affaire ne soit inscrite au rôle pour instruction, informer la Cour s'il y a lieu de donner aux procureurs généraux l'avis prévu à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* et, le cas échéant, l'aviser des modalités de cet avis et à la date à laquelle il devra être donné.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 92(13)(14), 101.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 35(1), 52.
- Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 20), s. 22 (as enacted *idem*, s. 28).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 17 (as am. *idem*, s. 3), 18 (as am. *idem*, s. 4), 57 (as am. *idem*, s. 19).
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 321.1 (as enacted by SOR/88-221, s. 7), 332, 419(1).
- Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 2 (as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 1(2)), 5 (as am. *idem*, s. 2), 33 (as am. *idem*, s. 8), 43 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 35, ss. 3, 7; S.C. 1991, c. 1, s. 12).
- Game and Fish Act*, R.S.O. 1990, c. G.1, s. 72.
- Ontario Fishery Regulations, 1989*, SOR/89-93, ss. 2, 3, 4, 36 (as am. by SOR/90-229, s. 13).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- 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. 92(13),(14), 101.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35(1), 52.
- Loi sur la chasse et la pêche*, L.R.O. 1990, ch. G.1, art. 72.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) (mod. par L.C. 1990, chap. 8, art. 1), 17 (mod., *idem*, art. 3), 18 (mod., *idem*, art. 4), 57 (mod., *idem*, art. 19).
- Loi sur la responsabilité de l'État*, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 20), art. 22 (édicte, *idem*, art. 28).
- Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 2 (mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 1(2)), 5 (mod., *idem*, art. 2), 33 (mod., *idem*, art. 8), 43 (mod. par L.R.C., 1985 (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 35, art. 3, 7; L.C. 1991, ch. 1, art. 12).
- Règlement de pêche de l'Ontario de 1989*, DORS/89-93, art. 2, 3, 4, 36 (mod. par DORS/90-229, art. 13).
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 321.1 (édicte par DORS/88-221, art. 7), 332, 419(1).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- R. v. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241.

## CONSIDERED:

*Re Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al.* (1985), 49 O.R. (2d) 705; 16 D.L.R. (4th) 259; 7 O.A.C. 283 (C.A.) affd *sub nom. Peralta v. Ontario*, [1988] 2 S.C.R. 1045; (1988), 66 O.R. (2d) 543; 56 D.L.R. (4th) 575; 89 N.R. 323; 31 O.A.C. 319. <sup>a</sup>

## REFERRED TO:

*R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 695; (1979), 106 D.L.R. (3d) 193; 12 C.P.C. 248; 30 N.R. 249; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; *Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 2 F.C. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.); *The Queen in Right of Canada v. Chief William Joe et al.*, [1984] 1 C.N.L.R. 96; (1983), 49 N.R. 198 (F.C.A.); affd *sub nom. Joe v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 145; (1986), 69 N.R. 318; *Grand Council of the Crees (of Quebec) v. R.*, [1982] 1 F.C. 599; (1981), 124 D.L.R. (3d) 574; 41 N.R. 257 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1982] 1 S.C.R. viii; (1982), 41 N.R. 354; *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec, and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.); *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111 (P.C.); *Newfoundland Inshore Fisheries Association et al. v. Canada (Minister of the Environment) et al.* (1990), 37 F.T.R. 230 (F.C.T.D.); *Lodge v. Minister of Employment and Immigration*, [1979] 1 F.C. 775; (1979), 94 D.L.R. (3d) 326; 25 N.R. 437 (C.A.); *Baxter Foods Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)* (1988), 25 C.P.R. (3d) 21; 21 F.T.R. 15 (F.C.T.D.); *Pacific Salmon Industries Inc. v. The Queen*, [1985] 1 F.C. 504; (1984), 3 C.P.R. (3d) 289 (T.D.); *Esquimalt Anglers' Association et al. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1988), 21 F.T.R. 304 (F.C.T.D.). <sup>b</sup>  
<sup>c</sup>  
<sup>d</sup>  
<sup>e</sup>  
<sup>f</sup>

APPLICATION for interim and interlocutory injunctions. Application dismissed. <sup>g</sup>

## COUNSEL:

*Remi C. Smith* for plaintiffs.  
*Dogan Akman* for defendant, Minister of Fisheries and Oceans.  
*Elaine Atkinson* for defendant, Minister of Natural Resources. <sup>i</sup>

## SOLICITORS:

*Nahwegahbow, Jones, Hawken*, Ottawa, for plaintiffs.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant, Minister of Fisheries and Oceans. <sup>j</sup>

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Re Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al.* (1985), 49 O.R. (2d) 705; 16 D.L.R. (4th) 259; 7 O.A.C. 283 (C.A.); conf. *sub nom. Peralta c. Ontario*, [1988] 2 R.C.S. 1045; (1988), 66 O.R. (2d) 543; 56 D.L.R. (4th) 575; 89 N.R. 323; 31 O.A.C. 319.

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.*, [1980] 1 R.C.S. 695; (1979), 106 D.L.R. (3d) 193; 12 C.P.C. 248; 30 N.R. 249; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 2 C.F. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.); *La Reine du chef du Canada c. Chef William Joe et autres*, [1984] 1 C.N.L.R. 96; (1983), 49 N.R. 198 (C.A.F.); conf. *sub nom. Joe c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 145; (1986), 69 N.R. 318; *Le Grand Council of the Crees (of Quebec) c. R.*, [1982] 1 C.F. 599; (1981), 124 D.L.R. (3d) 574; 41 N.R. 257 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1982] 1 R.C.S. viii; (1982), 41 N.R. 354; *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec, and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.); *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111 (P.C.); *Newfoundland Inshore Fisheries Association et autres c. Canada (Ministre de l'Environnement) et autres* (1990), 37 F.T.R. 230 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Lodge c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 775; (1979), 94 D.L.R. (3d) 326; 25 N.R. 437 (C.A.); *Baxter Foods Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)* (1988), 25 C.P.R. (3d) 21; 21 F.T.R. 15 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Pacific Salmon Industries Inc. c. La Reine*, [1985] 1 C.F. 504 (1984), 3 C.P.R. (3d) 289 (1<sup>re</sup> inst.); *Esquimalt Anglers' Association et al. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)* (1988), 21 F.T.R. 304 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

REQUÊTE en injonctions provisoires et interlocutoires. Requête rejetée.

## AVOCATS:

*Remi C. Smith* pour les demandeurs.  
*Dogan Akman* pour le défendeur, le ministre des Pêches et des Océans.  
*Elaine Atkinson* pour le défendeur, le ministre des Richesses naturelles. <sup>h</sup>

## PROCUREURS:

*Nahwegahbow, Jones, Hawken*, Ottawa, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour le défendeur, le ministre des Pêches et des Océans. <sup>i</sup>

*Attorney General of Ontario* for defendant, Minister of Natural Resources.

*Procureur général de l'Ontario*, pour le défendeur, le ministre des Richesses naturelles.

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

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

MACKAY J.: These reasons relate to orders issued this day determining certain jurisdictional issues raised in relation to the plaintiffs' application for orders in the nature of interim and interlocutory injunction.

LE JUGE MACKAY: Les présents motifs se rapportent aux ordonnances prononcées en ce jour relativement à certaines questions juridictionnelles soulevées par la requête qu'ont présentée les demandeurs en vue d'obtenir une réparation de la nature d'une injonction provisoire et interlocutoire.

The plaintiffs are aboriginals, members of the Chippewas of either the Saugeen Band of Indians or the Nawash Band of Indians, and are direct descendants of the Saugeen Ojibway Nation. They are fishermen, claiming, in their own right, and on behalf of all members of their respective bands, the right to fish for subsistence, including fishing for trade and barter for necessities, which right they claim to have exercised historically, since time immemorial, off the Bruce Peninsula in waters of Lake Huron in the Province of Ontario.

Les demandeurs sont des Chippewas des bandes indiennes de Saugeen et de Nawash, descendants directs de la Nation saugeen ojibwa. Il s'agit de pêcheurs qui revendiquent, en leur nom et au nom de tous les membres de leur bande respective, le droit de pêche à des fins de subsistance, y compris le commerce et le troc du poisson, droit qu'ils prétendent avoir exercé de temps immémoriaux au large de la Péninsule Bruce, dans les eaux du Lac Huron en la province d'Ontario.

By statement of claim filed May 5, 1992, the plaintiffs commenced an action against the defendants in relation to traditional fishing rights claimed as aboriginal and treaty rights. Relief sought includes a number of declarations, supplementary to one another or as alternatives, concerning the existence of the aboriginal or treaty rights claimed and implications from these rights in light of sections 35 and 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], and concerning fiduciary duties said to be owed to the plaintiffs by Her Majesty the Queen in Right of Canada, and by the defendant Minister of Fisheries and Oceans and his delegates. The provincial Minister and officers of his Ministry within a generally described class of "fishery officers" are joined as defendants allegedly acting under delegated authority from the defendant Minister of Fisheries and Oceans in failing to protect and indeed interfering with, the plaintiffs' claimed aboriginal and treaty rights contrary to the laws of Canada.

Dans une déclaration déposée le 5 mai 1992, les demandeurs ont institué contre les défendeurs une action visant la reconnaissance de droits traditionnels de pêche à titre de droits ancestraux ou issus de traités. Les demandeurs y concluent à un certain nombre de déclarations, dont certaines à titre subsidiaire, concernant l'existence des droits ancestraux ou issus de traités revendiqués et les conséquences en découlant eu égard aux articles 35 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11* (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, 44]], et concernant les obligations fiduciaires qu'assumeraient envers eux Sa Majesté du chef du Canada ainsi que le ministre des Pêches et des Océans et ses délégués. Le ministre provincial ainsi que les fonctionnaires de son Ministère classés dans la catégorie générale des «agents des pêches» sont joints à titre de défendeurs parce qu'ils auraient agi en vertu d'une délégation de pouvoir du ministre des Pêches et des Océans en omettant de protéger et, de fait, en entravant les présumés droits ancestraux ou issus de traités des demandeurs, en contravention avec les lois du Canada.

On the same day as the action was commenced, the plaintiffs also filed a notice of motion seeking an interim and an interlocutory injunction, presumably to apply pending trial of the action, restraining interference with the plaintiffs' claimed aboriginal and treaty rights to harvest and market fish caught in traditional waters, and restraining enforcement of section 33 of the *Fisheries Act* [R.S.C., 1985, c. F-14 (as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 8)] and section 4 of the *Ontario Fishery Regulations, 1989* [SOR/89-93] against purchasers of the plaintiffs' fish, in particular four named persons or business enterprises. The injunction orders sought would be directed to:

- 1) Her Majesty the Queen in Right of Canada, "as contemplated by . . . section 52 of the *Constitution Act, 1982*";
- 2) the defendant Minister of Fisheries and Oceans, the officials and "fishery officers" of the Department of Fisheries and Oceans;
- 3) the defendant Minister of Natural Resources (Ontario) and officials and conservation officers, "fishery officers", of the Ministry of Natural Resources (Ontario).

The application for injunctive relief also seeks leave to abridge the time for service of the notice of motion and an order dispensing with compliance with Rule 321.1 [*Federal Court Rules, C.R.C.*, c. 663 (as added by SOR/88-221, s. 7)] which provides for filing of an applicant's record, in accord with subsection (6) of that Rule. When that application came on for hearing on May 7, 1992, the defendant Minister of Natural Resources (Ontario) indicated his intention to contest the jurisdiction of this Court over that Minister in the action initiated by the plaintiffs. At the same time, jurisdiction was questioned in relation to the defendants described as "fishery officers", being unnamed. Counsel for the plaintiffs, counsel for Her Majesty the Queen in Right of Canada and for the named defendant Minister of Fisheries and Oceans, and counsel for the defendant provincial Minister, all agreed on behalf of their respective clients to the terms of an order which adjourned *sine die* the application for interim and interlocutory injunctive relief, with leave to the plaintiffs to seek a special date or dates for hearing of preliminary issues concerning the Court's jurisdiction in relation to the Ontario

Le jour même de l'introduction de l'action, les demandeurs ont déposé un avis de requête en vue d'obtenir une injonction provisoire et interlocutoire, vraisemblablement applicable en cours d'instance, afin de faire cesser toute entrave à leur présumé droit ancestral ou issu de traités de prendre et de commercialiser le poisson pris dans les eaux traditionnelles et d'empêcher l'application de l'article 33 de la *Loi sur les pêches* [L.R.C. (1985), ch. F-14 (mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 8)] et l'article 4 du *Règlement de pêche de l'Ontario de 1989* [DORS/89-93] aux acheteurs de poisson des demandeurs, et en particulier à quatre personnes ou entreprises désignées. Seraient visés par les ordonnances d'injonction demandées:

- [TRADUCTION] 1) Sa Majesté la Reine du chef du Canada, «tel que prévu par . . . l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*»;
- 2) le ministre des Pêches et des Océans défendeur, ainsi que les fonctionnaires et les «agents des pêches» du ministère des Pêches et des Océans;
- 3) le ministre des Richesses naturelles (Ontario) défendeur, ainsi que les fonctionnaires, agents de conservation et «agents des pêches» du ministère des Richesses naturelles (Ontario).

Les requérants demandent également la permission d'abréger le délai de signification de l'avis de requête et une ordonnance leur permettant de déroger à la Règle 321.1 [*Règles de la Cour fédérale, C.R.C.*, ch. 663 (éditée par DORS/88-221, art. 7)] prévoyant le dépôt du dossier du requérant, conformément au paragraphe 6 de cette Règle. À l'audition de cette requête le 7 mai 1992, le ministre des Richesses naturelles (Ontario) a indiqué son intention de contester la compétence de cette Cour à son égard quant à l'action des demandeurs. La compétence de la Cour a également été mise en question à ce moment en ce qui a trait aux défendeurs anonymement désignés comme «agents des pêches». L'avocat des demandeurs, celui de Sa Majesté la Reine du chef du Canada et du ministre des Pêches et des Océans ainsi que l'avocat du ministre provincial ont tous souscrit pour le compte de leurs clients respectifs aux termes d'une ordonnance d'ajournement *sine die* de la requête en injonction provisoire et interlocutoire, les demandeurs étant autorisés à demander la fixation d'une ou de plusieurs dates spéciales pour l'audition des questions préliminaires concernant la compétence

Minister and in relation to “fishery officers”, and for hearing the application for an interlocutory injunction. Further, by consent, it was ordered that the plaintiffs’ materials already filed constituted an appropriate applicants’ motion record for the interlocutory injunction application, and times for filing of any defence were established.

Thereafter, upon application to the Associate Chief Justice it was ordered that the issues concerning the Court’s jurisdiction be heard on June 23, 1992. On June 15, 1992, counsel for the defendants Her Majesty the Queen in Right of Canada, the Minister of Fisheries and Oceans (Canada) and “fishery officers” acting pursuant to the *Fisheries Act* and Regulations under the authority of the federal Minister, submitted an application seeking:

- 1) an order pursuant to Rule 419(1)(a), (c) and (f) striking out the federal defendants from the statement of claim; and
- 2) an order adjourning the hearing of this motion to strike, *sine die*, to be brought on 3 clear days notice by the federal defendants for their application to the Court to set a special date for hearing the matter; and
- 3) an order pursuant to Rule 419(1)(a), (c) and (f) striking out the federal defendants from the plaintiffs’ application for injunctive relief.

Without objection or comment of the plaintiffs, the application for the order adjourning hearing of the first of these applications was orally granted and is this day confirmed by written order. The application for the third order, to strike the federal defendants as respondents to the plaintiffs’ application for injunctive relief was, by agreement, argued in the federal defendants’ response to the plaintiffs’ submissions on jurisdictional grounds and dealt with in the reply of the plaintiffs at the hearing of those preliminary issues, to which these reasons relate.

Following the hearing on preliminary jurisdictional issues the plaintiffs filed a notice of motion, without an appropriate supporting affidavit, seeking leave to reopen the hearing, on short notice, to adduce addi-

de la Cour à l’égard du ministre de l’Ontario et des «agents des pêches» de son Ministère, ainsi que pour l’audition de la requête en injonction interlocutoire. De consentement, il a de plus été ordonné que les documents déjà déposés par les demandeurs soient réputés constituer un dossier suffisant aux fins de la requête en injonction interlocutoire, et on a fixé la date de dépôt des défenses.

À la suite de quoi, sur requête au juge en chef adjoint, il a été ordonné que l’audition des questions relatives à la compétence de la Cour soit fixée au 23 juin 1992. Le 15 juin 1992, les avocats des défendeurs Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le ministre des Pêches et des Océans (Canada) ainsi que les «agents des pêches» agissant sous l’autorité du ministre fédéral en vertu de la *Loi sur les pêches* et ses règlements d’application, ont présenté une requête visant à obtenir:

- 1) une ordonnance fondée sur les alinéas a), c) et f) de la Règle 419(1) radiant les noms des défendeurs fédéraux de la déclaration;
- 2) une ordonnance ajournant *sine die* l’audition de cette requête en radiation, les défendeurs fédéraux devant, moyennant avis de trois jours francs, présenter à la Cour une demande de fixation d’une date spéciale d’audience; et
- 3) une ordonnance en vertu des alinéas a), c) et f) de la Règle 419(1) radiant les noms des défendeurs fédéraux de la requête en injonction des demandeurs.

Sans objection ou commentaire de la part des demandeurs, la demande d’ajournement de la première de ces requêtes a été accueillie verbalement et est confirmée en ce jour par ordonnance écrite. Quant à la troisième demande d’ordonnance visant à faire radier les défendeurs fédéraux des intimés de la requête en injonction, elle a été, suivant entente, débattue dans la réponse des défendeurs fédéraux aux arguments des demandeurs sur la question juridictionnelle, ainsi que dans la réplique de ces derniers lors de l’audition de ces questions préliminaires, auxquelles se rapportent les présents motifs.

Après l’audition des questions juridictionnelles préliminaires, les demandeurs ont déposé un avis de requête, sans l’affidavit requis à l’appui, par lequel ils demandaient la permission de rouvrir l’audition,

tional evidence. Further hearing on this issue on short notice was objected to by counsel for the federal defendants and counsel for the plaintiffs thereafter advised that the motion would not be pursued, and was, in effect, withdrawn.

### The background

The background to the action instituted by the plaintiffs and their application for interlocutory injunction orders is that discussions between the plaintiffs or their representatives and the defendant provincial Minister of Natural Resources (Ontario), which commenced in December 1990, had not been satisfactorily concluded by March 1992 when steps were taken on behalf of that Minister which are said to conflict with the plaintiffs' claimed aboriginal and treaty rights. Those discussions are described in the statement of claim as being directed "towards the establishment of a global agreement for the co-management of the fisheries within the traditional fishing grounds of the plaintiffs and to co-operate in the conservation and management of fisheries resources in the aforesaid fisheries." Since December 1990 and through the course of those discussions until the present, the plaintiffs have continued to fish in the waters claimed as traditional waters and to market fish caught, without a licence to do so, until the spring of 1992. Prior to December 1990 they and their predecessors presumably held licences from time to time, if not consistently, for some years, though there is no evidence in the record of the arrangements prevailing before December 1990.

In February 1992, the chiefs and councils of the Saugeen Ojibway Nations Territories, representing the Chippewas of Saugeen and the Chippewas of Nawash, adopted a resolution approving and accepting the Saugeen Ojibway Nations Territories Interim Fishing Regulations, described as for the 1991 season. Subsequently on March 27, 1992, the A/District Manager of the Owen Sound District, presumably of the Department of Natural Resources (Ontario), by circular letter, said to have been sent to fish buyers in the Owen Sound District, advised as follows:

Please be advised that pursuant to Section 33 of the Fisheries Act and 72 of the Game and Fish Act, it is unlawful to purchase fish commercially that were not originally taken by a

moyennant un bref délai, pour présenter des éléments de preuve additionnels. Devant l'opposition des défendeurs fédéraux, l'avocat des demandeurs a indiqué qu'il ne donnerait pas suite à la requête qui fut, de fait, retirée.

### Le contexte

L'action des demandeurs et leur requête en injonction interlocutoire doivent être replacées dans le contexte des discussions entre les demandeurs ou leurs représentants et le ministre provincial des Richesses naturelles (Ontario) défendeur, discussions entreprises en décembre 1990 et qui n'avaient pas encore débouché sur une entente satisfaisante lorsque ce ministre a pris, en mars 1992, des mesures qui, prétendent les demandeurs, vont à l'encontre de leurs droits ancestraux ou issus de traités. On indique dans la déclaration que ces discussions visaient [TRADUCTION] «l'établissement d'un accord global de cogestion des pêches dans les lieux traditionnels de pêche des demandeurs et la collaboration à des fins de conservation et de gestion des ressources de pêche qui s'y trouvent». Depuis décembre 1990, soit pendant les discussions et jusqu'à maintenant, les demandeurs ont continué à pêcher dans les eaux qu'ils disent traditionnelles et à commercialiser le poisson pris, sans permis, jusqu'au printemps de 1992. Avant décembre 1990, les demandeurs et leurs prédécesseurs auraient à l'occasion, sinon de façon constante pendant quelques années, été titulaires de permis, bien qu'il n'y ait aucune preuve au dossier quant aux ententes existant avant cette date.

En février 1992, les chefs et les conseils des territoires des nations Saugeen ojibwa, représentant les Chippewas de Saugeen et de Nawash, ont approuvé et ratifié par résolution le Règlement de pêche provisoire des territoires des Nations saugeen ojibwa, applicable à compter de la saison 1991. Subséquemment le 27 mars 1992, le gestionnaire intérimaire du district d'Owen Sound, apparemment du ministère des Richesses naturelles (Ontario), a fait parvenir aux acheteurs de poisson du district une lettre circulaire ainsi rédigée:

[TRADUCTION] Veuillez noter qu'en vertu des articles 33 de la Loi sur les pêches et 72 de la Loi sur la chasse et la pêche, il est illégal d'acheter sur le marché du poisson qui n'a été pris à

person holding a commercial fishing license allowing harvest of that particular species of fish.

Your assistance is requested again this year in not purchasing fish from unlicensed individuals. Should you require further information or clarification, do not hesitate to contact Brett Hodsdon, Acting Fish and Wildlife Supervisor, at Owen Sound (519) 376-3860.

Mr. Tom Howell, one who is a regular buyer of fish from the Chippewas of the Nawash Band, a group here represented by the plaintiff Ralph Akiwenzie, avers that he received the circular letter of March 27, or a similar letter. He refers as well to subsequent conversations with the Fish and Wildlife Supervisor, a provincial officer of the Department of Natural Resources (Ontario), "to the effect that I am unable to buy fish from any unlicensed commercial source and would be charged for doing so." Plaintiffs believe the circular letter quoted above was also received by others who regularly purchased fish from them in the past, including the three other named individuals or firms, in addition to Mr. Howell, whom the plaintiffs seek to protect by interlocutory injunction orders from threatened possible prosecution.

This gives rise to the action by the plaintiffs and to the claim to relief by way of an interlocutory injunction pending trial of the issues raised. It is averred that the defendant Minister of Natural Resources (Ontario) and his departmental officers, acting under authority delegated to them by the defendant federal Minister, have effectively banned sale of fish taken by the plaintiffs in their traditional fishing waters, action said to conflict with the plaintiffs' aboriginal and treaty right to fish, including the right to fish commercially. This is said to create irreparable harm to the plaintiffs, which warrants injunctive relief at this stage, pending trial of the action.

The plaintiffs submit that this action raises a number of issues that fall within the jurisdiction of the Federal Court pursuant to subsections 17(1) and (4) and paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 as amended [S.C. 1990, c. 8, s. 3]. Those provisions vest in this Court concurrent original jurisdiction in cases where relief is claimed against the Crown, where the Crown is or may be

l'origine par le titulaire d'un permis de pêche commerciale autorisant la prise de cette espèce particulière de poisson.

Nous sollicitons donc à nouveau cette année votre concours en vous demandant de ne pas acheter de poisson de personnes non titulaires de permis. Pour de plus amples informations ou explications, il vous suffit de communiquer avec Brett Hodsdon, superviseur intérimaire des pêches et de la faune à Owen Sound (519) 376-3860.

M. Tom Howell, l'un de ceux qui achètent régulièrement du poisson des Chippewas de la bande nawash, représentée en l'espèce par le demandeur Ralph Akiwenzie, affirme avoir reçu la lettre circulaire du 27 mars, ou une lettre similaire. Il dit aussi avoir eu ultérieurement des conversations avec le superviseur des pêches et de la faune, fonctionnaire provincial du ministère des Richesses naturelles (Ontario), [TRADUCTION] «concernant le fait qu'il lui était impossible d'acheter du poisson de quiconque n'est pas titulaire d'un permis commercial et la possibilité que des accusations soient portées en cas de contravention». D'après les demandeurs, d'autres acheteurs réguliers par le passé ont également reçu la lettre circulaire précitée, dont les trois personnes ou entreprises désignées qu'outre M. Howell les demandeurs veulent protéger de possibles poursuites par le biais d'ordonnances d'injonction interlocutoire.

D'où l'action des demandeurs et la demande de réparation par voie d'injonction interlocutoire en attendant l'issue du litige. Il est allégué que le ministre des Richesses naturelles (Ontario) et les fonctionnaires de son ministère agissant en vertu d'une délégation de pouvoir du ministre fédéral, ont de fait interdit la vente de poisson pris par les demandeurs dans leurs eaux de pêche traditionnelles, mesure qui contreviendrait au droit de pêche ancestral ou issu de traités des demandeurs, dont le droit de pêche commerciale. Les demandeurs en subiraient un préjudice irréparable, ce qui justifierait le prononcé d'une injonction à ce stade, en cours d'instance.

Les demandeurs soutiennent que cette action soulève un certain nombre de questions relevant de la compétence de la Cour fédérale en vertu des paragraphes 17(1) et (4) et de l'alinéa 17(5)b) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, modifiée [L.C. 1990, ch. 8, art. 3]. Ces dispositions confèrent à la présente Cour compétence concurrente dans les cas de demande de réparation contre la Couronne,



under an obligation in respect of which there are or may be conflicting claims, and where relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of the duties of that person as an officer, servant or agent of the Crown. The issues raised by the action are said to include questions relating to aboriginal rights, fishing, Indians and Indian lands and treaty rights, federal responsibility for the actions of its agents or servants appointed pursuant to delegations of authority for administrative reasons, the fiduciary responsibility of the federal Crown to Indians, and the provincial authority to regulate sales of fish by aboriginals. I note that jurisdiction of this Court in a given case will depend not only on the general nature of issues raised, but also on the particular issues arising from the facts of the case, on the form of relief that is sought, and upon the parties who initiate the proceedings or are impleaded as defendants.

Counsel for the federal defendants, supported by counsel for the provincial Minister, urged that several of the affidavits in support of the motion, at least in several respects, do not meet the requirements of Federal Court Rule 332, that affidavits be confined to matters of fact within the knowledge of the affiant. I note that the Rule is qualified in relation to interlocutory motions when statements of belief with the grounds thereof may be admitted. Counsel for the federal defendants urged that in numerous respects the affidavits here presented did not meet the basis for the exception, in that the grounds for expressed belief are not articulated. It is also said that some affidavits are not relevant to the central issue raised by the statement of claim and the motion for injunctive relief, that is, the right of the plaintiffs to sell fish caught, without a licence authorizing sale. For the most part, the questions concerning the nature and relevance of the affidavit evidence, are matters relating to the merits of the application for interlocutory relief, a matter not directly before me, and not argued at the hearing. The hearing and these reasons concern preliminary questions of jurisdiction of this Court in relation to the various defendants against whom injunctive relief is sought pending trial, and in the case of the Ontario Minister in relation to his status

de procédures visant à régler les différends mettant en cause la Couronne à propos d'une obligation réelle ou éventuelle pouvant faire l'objet de demandes contradictoires, ainsi qu'à l'égard des actions intentées contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits—actes ou omissions—survenus dans le cadre de ses fonctions. Parmi les questions soulevées, on cite les droits ancestraux, la pêche, les Indiens et les terres indiennes, les droits issus de traités, la responsabilité fédérale pour les actes des mandataires ou préposés désignés en vertu de pouvoirs délégués à des fins administratives, la responsabilité fiduciaire de la Couronne fédérale envers les Indiens ainsi que le pouvoir provincial de réglementer la vente de poisson par les autochtones. Soulignons que la compétence de cette Cour dans un cas donné ne dépendra pas seulement du caractère général des questions soulevées, mais également des questions particulières découlant des faits de l'espèce, du type de réparation demandé et des parties ayant institué le recours ou été constituées défendresses.

L'avocat des défendeurs fédéraux, soutenu par l'avocat du ministre provincial, ont fait valoir que plusieurs des affidavits produits à l'appui de la requête ne respectent pas, du moins sous divers aspects, les exigences de la Règle 332 de la Cour fédérale, à savoir que les affidavits doivent se restreindre aux faits qui sont à la connaissance du déclarant. Notons que la Règle comporte une réserve à l'égard des requêtes interlocutoires, pour lesquelles peuvent être admises des déclarations fondées sur ce que le déclarant croit et indiquant pourquoi il le croit. Selon l'avocat des défendeurs fédéraux, les affidavits présentés en l'espèce ne peuvent à plusieurs égards bénéficier de l'exception car les raisons de croire des déclarants n'y sont pas exposées. On allègue également que certains affidavits ne sont pas pertinents quant à la principale question soulevée par la déclaration et la requête en injonction, soit le droit des demandeurs de vendre le poisson pris sans permis. Pour l'essentiel, les questions relatives à la nature et à la pertinence de la preuve par affidavit sont des questions touchant le bien-fondé de la demande d'injonction interlocutoire, demande dont je ne suis pas directement saisi et qui n'a pas été débattue à l'audition. Celle-ci et les présents motifs ont trait aux questions préliminaires de compétence de cette Cour à l'égard

and that of officers of his department as defendants in the action initiated by the plaintiffs. Thus, for these reasons, for the most part it is assumed the factual base for relief sought is, or will be, established.

There is one exception. It seems essential to consider for these reasons such evidence as there is of the status of the defendant provincial Minister of Natural Resources (Ontario) and officers of his department as delegates of the federal Minister of Fisheries and Oceans, which is said to be the basis on which they are impleaded and on which the interlocutory relief sought is said to be based. I propose to return to this matter after setting out legislative provisions of interest.

#### Relevant legislative provisions

Statutory provisions here in issue include the following. Under the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, as amended [ss. 2 (as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 1(2)), 5 (as am. *idem*, s. 2), 33 (as am. *idem*, s. 8)]:

2. . . .

“fishery officer” means a person who is designated as a fishery officer pursuant to subsection 5(1);

. . . .

5. (1) The Minister may designate any persons or classes of persons as fishery officers . . . for the purposes of this Act and may limit in any manner the Minister considers appropriate the powers that a fishery officer . . . may exercise under this Act or any other Act of Parliament.

(2) Each fishery officer and fishery guardian shall be provided with a certificate in a form the Minister considers appropriate certifying their designation as such and, where the powers of a fishery officer or fishery guardian are limited pursuant to subsection (1), specifying the powers that the officer or guardian may exercise under this Act or any other Act of Parliament.

. . . .

33. No person shall purchase, sell or possess any fish that has been caught in contravention of this Act or the regulations.

des divers défendeurs visés par la demande d'injonction en cours d'instance et, dans le cas du ministre ontarien, à l'égard de son statut de défendeur ainsi que celui des fonctionnaires de son Ministère dans l'action instituée par les demandeurs. Ainsi, aux fins des présents motifs, il est pour l'essentiel présumé que le fondement factuel de la réparation demandée est, ou sera, établi.

Il y a toutefois une exception. Il semble en effet essentiel de prendre en considération, dans les présents motifs, les éléments de preuve concernant le statut du ministre provincial des Richesses naturelles (Ontario) et des fonctionnaires de son Ministère en leur qualité de délégués du ministre fédéral des Pêches et des Océans, qualité qui constituerait le fondement de leur assignation à titre de défendeurs et de la demande de réparation interlocutoire. J'y reviendrai après avoir exposé les dispositions législatives pertinentes.

#### Dispositions législatives pertinentes

On trouvera ci-après le texte de certaines dispositions législatives en cause en l'espèce. La *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, modifiée [art. 2 (mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 1(2)), 5 (mod., *idem*, art. 2), 33 (mod., *idem*, art. 8)], dispose:

2. . . .

«agent des pêches» Personne désignée à ce titre en vertu du paragraphe 5(1).

. . . .

5. (1) Le ministre peut désigner toute personne ou catégorie de personne à titre d'agents des pêches . . . pour l'application de la présente loi et peut restreindre, de la façon qu'il estime indiquée, les pouvoirs qu'un agent des pêches . . . est autorisé à exercer sous le régime de cette loi ou de toute autre loi fédérale.

(2) Les personnes désignées à titre d'agents des pêches ou de gardes-pêche reçoivent un certificat de désignation dont la forme est approuvée par le ministre; celles dont les pouvoirs sont restreints reçoivent un certificat où sont énumérés ceux qu'elles sont autorisées à exercer.

. . . .

33. Il est interdit d'acheter, de vendre ou d'avoir en sa possession du poisson qui a été pêché en contravention avec la présente loi ou les règlements.

43. The Governor in Council . . . may make regulations [inter alia]

(a) for the proper management and control of the sea-coast and inland fisheries;

(f) respecting the issue, suspension and cancellation of licences and leases;

(g) respecting the terms and conditions under which a licence and lease may be issued. . . .

The *Ontario Fishery Regulations, 1989*, made by the Governor in Council under authority of section 43 of the *Fisheries Act* [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 35, ss. 3, 7; S.C. 1991, c. 1, s. 12], provide in part [ss. 2, 3, 4, 36 (as am. by SOR/90-229, s. 13)]:

2. (1) In these Regulations,

“licence” means a licence referred to in Schedule XV that is issued under the provincial Act;

“provincial Act” means the *Game and Fish Act*, R.S.O. 1980, c. 182;

“provincial Minister” means the Minister of Natural Resources for Ontario;

(4) Every licence is subject to the Act and these Regulations.

3. (1) Subject to subsections (2) to (4), these Regulations apply in respect of fishing in the Province of Ontario and of the transporting of live fish taken from the waters of the Province of Ontario.

4. Unless authorized by the appropriate licence, no person shall

(a) engage in angling or any other means of fishing;

(b) ship or transport or attempt to ship or transport live fish other than bait-fish; or

(c) deposit or attempt to deposit live fish taken from one body of water into another body of water.

36. (1) The Provincial Minister may, in a commercial fishing licence, impose such terms and conditions as are not inconsistent with these Regulations respecting

(a) the waters from which fish may be taken;

(b) the species, size and quantity of fish that may be taken;

(c) the fishing gear that may be used;

43. Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements d'application de la présente loi, notamment:

a) concernant la gestion et la surveillance judiciaires des pêches en eaux côtières et internes;

f) concernant la délivrance, la suspension et la révocation des licences, permis et baux;

g) concernant les conditions attachées aux licences, permis et baux; . . .

*Le Règlement de pêche de l'Ontario de 1989*, pris par le gouverneur en conseil en vertu de l'article 43 de la *Loi sur les pêches* [mod. par L.R.C. 1985 (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 35, art. 3, 7; L.C. 1991, ch. 1, art. 12], prévoit entre autres [art. 2, 3, 4, 36 (mod. par DORS/90-229, art. 13)]:

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement.

«Loi provinciale» La loi de l'Ontario intitulée *Game and Fish Act*, chapitre 182 des lois révisées de l'Ontario de 1980.

«ministre provincial» Le ministre des richesses naturelles de l'Ontario.

«permis» Permis visé à l'annexe XV qui est délivré conformément à la Loi provinciale

(4) Tout permis est assujéti à la Loi ainsi qu'au présent règlement.

3. (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (4), le présent règlement s'applique à la pêche dans la province d'Ontario ainsi qu'au transport et au transfert du poisson vivant pris dans les eaux de cette province.

4. Il est interdit à quiconque n'y est pas autorisé par le permis approprié:

a) de pêcher à la ligne ou par un autre moyen;

b) d'expédier ou de transporter, ou de tenter d'expédier ou de transporter, du poisson vivant autre que du poisson-appât;

c) de déposer ou de tenter de déposer dans une étendue d'eau du poisson vivant pris dans une autre étendue d'eau.

36. (1) Le ministre provincial peut, dans tout permis de pêche commerciale, fixer des conditions non incompatibles avec le présent règlement, en ce qui concerne:

a) les eaux où le poisson peut être pris;

b) l'espèce, la taille et la quantité du poisson qui peut être pris;

c) les engins de pêche qui peuvent être utilisés;

(d) the persons who may engage in fishing under the licence;

(e) the loading, landing, handling and transportation of fish; and

(f) the periods and times of day during which fishing operations may not be conducted.

(2) No holder of a commercial fishing licence shall violate any of the terms and conditions of the licence.

Under the *Game and Fish Act*, R.S.O. 1990, c. G.1, section 72 provides in part:

72. (1) No person shall sell, offer for sale, purchase or barter, or be concerned in the sale, purchase or barter, of an Atlantic salmon (also known as ouananiche) taken from Ontario waters, a smallmouth bass, largemouth bass, maskinonge, brook trout, brown trout, rainbow trout or Aurora trout, or any part thereof, including the eggs thereof, but subject to such terms and conditions as are prescribed by the regulations, . . . [a sale may be made under the authority of a licence to sell]

(2) No person shall sell, offer for sale, purchase or barter, or be concerned in the sale, purchase or barter, of yellow pickerel (also known as pike-perch, walleye, dore or blue pickerel) pike, lake trout, sturgeon or sauger, or any part thereof, taken from Ontario waters by angling or taken in any other manner by a person who is not the holder of a commercial fishing licence.

#### Provincial officers as delegates of federal authority

I note that in the application for injunction orders the relief sought against the defendant provincial Minister and officials and conservation officers of his Ministry includes restraint of the enforcement of section 33 of the *Fisheries Act* and section 4 of the *Ontario Fishery Regulations, 1989*. The first prohibits purchase, sale or possession of fish caught in contravention of the Act or the regulations, and the second prohibits fishing without an appropriate licence. In the relief sought no reference is made to restraining enforcement of section 72 of the *Game and Fish Act*, of Ontario, which prohibits sale, purchase or barter of fish, except in accord with the regulations, where fish is caught by a person who is not the holder of a commercial fishing licence. Yet the last of these provisions, the provincial Act, is clearly specified as one of the bases on which provincial officers have alerted fish buyers against purchase and sale of fish.

d) les personnes qui peuvent pêcher aux termes du permis;

e) le chargement, le débarquement, la manutention et le transport du poisson.

f) la période—du jour ou de l'année—au cours de laquelle la pêche est interdite.

(2) Il est interdit au titulaire d'un permis de pêche commerciale d'enfreindre les conditions de son permis.

Quant à la *Loi sur la chasse et la pêche*, L.R.O. 1990, ch. G.1, elle dispose à l'article 72:

72. (1) Nul ne doit vendre, mettre en vente, acheter ou troquer du saumon de l'Atlantique (connu également sous le nom de ouananiche) pris dans les eaux de la province, de l'achigan à petite bouche, de l'achigan à grande bouche, du maskinongé, de la truite mouchetée, de la truite brune, de la truite arc-en-ciel, de la truite aurore ou une partie de ces poissons, y compris leurs œufs, ni être intéressé à la vente, à l'achat ou au troc de ces poissons ou d'une de leurs parties, y compris leurs œufs. Toutefois, sous réserve des conditions prescrites par les règlements [une vente peut être faite en vertu d'un permis] . . .

(2) Nul ne doit vendre, mettre en vente, acheter ou troquer du doré jaune (connu également sous le nom de doré), du brochet commun, de la truite de lac, de l'esturgeon, du doré noir pêchés dans les eaux de l'Ontario ou pris d'une autre façon par quiconque n'est pas titulaire d'un permis de pêche, ou une partie de ces poissons, ni être intéressé à la vente, à l'achat ou au troc de ces poissons ou d'une de leurs parties.

#### Les fonctionnaires provinciaux en qualité de délégués du pouvoir fédéral

Soulignons que la requête en injonction conclut notamment à ce qu'il soit interdit au ministre provincial ainsi qu'aux fonctionnaires et agents de conservation de son Ministère d'appliquer l'article 33 de la *Loi sur les pêches* ainsi que l'article 4 du *Règlement de pêche de l'Ontario de 1989*. Le premier interdit la pêche, la vente ou la possession de poisson pris en violation de la Loi ou des règlements, tandis que le second interdit la pêche sans le permis approprié. Rien dans la requête ne vise l'application de l'article 72 de la *Loi sur la chasse et la pêche* de l'Ontario, aux termes duquel sont interdits la vente, l'achat ou le troc de poisson, sauf en conformité avec les règlements, lorsque ce poisson est pris par une personne qui n'est pas titulaire d'un permis de pêche commerciale. Cette dernière loi, la Loi provinciale, y est pourtant clairement désignée comme étant l'une de celles qu'ont invoquées les fonctionnaires provin-

The plaintiffs argue that a ban on commercial sales of fish, imposed on buyers, since it abolishes the plaintiffs' capacity to sell fish by abolishing their market, is in reality a prohibition of commercial fishing without a licence issued by the province in accord with authority delegated to licence fishing in Ontario under the federal *Ontario Fishery Regulations, 1989*. Such a ban, it is urged, conflicts with the plaintiffs' aboriginal and treaty right, a right said to be recognized by the Ontario Minister. While it seems clear that the Minister, in the course of negotiations with the plaintiffs, does not dispute the claim to an aboriginal right to fish commercially, that cannot be taken as an acknowledgement of an unrestricted right. Indeed, a principal focus of the discussions appears to be the mutual acceptance of appropriate definition, or limitation, of that right. For different purposes both counsel for the plaintiffs and for the federal defendants referred to the Supreme Court of Canada decision in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. That decision, as I understand it, recognized, for the defendant in that case, an aboriginal right to fish for food, but it indicates that where such a right is claimed to be infringed, a court must assess whether the right exists, whether it is infringed and, if that is the case, whether the legislation infringing the right can be justified in the circumstances. Thus, implicitly, even an aboriginal right to fish for food may be subject to licence requirements where these do not infringe the right, or even if they do where that can be justified. Those questions in any given case require careful assessment after full consideration of evidence and argument and they are not appropriately considered in interlocutory proceedings. Here questions of recognition of an aboriginal right to fish for commercial purposes and, if recognized, of appropriate limitation of that right, are raised by the plaintiffs' action but will only be resolved by trial.

In addition to those difficult issues, I am not persuaded that the action of Ontario officials in this case, so far as it is based upon section 72 of the provincial Act, is based on legislation in relation to licensing

ciaux pour mettre les acheteurs en garde contre l'achat et la vente de poisson.

Les demandeurs soutiennent qu'étant donné qu'elle annihile leur capacité de vendre du poisson en anéantissant leur marché, l'interdiction frappant les acheteurs quant à la vente commerciale de poisson constitue en réalité une interdiction de pêche commerciale sans un permis délivré par la province en conformité avec le pouvoir délégué de réglementer la pêche en vertu du *Règlement de pêche de l'Ontario de 1989*, d'origine fédérale. Cette interdiction, prétend-on, contrevient au droit ancestral ou issu de traités des demandeurs, droit que reconnaîtrait le ministre de l'Ontario. S'il semble clair, toutefois, que dans le cadre des négociations avec les demandeurs, le ministre ne conteste pas la revendication d'un droit ancestral de pêche commerciale, cela ne saurait être considéré comme la reconnaissance d'un droit illimité. De fait, la définition ou la limitation de ce droit paraît être un des points importants des pourparlers. Pour des raisons différentes, les avocats des demandeurs et des défendeurs fédéraux se sont tous deux reportés à l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. À mon sens, cette décision reconnaît au défendeur en l'espèce un droit ancestral de pêche à des fins de subsistance, mais on y indique qu'en cas de contravention alléguée, le tribunal doit décider si le droit existe, s'il a été enfreint et, le cas échéant, si la loi y portant atteinte peut être justifiée dans les circonstances. Ainsi, de façon implicite, même un droit ancestral de pêche à des fins de subsistance peut être assujéti à des exigences en matière de permis dans la mesure où ces exigences ne portent pas atteinte à ce droit ou, si elles le font, dans la mesure où elles peuvent être justifiées. Dans tous les cas, ces questions exigent un examen attentif de la preuve et des arguments, examen auquel se prête mal un recours interlocutoire. En l'espèce, les questions se rapportant à la reconnaissance d'un droit ancestral de pêche à des fins commerciales et, le cas échéant, aux restrictions auxquelles ce droit serait assujéti, sont soulevées par l'action des demandeurs mais ne seront tranchées qu'à l'instruction.

Mises à part ces questions difficiles, je ne suis pas convaincu que, dans la mesure où ils sont fondés sur l'article 72 de la Loi provinciale, les agissements des fonctionnaires ontariens en l'espèce relèvent de la

fisheries rather than legislation relating to the purchase and sale of fish in the province. No substantial argument was effectively addressed to the purposes or effects of this provision. Without that, I am not persuaded that, while it may support licensing regulations, section 72 of the *Game and Fish Act* of Ontario is legislation in relation to licensing of fisheries. In the circumstances, it must be taken, as its words clearly provide, as legislation in relation to the purchase and sale of fish in the province, a matter falling within provincial legislative competence under subsection 92(13) 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]].

Counsel for the federal defendants and for the provincial minister urge that there is no evidence of the status of the provincial Minister or of conservation officers of his department as delegates of the federal Minister or government in acting to alert fish buyers against purchasing fish for sale from fishermen who do not hold a valid commercial fishing licence. I agree with that submission. I also agree with the provincial Minister's submission that there is no evidence that he was acting in a similar capacity in negotiations and discussions with the plaintiffs, in any acknowledgement of an aboriginal right to fish for commercial purposes, or in any reliance by him or his officers upon provincial legislation; indeed, there is no allegation in the statement of claim that he was so acting in these matters.

The statement of claim does implead the provincial Minister and conservation officers of his ministry as delegates of federal authority, in the following terms.

4. The Defendant Minister of Natural Resources has delegated authority from the Defendant Minister of Fisheries to administer the Ontario Fishery Regulations within and for the Province of Ontario.

5. The Defendant "Fishery Officers" are those . . . Conservation Officers appointed and certified by the Defendant Minister of Natural Resources under his delegated authority, to enforce the provisions of the said [Fisheries] Act and Regulations.

législation en matière de permis de pêche plutôt qu'en matière d'achat et de vente de poisson dans la province. On n'a pas fait valoir d'arguments de fond quant à l'objet ou à l'effet de cette disposition. Vu cette absence d'arguments, je ne suis pas persuadé que l'article 72 de la *Loi sur la chasse et la pêche* de l'Ontario soit une disposition relative aux permis de pêche bien qu'il puisse servir de fondement à une réglementation en cette matière. Dans les circonstances, on doit présumer qu'il s'agit, selon ses propres termes, d'une disposition relative à l'achat et à la vente de poisson dans la province, sujet qui relève de la compétence provinciale en vertu du paragraphe 92(13) 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]].

Selon les avocats des défendeurs fédéraux et du ministre provincial, rien dans la preuve n'établit que le ministre provincial ou les agents de conservation de son Ministère aient agi à titre de délégués du ministre ou du gouvernement fédéral en mettant les acheteurs en garde contre le fait d'acheter du poisson de pêcheurs qui ne sont pas titulaires d'un permis de pêche commerciale valide. Je souscris à cet argument. Je souscris également à la prétention du ministre provincial suivant laquelle rien n'indique qu'il ait agi à ce titre quant à toute négociation avec les demandeurs, toute reconnaissance d'un droit de pêche ancestral à des fins commerciales ou tout recours à la législation provinciale; de fait, il n'est aucunement allégué dans la déclaration qu'il a agi à ce titre dans ces domaines.

La déclaration met pourtant le ministre provincial et les agents de conservation de son Ministère en cause à titre de délégués du pouvoir fédéral dans les termes suivants:

[TRADUCTION] 4. Le ministre des Richesses naturelles défendeur a reçu du ministre des Pêches défendeur le pouvoir délégué d'appliquer le Règlement de pêche de l'Ontario dans la province d'Ontario et pour elle.

5. Les «agents des pêches» défendeurs sont . . . les agents de conservation que le ministre des Richesses naturelles défendeur a désignés par certificat en vertu de son pouvoir délégué aux fins de l'application des dispositions de ladite Loi [sur les pêches] et le Règlement.

For the plaintiffs it is urged that this Court should take notice that jurisdiction to administer the *Fisheries Act* and the *Ontario Fishery Regulations, 1989* is in fact delegated to provincial officers effectively by the Act and the regulations, a relationship recognized by *Re Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al.* (1985), 49 O.R. (2d) 705 (C.A.), appeal to S.C.C. dismissed, with qualification, [1988] 2 S.C.R. 1045. In that case, in dismissing the appeal the Supreme Court of Canada did so substantially for reasons given by MacKinnon A.C.J.O. for the Ontario Court of Appeal but added the following comment (at page 1046):

At one point, however, the reasons state that the provinces are powerless to regulate fishing for commercial purposes. That is undoubtedly true of general legislation for that purpose. We would not wish, however, to be taken as accepting the proposition that the provinces lack jurisdiction to make such regulations in respect of provincially-owned fisheries as an aspect of their power to administer their public property. Any such regulations would, of course, be subject to overriding federal legislation.

There really is no dispute about the intergovernmental arrangements that are in place for general administration of the *Fisheries Act* and the *Ontario Fishery Regulations, 1989* by provincial officers and I accept the submission of the plaintiffs that notice be taken of that relationship. I do not accept, however, the inference from this that I understand the plaintiffs would have me draw. It seems to me the plaintiffs would have me conclude that everything done by provincial officers that affects fisheries in the province is based upon authority delegated in accord with federal legislation. Rather, as I see it, provincial officers here may act with authority based upon different sources. (See: *Re Peralta and The Queen, supra*). In relation to licensing and other matters of administration of federal legislation they may be delegates of the federal government acting under its legislative authority in relation to seacoast and inland fisheries under subsection 91(12) of the *Constitution Act, 1867*. In relation to conservation of provincial resources or of purchase and sale of fish within the province they act within legislative authority of the province in relation to property and civil rights in the province or local and private matters in the province under subsections 92(13) and (16) of the *Constitution*

On fait valoir, au nom des demandeurs, que cette Cour devrait prendre note du fait que la compétence aux fins de l'application de la *Loi sur les pêches* et du *Règlement de pêche de l'Ontario de 1989* est, aux termes de cette Loi et du Règlement, effectivement déléguée aux fonctionnaires provinciaux, relation qui a été reconnue dans l'arrêt *Re Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al.* (1985), 49 O.R. (2d) 705 (C.A.), pourvoi à la C.S.C. refusé avec commentaires, [1988] 2 R.C.S. 1045. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi essentiellement pour les motifs donnés par le juge en chef adjoint de l'Ontario MacKinnon, tout en ajoutant le commentaire suivant (à la page 1046):

Toutefois on dit dans les motifs que les provinces n'ont pas les pouvoirs de réglementer la pêche à des fins commerciales. C'est indubitablement vrai de la législation d'application générale à cette fin. Nous ne voulons toutefois pas que cette affirmation soit interprétée comme une acceptation de la proposition que les provinces n'ont pas compétence pour adopter des règlements relatifs aux pêcheries appartenant aux provinces dans le cadre de leur pouvoir d'administration de leur domaine public. Il va toutefois de soi que pareille réglementation serait assujettie à la législation fédérale prépondérante.

Les arrangements intergouvernementaux visant l'application générale de la *Loi sur les pêches* et du *Règlement de pêche de l'Ontario de 1989* par les fonctionnaires provinciaux ne soulèvent aucune difficulté réelle et j'accepte d'en prendre note comme le souhaitent les demandeurs. Toutefois, je n'accepte pas d'en tirer le postulat que, si je ne m'abuse, ils souhaitent me voir tirer. Il me semble en effet que les demandeurs voudraient que je conclue que toutes les mesures que prennent les fonctionnaires provinciaux touchant la pêche dans la province découlent d'un pouvoir délégué conformément à la législation fédérale. Or au contraire, à mon sens, les fonctionnaires provinciaux en cause en l'espace peuvent agir en vertu de pouvoirs fondés sur des sources différentes. (Voir *Re Peralta and The Queen*, précité). En matière de permis et autres questions relatives à l'application de la législation fédérale, ils peuvent être les délégués du gouvernement fédéral agissant en vertu de son autorité législative relativement aux pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur, sous le régime du paragraphe 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En matière de conservation des ressources provinciales ou encore d'achat et de vente de poisson dans la province, ils agissent en vertu du pouvoir

*Act, 1867.* Acting in the latter capacity they are not delegates of federal authority for the Parliament of Canada, for the federal government has no legislative authority that may be delegated. In this case, the letter of March 27 from a provincial officer refers to both federal and provincial statutory provisions and it must be taken at face value as relying upon both federal and provincial legislative provisions referred to as the basis of advice to purchasers of fish.

I turn to the issues of jurisdiction raised at the hearing of preliminary issues, dealing first with the question of this Court's jurisdiction in relation to the provincial Minister in the action initiated by the plaintiffs, and then with the question of jurisdiction to award an order in the nature of an injunction against Her Majesty the Queen, the federal Minister and "fishery officers"

#### Jurisdiction in relation to the provincial Minister

In the statement of claim no relief is sought specifically directed against the Minister of Natural Resources (Ontario), though he is impleaded as a defendant who is alleged to act under authority delegated by the federal Minister. The application for interlocutory relief sought includes an interlocutory injunction restraining the provincial Minister, and his officers, from interfering with the plaintiffs' aboriginal and treaty right to harvest and market fish caught in traditional waters and from enforcing section 33 of the *Fisheries Act* and section 4 of the *Ontario Fishery Regulations, 1989* against purchasers of the plaintiffs' fish.

On behalf of the defendant Minister of Natural Resources (Ontario) it is urged that the action be dismissed as against him for want of jurisdiction. It is argued there is no affidavit evidence or allegation that, in the activities giving rise to the action, he has acted as a delegate of federal authority; that the role here played by the provincial Minister is substantially based in large part, upon jurisdiction vested in him by valid provincial law; that section 17 of the *Federal Court Act, supra*, as amended, does not vest in this Court jurisdiction over the provincial Minister in any action; and finally that the laws here acted upon by

législatif de la province à l'égard de la propriété et des droits civils dans la province ou des matières d'une nature locale ou privée dans la province, suivant les paragraphes 92(13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À ce dernier titre, ils ne sont pas les délégués du Parlement du Canada puisque le gouvernement fédéral n'a pas de pouvoir législatif susceptible d'être délégué. En l'espèce, dans sa lettre du 27 mars, le fonctionnaire provincial renvoie tant à des dispositions fédérales que provinciales sur lesquelles, selon toute apparence, il s'appuie pour justifier les conseils donnés aux acheteurs de poisson.

J'en viens aux questions de compétence soulevées à l'audition des questions préliminaires en examinant d'abord la question de la compétence de cette Cour à l'égard du ministre provincial dans l'instance instituée par les demandeurs, puis celle de la compétence pour prononcer une ordonnance de la nature d'une injonction contre Sa Majesté la Reine, le ministre fédéral et les «agents des pêches».

#### Compétence à l'égard du ministre provincial

La déclaration ne conclut à aucun redressement précis à l'encontre du ministre des Richesses naturelles (Ontario), bien qu'il y soit constitué défendeur parce qu'il aurait agi en vertu d'une délégation de pouvoir du ministre fédéral. La demande interlocutoire comprend une injonction enjoignant au ministre provincial et à ses fonctionnaires de cesser d'entraver le droit ancestral ou issu de traités des demandeurs de prendre et de commercialiser le poisson pris dans les eaux traditionnelles et de ne pas appliquer l'article 33 de la *Loi sur les pêches* et l'article 4 du *Règlement de pêche de l'Ontario de 1989* aux acheteurs du poisson des demandeurs.

Le ministre des Richesses naturelles (Ontario) demande le rejet de l'action à son égard pour défaut de compétence. Il fait valoir qu'il n'appert d'aucun affidavit ni d'aucune allégation qu'il a agi, dans le cadre des activités ayant donné lieu à l'instance, à titre de délégué du pouvoir fédéral; que le rôle qu'il a joué en l'espèce est pour l'essentiel fondé sur la compétence que lui confère la législation provinciale valide; que l'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale*, modifiée, ne confère en aucun cas à cette Cour compétence à l'égard du ministre provincial; et enfin que les lois sous le régime desquelles il a agi ne sont pas



him are not exclusively laws of Canada within section 101 of the *Constitution Act, 1867*.

While for the plaintiffs it is urged that the provincial Minister is here impleaded in his capacity as a delegate of federal authority, it is not at all clear that actions taken by him to which the plaintiffs object are undertaken under any authority delegated under the *Fisheries Act* or the regulations. Moreover, the act which ultimately precipitated this action, the sending of the letter of March 27 is clearly based at least in part on section 72 of the *Game and Fish Act*, a matter that at this stage must be taken to be within the legislative competence of the provincial legislature. That clearly is not a law of Canada within section 101 of the *Constitution Act, 1867*, a criterion for jurisdiction of this Court (See: *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 695; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, per Wilson J. at page 330). In so far as the letter of March 27 refers to section 33 of the *Fisheries Act*, the provincial Minister's officials may be deemed to act as delegates of federal authority in bringing to the attention of fish buyers federal legislation here considered applicable. But any prosecution for violation of a federally imposed prohibition may well be a matter of the administration of justice within the province under subsection 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, an issue not addressed in argument.

Finally, it is well settled that this Court does not have jurisdiction under section 17 of the *Federal Court Act*, which provides for general causes of action, over any person except the Crown (Her Majesty in Right of Canada), her servants or agents. Where the remedy sought is an injunction or declaratory relief under section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4], that may only be granted against any federal board, commission or other tribunal as defined in subsection 2(1) [as am. *idem*, s. 1] of the Act. The definition expressly excludes "any . . . body constituted or established by or under a law of a province or any . . . person or persons appointed under or in accordance with a law of a province" (*Federal Court Act, supra*, subsection 2(1)). Relief against persons

exclusivement des lois du Canada au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Bien que les demandeurs allèguent avoir constitué le ministre provincial défendeur en sa qualité de délégué du pouvoir fédéral, il est loin d'être évident que les mesures qu'il a prises l'ont été en vertu d'un pouvoir délégué par la *Loi sur les pêches* ou ses règlements d'application. De plus, la mesure ayant donné lieu à l'institution de la présente action, savoir l'envoi de la lettre du 27 mars, est manifestement fondée, du moins en partie, sur l'article 72 de la *Loi sur la chasse et la pêche*, disposition qui, faut-il présumer à ce stade, relève de la compétence législative de la législature provinciale. Il ne s'agit manifestement pas là d'une loi du Canada au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, condition préalable à l'exercice de la compétence de cette Cour (voir *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.*, [1980] 1 R.C.S. 695; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, le juge Wilson, à la page 330). Dans la mesure où la lettre du 27 mars renvoie à l'article 33 de la *Loi sur les pêches*, les fonctionnaires du ministre provincial peuvent être réputés agir à titre de délégués du pouvoir fédéral lorsqu'ils attirent l'attention des acheteurs de poisson sur la législation fédérale qu'ils jugent applicable. Mais la poursuite pour violation d'une interdiction imposée par une loi fédérale peut fort bien être une question relevant de l'administration de la justice dans la province au sens du paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, point qui n'a pas été débattu en l'espèce.

Enfin, il est bien établi que cette Cour n'a, aux termes de l'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale* visant les causes générales d'action, d'autre compétence que celle qui lui est reconnue à l'égard de la Couronne (Sa Majesté du chef du Canada), ses préposés ou mandataires. Dans le cas d'une demande d'injunction ou de jugement déclaratoire fondée sur l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8 art. 4], seul peut être visé un office fédéral au sens du paragraphe 2(1) [mod., *idem*, art. 1] de la Loi. Sont expressément exclus de la définition du terme «office fédéral» «un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou . . . une personne ou . . . un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale» (*Loi sur la Cour fédérale*, précitée, paragraphe 2(1)).

other than the federal Crown is not provided by section 17 and that section does not give this Court jurisdiction to grant relief against a province (*Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 2 F.C. 454 (C.A.), at page 462 and *The Queen in Right of Canada v. Chief William Joe et al.*, [1984] 1 C.N.L.R. 96 (F.C.A.), at page 97, affd [1986] 2 S.C.R. 145). That applies similarly in the case of a provincial Minister, a matter clearly specified in relation to declaratory or injunctive relief provided for under section 18 of the *Federal Court Act* in relation to agencies of the federal government.

Thus, I conclude that the defendant Minister of Natural Resources (Ontario) is not a proper party to this action and thus to the application for an interlocutory injunction. I agree with the submission that as against the Minister of Natural Resources (Ontario) the action should be dismissed for this Court lacks jurisdiction in relation to that Minister.

#### Injunctive relief and other defendants

##### 1) An injunction and Her Majesty the Queen

An interlocutory injunction is sought against Her Majesty the Queen as contemplated by the provisions of section 52 of the *Constitution Act, 1982* preventing the Crown from interfering with the plaintiffs' aboriginal and treaty right

... to harvest and market fish caught in their traditional waters, and further, ... from enforcing the provisions of the Fisheries Act, Section 33 and the Ontario Fishery Regulations, Section 4 as against the purchasers to the Plaintiffs' fish, and more particularly [four named purchasers] . . .

Provisions of the *Constitution Act, 1982* raised in this action and the application for interlocutory relief include sections 35 and 52. These provide in part:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

Suivant l'article 17, des mesures ne peuvent être prises qu'à l'encontre de la Couronne fédérale et cette Cour n'a pas compétence dans les cas de recours contre une province (*Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 2 C.F. 454 (C.A.), à la page 462 et *La Reine du chef du Canada c. Chef William Joe et autres*, [1984] 1 C.N.L.R. 96 (C.A.F.), à la page 97, confirmé par [1986] 2 R.C.S. 145). Il en va de même dans le cas d'un recours contre un ministre provincial, les demandes d'injonction ou de jugement déclaratoire s'exerçant expressément, aux termes de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, à l'encontre des mandataires du gouvernement fédéral.

J'en conclus, en conséquence, que le ministre des Richesses naturelles (Ontario) n'est pas une partie compétente aux fins de la présente action et partant, aux fins de la demande d'injonction interlocutoire. Je souscris donc à l'argument suivant lequel il y a lieu, quant à lui, de rejeter l'action pour défaut de compétence de cette Cour.

#### L'injonction et les autres défendeurs

##### 1) L'injonction et Sa Majesté la Reine

On demande que soit décernée contre Sa Majesté la Reine une injonction interlocutoire, tel que prévu par les dispositions de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, enjoignant à la Couronne de cesser d'entraver le droit ancestral ou issu de traités des demandeurs

[TRADUCTION] . . . de prendre et de commercialiser le poisson pris dans les eaux traditionnelles et, de plus, . . . de ne pas appliquer l'article 33 de la *Loi sur les pêches* et l'article 4 du *Règlement de pêche de l'Ontario* aux acheteurs du poisson des demandeurs, et plus particulièrement [aux quatre acheteurs désignés] . . .

Parmi les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoquées dans la présente action ainsi que dans la requête en injonction interlocutoire, figurent les articles 35 et 52, lesquels disposent:

35. (1) Les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

(2) The Constitution of Canada includes

(a) the *Canada Act 1982*, including this Act;

(b) the Acts and orders referred to in the schedule; and

(c) any amendment to any Act or order referred to in paragraph (a) or (b).

Section 52, it is submitted, would permit the setting aside of legislation or regulations inconsistent, *inter alia*, with aboriginal rights recognized in accord with subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Here it is urged that the Minister of Natural Resources (Ontario) has acknowledged the aboriginal right claimed by the plaintiffs. Affidavits of staff persons of the United Church of Canada and of the Aboriginal Rights Coalition (Project North) exhibit similar letters in which the Minister acknowledges that the Government of Ontario, in the Saugeen Ojibway fisheries negotiations “does not contest the native claim to an aboriginal right to a fishery, nor the native claim to an aboriginal right to fish commercially.”

While the application of section 52 may be an issue to be assessed at trial, in my view it is not a basis for interlocutory injunctive relief at this stage. The plaintiffs did not argue and I am not persuaded, that section 52, either directly or by implication, affects the application, in accord with the plain meaning of its wording, of section 22 of the *Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50* as amended [by S.C. 1990, c. 8, s. 20], which provides:

22. (1) Where in proceedings against the Crown any relief is sought that might, in proceedings between persons, be granted by way of injunction or specific performance, a court shall not, as against the Crown, grant an injunction or make an order for specific performance, but in lieu thereof may make an order declaratory of the rights of the parties.

(2) A court shall not in any proceedings grant relief or make an order against a servant of the Crown that it is not competent to grant or make against the Crown.

This provision, enacted by S.C. 1990, c. 8, section 28 and in force from February 1, 1992 by virtue of SI/ 92-6, reflects the immunity of the Crown and its

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

(2) La Constitution du Canada comprend:

a) la *Loi de 1982 sur le Canada*, y compris la présente loi;

b) les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe;

c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b).

L'article 52, prétend-on, permettrait d'annuler une loi ou un règlement incompatible, entre autres, avec les droits ancestraux reconnus par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On fait valoir en l'occurrence que le ministre des Richesses naturelles de l'Ontario a reconnu le droit ancestral revendiqué par les demandeurs. Ainsi, les affidavits de membres de l'Église unie du Canada et de la Coalition pour les droits des autochtones (Projet nordique) font état de lettres similaires dans lesquelles le ministre reconnaît que, dans le cadre des négociations de pêche avec la Nation saugeen ojibwa, le gouvernement de l'Ontario [TRADUCTION] «ne conteste ni la revendication autochtone en faveur d'un droit ancestral de pêche, ni la revendication autochtone en faveur d'un droit ancestral de pêche commerciale».

Bien que l'application de l'article 52 puisse être une question susceptible d'être prise en considération à l'instruction au fond, on ne peut à mon avis l'invoquer à ce stade à l'appui d'une demande d'injonction interlocutoire. Les demandeurs ne l'ont pas fait valoir, et je ne suis pas convaincu que, directement ou indirectement, l'article 52 ait, aux termes mêmes de son libellé, une incidence sur l'application de l'article 22 de la *Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), ch. C-50, modifiée* [par L.C. 1990, ch. 8, art. 20]. Cet article dispose:

22. (1) Le tribunal ne peut, lorsqu'il connaît d'une demande visant l'État, assujettir celui-ci à une injonction ou à une ordonnance d'exécution, mais dans les cas où ces recours pourraient être exercés entre particuliers, il peut, pour en tenir lieu, déclarer les droits des parties.

(2) Le tribunal ne peut, dans aucune poursuite, rendre contre un préposé de l'État de décision qu'il n'a pas compétence pour rendre contre l'État.

Édictée par l'article 28 des L.C. 1990, ch. 8, et mise en vigueur le 1<sup>er</sup> février par le TR 92-6, cette disposition reflète l'immunité que la common law reconnaît

servants from injunctive orders which was traditionally recognized at common law. The statutory provision does not reduce the Crown's long-recognized immunity from an injunction.

Relief of that kind is precluded by subsection 22(1) of the *Crown Liability and Proceedings Act*, in any court. Moreover, the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7 as amended, under which this Court is created and acts, vests no authority to grant injunctive relief against the Crown. (See *Grand Council of the Crees (of Quebec) v. R.*, [1982] 1 F.C. 599 (C.A.), per Pratte J.A., at page 600; leave to appeal to S.C.C. refused [1982] 1 S.C.R. viii; *sub nom.*: *Grand Council of the Crees (of Quebec) v. Attorney General of Quebec et al.*) Thus, Her Majesty the Queen in right of Canada is not a proper party defendant in the application for an interlocutory injunction.

## 2) An injunction and the federal Minister

In regard to the Court's jurisdiction to award an interlocutory injunction against the Minister of Fisheries and Oceans, counsel for the federal defendants urges that there is no evidence before the Court that Ontario officials, in the letter of advice to fish buyers sent in March 1992, were acting as delegates of the federal Minister, despite reference in that letter to section 33 of the *Fisheries Act*. Whether or not that reference was in error, it is urged that Ontario officials including the defendant Minister of Natural Resources (Ontario) could only be acting, in view of the division of legislative powers, in relation to matters within the province's legislative jurisdiction. Those include legislation in relation to proprietary interests in fisheries and in relation to sales of fish within the province, matters not within federal legislative competence. (See: *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec, and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.) and *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111 (P.C.)) The arguments so addressed, and those relating to the merits of issues raised by the statement of claim filed by the plaintiffs, deal for the most part with issues not fully argued, and which were not before me in consideration of preliminary

traditionnellement à l'État et à ses préposés en matière d'ordonnance d'injonction. Elle n'a pas pour effet de la réduire.

<sup>a</sup> Aux termes du paragraphe 22(1) de la *Loi sur la responsabilité de l'État*, aucun tribunal ne peut accorder une réparation de cette nature. De plus, la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, modifiée, <sup>b</sup> d'où la présente Cour tire son origine et en vertu de laquelle elle agit, ne lui confère pas le pouvoir d'accorder une injonction à l'encontre de l'État. (Voir *Le Grand Council of the Crees (of Quebec) c. R.*, [1982] 1 C.F. 599, (C.A.) le juge Pratte, à la page 600; autorisation d'appeler à la C.S.C. refusée [1982] 1 R.C.S. viii; sous l'intitulé: *Le Grand Council of the Crees (of Quebec) c. Procureur générale du Québec et autres.*) <sup>c</sup> Sa Majesté la Reine du chef du Canada n'est donc <sup>d</sup> pas une partie défenderesse pertinente aux fins de la requête en injonction interlocutoire.

## 2) L'injonction et le ministre fédéral

<sup>e</sup> En ce qui concerne la compétence de la Cour pour décerner une injonction interlocutoire contre le ministre des Pêches et des Océans, l'avocat des défendeurs fédéraux affirme que rien dans la preuve soumise n'établit que, dans la lettre envoyée aux <sup>f</sup> acheteurs de poisson en mars 1992, les fonctionnaires ontariens agissaient à titre de délégués du ministre fédéral, malgré le renvoi qui y est fait à l'article 33 de la *Loi sur les pêches*. Que ce renvoi ait été ou non une erreur, il est allégué que les fonctionnaires ontariens dont le ministre des Richesses naturelles ne pouvaient agir, compte tenu du partage des pouvoirs législatifs, que relativement aux sujets relevant de la compétence législative de la province. Ces sujets <sup>g</sup> comprennent les lois relatives aux droits de propriété en matière de pêcheries et en matière de vente de poisson dans la province, lesquelles ne relèvent pas de la compétence législative fédérale. (Voir *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.) et *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111 (P.C.)) Les arguments <sup>h</sup> ainsi évoqués et ceux concernant le bien-fondé de questions soulevées par la déclaration déposée par les <sup>i</sup> demandeurs se rapportent en majeure partie à des <sup>j</sup>

questions of the jurisdiction of the Court. They are best left for determination on another occasion.

The argument of significance in considering whether the injunction sought should be granted against the federal Minister, at this preliminary stage, is that there is no evidence or allegations of action directly by the Minister. If he were deemed to be acting, to the extent that he acts under valid legislation no injunctive relief lies against a federal Minister, or other officer, who is acting as servant or agent of Her Majesty and within statutory duties assigned by the legislature within its legislative competence. Before the enactment of subsection 22(2) of the *Crown Liability and Proceedings Act*, as amended, *supra*, it was well settled that as a general rule an injunction will not issue to prevent a Minister of the Crown from carrying on statutory functions. (See: *Newfoundland Inshore Fisheries Association et al. v. Canada (Minister of the Environment) et al.* (1990), 37 F.T.R. 230 (F.C.T.D.); *Grand Council of the Crees (of Quebec) v. R.*, *supra*.) An exception to this immunity has been recognized where the Minister or other Crown officer purporting to act under a statute clearly acts beyond the scope of statutory authority. (See: *Lodge v. Minister of Employment and Immigration*, [1979] 1 F.C. 775 (C.A.); *Baxter Foods Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)* (1988), 21 F.T.R. 15 (F.C.T.D.); *Pacific Salmon Industries Inc. v. The Queen*, [1985] 1 F.C. 504 (T.D.); *Esquimalt Anglers' Association et al. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1988), 21 F.T.R. 304 (F.C.T.D.).)

There is no evidence before me that the federal Minister was here acting beyond his legislated responsibilities within the scope of valid federal legislative authority. It is urged by the plaintiffs that, though he may not have been acting directly himself or through his departmental officers, Ontario officials, acting under delegated authority, were acting on his behalf.

points qui n'ont pas été pleinement débattus, et qui ne m'ont pas été soumis dans l'examen des questions préliminaires relatives à la compétence de la Cour. Aussi conviendra-t-il d'en disposer à une autre occasion.

Afin de décider s'il y a lieu, à ce stade préliminaire, de décerner l'injonction demandée contre le ministre fédéral, l'argument important est l'inexistence d'éléments de preuve ou d'allégations d'intervention directe du ministre. Dans la mesure où il agit en vertu d'une législation valide, il ne peut y avoir d'injonction contre un ministre fédéral ou autre fonctionnaire agissant à titre de préposé ou de mandataire de Sa Majesté et dans l'exercice des fonctions attribuées par la législature dans le cadre de sa compétence législative. Avant l'édiction du paragraphe 22(2) de la *Loi sur la responsabilité de l'État*, modifiée, il était bien établi qu'en règle générale, une injonction ne pouvait être décernée pour empêcher un ministre de la Couronne d'exercer les fonctions que la loi lui confère. (Voir *Newfoundland Inshore Fisheries Association et autres c. Canada (Ministre de l'environnement) et autre* (1990), 37 F.T.R. 230 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Grand Council of the Crees (of Quebec) c. R.*, précité.) On a reconnu une exception à cette immunité dans le cas où le ministre ou autre fonctionnaire de la Couronne censé agir en vertu d'une loi outrepassé manifestement le pouvoir qui lui est conféré. (Voir *Lodge c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 775 (C.A.); *Baxter Foods Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)* (1988), 21 F.T.R. 15 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Pacific Salmon Industries Inc. c. La Reine*, [1985] 1 C.F. 504 (1<sup>re</sup> inst.); *Esquimalt Anglers' Association et al. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)* (1988), 21 F.T.R. 304 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).)

Je ne dispose d'aucun élément de preuve établissant que le ministre fédéral a outrepassé en l'espèce les responsabilités qui lui incombent dans l'exercice d'une autorité législative fédérale valide. Les demandeurs font valoir que s'il n'a pas agi lui-même directement ou par l'entremise des fonctionnaires de son ministère, ce sont les fonctionnaires ontariens qui, en vertu d'une délégation de pouvoir, agissait pour son compte.

As I have earlier concluded, provincial officers could not be acting as delegates of the federal government or of the federal Minister in referring to section 72 of the provincial *Game and Fish Act*. It is not clear that in so far as they alert fish buyers to the possibility of prosecution for violation of section 33 of the *Fisheries Act* they purport to act as delegates of the federal Minister, for prosecution within the province for violation of a federal statutory prohibition may well be action in relation to the administration of justice within the province, a matter clearly within the competence of the province. Yet even if such an action were considered as acting under delegation by federal authority, at this stage, pending trial at which will be determined the existence of the aboriginal and treaty right claimed, the alleged infringement of that right by section 33 of the *Fisheries Act* will be assessed, and justification for any infringement will be considered, in accord with the tests outlined in *R. v. Sparrow, supra*, there is not a basis for determining that action taken under delegated federal authority by provincial conservation officers would exceed federal authority on constitutional grounds.

I am not persuaded that the plaintiffs have established any basis on which the defendant federal Minister of Fisheries and Oceans may be enjoined from any action taken or proposed. Thus, in my view that Minister is not a proper party defendant to the application for an interlocutory injunction.

### 3) An injunction and "fishery officers"

"Fishery officers" impleaded as defendants are not named or otherwise personally identified. In the statement of claim initiating the action they are described as "those Fishery Officers appointed and certified by the Defendant Minister of Fisheries under the Fisheries Act within the definition of the Act, or alternatively . . . those Conservation Officers appointed and certified by the Defendant Minister of Natural Resources under his delegated authority, to enforce the provisions of the said Act and Regulations". In the motion for interlocutory injunction

Suivant la conclusion à laquelle j'en suis venu précédemment, ce n'est pas en se référant à l'article 72 de la *Loi sur la chasse et la pêche* provinciale que les fonctionnaires provinciaux pouvaient agir à titre de délégués du gouvernement fédéral ou du ministre fédéral. Et dans la mesure où ils avertissent les acheteurs de poisson de la possibilité de poursuites en cas de contravention à l'article 33 de la *Loi sur les pêches*, il n'est pas sûr qu'ils soient censés agir à titre de délégués du ministre fédéral, puisque l'engagement de poursuites dans la province en cas de contravention à une loi fédérale peut fort bien être une mesure relative à l'administration de la justice dans la province, matière qui relève clairement de la compétence provinciale. Toutefois, même si une telle mesure devait être considérée comme relevant d'une délégation de pouvoir émanant de l'autorité fédérale, rien ne permet, à ce stade préliminaire à l'instruction où la Cour se prononcera sur l'existence du droit ancestral ou issu de traités revendiqué, sur l'atteinte alléguée à ce droit par l'article 33 de la *Loi sur les pêches* ainsi que, s'il y a lieu, sur la justification de cette atteinte suivant les critères énoncés dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, précité, de conclure qu'une mesure prise par des agents de conservation provinciaux en vertu d'une délégation de pouvoir fédérale excéderait la compétence fédérale sur le plan constitutionnel.

Je ne suis pas convaincu que les demandeurs aient établi la base sur laquelle il pourrait être enjoint au ministre fédéral des Pêches et des Océans de s'abstenir de toute mesure prise ou projetée. À mon avis donc, ce ministre n'est pas une partie défenderesse compétente aux fins de la requête en injonction interlocutoire.

### 3) L'injonction et les «agents des pêches»

Les «agents des pêches» constitués défendeurs ne sont pas nommés ou de quelque autre façon identifiés personnellement. Dans la déclaration introductive d'instance, on les décrit comme étant [TRADUCTION] «les agents des pêches désignés par certificat par le ministre des Pêches défendeur, au sens de la définition de la Loi sur les pêches ou, subsidiairement . . . les agents de conservation désignés par certificat par le ministre des Richesses naturelles défendeur en vertu de l'autorité qui lui est déléguée aux fins de l'application des dispositions de la Loi et des règle-

orders, in association with injunctive relief against the Minister of Fisheries and Oceans, they are described as "the officials and fishery officers of the Department of Fisheries and Oceans". In addition, in relation to the defendant Minister of Natural Resources (Ontario), they are described as "the officials and fishery officers of the Ministry of Natural Resources", as agents of the defendant Minister of Fisheries and Oceans, presuming they have been designated as fishery officers by the federal Minister under section 5 of the *Fisheries Act*.

Neither the unnamed federal departmental officers nor the provincial ministry officers are appropriate defendants in relation to the injunctive relief sought. That conclusion is based on the reasons already set out for my conclusions about jurisdiction to award the relief sought against the designated defendant federal and provincial Ministers, and also upon general principles.

Without a means of identifying individual defendants, an injunctive order, if made, could not be effectively served or enforced. The Court does not make orders that are not enforceable, and even if the order sought might be served on some "fishery officers" as described by the plaintiffs, this Court does not consider it appropriate to exercise its discretion to grant such extraordinary relief in this case in relation to unnamed defendants. The unnamed "fishery officers", whether that description is intended to include federal departmental officers or provincial departmental officers, are not proper parties in relation to the injunctive relief here sought.

### Conclusions

I sum up my conclusions in regard to jurisdictional issues raised and argued at the hearing of preliminary issues arising from the plaintiffs' statement of claim and application for interlocutory relief in the nature of injunction orders.

This Court lacks jurisdiction to grant relief against the defendant/respondent Minister of Natural Resources (Ontario) and he is not a party properly impleaded in the action, which as against that Minis-

ments». Dans la requête en ordonnances d'injonction interlocutoire, ils sont, quant à la demande visant le ministre des Pêches et des Océans, désignés comme [TRADUCTION] «les fonctionnaires et les agents des pêches du ministère des Pêches et Océans». De plus, quant à la demande visant le ministre des Richesses naturelles (Ontario), ils sont décrits comme [TRADUCTION] «les fonctionnaires et agents des pêches du ministre des Richesses naturelles», mandataires du ministre des Pêches, étant présumé qu'ils ont été désignés agents des pêches par le ministre fédéral en vertu de l'article 5 de la *Loi sur les pêches*.

Ni les fonctionnaires fédéraux innommés ni les fonctionnaires provinciaux ne sont des défendeurs compétents en ce qui concerne l'injonction demandée. Cette conclusion est fondée sur les motifs déjà exposés quant à la compétence pour accorder la réparation recherchée contre les ministres fédéral et provincial désignés, ainsi que sur des principes d'ordre général.

Sans moyen d'identifier les défendeurs individuels, il ne saurait y avoir de signification ou d'exécution efficace d'une ordonnance d'injonction. La Cour ne rend pas d'ordonnance qui ne soit pas susceptible d'exécution, et même si l'ordonnance demandée pourrait être signifiée à certains «agents des pêches» décrits par les demandeurs, cette Cour estime qu'il ne convient pas qu'elle exerce en l'espèce son pouvoir discrétionnaire d'accorder pareille réparation extraordinaire à l'encontre de défendeurs innommés. Les «agents des pêches» innommés, que la description vise les fonctionnaires fédéraux ou provinciaux, ne sont donc pas des parties compétentes aux fins de la demande d'injonction.

### Conclusions

Voici en résumé quelles sont mes conclusions quant aux aspects juridictionnels soulevés et débattus à l'audition des questions préliminaires auxquelles ont donné lieu la déclaration et la demande de réparation interlocutoire de la nature d'ordonnances d'injonction.

Cette Cour n'a pas compétence pour accorder réparation contre le ministre des Richesses naturelles (Ontario) défendeur/intimé et c'est à tort que celui-ci a été constitué partie à l'action, laquelle est rejetée

ter is dismissed. The style of cause in this matter, should henceforth be amended to delete reference to that Minister as a party defendant. If costs are requested his costs shall be paid by the plaintiffs on the usual party and party basis.

This Court lacks jurisdiction to grant an interlocutory injunction here sought against Her Majesty the Queen. Moreover, on the evidence adduced by affidavits in support of the application for interlocutory injunction orders, and argument advanced, the Court is not persuaded that there is any basis to issue the order sought against the Minister of Fisheries and Oceans. Further, the Court declines to exercise discretion to issue an injunction order against unnamed "fishery officers".

Since I conclude, for the reasons outlined, that this Court lacks jurisdiction in the case of certain defendants and that it is not appropriate to award injunctive relief as against all others of the defendants to the action who are respondents to the application, the appropriate disposition of the plaintiffs' application is that it be dismissed, with costs to be in the cause as between the plaintiffs and the federal defendants, except costs of the Minister of Natural Resources (Ontario) if he should request them. The federal defendants' motion that they be struck from the plaintiffs' application for injunctive relief is thus, in effect, granted, as provided by separate order.

Finally, while this was not raised at the hearing, it seems to me the action raises questions that may ultimately concern "the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of any province, or of regulations thereunder" within the terms of section 57 of the *Federal Court Act*, as amended [by S.C. 1990, c. 8, s. 19]. In view of this, counsel for the plaintiffs and for the federal defendants are directed to consult concerning the requirements of section 57 and to advise the Court, not later than the date upon which application is made for a date for trial in this matter, whether notice to attorneys general as provided in that section is appropriate and if so how and when it is to be given.

quant à lui. Il y a donc lieu de rectifier l'intitulé de la cause en l'espèce de façon à ce que soit rayé tout renvoi à ce ministre à titre de partie défenderesse. Advenant une demande d'adjudication de dépens, ceux-ci seront à la charge des demandeurs sur la base habituelle des frais entre parties.

Cette Cour n'a pas compétence pour décerner l'injonction interlocutoire demandée en l'espèce contre Sa Majesté la Reine. De plus, au vu des affidavits présentés à l'appui de la requête en ordonnances d'injonction interlocutoire ainsi que des arguments avancés, la Cour n'est pas convaincue d'avoir les éléments lui permettant de décerner l'injonction recherchée contre le ministre des Pêches et des Océans. De plus, la Cour refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire de décerner une ordonnance d'injonction contre des «agents des pêches» innommés.

Étant donné ma conclusion, pour les motifs exposés, que cette Cour n'a pas compétence quant à certains défendeurs et qu'il n'y a pas lieu de décerner une injonction contre tous les autres défendeurs à l'action qui sont intimés à la requête, il convient de rejeter la requête des demandeurs, avec dépens suivant l'issue de la cause entre les demandeurs et les défendeurs fédéraux, à l'exception des dépens du ministre des Richesses naturelles (Ontario) s'il en fait la demande. La requête des défendeurs fédéraux en vue de faire radier leurs noms de la requête en injonction des demandeurs est donc accueillie, conformément à une ordonnance distincte.

Enfin, bien que ce point n'ait pas été débattu à l'audition, il me semble que l'action soulève des questions qui peuvent en définitive concerner «la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel» de lois fédérales ou provinciales ou de leurs textes d'application, au sens de l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, modifiée. Cela étant, les avocats des demandeurs et des défendeurs fédéraux devront se consulter en ce qui a trait aux exigences de l'article 57 et informer la Cour, au plus tard à la date à laquelle sera présentée la demande de fixation de la date du procès en l'espèce, quant à l'opportunité de donner aux procureurs généraux l'avis prévu à cet article et, le cas échéant, quant aux modalités de cet avis et à la date à laquelle il devra être donné.



T-2393-92

**Graham Haig, John Doe and Jane Doe**  
(Applicants)

v.

**Jean-Pierre Kingsley** (Respondent)

INDEXED AS: HAIG v. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER)  
(T.D.)

Trial Division, Joyal J.—Ottawa, October 14 and 19,  
1992.

Constitutional law — Charter of Rights — Democratic rights — Right to vote — Referendum on constitutional reform based on Charlottetown Accord held under federal Referendum Act rules — Quebec conducting separate referendum under provincial law, including six-month residency requirement — Former Ontario resident unable to vote as moved to Quebec two months before referendum — Applicant's position that combined effect of federal and Quebec referendum rules depriving him of right to vote in referendum in violation of Charter rights — Application dismissed — No violation of freedom of expression as right to express views on subject matter retained — Charter, s. 3 right to vote limited to voting at federal or provincial elections, not extending to referenda — Constitutionality of electoral residency requirements well established — Mobility rights not infringed as residency requirements not discriminatory within meaning of Charter, s. 6(3)(a) — Charter, s. 15 equality rights not infringed as alleged discrimination not on ground analogous to enumerated grounds — Public authorities cannot be held accountable for consequences (on right to vote) of particular course of conduct (moving from one province to another) undertaken by applicant before Court.

Elections — Referendum on constitutional reform based on Charlottetown Accord — Referendum held under federal Referendum Act rules — Quebec holding separate referendum under provincial law, including six-month residency requirement — Former Ontario resident unable to vote as moved to Quebec two months before referendum — No violation of Charter, s. 3 (right to vote), s. 6 (mobility rights) or s. 15 (equality rights) — Application for mandamus requiring enumeration, declarations having effect of permitting applicants to vote dismissed.

Judicial review — Equitable remedies — Declarations — Referendum on constitutional reform held under federal Referendum Act except in Quebec, where provincial referendum held

T-2393-92

**Graham Haig et les autres personnes dans une situation semblable** (requérants)

a c.

**Jean-Pierre Kingsley** (intimé)

RÉPERTORIÉ: HAIG c. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES  
b ÉLECTIONS) (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge Joyal—Ottawa, 14  
et 19 octobre 1992.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits démocratiques — Droit de vote — Référendum sur la réforme constitutionnelle fondé sur l'Accord de Charlottetown tenu conformément aux règles d'application de la Loi référendaire fédérale — Le Québec tient un référendum distinct en vertu d'une loi provinciale imposant, à des fins de vote, la résidence depuis six mois — Un ex-résident de l'Ontario est inhabile à voter parce qu'il a déménagé au Québec deux mois avant le référendum — Le requérant soutient que l'effet combiné des règles référendaires fédérales et québécoises qui l'empêche de voter au référendum viole les droits que lui confère la Charte — Rejet de la demande — Aucune violation de la liberté d'expression, le droit d'exprimer des vues sur la question étant intact — Le droit de vote prévu à l'art. 3 de la Charte se limite aux élections fédérales et provinciales, il ne s'étend pas aux référendums — La constitutionnalité des exigences en matière de résidence à des fins de vote est bien établie — Le droit de se déplacer n'est pas violé puisque les exigences en matière de résidence n'établissent pas une distinction au sens de l'art. 6(3)a de la Charte — Les droits à l'égalité conférés par l'art. 15 de la Charte ne sont pas violés puisque la distinction alléguée ne repose pas sur des motifs analogues aux motifs énumérés — Les autorités publiques ne peuvent être tenues responsables des conséquences (sur le droit de vote) d'une ligne de conduite particulière (déplacement du domicile dans une autre province) adoptée par celui qui s'adresse à la Cour.

Élections — Référendum sur la réforme constitutionnelle fondé sur l'Accord de Charlottetown — Tenue du référendum en vertu des règles d'application de la Loi référendaire fédérale — Le Québec tient un référendum distinct en vertu d'une loi provinciale imposant, à des fins de vote, la résidence depuis six mois — Un ex-résident de l'Ontario est inhabile à voter parce qu'il a déménagé au Québec deux mois avant le référendum — Aucune violation des droits conférés par les art. 3 (droit de vote), 6 (droit de se déplacer) et 15 (droits à l'égalité) de la Charte — Rejet de la demande de délivrance d'un bref de mandamus exigeant l'inscription des requérants sur la liste électorale, et rejet de jugements déclaratoires ayant pour effet de leur permettre de voter.

Contrôle judiciaire — Recours en equity — Jugements déclaratoires — Référendum sur la réforme constitutionnelle tenu en vertu de la Loi référendaire fédérale sauf au Québec,

subject to provincial law including six-month residency requirement — Former Ontario resident unable to vote as moved to Quebec two months before referendum — Seeking orders of mandamus, declarations having effect of permitting applicants to vote — Jurisdictional issues: whether Federal Court could determine, under Federal Court Act, s. 18, issue of constitutional validity of federal statutes; and whether Chief Electoral Officer federal board, commission or tribunal against which s. 18 relief available taken under advisement, application denied on merits.

qui tient un référendum distinct en vertu d'une loi provinciale imposant, à des fins de vote, la résidence depuis six mois — Un ex-résident de l'Ontario est inhabile à voter parce qu'il a déménagé au Québec deux mois avant le référendum — Le requérant demande un bref de mandamus et des jugements déclaratoires ayant pour effet de leur permettre de voter — Mise en délibéré des questions de compétence: la Cour fédérale peut-elle statuer, en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale, sur la validité constitutionnelle des lois fédérales?; le directeur général des élections est-il un office fédéral contre lequel il peut être obtenu réparation en vertu de l'art. 18?; rejet de la demande au fond.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2.  
 Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2(b), 3, 6, 15(1).  
 Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 48.  
 Federal Court Rules, C.R.C., c. 663.  
 Proclamation Directing a Referendum Relating to the Constitution of Canada, SI/92-180.  
 Referendum Act, S.C. 1992, c. 30, s. 3.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Allman et al. v. Commissioner of the Northwest Territories* (1983), 50 A.R. 161; 8 D.L.R. (4th) 230; [1984] N.W.T.R. 65 (C.A.); *Kretowicz et al. v. Minister of Employment and Immigration* (1987), 77 N.R. 38 (F.C.A.).

APPLICATION under section 18 of the *Federal Court Act* for various orders which would have the effect of permitting the applicants to vote in the October 26, 1992 referendum on the Constitution. Application dismissed.

##### COUNSEL:

*Philippa E. Lawson* for the applicants.  
*Nicol J. Schultz* and *Jacques Girard* for respondent.

##### SOLICITORS:

*Public Interest Advocacy Centre*, Ottawa, for applicants.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2(b), 3, 6, 15(1).  
 Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2.  
 Loi référendaire, L.C. 1992, ch. 30, art. 3.  
 Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3), 18 (mod., *idem*, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 48.  
 Proclamation soumettant un référendum relatif à la Constitution du Canada, TR/92-180.  
 Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Allman et al. v. Commissioner of the Northwest Territories* (1983), 50 A.R. 161; 8 D.L.R. (4th) 230; [1984] N.W.T.R. 65 (C.A.); *Kretowicz et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 77 N.R. 38 (C.A.F.).

DEMANDE fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* en vue d'obtenir diverses ordonnances qui auraient pour effet de permettre aux requérants de voter au référendum du 26 octobre 1992 sur la Constitution. Demande rejetée.

##### AVOCATS:

*Philippa E. Lawson* pour les requérants.  
*Nicol J. Schultz* et *Jacques Girard* pour l'intimé.

##### PROCUREURS:

*Centre pour la promotion de l'intérêt public*, Ottawa, pour les requérants.

*Fraser & Beatty*, Ottawa, for respondent.

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

JOYAL J.: The applicant, Graham Haig, on his behalf and on behalf of others, moves this Court under section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s.4)] for various alternative orders which would have the effect of permitting him to vote in the forthcoming referendum scheduled for October 26, 1992.

The particular situation in which the applicant finds himself is the result of his having moved, early in August of this year, from his ordinary place of residence in Ontario to a new place of residence in the province of Quebec.

Being no longer an Ontario resident, the applicant is not qualified to vote in Ontario under the provisions of the *Canada Elections Act* [R.S.C., 1985, c. E-2]. At the same time, however, he is not qualified in the separate referendum in the province of Quebec, whose electoral laws, as in all Canadian provinces, impose a six-month residency rule.

The applicant contends that this double proscription creates a breach of his Charter rights, under sections 2, 3, 6 and 15 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]]. The applicant argues that he is entitled to redress from this Court by way of the following remedies:

1. A declaration that the term "elector of a province" as used in section 3 of the *Referendum Act* [S.C. 1992, c. 30] includes a resident who was ordinarily resident of a province at any time in the six-month period prior to the referendum.

2. A *mandamus* order requiring that arrangements be made to have the applicant and others enumerated.

*Fraser & Beatty*, Ottawa, pour l'intimé.

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

LE JUGE JOYAL: Le requérant, Graham Haig, pour son propre compte et pour celui d'autres personnes, demande à cette Cour en vertu de 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)] de rendre diverses ordonnances subsidiaires qui auraient pour effet de lui permettre de voter lors du référendum qui doit être tenu le 26 octobre 1992.

La situation particulière dans laquelle se trouve le requérant tient au fait qu'il a changé de domicile au début d'août cette année, en quittant l'Ontario pour s'établir dans la province de Québec.

Comme il n'est plus un résident de l'Ontario, le requérant n'a pas qualité d'électeur en Ontario en vertu des dispositions de la *Loi électorale du Canada* [L.R.C. (1985), ch. E-2]. En même temps, cependant, il n'est pas admissible à voter dans le cadre du référendum distinct tenu dans la province de Québec, dont les lois électorales, comme c'est le cas pour toutes les provinces canadiennes, imposent la résidence depuis six mois.

Le requérant soutient que cette double interdiction viole les droits que lui confèrent les articles 2, 3, 6 et 15 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]]. Il affirme qu'il a droit à ce que cette Cour lui accorde réparation au moyen des redressements suivants:

1. Un jugement déclaratoire portant que l'expression «corps électoral . . . [d']une . . . [certaine] province» utilisée à l'article 3 de la *Loi référendaire* [L.C. 1992, ch. 30] comprend un résident qui était résident ordinaire d'une province à quelque moment que ce soit au cours des six mois précédant le référendum.

2. Un bref de *mandamus* ordonnant la prise de mesures en vue du recensement du requérant et des autres personnes dans une situation semblable.

3. A declaration that the applicant's Charter rights are otherwise violated.

4. A declaration that Order-in-Council P.C. 1992-2045 [*Proclamation Directing a Referendum Relating to the Constitution of Canada*, SI/92-180] triggering off the referendum vote is unconstitutional in so far as it contravenes paragraph 2(b) and subsection 15(1) of the Charter.

The application was filed in this Court on September 30, 1992. It named Her Majesty the Queen and the Chief Electoral Officer as respondents. On October 5, 1992 counsel for Her Majesty the Queen moved the Court to strike her as a respondent on the grounds that the Court had no jurisdiction under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act* to grant the remedies requested.

The Crown's motion was heard before Mr. Justice Denault on October 7, 1992 and on October 9, 1992 he granted the Crown's motion and issued considered reasons for his order.

A reading of these reasons might have led many to conclude that the applicant had run into rough ground and was facing a situation in which this Court had no jurisdiction to hear the application under section 18.1 of the *Federal Court Act*. It might have been expected, in spite of the time constraints, that the applicant might have taken the more appropriate procedures set out in section 17 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3] and section 48 of the statute.

Concurrently, section 57 [as am. *idem*, s. 19] of the statute, in dealing with constitutional challenges, required that a ten-day notice thereof be sent to the Attorney General of Canada and of each of its provinces. That notice expired on October 11, 1992 and accordingly, the hearing of the motion on its merits could not be scheduled for an earlier date.

A date for that hearing was set for October 13, 1992. On the previous day, the applicant moved to add the Attorney General of Canada as a named respondent. At the October 13 hearing, the Court was again faced with jurisdictional issues. Counsel for the Attorney General in an institutional capacity and not

3. Un jugement déclaratoire portant que les droits conférés au requérant par la Charte ont été par ailleurs violés.

4. Un jugement déclaratoire portant que le décret C.P. 1992-2045 [*Proclamation soumettant un référendum relatif à la Constitution du Canada*, TR/92-180] qui déclenchait le vote référendaire est inconstitutionnel dans la mesure où il contrevient à l'alinéa 2b) et au paragraphe 15(1) de la Charte.

La demande a été déposée auprès de cette Cour le 30 septembre 1992. Elle désignait pour intimés Sa Majesté la Reine et le directeur général des élections. Le 5 octobre 1992, l'avocat de Sa Majesté la Reine a demandé à la Cour par requête la radiation de sa cliente en tant qu'intimée au motif que la Cour n'avait pas la compétence nécessaire, en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour accorder les réparations recherchées.

Le juge Denault a entendu la requête de la Couronne le 7 octobre 1992, et le 9 octobre 1992 il l'a accueillie et il a rendu les motifs de sa décision, après mise en délibéré.

La lecture de ces motifs aurait pu amener bien des lecteurs à conclure que le requérant était dans une impasse et qu'il se trouvait confronté à l'absence de compétence de la Cour pour être saisie de la demande fondée sur l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. On aurait pu s'attendre à ce que le requérant, en dépit du peu de temps disponible, adopte les procédures mieux appropriées des articles 17 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3] et 48 de la loi.

En même temps, l'article 57 [mod., *idem*, art. 19] de la Loi exige, à l'égard des contestations sur le plan constitutionnel, l'envoi d'un avis de dix jours au procureur général du Canada et à celui de chacune des provinces. Cet avis expirant le 11 octobre 1992, l'audition de la requête au fond n'a pu être fixée avant cette date.

La date de cette audition a été fixée au 13 octobre 1992. La veille, le requérant a demandé l'adjonction du procureur général du Canada en qualité d'intimé. À l'audience du 13 octobre, la Cour a encore fait face à des questions de compétence. Par son avocat, le procureur général en cette qualité et non en sa qualité

as party respondent, took the view that the issue before the Court was in essence an attack on the constitutional validity of the federal statutes and by reason of the *Federal Court Act* itself, not by reason of its Rules [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], the Court lacked jurisdiction to determine the issue under section 18. Counsel further argued that judicial review under section 18 was only available against federal boards, commissions and tribunals, which was not the case before the Court.

In the circumstances, I decided, in spite of the message which might be gleaned from Mr. Justice Denault's order of October 9, 1992, to take the jurisdictional issue under advisement and to permit counsel for the applicant to argue the merits of her case, to which counsel for the Chief Electoral Officer would necessarily respond.

If I have gone to some length in reciting the various processes to which the applicant has had to submit, it is perhaps to explain that no issue is ever as simple as it might otherwise appear. The Court is well aware of the time restraints and of the complexities which the applicant's constitutional challenge provokes in the application of our judicial rules, which have never been known for their simplicity. The applicant's position, however, is that he is caught between two stools, that under the Charter he has a right to vote in the forthcoming referendum and that someone, somewhere, will give him the means to do so. In his eyes, as well as in the eyes of others, that is the simple issue and the processes to obtain his remedy are of no concern to him.

It is difficult for a Court, in that kind of situation, to vulgarize the process. It is even more difficult, as in the case before me, to dispense with what appears to some as purely technical aspects of the case and go directly to the substantive issues raised. Yet, these so-called technical aspects are rules of law to which a Court owes as much respect as it does for the prayer of an applicant who feels that his rights as a citizen have been breached and petitions the Court for redress.

de partie intimée, a fait valoir que la question dont était saisie la Cour était essentiellement une contestation de la validité constitutionnelle des lois fédérales et qu'en raison de la *Loi sur la Cour fédérale* elle-même et non de ses Règles [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], la Cour n'avait pas la compétence nécessaire pour statuer sur la question en vertu de l'article 18. L'avocat du procureur général a soutenu en outre que le contrôle judiciaire prévu à l'article 18 n'était disponible qu'à l'égard des décisions des offices fédéraux, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Dans les circonstances, j'ai décidé, en dépit du message que l'on peut déceler dans l'ordonnance rendue par le juge Denault le 9 octobre 1992, de prendre la question de la compétence en délibéré et de permettre à l'avocate du requérant de plaider l'affaire au fond, plaidoirie à laquelle l'avocat du directeur général des élections répondra nécessairement.

Si j'ai relaté en détail la filière qu'a dû suivre le requérant, c'est peut-être pour expliquer qu'une question n'est jamais aussi simple qu'elle peut par ailleurs le sembler. La Cour est très consciente du peu de temps disponible et des complications que la contestation constitutionnelle du requérant provoque dans l'application de nos règles judiciaires, qui n'ont jamais été renommées pour leur simplicité. La position du requérant, toutefois, est qu'il est tombé entre deux chaises, qu'en vertu de la Charte il a le droit de voter au prochain référendum et que quelqu'un, quelque part, lui fournira le moyen de le faire. À ses yeux, et aux yeux des autres, telle est la simple question et la façon d'obtenir satisfaction lui importe peu.

Il est difficile pour un tribunal, dans ce genre de situation, de simplifier la façon dont il faut procéder. Il est encore plus difficile, comme dans l'affaire dont je suis saisi, de négliger ce qui semble être pour certains des aspects relevant purement de la procédure pour passer directement aux questions de fond soulevées. Cependant, ces aspects soi-disant de procédure sont des règles de droit auxquelles la Cour doit témoigner autant de respect qu'aux conclusions d'un requérant qui estime que ses droits de citoyen ont été violés et qui demande réparation auprès de la Cour.

Leaving that aside for the moment, I should make some findings on the detailed and cogent arguments raised by counsel for the applicant and counsel for the Chief Electoral Officer. I speak, of course, of their arguments on the merits. If I should not traverse each and every point raised, it is by reason of necessity in coming to terms quickly with the issues. In this respect, the parties will be aware that the Court is as conscious of and as responsive to the time constraints facing the applicant.

The specific right which the applicant alleges has been breached is found in section 3 of the Charter. There is where the right to vote is enshrined. Section 3 reads as follows:

3. Every citizen of Canada has a right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

The French version tells us that:

3. *Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.*

It is evident that a citizen's right to vote is circumscribed. It is only entrenched when elections to the federal Parliament or to legislative assemblies are held. The section does not on its face, guarantee a right to vote in any other instance when a citizen is invited to cast a ballot.

The French version appears at first blush to provide an unfettered right to vote, yet I should find that on a proper reading of it, the expressions "*droit de vote . . . aux élections législatives fédérales ou provinciales*" are conjunctive and therefore impose the same limitation as in the English text.

This is probably why counsel for the applicant stressed paragraph 2(b) and sections 6 and 15 in support of the alleged breach. Nevertheless, I should think that when the Charter provides generic expressions of certain freedoms, including freedom of expression, or again provides for equality rights under subsection 15(1), regard should be had to more specific kinds of rights, namely the right to vote, as found in section 3. As observed before, this right to

Laissant cela de côté pour l'instant, je dois tirer des conclusions à l'égard des moyens détaillés et convaincants exposés par l'avocate du requérant et par l'avocat du directeur général des élections. Je parle, naturellement, de leurs moyens à l'égard du bien-fondé de l'affaire. Si je ne passe pas en revue chaque point soulevé, c'est par nécessité d'aborder rapidement les questions soulevées. À cet égard, les parties constateront que la Cour est elle aussi consciente du peu de temps dont dispose le requérant et qu'elle y est sensible.

Le droit particulier de l'appelant que ce dernier affirme avoir été violé est celui que lui confère l'article 3 de la Charte. C'est là où le droit de vote est consacré. L'article 3 est libellé comme suit en anglais:

3. *Every citizen of Canada has a right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.*

La version française nous dit ce qui suit:

3. *Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.*

Il est évident que le droit de vote d'un citoyen est limité. Il n'est consacré par la Charte qu'à l'égard d'élections au Parlement fédéral et aux assemblées législatives. D'après son libellé, l'article ne garantit le droit de vote dans aucune autre circonstance où un citoyen est appelé à voter.

À première vue, la version française semble accorder un droit de vote sans restriction, mais j'en conclus que si l'on interprète cet article correctement, les expressions «*droit de vote . . . aux élections législatives fédérales ou provinciales*» sont conjonctives et par conséquent elles imposent les mêmes restrictions que le texte anglais.

C'est probablement la raison pour laquelle l'avocate du requérant a insisté sur l'alinéa 2b) et sur les articles 6 et 15 à l'appui de la violation alléguée. Néanmoins, il me semble que lorsque la Charte exprime certaines libertés de façon générique, y compris la liberté d'expression, ou encore prévoit des droits à l'égalité en vertu du paragraphe 15(1), on doit tenir compte de droits plus précis, à savoir le droit de vote, que l'on trouve à l'article 3. Comme on

vote, as enshrined in the Charter, is limited to voting at federal or provincial elections.

I should also note that the citizens of Quebec are not allowed to vote in the Canadian referendum established by the Referendum Proclamation. Whether or not they should have been included is, in my view, a policy consideration which does not, of itself, raise a justiciable issue. As the applicant is not, as admitted, ordinarily resident in any of the provinces or territories enumerated in the Proclamation, he has, on the face of it, no right to vote in the Canadian referendum.

That the applicant is denied the right to vote in the Quebec referendum, because of a residency rule, a rule which, as we shall see, has been found to be legitimate under Charter guarantees, is to him and others as well a cause for concern. It is a predicament, however, which is often found when the political structure of a community is based on a federal system where both levels of authority enjoy their respective and exclusive jurisdictions. In that respect, I should observe that long before the Referendum Proclamation, the Quebec legislature had provided in Bill 150, in force on June 20, 1991, for a Quebec referendum to be held no later than October 26 of this year. Presumably, it is by way of mutual accommodation that both referendums are being held on the same day.

One would conclude therefore that the applicant is beyond the pale of the applicable federal law and his recourse, if any, might be to Quebec courts. Even there, however, that recourse might be of doubtful assistance to the applicant. Residency requirements were before the Northwest Territories Court of Appeal in the case of *Allman et al. v. Commissioner of the Northwest Territories* (1983), 50 A.R. 161, where the Territories government had proclaimed a plebiscite which, I believe, is the more proper term for the referendum and which imposed a three-year residency rule to qualify to vote.

l'a vu plus haut, ce droit de vote, tel qu'il est consacré par la Charte, se limite aux élections législatives fédérales et provinciales.

<sup>a</sup> Je dois aussi souligner que les citoyens du Québec n'ont pas le droit de voter dans le cadre du référendum canadien établi par la Proclamation référendaire. La question de savoir s'ils auraient dû ou non être admissibles à voter est, à mon avis, une considération de politique qui ne soulève pas, en soi, une question relevant des tribunaux. Comme le requérant n'est pas, <sup>b</sup> comme il l'a reconnu, un résident ordinaire d'aucune province ni d'aucun territoire énumérés dans la Proclamation, il n'a pas, à première vue, le droit de voter au référendum canadien. <sup>c</sup>

<sup>d</sup> Le fait que le requérant est privé du droit de voter au référendum tenu au Québec en raison d'une règle afférente à la résidence, règle qui, comme nous le verrons, a été trouvée légitime au regard des garanties de la Charte, est pour le requérant et pour d'autres personnes dans une situation semblable une cause de souci. C'est toutefois une situation fâcheuse souvent rencontrée lorsque la structure politique d'une collectivité se fonde sur un système fédéral dans lequel les deux paliers de gouvernement ont chacun leur compétence exclusive. À ce sujet, je ferai remarquer que <sup>e</sup> longtemps avant la Proclamation référendaire, la législature du Québec avait prévu dans son projet de loi 150, entré en vigueur le 20 juin 1991, la tenue d'un référendum au Québec au plus tard le 26 octobre de cette année. Il est à présumer que c'est pour des <sup>f</sup> raisons de commodité mutuelle que les deux référendums se tiennent le même jour. <sup>g</sup>

<sup>h</sup> On conclurait par conséquent que le requérant n'est pas visé par la loi fédérale applicable et que son recours, s'il en a un, relèverait des tribunaux du Québec. Même là, cependant, ce recours pourrait être d'une utilité douteuse au requérant. La Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest a été appelée à se prononcer sur les exigences en matière de résidence dans l'affaire *Allman et al. v. Commissioner of the Northwest Territories* (1983), 50 A.R. 161, dans laquelle le gouvernement des Territoires avait proclamé un plébiscite qui est, je crois, un mot plus juste que référendum, et qui imposait une résidence de trois ans pour être admissible à voter. <sup>i</sup> <sup>j</sup>

The Court of Appeal ruled that this provision was not in breach of paragraph 2(b) of the Charter. At page 166, the Court stated:

Viewed in this perspective, it becomes immediately and abundantly clear that the expression of opinion sought by a plebiscite under the *Plebiscite Ordinance* has nothing at all to do with the fundamental freedom of expression guaranteed by the *Canadian Charter*. It does not abridge or abrogate the fundamental freedom of expression previously enjoyed by the applicants as a guaranteed birthright. It is a supplementary forum created by the Territorial Government for its own information purposes. The fact that the applicants were denied the opportunity to participate in a public opinion poll did not detract from their fundamental right to speak out and express their views on the subject matter, whether individually or through the media.

The Court of Appeal also refused to grant the applicants relief under subsection 6(2) of the Charter which guarantees mobility rights. The Court noted such rights were subject to "any laws or practices of general application in force in a province other than those that discriminate among persons primarily on the basis of province of present or previous residence", the quoted words being the exact wording of paragraph 6(3)(a) of the Charter.

With respect to applicant's counsel's argument that there is a breach of subsection 15(1) of the Charter, I can only say that I am not persuaded that the discrimination alleged by the applicant is on a ground analogous to those enumerated in that section.

To respond more favourably to the applicant's claim would be to create a fiction as to residency requirements which, in my respectful view, a Court should not countenance, no matter how aggrieved the applicant should feel about it. The Federal Court of Appeal has stated, in the case of *Kretowicz et al. v. Minister of Employment and Immigration* (1987), 77 N.R. 38, that public authorities cannot be held accountable for the consequences of a particular course of conduct undertaken by a supplicant before the Court. Such consequences often flow when citizens of a province in Canada decide to move to another province where for purposes of a provincial election, they cannot comply with minimum residency requirements.

La Cour d'appel a statué que cette disposition ne violait pas l'alinéa 2b) de la Charte. La Cour a dit à la page 166:

[TRADUCTION] Vue dans cette perspective, il devient immédiatement et des plus clairs que l'expression d'opinion recherchée par le plébiscite en vertu de la *Plebiscite Ordinance* n'a absolument rien à voir avec la liberté fondamentale d'expression garantie par la *Charte canadienne*. Elle ne restreint ni ne révoque la liberté fondamentale d'expression dont jouissaient auparavant les requérants comme d'un droit de naissance. Il s'agit d'un tribunal de l'opinion publique supplémentaire créé par le gouvernement territorial à ses propres fins de renseignement. Le fait que l'on ait refusé aux requérants la possibilité de participer au sondage populaire ne diminue pas leur droit fondamental de se faire entendre et d'exprimer leurs vues sur le sujet, que ce soit individuellement ou par le truchement des médias.

La Cour d'appel a aussi refusé d'accorder une réparation aux requérants en vertu du paragraphe 6(2) de la Charte, qui garantit le droit de se déplacer. La Cour a souligné que de tels droits sont assujettis [TRADUCTION] «aux lois et aux usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle», les mots cités étant exactement ceux du libellé de l'alinéa 6(3)a) de la Charte.

Pour ce qui est de l'argument de l'avocate du requérant selon lequel il y aurait violation du paragraphe 15(1) de la Charte, je dirai que je ne suis pas convaincu que la discrimination dont fait état le requérant soit fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés dans cette section.

Une réponse plus favorable aux prétentions du requérant se trouverait à créer une fiction à l'égard des exigences en matière de résidence, ce qu'avec égards j'estime qu'un tribunal ne devrait pas sanctionner, peu importe la mesure dans laquelle le requérant s'estime lésé. La Cour d'appel fédérale a statué dans l'arrêt *Kretowicz et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 77 N.R. 38, que les autorités publiques ne peuvent être tenues responsables des conséquences d'une ligne de conduite particulière adoptée par un demandeur devant les tribunaux. Ces conséquences se présentent souvent lorsque des citoyens d'une province canadienne décident d'aller habiter une autre province dans laquelle il leur est impossible, aux fins d'une élection provin-



If this principle should apply with respect to election for members of legislative assemblies, it would be unconscionable not to make it applicable to a referendum where the voting is not of the kind specifically guaranteed in section 3 of the Charter.

I should therefore conclude that the applicant has not successfully established a breach of his rights under paragraph 2(b), and sections 3, 6 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The parties, I hope, will appreciate that in these conclusions, briefly expressed, I am cognizant of the practicalities involved with time running out. It might be obvious to many that the issues raised might be deserving of a hearing and enquiry by the Federal Court of Appeal. I am also aware that the applicant is in a quandary as to the further procedure to be followed, i.e. a section 17 claim with a concurrent application for special directions to expedite a trial or an appeal from this order to the Federal Court of Appeal.

For purposes of enabling the applicant to seek such further redress, I should find that I have jurisdiction under section 18 to deal with the substantive issues but that I should otherwise dismiss the applicant's Charter challenge.

An order is issued accordingly.

ciale, de respecter les exigences minimales en matière de résidence.

Si ce principe devait s'appliquer à l'égard du droit de vote aux élections législatives provinciales, il serait impensable de ne pas l'appliquer à un référendum dans lequel le droit de vote n'est pas du genre expressément garanti à l'article 3 de la Charte.

Je dois par conséquent conclure que le requérant n'a pas réussi à établir la violation des droits que lui confèrent l'alinéa 2b) et les articles 3, 6 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les parties comprendront, je l'espère, que dans ces brèves conclusions je suis conscient des problèmes pratiques que pose le peu de temps disponible. Il pourrait être évident à plusieurs que les questions soulevées mériteraient une audience et des recherches de la part de la Cour d'appel fédérale. Je me rends aussi compte que le requérant ne sait trop quelle autre procédure il doit choisir, c'est-à-dire une action fondée sur l'article 17 avec une demande simultanée en vue d'obtenir des directives spéciales pour accélérer le procès ou un appel de cette ordonnance auprès de la Cour d'appel fédérale.

Pour permettre au requérant de chercher une autre réparation, je vais conclure que j'ai compétence en vertu de l'article 18 pour statuer sur les questions de fond mais que je dois par ailleurs rejeter la contestation de l'appelant fondée sur la Charte.

Une ordonnance est rendue en conséquence.

A-1340-92

**Graham Haig, John Doe, and Jane Doe**  
(Appellants) (Respondents)

v.

**Her Majesty the Queen** (Respondent) (Applicant)  
A-1363-92

**Graham Haig, John Doe, and Jane Doe**  
(Appellants) (Applicants)

v.

**Jean-Pierre Kingsley** (Chief Electoral Officer)  
(Respondent) (Respondent)

*INDEXED AS: HAIG v. CANADA (C.A.)*

Federal Court of Appeal, Hugessen, Stone and  
Décary J.J.A.—Ottawa, October 19 and 20, 1992.

*Constitutional law — Charter of Rights — Democratic rights — Right to vote — 1992 referendum on constitutional reform — Federal referendum held under federal Referendum Act rules — In Quebec, referendum subject to provincial law, including six-month residency requirement — Former Ontario resident unable to vote as moved to Quebec two months before referendum — Appellant arguing combined effect of federal and Quebec referendum rules depriving him of right to vote in violation of Charter rights — Fact appellant unable to vote result of provincial legislation — Court unable to give remedy — Chief Electoral Officer can assert no historical privilege or immunity against claims under Charter.*

*Elections — 1992 referendum on constitutional reform — Federal referendum held under federal Referendum Act rules — In Quebec, referendum subject to provincial law, including six-month residency requirement — Former Ontario resident unable to vote as moved to Quebec two months before referendum — In essence, appellant arguing Charter rights impaired by Quebec legislation — Not matter on which Court can give remedy — Chief Electoral Officer can assert no historical privilege or immunity against claims under Charter.*

*Judicial review — Equitable remedies — Declarations — 1992 referendum on constitutional reform — Appellant arguing combined effect of federal and Quebec referendum rules depriving him of right to vote in violation of Charter rights — Chief Electoral Officer “federal board, commission or other*

A-1340-92

**Graham Haig et les autres personnes dans une situation semblable** (appelants) (intimés)

a c.

**Sa Majesté la Reine** (intimée) (requérante)

A-1363-92

**Graham Haig et les autres personnes dans une situation semblable** (appelants) (intimés)

c.

**Jean-Pierre Kingsley** (Directeur général des élections) (intimé) (intimé)

*RÉPERTOIRE: HAIG c. CANADA (C.A.)*

**Cour d'appel fédérale, juges Hugessen, Stone et Décary J.C.A.**—Ottawa, 19 et 20 octobre 1992.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits démocratiques — Droit de vote — Référendum de 1992 sur la réforme constitutionnelle — Référendum fédéral tenu selon les règles d'application de la Loi référendaire fédérale — Au Québec, le référendum est régi par la loi provinciale, qui exige notamment la résidence depuis six mois — Un ancien résident de l'Ontario est inhabile à voter parce qu'il a déménagé au Québec deux mois avant le référendum — L'appellant soutient que les règles fédérales et du Québec en matière de référendum ont pour effet combiné de le priver de son droit de vote en violation des droits que lui confère la Charte — Le fait que l'appellant ne peut voter est attribuable à la législation provinciale — La Cour ne peut accorder une réparation — Le directeur général des élections ne peut revendiquer aucun privilège historique ni aucune immunité contre des réclamations fondées sur la Charte.*

*Élections — Référendum de 1992 sur la réforme constitutionnelle — Référendum fédéral tenu selon les règles d'application de la Loi référendaire fédérale — Au Québec, le référendum est régi par la loi provinciale, qui exige notamment la résidence depuis six mois — Un ancien résident de l'Ontario est inhabile à voter parce qu'il a déménagé au Québec deux mois avant le référendum — Essentiellement, l'appellant soutient que la législation du Québec porte atteinte aux droits que lui confère la Charte — La Cour ne peut accorder de réparation à cet égard — Le directeur général des élections ne peut revendiquer aucun privilège historique ni aucune immunité contre les réclamations fondées sur la Charte.*

*Contrôle judiciaire — Recours en equity — Jugements déclaratoires — Référendum de 1992 sur la réforme constitutionnelle — L'appellant soutient que les règles fédérales et du Québec en matière de référendum ont pour effet combiné de le priver de son droit de vote en violation des droits que lui con-*

tribunal" within Federal Court Act, s. 18 — Chief Electoral Officer can assert no historical privilege or immunity against claims under Charter.

*Practice — Parties — Joinder — Citizen seeking relief from denial of right to vote in referendum on constitutional reform — Alleging breach of Charter rights — Attorney General of Canada properly added as respondent where case raising issue of Charter adequacy of federal legislation or order in council adopted thereunder.*

Appellant, Haig, wanted to vote in the October 1992 referendum on constitutional reform based on the Charlottetown Accord. He had moved from Ontario to Quebec in August 1992. The referendum was to be held according to federal rules across Canada except in Quebec where a parallel referendum was to take place according to provincial law, which included a six-month residency requirement. Taken together, the federal and provincial rules in effect disqualified the appellant, and others in the same situation, from voting in the referendum. Because of the residency requirements, he could vote neither in Ontario nor in Quebec. The appellant contended that this double proscription violated his Charter rights.

The first appeal is against an order striking out the Queen as a respondent in the appellant's section 18 proceedings. The second is against two orders dismissing the proceedings on the merits and dismissing the appellant's application to amend by adding the Attorney General of Canada as a respondent. The Chief Electoral Officer cross appealed against the assumption of jurisdiction by the Judge below.

*Held* (Décary J.A. dissenting), the appeal should be allowed in part to permit the adding of the Attorney General of Canada as a respondent both here and in the Trial Division; the appeal against the order dismissing the proceedings on their merits and the cross appeal as to jurisdiction should be dismissed. The appeal against the order striking out the Queen as a respondent should be quashed as moot.

*Per* Hugessen J.A. (Stone J.A. concurring): The deprivation of the appellant's right to vote flowed exclusively from the operation of provincial legislation. There was no constitutional impropriety in a federal order in council requiring a referendum to be held in some but not all of the provinces and territories. Nor was there anything constitutionally objectionable in the federal government agreeing to allow one province to conduct its own referendum in accordance with its own rules. This Court could not provide a remedy on a complaint that the appellant's Charter rights were impaired by Quebec legislation.

The decision refusing leave to add the Attorney General of Canada was wrong. The Chief Electoral Officer was a "federal board, commission or other tribunal" against which the relief sought herein is specifically authorized by section 18. The Attorney General of Canada is likewise expressly authorized to

*fère la Charte — Le directeur général des élections est un «office fédéral» au sens de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale — Le directeur général des élections ne peut revendiquer aucun privilège historique ni aucune immunité contre les réclamations fondées sur la Charte.*

*a* *Pratique — Parties — Jonction — Un particulier recherche une réparation contre le déni de son droit de voter au référendum sur la réforme constitutionnelle — Il allègue la violation des droits que lui confère la Charte — Le procureur général du Canada est constitué à bon droit intimé lorsque l'affaire sou-*  
*b* *lève la question de la régularité d'une loi fédérale ou d'un décret pris sous son régime par rapport à la Charte.*

L'appellant, Haig, voulait voter au référendum de 1992 sur la réforme constitutionnelle fondée sur l'Accord de Charlottetown. Il avait quitté l'Ontario pour le Québec en août 1992. Le référendum devait être tenu selon les règles fédérales dans tout le pays sauf au Québec, où un référendum parallèle devait avoir lieu selon la loi provinciale, qui exigeait notamment la résidence depuis six mois. Combinées, les règles fédérales et du Québec avaient pour effet d'empêcher l'appellant et d'autres personnes dans une situation semblable de voter au référendum. En raison des exigences de résidence, il ne pouvait voter ni en Ontario ni au Québec. L'appellant a soutenu que cette double interdiction violait les droits que lui confère la Charte.

Le premier appel attaque une ordonnance supprimant la Reine à titre d'intimée dans les procédures de l'appellant fondées sur l'article 18. Le second attaque deux ordonnances rejetant ces procédures sur le fond et la demande de modification de l'appellant visant à joindre le procureur général du Canada à titre d'intimé. Le directeur général des élections a interjeté un appel incident contestant la compétence du juge de première instance.

*f* *Arrêt* (le juge Décary, J.C.A., étant dissident): l'appel devrait être accueilli en partie pour permettre la jonction du procureur général du Canada comme intimé ici et en première instance; l'appel contre l'ordonnance rejetant les procédures sur le fond et l'appel incident portant sur la compétence devraient être rejetés. L'appel contre l'ordonnance radiant la Reine comme intimée devrait être annulé comme étant sans intérêt pratique.

Le juge Hugessen, J.C.A., (le juge Stone, J.C.A., souscrit aux motifs): La négation du droit de vote de l'appellant découle exclusivement de l'application de la loi provinciale. Il n'y a rien d'irrégulier sur le plan constitutionnel à ce qu'un décret fédéral exige la tenue d'un référendum dans certains territoires et provinces, mais non dans tous. De même, il n'y a rien de répréhensible du point de vue constitutionnel à ce que le gouvernement fédéral permette qu'une province tienne son propre référendum suivant ses propres règles. Cette Cour ne peut apporter de réparation à la plainte voulant que les droits garantis de l'appellant aient été violés par la loi québécoise.

La décision refusant l'autorisation d'ajouter le procureur général du Canada est erronée. Le directeur général des élections est un «office fédéral» contre lequel la réparation recherchée en l'espèce est précisément autorisée par l'article 18. Le procureur général du Canada est de la même façon expressé-

be made a party to such proceedings and is, in any event, a proper respondent and necessary party where, as here, there is a question of the Charter adequacy of federal legislation or of an order in council adopted thereunder. Since this case could go further, this Court should eliminate any purely procedural roadblocks to its doing so, as the Court is allowed to do by the recent amendments to the *Federal Court Act*.

The appeal from the order striking out the Queen as respondent had become moot and should be quashed.

This Court's decision in *Canada (Human Rights Commission) v. Lane* made it clear that the Chief Electoral Officer could assert no historical privilege or statutory immunity against claims under the *Canadian Human Rights Act*, and that must also be the case with regard to claims founded on the Charter, the fundamental law of Canada.

*Per* Décaré J.A. (dissenting): If those in the appellant's situation were to be denied the right to vote in the October 26 referendum, Canadian citizens would be denied their right to vote for the sole reason that political purposes and convenience have led the Government of Canada to hold what is truly a national referendum in the territories and nine provinces only, on the assumption that the tenth province, Quebec, would hold a referendum the very same day on the very same question. It was a truly national referendum and not a referendum where the question is put only to the electors of one or more provinces. All Canadians eligible to vote under the *Canada Elections Act* should be eligible to do so in a national referendum held pursuant to the adopted provisions of the *Canada Elections Act*. The Government of Canada was required to make sure that every Canadian who would have been qualified to vote in the national referendum—had it been held in Quebec as everywhere else under the federal legislation—would be able somehow and somewhere to express his preference as promised by the Prime Minister in an August 28, 1992 House of Commons address. In adopting the *Referendum Act* and in issuing the Referendum Proclamation, Parliament did not intend to deprive any Canadian citizen of the right to vote in the upcoming national referendum.

If the appellant were denied his right to vote in the referendum, his freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter would be infringed, and so would his right to the equal benefit of the law guaranteed by Charter section 15.

The source of the infringement of the appellant's rights, would not be the Quebec legislation but the federal legislation which would have failed to take into account, for the purposes of a national referendum, the existing differences in provincial legislation with respect to electors' qualifications.

ment autorisé à être constitué partie à des procédures de ce genre, et en tout état de cause, il convient qu'il soit un intimé et il doit être constitué partie lorsque, comme en l'espèce, il est question de la régularité d'une loi fédérale ou d'un décret pris sous le régime de cette loi par rapport à la Charte. Puisque cette affaire peut être portée devant une instance supérieure, cette Cour devrait éliminer tout obstacle purement procédural qui l'en empêcherait, comme elle est autorisée à le faire par les récentes modifications apportées à la *Loi sur la Cour fédérale*.

L'appel interjeté contre l'ordonnance radiant la Reine comme intimée est devenu théorique et devrait être annulé.

La décision de cette Cour dans l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Lane* montre clairement que le directeur général des élections ne peut revendiquer aucun privilège historique ni aucune immunité conférée par la loi contre des réclamations fondées sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et il doit aussi en être ainsi pour les réclamations fondées sur la Charte, la loi fondamentale du Canada.

Le juge Décaré, J.C.A. (dissident): Si l'on devait refuser aux personnes dans une situation semblable à celle de l'appelant le droit de voter au référendum du 26 octobre, on se trouverait à priver des citoyens canadiens de leur droit de vote au seul motif que des fins politiques et des raisons de commodité ont conduit le gouvernement du Canada à tenir ce qui est véritablement un référendum national dans neuf provinces seulement, dans l'hypothèse que la dixième province, le Québec, tiendrait un référendum le même jour sur précisément la même question. Il s'agissait véritablement d'un référendum national et non d'un référendum où une question n'est soumise qu'aux électeurs d'une ou plusieurs provinces. Tous les Canadiens ayant qualité d'électeurs en vertu de la *Loi électorale du Canada* devraient être admissibles à voter dans le cadre d'un référendum national tenu conformément aux dispositions adoptées de la *Loi électorale du Canada*. Le gouvernement du Canada était tenu de s'assurer que tous les Canadiens qui auraient été admissibles à voter dans le cadre du référendum national s'il avait été tenu au Québec comme partout ailleurs conformément à la législation fédérale, seraient capables d'exprimer sa préférence comme l'a promis le Premier ministre lorsqu'il s'est adressé à la Chambre des communes le 28 août 1992. En adoptant la *Loi référendaire* et en faisant la proclamation qui a suivi, le Parlement n'entendait pas priver quelque citoyen canadien que ce soit de son droit de voter dans le cadre du futur référendum national.

Si l'appelant était privé de son droit de voter au référendum, sa liberté d'expression garantie à l'alinéa 2b) de la Charte serait atteinte, de même que son droit au même bénéfice de la loi garanti à l'article 15 de la Charte.

La source de la violation des droits de l'appelant ne serait pas la loi du Québec, mais plutôt la loi fédérale qui n'aurait pas tenu compte, aux fins d'un référendum national, des distinctions qui existent dans les lois provinciales à l'égard des qualités exigées des électeurs.

The term "elector of a province" in subsection 3(1) of the *Referendum Act* should be interpreted as including in a particular province persons ordinarily resident of that province on enumeration day and who do not qualify under the residency requirements of the province, but who were ordinarily resident in that province at any time in the six-month period prior to the referendum. The Chief Electoral Officer should be ordered to exercise his duties accordingly and within his powers under *Canada Elections Act*, subsection 9(1), "to adopt any of the provisions of the Act . . . to such extent as he considers necessary to meet the exigencies of the situation".

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, ss. 9(1), 50, 54, 55(2).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2, 3, 15.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.4(2) (as enacted *idem*, s. 5), 48.  
*Proclamation Directing a Referendum Relating to the Constitution of Canada*, SI/92-180.  
*Referendum Act*, S.C. 1992, c. 30, s. 3(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada (Human Rights Commission) v. Lane*, [1990] 2 F.C. 327; (1990), 67 D.L.R. (4th) 745; 13 C.H.R.R. D/568; 107 N.R. 124 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; [1990] 4 W.W.R. 481; (1990), 68 Man. R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 65; 77 C.R. (3d) 1; 109 N.R. 81; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1992] 3 F.C. 192 (C.A.); *R. v. S.(S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; 77 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 79; 110 N.R. 321; 41 O.A.C. 81; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.

#### AUTHORS CITED

Canada. *House of Commons Debates*, Vol. 132, 3rd Sess., 34th Parl., 8 September 1992, at page 12732.

APPEALS from orders ([1992] 3 F.C. 602 and [1992] 3 F.C. D-32) denying the appellant relief from

L'expression «corps électoral» au paragraphe 3(1) de la *Loi référendaire* devrait s'interpréter comme si elle comprenait dans une province donnée les électeurs qui en sont des résidents ordinaires à la date du recensement, et qui n'ont pas qualité d'électeur en vertu des exigences de cette province en matière de résidence, mais qui étaient résidents ordinaires de cette province à quelque moment que ce soit au cours des six mois précédant le référendum. Il devrait être ordonné au directeur général des élections d'exercer ses fonctions en conséquence et conformément aux pouvoirs que lui confère le paragraphe 9(1) de la *Loi électorale du Canada*, «d'adapter une des dispositions de la Loi . . . dans la mesure où il le juge nécessaire pour faire face aux exigences de la situation».

#### 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2, 3, 15.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.  
*Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 9(1), 50, 54, 55(2).  
*Loi référendaire*, L.C. 1992, ch. 30, art. 3(1).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3), 18 (mod. *idem*, art. 4), 18.4(2) (édicte *idem*, art. 5), 48.  
*Proclamation soumettant un référendum relatif à la Constitution du Canada*, TR/92-180.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Canada (Commission des droits de la personne) c. Lane*, [1990] 2 C.F. 327; (1990), 67 D.L.R. (4th) 745; 13 C.H.R.R. D/568; 107 N.R. 124 (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; [1990] 4 W.W.R. 481; (1990), 68 Man. R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 65; 77 C.R. (3d) 1; 109 N.R. 81; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Native Women's Assn. of Canada c. Canada*, [1992] 3 C.F. 192 (C.A.); *R. c. S.(S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; 77 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 79; 110 N.R. 321; 41 O.A.C. 81; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.

#### DOCTRINE

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 132, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> Lég., 8 septembre 1992, à la page 12732.

APPELS interjetés à l'encontre d'ordonnances ([1992] 3 C.F. 602 et [1992] 3 C.F. F-40) refusant à

deprivation of the right to vote in the October 26, 1992 referendum on constitutional reform based on the Charlottetown Accord. Appeal allowed in part, to permit addition of the Attorney General of Canada as a respondent both here and in the Trial Division; the appeal against the order dismissing the proceedings on their merits and the cross appeal on the question of jurisdiction are dismissed. The appeal against the order striking out the Queen as a respondent is quashed as moot.

## COUNSEL:

*Philippa E. Lawson* for appellants.  
*J. M. Aubry, Q.C.* and *R. Morneau* for respondent Her Majesty the Queen.  
*Nicol J. Schultz* and *Holly McManus* for respondent Jean-Pierre Kingsley, Chief Electoral Officer.

## SOLICITORS:

*Public Interest Advocacy Centre*, Ottawa, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Her Majesty the Queen.  
*Fraser & Beatty*, Ottawa, for respondent Jean-Pierre Kingsley, Chief Electoral Officer.

*The following are the reasons for judgment delivered orally in English by*

HUGESSEN J.A.: We are seized with two appeals. The first is against an order of Denault J. striking out the Queen as a respondent in the appellant's section 18 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)] proceedings. The second is against two orders of Joyal J. dismissing those proceedings on their merits and, apparently as a consequence thereof, dismissing appellant's application to amend so as to add the Attorney General of Canada as a respondent. The respondent the Chief Electoral Officer has cross appealed against the assumption of jurisdiction over the matter by Joyal J.

The appellant is a Canadian citizen over the age of 18 and not subject to any legal disability. In August of this year he moved from Ottawa, Ontario to Hull,

l'appelant une réparation à l'égard de la négation de son droit de voter au référendum du 26 octobre sur la réforme constitutionnelle fondé sur l'Accord de Charlottetown. Appel accueilli en partie, pour permettre l'adjonction du procureur général du Canada en qualité d'intimé ici et en première instance; l'appel interjeté contre l'ordonnance rejetant les procédures au fond et l'appel incident portant sur la compétence sont rejetés. L'appel interjeté contre l'ordonnance radiant la Reine comme intimée est annulé parce qu'il est théorique.

## AVOCATS:

*Philippa E. Lawson* pour les appelants.  
*J. M. Aubry, c.r.*, et *R. Morneau* pour l'intimée Sa Majesté la Reine.  
*Nicol J. Schultz* et *Holly McManus* pour l'intimé Jean-Pierre Kingsley, directeur général des élections.

## PROCUREURS:

*Centre pour la promotion de l'intérêt public*, Ottawa, pour les appelants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée Sa Majesté la Reine.  
*Fraser & Beatty*, Ottawa, pour l'intimé Jean-Pierre Kingsley, directeur général des élections.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par*

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Nous sommes saisis de deux appels. Le premier attaque une ordonnance du juge Denault qui supprime la Reine à titre d'intimée dans les procédures de l'appelant fondées sur l'article 18 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)]. Le second attaque deux ordonnances du juge Joyal qui a rejeté ces procédures sur le fond et, apparemment comme conséquence de ce rejet, a rejeté la demande de modification qu'a présentée l'appelant pour joindre le procureur général du Canada à titre d'intimé. L'intimé, le directeur général des élections, interjette un appel incident qui conteste la compétence du juge Joyal sur l'affaire.

L'appelant est un citoyen canadien de plus de 18 ans jouissant de la capacité de voter. En août dernier, il a déménagé d'Ottawa (Ontario) à Hull (Québec),

Quebec, just across the river. Because he is no longer a resident of Ontario he cannot vote in that province in the federal referendum to be held on October 26 in nine provinces and two territories. Because he has not resided in Quebec for six months he cannot vote in the provincial referendum to be held in that province on the same date and on the same question. He seeks declaratory and other relief against the Chief Electoral Officer (and by amendment, as indicated, against the Attorney General of Canada) by way of section 18 proceedings.

I am of the view that Joyal J. clearly reached the right conclusion on the merits. To the extent that the appellant's rights under sections 2, 3 and 15 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] may have been denied to him by depriving him as a citizen of Canada and a resident of Quebec of the right to vote in the forthcoming referendum, such denial and such deprivation in my view flow exclusively from the operation of provincial legislation. While it is no doubt true that it is the federal order in council [*Proclamation Directing a Referendum Relating to the Constitution of Canada*, SI/92-180] restricting the federal referendum to all provinces and territories other than Quebec which has created the background for the appellant's present situation, it remains that it is the Quebec legislation alone which is at the root of his complaint. He does not now reside in any province in which the federal referendum is being held and the federal legislation does not affect him one way or the other. As a resident of Quebec he is subject to that province's referendum legislation and it is solely that legislation which denies him the right to vote. To put the matter more precisely, he cannot dispute the fact that as a resident of Quebec the federal legislation does not permit him to vote in some other province; rather, his complaint is that he cannot vote in his province of residence which is Quebec. The fact is that this is the result of provincial legislation alone.

Under the *Referendum Act*<sup>1</sup> the Governor in Council may order the holding of a referendum to obtain the opinion of "the electors of Canada or of one or more provinces" on a "question relating to the Con-

<sup>1</sup> S.C. 1992, c. 30.

sur l'autre rive de la rivière. Parce qu'il ne réside plus en Ontario, il ne peut pas voter dans cette province au référendum fédéral qui aura lieu le 26 octobre dans neuf provinces et deux territoires. Parce qu'il ne réside pas au Québec depuis six mois, il ne peut voter au référendum provincial le même jour sur la même question. Par voie de procédures fondées sur l'article 18, il demande un jugement déclaratoire contre le directeur général des élections (et, par la modification indiquée, contre le procureur général du Canada).

Je suis d'avis que le juge Joyal est nettement arrivé à la bonne conclusion sur le fond. Dans la mesure où, en privant l'appelant, en tant que citoyen canadien et résident du Québec, du droit de voter au prochain référendum, on nie les droits que lui reconnaissent les articles 2, 3 et 15 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], j'estime que cette négation et cette privation découlent exclusivement de l'application de la loi provinciale. Bien qu'il soit tout à fait exact que c'est le décret fédéral [*Proclamation soumettant un référendum relatif à la Constitution du Canada*, TR/92-180] limitant le référendum fédéral à toutes les provinces et tous les territoires autres que le Québec qui a tissé la toile de fond de la situation dans laquelle se trouve l'appelant, il demeure que c'est la loi québécoise à elle seule qui est à la source de sa plainte. Il ne réside présentement dans aucune province où le référendum fédéral sera tenu et la loi fédérale ne le touche d'aucune façon. Résident du Québec, il est assujéti à la loi référendaire de cette province et seule cette loi lui nie le droit de vote. Plus précisément, il ne peut contester que, en tant que résident du Québec, la loi fédérale ne lui permet pas de voter dans une autre province; il se plaint plutôt de ne pas pouvoir voter dans sa province de résidence, le Québec. En fait, c'est la loi provinciale à elle seule qui produit ce résultat.

En vertu de la *Loi référendaire*<sup>1</sup>, le gouverneur en conseil peut ordonner la tenue d'un référendum pour obtenir l'opinion du «corps électoral canadien... dans une ou plusieurs provinces» sur une «question

<sup>1</sup> L.C. 1992, ch. 30.

stitution of Canada" (subsection 3(1)). The Act establishes a scheme for voting on the question which is based on and adapted from the *Canada Elections Act*.<sup>2</sup> That scheme, like that for holding federal elections, is very largely based on considerations of geography: provinces are divided into electoral districts which are in turn divided into polling divisions. To be entitled to vote at an election, an elector, besides being qualified, must have his or her name included on the list of electors in the polling division in which he or she resides. That is so for a referendum as well: one votes in the province, electoral district and polling division of one's residence.

Furthermore, because a referendum is limited to constitutional questions, and because the amending formula (and indeed the Constitution itself) envisages processes and substantive rules which may differ according to the province or number of provinces involved, it is entirely normal that different questions may be put to the electors in one or more provinces or that a question may be put to the electors in some provinces but not others.<sup>3</sup> Moreover, there is nothing in the federal legislation which gives binding effect to the majority answer to any question; that fact, however, does not prevent a province or territory, by appropriate provincial action, agreeing to be bound by such answer (as we were told has actually happened in British Columbia and Alberta).

In such circumstances, and against this background, there is no constitutional impropriety in a federal order in council requiring a referendum to be held in some but not all of the provinces. By the same token there is nothing constitutionally objectionable in the federal government agreeing to allow one or more provinces to conduct their own referendums in accordance with their own rules. That is what has happened here.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. E-2.

<sup>3</sup> The Constitution of Canada may and does contain different provisions regarding different provinces; the provinces themselves may and do have different constitutions which they alone can amend; the Constitution of Canada itself may be amended by Parliament acting together with one or several or all of the legislatures depending on the circumstances.

relative à la Constitution du Canada» (paragraphe 3(1)). La Loi établit un mode de scrutin sur la question inspiré, après adaptation, de la *Loi électorale du Canada*.<sup>2</sup> Ce mode, comme celui prévu pour la tenue d'élections fédérales, s'appuie beaucoup sur des considérations d'ordre géographique: les provinces sont divisées en circonscriptions elles-mêmes divisées en sections de vote. Pour avoir droit de voter, une personne doit, en plus d'avoir qualité d'électeur, figurer sur la liste électorale de la section de vote dans laquelle elle réside. La situation est la même pour un référendum: l'électeur vote dans la province, la circonscription et la section de vote de sa résidence.

En outre, parce qu'un référendum est limité à des questions constitutionnelles et que la formule d'amendement (et la Constitution elle-même quant à cela) envisage des procédures et des règles de fond qui peuvent varier suivant la province ou le nombre de provinces en cause, il est tout à fait normal que des questions différentes puissent être soumises aux électeurs dans une ou plusieurs provinces ou qu'une question puisse être soumise aux électeurs dans certaines provinces et non dans d'autres<sup>3</sup>. De plus, rien dans la loi fédérale ne donne un caractère obligatoire à la réponse de la majorité à une question; cela n'empêche toutefois pas une province ou un territoire d'accepter, par des mesures provinciales appropriées, d'être liés par cette réponse (ce qui est le cas en Colombie-Britannique et en Alberta, nous dit-on).

Dans ces circonstances et dans ce contexte, il n'y a rien d'irrégulier sur la plan constitutionnel à ce qu'un décret fédéral exige la tenue d'un référendum dans certaines provinces, mais non dans toutes. De même, il n'y a rien de répréhensible du point de vue constitutionnel à ce que le gouvernement fédéral permette qu'une ou plusieurs provinces tiennent leur propre référendum suivant leurs propres règles. C'est ce qui s'est produit en l'espèce.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. E-2.

<sup>3</sup> La Constitution du Canada peut contenir, et contient effectivement, des dispositions différentes concernant différentes provinces; les provinces elle-mêmes peuvent avoir, et ont effectivement, des constitutions différentes qu'elles sont les seules à pouvoir modifier; la Constitution du Canada elle-même peut être modifiée par le Parlement agissant avec une seule, avec plusieurs ou avec la totalité des assemblées législatives selon les circonstances.



At bottom, the appellant's complaint is that his Charter rights have been impaired by the Quebec legislation; that is not a matter on which this Court can give him a remedy. The application for judicial review was accordingly properly dismissed.

As far as concerns that part of Joyal J.'s decision refusing leave to add the Attorney General of Canada I think, with respect, that he was wrong. The Chief Electoral Officer falls within the definition of "federal board, commission or other tribunal" and declaratory and other relief of the type here sought against him is specifically authorized by section 18. The complaint is that he has failed or neglected to exercise the power and jurisdiction which are his to apply and adapt the law so as to allow persons in the appellant's position to vote in a referendum which is not being held in their province of residence. That allegation is a proper ground of section 18 relief. The Attorney General of Canada is likewise expressly authorized to be made a party to such proceedings and is, in any event, a proper respondent and necessary party where, as here, there is a question of the Charter adequacy of federal legislation or of an order in council adopted thereunder. Whether or not the application is well founded as against either respondent is of course nothing to the point on the question of jurisdiction.

Subsection 18(3) effects a change in the law which existed prior to February 1, 1992 and makes it plain that declaratory relief of this type is henceforward to be obtained only on an application for judicial review. Subsection 18.4(2) [as enacted *idem*, s. 5] allows the Court, in an appropriate case, to order that the application proceed as an action. That provision, which has not been invoked in this case, is a legislative response to the concerns expressed in some of the cases arising prior to February 1, 1992 to the effect that an application for judicial review did not provide appropriate procedural safeguards where declaratory relief was sought. Since this case may go further, we should eliminate any purely procedural roadblocks to its doing so.

Essentiellement, l'appelant se plaint que la loi québécoise porte atteinte aux droits que lui reconnaît la Charte; notre Cour ne peut lui accorder de réparation sur ce point. C'est donc à bon droit que la demande de contrôle judiciaire a été rejetée.

Quant à la partie de la décision du juge Joyal qui refuse l'autorisation d'ajouter le procureur général du Canada, je crois, avec égards, qu'elle est erronée. Le directeur général des élections relève de la définition d'«office fédéral», et le jugement déclaratoire et les autres redressements du genre demandés ici contre lui sont précisément autorisés par l'article 18. On se plaint qu'il a omis ou négligé d'exercer le pouvoir et la compétence qu'il possède d'appliquer et adapter la loi de manière à permettre aux gens dans la situation de l'appelant de voter dans un référendum qui n'est pas tenu dans leur province de résidence. Cette allé- gation est un bon motif de réparation en vertu de l'article 18. De même, le procureur général du Canada est expressément autorisé à être constitué partie à des procédures de ce genre et, de toute façon, il convient qu'il soit un intimé et il doit être constitué partie lorsque, comme en l'espèce, il est question de la régularité d'une loi fédérale, ou d'un décret pris sous le régime de cette loi, par rapport à la Charte. Le bien-fondé de la demande contre l'un ou l'autre intimé n'a évidemment rien à voir avec la question de compétence.

Le paragraphe 18(3) modifie le droit existant antérieurement au 1<sup>er</sup> février 1992 et énonce clairement qu'un jugement déclaratoire de ce genre ne peut dorénavant être obtenu que par présentation d'une demande de contrôle judiciaire. Le paragraphe 18.4(2) [édicte *idem*, art. 5] permet à la Cour, si elle l'estime indiqué, d'ordonner que la demande soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. Cette disposition, qui n'a pas été invoquée en l'espèce, est une réponse du législateur aux préoccupations exprimées dans certaines affaires antérieures au 1<sup>er</sup> février 1992 suivant lesquelles une demande de contrôle judiciaire ne fournissait pas de garanties procédurales suffisantes lorsqu'on recherchait un jugement déclaratoire. Puisque la présente affaire peut être portée devant une instance supérieure, nous devrions éliminer tout obstacle purement procédural qui l'en empêcherait.

If the appeal from Joyal J.'s order on the procedural point is allowed, however, the appeal from Denault J.'s order on the earlier related point becomes moot and should be quashed.

As far as concerns the Chief Electoral Officer's cross appeal, this Court's decision in *Lane*<sup>4</sup> makes it clear that he can assert no historical privilege or statutory immunity against claims under the *Canadian Human Rights Act*.<sup>5</sup> *A fortiori* must this be the case with regard to claims which are founded in the Charter, the fundamental law of Canada. For reasons of convenience, practicality and necessity courts have traditionally acted with restraint in matters relating to the conduct of elections and we will continue to do so. This, however, is a matter of the judicious exercise of discretion in the fashioning (and even in the granting) of certain remedies. It does not and cannot restrict the Court's jurisdiction, power and duty to take cognizance of alleged denials of constitutional rights at election time. The cross appeal should accordingly fail.

I would allow the appeal in part and permit the adding of the Attorney General of Canada as a respondent both here and in the Trial Division; I would otherwise dismiss the appeal and cross appeal against the order of Joyal J. and would quash as moot the appeal against the order of Denault J. I would make no order as to costs.

STONE J.A.: I agree.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment delivered orally in English by*

DÉCARY J.A. (*dissenting*): I agree with my brother Hugessen that the Federal Court has jurisdiction and that both the Attorney General of Canada and the Chief Electoral Officer are proper parties to these

<sup>4</sup> *Canada (Human Rights Commission) v. Lane*, [1990] 2 F.C. 327.

<sup>5</sup> R.S.C., 1985, c. H-6.

Si toutefois l'appel interjeté contre l'ordonnance du juge Joyal sur la question de procédure est accueilli, l'appel de l'ordonnance du juge Denault sur la question connexe antérieure devient théorique et devrait être annulé.

Quant à l'appel incident du directeur général des élections, la décision *Lane*<sup>4</sup> de notre Cour montre clairement que le directeur ne peut revendiquer aucun privilège historique ni aucune immunité conférée par la loi contre des réclamations fondées sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>5</sup>. À plus forte raison doit-il en être ainsi quand il s'agit de réclamations fondées sur la Charte, la loi fondamentale du Canada. Pour des raisons de commodité, d'ordre pratique et de nécessité, les tribunaux ont traditionnellement agi avec retenue dans les affaires relatives à la tenue d'élections et nous continuerons de le faire. C'est toutefois une question d'exercice judiciaire de discrétion dans la manière de façonner (et même d'accorder) certaines réparations. Cela ne restreint ni ne peut restreindre la compétence, le pouvoir et le devoir de la Cour de prendre connaissance d'allégations de négation de droits reconnus par la Constitution en temps d'élection. L'appel incident devrait par conséquent échouer.

J'accueillerais l'appel en partie et autoriserais la jonction du procureur général du Canada comme intimé ici et en première instance; je rejetterais par ailleurs l'appel et l'appel incident interjetés contre l'ordonnance du juge Joyal et annulerais, parce que théorique, l'appel interjeté contre l'ordonnance du juge Denault. Je n'adjugerais aucuns dépens.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je suis d'accord.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par*

LE JUGE DÉCARY, J.C.A. (*dissident*): Je suis d'accord avec mon collègue le juge Hugessen pour dire que la Cour fédérale a compétence et que le procureur général du Canada et le directeur général des

<sup>4</sup> *Canada (Commission des droits de la personne) c. Lane*, [1990] 2 C.F. 327.

<sup>5</sup> L.R.C. (1985), ch. H-6.

proceedings. I cannot, however, share his views on the merits of the case.

The fact, simply put, if the appellant is to be denied his right to vote in the October 26 referendum, is that Canadian citizens would be denied their right to vote for the sole reason that political purposes and convenience have led the Government of Canada to hold what is truly a national referendum in nine provinces only, on the assumption and certitude that the tenth province, i.e. Quebec, would hold a referendum the very same day on the very same question. I believe I can take judicial notice of the political realities that have dictated that line of conduct and I have no quarrels with these political realities inasmuch as they do not translate into legislation or orders in council that violate a citizen's right to vote in such a referendum.

That the referendum is truly a national referendum and that it deals with a major and vital issue confronting all Canadians in whatever province they reside is illustrated by these words spoken by the Prime Minister of Canada in the House of Commons, on September 8, 1992 (page 12732) when putting before the House the document entitled Consensus Report on the Constitution, Charlottetown, August 28, 1992:

This constitutional package provides a framework within which we are able to move ahead as a united nation, diverse and different it is true, yet one nation. And now the referendum ensures that every person of voting age in Canada will have an opportunity to express his or her preference.

The question is deeper and more profound and more important than that. Basically, the referendum relates to an appreciation of what it means to be a Canadian, . . .

It is now time for all of us to find it in our hearts and in our souls to say without hesitation or doubt . . .

A rose by any other name would smell as sweet and not to treat this referendum as a national referendum is, in my respectful view, to refuse to call a spade a spade. It cannot be this kind of referendum Parliament had in mind, in adopting the *Referendum Act* (the Act), S.C. 1992, c. 30 in June, 1992, when it provided in subsection 3(1) that the question could be

élections sont à juste titre parties à ces procédures. Je ne saurais toutefois partager ses vues sur le fond de l'affaire.

En effet, si l'on devait refuser à l'appelant le droit de voter au référendum du 26 octobre on se trouverait, tout simplement, à priver des citoyens canadiens de leur droit de vote au seul motif que des fins politiques et des raisons de commodité ont conduit le gouvernement du Canada à tenir ce qui est véritablement un référendum national dans neuf provinces seulement, dans l'hypothèse et la certitude que la dixième province, c'est-à-dire le Québec, tiendrait un référendum le même jour sur précisément la même question. Je crois pouvoir admettre d'office les réalités politiques qui ont dicté cette ligne de conduite, et je ne les mets en question que dans la mesure où elles se traduisent par des mesures législatives ou des décrets qui violent le droit des citoyens de voter dans le cadre d'un tel référendum.

Le fait qu'il s'agit véritablement d'un référendum national et qu'il porte sur une question majeure et vitale touchant tous les Canadiens, quelle que soit la province où ils résident, est illustré par les propos suivants du Premier ministre du Canada à la Chambre des communes, le 8 septembre 1992 (page 12732), lorsqu'il a déposé à la Chambre un document intitulé Rapport du consensus sur la Constitution, Charlottetown, 28 août 1992:

Les propositions constitutionnelles offrent un cadre qui nous permettra de poursuivre notre chemin dans l'unité comme pays diversifié mais par-dessus tout, solidaire. Et maintenant, le référendum fournit à tout citoyen en âge de voter l'occasion d'exprimer sa préférence.

La question est plus profonde et plus importante que ça. Essentiellement, le référendum porte sur l'évaluation de ce que signifie être Canadien, . . .

Le moment est venu pour chacun de nous d'avoir le coeur de dire, sans hésitation ni doute, . . .

Il ne s'agit pas de faire de la sémantique; ne pas considérer ce référendum comme étant un référendum national c'est, à mon humble avis, refuser d'appeler les choses par leur nom. Il ne peut s'agir du genre de référendum auquel songeait le Parlement, en adoptant la *Loi référendaire* (la Loi), L.C. 1992, ch. 30 en juin 1992, lorsqu'il a prévu au paragraphe 3(1)

put only to "the electors of one or more provinces". This is not a referendum of the kind alluded to by my brother Hugessen in his reasons.

One might be expected to assume that all Canadians eligible to vote under the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2 would be eligible to vote in a national referendum held pursuant to the adopted provisions of the *Canada Elections Act*. This is particularly so when the *Referendum Act* has adopted without any modifications the elector's qualifications set out in sections 50 and following of the *Canada Elections Act*.

Assuming that the Government of Canada can consider a referendum held in a given province organized by that province according to the laws of that province as a part of its national referendum, I do not believe it can do so without making sure that all Canadians who would have been qualified to vote in the national referendum had it been held in that province as everywhere else under the federal legislation, would be able somehow and somewhere to register their vote.

It is clear, in my view, that Parliament, in adopting the *Referendum Act*, and the Governor in Council, in issuing the proclamation under subsection 3(1) of the Act on September 17, 1992, did not intend to deprive any Canadian citizen of his right to vote in the upcoming national referendum. Yet, if the Chief Electoral Officer's interpretation is to be retained, this is exactly what will happen to the appellant.

If the appellant is denied his right to vote in the referendum, his freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter would be infringed (see *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at pages 1185-1186; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at page 976, where Dickson C.J. stated that freedom of expression encourages "participation in social and political decision-making"; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1992] 3 F.C. 192 (C.A.), where Mahoney J.A., for the Court, held, at page 211, that "communicating one's

que la question pouvait être posée seulement «dans une ou plusieurs provinces». Il ne s'agit pas d'un référendum du genre dont parle mon collègue le juge Hugessen dans ses motifs.

<sup>a</sup> On pourrait penser que tous les Canadiens ayant qualité d'électeurs en vertu de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2 seraient admissibles à voter dans le cadre d'un référendum national tenu conformément aux dispositions adoptées de la *Loi électorale du Canada*. C'est particulièrement le cas si <sup>b</sup> l'on tient compte que la *Loi référendaire* a adopté sans modifications les qualités exigées des électeurs énumérées aux articles 50 et suivants de la *Loi électorale du Canada*. <sup>c</sup>

En présumant que le gouvernement du Canada puisse considérer qu'un référendum, tenu dans une province donnée et organisé par cette province selon <sup>d</sup> les lois de cette dernière, fait partie de son référendum national, je ne crois pas qu'il puisse le faire sans s'assurer que tous les Canadiens qui auraient été admissibles à voter dans le cadre du référendum national s'il avait été tenu dans cette province comme <sup>e</sup> partout ailleurs conformément à la législation fédérale, seraient capables d'une façon ou d'une autre et en un lieu quelconque de voter.

<sup>f</sup> Il me semble évident que le Parlement, en adoptant la *Loi référendaire*, et le gouverneur en conseil, en faisant la proclamation en vertu du paragraphe 3(1) de la Loi le 17 septembre 1992, n'entendaient pas priver quelque citoyen canadien que ce soit de son droit de voter dans le cadre du futur référendum national. Cependant, si l'on doit retenir l'interprétation du directeur général des élections, c'est précisément ce qui arrivera à l'appelant.

<sup>g</sup> Si l'appelant est privé de son droit de voter dans le cadre du référendum, la liberté d'expression que lui garantit l'alinéa 2b) de la Charte s'en trouvera atteinte (voir le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 aux pages 1185 et 1186; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 à la page 976; dans ce pourvoi, le juge en chef Dickson a dit que la liberté d'expression encourage «la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique»; *Native Women's Ass. of Canada c. Canada*, [1992] 3 C.F. 192 (C.A.) dans laquelle le juge Maho-

constitutional views to the public and to governments is unquestionably an expressive activity protected by paragraph 2(b)". The appellant's right to the equal benefit of the law guaranteed by section 15 of the Charter would also be infringed. In *R. v. S.(S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, at page 289, Dickson C.J. expressly agreed with a statement by Wilson J. in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at page 1333, that in some circumstances a person's province of residence could be a personal characteristic of the individual or group capable of constituting a ground of discrimination. The circumstances, here, warrant such a finding.

I take issue with the view that the appellant's rights have been infringed by the Quebec legislation. Electors' qualifications in a Quebec referendum had been defined for a long time and must have been known to Parliament when, in June 1992, it adopted its own legislation. The existing Quebec legislation is at first glance perfectly valid legislation and I doubt very much whether the appellant could have had any success had he chosen to challenge that legislation in Quebec courts.

The source of the infringement, should the appellant be denied his rights, would not be the Quebec legislation but, rather, the federal legislation which would have failed to take into account for the purposes of a national referendum the existing differences in provincial legislation with respect to electors' qualifications.

Parliament and the Governor in Council being presumed to act in conformity with the Charter, and it being a rule that courts will only make findings of unconstitutionality where there is no other alternative, I am of the view that the statutory interpretation suggested by the appellant is a convoluted yet appropriate way to resolve this difficult issue without putting in jeopardy the holding of the referendum.

The term "elector of a province" has not been defined in subsection 3(1) of the *Referendum Act*, nor in the order in council. Considering that pursuant to subsection 55(2) of the *Canada Elections Act*, the rules respecting the residence of electors "shall be

ney, J.C.A., a conclu, au nom de la Cour (page 211) que «faire connaître ses opinions en matière constitutionnelle au public et aux gouvernements est incontestablement une activité relevant de l'expression, protégée à l'alinéa 2b)». Le droit de l'appelant au même bénéfice de la loi garanti à l'article 15 de la Charte serait aussi violé. Dans *R. c. S.(S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254 à la page 289, le juge en chef Dickson s'est montré expressément d'accord avec le juge Wilson lorsqu'elle a dit, dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296 à la page 1333 que dans des circonstances particulières, la province de résidence d'une personne pourrait être une caractéristique personnelle d'un individu ou d'un groupe d'individus susceptible de constituer un motif de discrimination. Or, les circonstances de l'espèce justifient une telle conclusion.

Je ne saurais partager l'opinion que la loi du Québec a enfreint les droits de l'appelant. Les qualités exigées des électeurs dans le cadre d'un référendum au Québec sont définies depuis longtemps et elles devaient être connues du Parlement lorsque, en juin 1992, il a adopté sa propre mesure législative. La loi actuelle du Québec est, à première vue, parfaitement valide et je doute fort que l'appelant aurait eu gain de cause s'il avait tenté de la contester devant les tribunaux du Québec.

Si l'appelant devait être privé de ses droits, la violation n'aurait pas sa source dans la loi du Québec, mais plutôt dans la loi fédérale qui n'aurait pas tenu compte, aux fins d'un référendum national, des distinctions qui existent dans les lois provinciales à l'égard des qualités exigées des électeurs.

Comme le Parlement et le gouverneur en conseil sont présumés agir en conformité avec la Charte, et puisque la règle veut que les tribunaux ne concluent à l'inconstitutionnalité qu'en l'absence de toute autre possibilité, j'estime que l'interprétation de la loi proposée par l'appelant est une façon contournée mais néanmoins appropriée de résoudre cette difficile question sans compromettre la tenue du référendum.

L'expression «corps électoral» n'est pas définie au paragraphe 3(1) de la *Loi référendaire* ni dans le décret. Puisqu'en vertu du paragraphe 55(2) de la *Loi électorale du Canada* les règles visant la résidence des électeurs s'appliquent «en se référant à toutes les

determined by reference to all the facts of the case” and considering that the *Canada Elections Act*, at section 50 gives the right to vote to all Canadian citizens who have attained the age of eighteen years, it is open to the Court, in my view, where a national referendum is held in the ten provinces but where the Federal Government has agreed to allow a given province’s legislation to supersede its own, to interpret the term “elector” of a province as used in section 3 of the *Referendum Act*, as including in a particular province electors who are ordinarily resident of that given province on enumeration date and who do not qualify under the residency requirements of the latter, but who were ordinarily resident in that particular province at any time in the six-month period prior to the referendum, provided, of course, as is made clear in section 54 of the *Canada Elections Act*, that no elector may be an elector in more than one province. I realize that this interpretation is somewhat stretched but it is the only one, in my view, that is possible in the circumstances if the referendum is to be validly held and if the appellant is to be allowed to cast his vote. This Court is the next-to-last resort of Canadian citizens who desperately seek a way to participate in a national referendum of great concern to them and to the Canadian population. I have no hesitation to stretch the law to a permissible extent in order to accommodate them.

I would therefore grant the declaration in the way stated above as against the Attorney General of Canada.

I would also order the Chief Electoral Officer to exercise his duties in conformity with the above declaration and to take the appropriate steps, if time permits, pursuant to the powers given to him in subsection 9(1) of the *Canada Elections Act*, to “adapt any of the provisions of the Act to the execution of its intent, to such extent as he considers necessary to meet the exigencies of the situation”. I appreciate the practical difficulties associated with this order and this is why the order is expressly made subject to time constraints. The appellant by his own admission does not seek to delay or to prevent the holding of the referendum and what I am ordering the Chief Electro-

circstances du cas», et puisque la *Loi électorale du Canada*, à l’article 50, donne le droit de vote à tous les citoyens canadiens ayant atteint l’âge de dix-huit ans, il est à mon sens loisible à la Cour, lorsqu’un référendum national est tenu dans les dix provinces et que le gouvernement fédéral a accepté que la loi d’une province donnée remplace la sienne, d’interpréter l’expression «corps électoral» utilisée à l’article 3 de la *Loi référendaire* comme si elle comprenait dans une certaine province les électeurs qui sont des résidents ordinaires de la province donnée à la date du recensement et qui n’ont pas qualité d’électeur en vertu des exigences de cette province en matière de résidence, mais qui étaient néanmoins des résidents ordinaires de cette province à quelque moment que ce soit au cours des six mois précédant le référendum, pourvu, évidemment, comme il ressort clairement de l’article 54 de la *Loi électorale du Canada*, qu’aucun électeur puisse avoir qualité d’électeur dans plus d’une province. Je me rends compte que cette interprétation est quelque peu élastique, mais elle est la seule, à mon avis, qui soit possible dans les circonstances si le référendum doit être validement tenu et si l’appelant doit être autorisé à voter. Cette Cour constitue l’avant dernière instance pour les citoyens canadiens qui cherchent désespérément le moyen de participer à un référendum national revêtant une grande importance pour eux et pour la population canadienne. Aussi, je n’hésite nullement à donner de l’extension à la loi dans une mesure permise afin de leur permettre de voter.

Je rendrais donc un jugement déclaratoire de la façon susmentionnée contre le procureur général du Canada.

J’ordonnerais aussi au directeur général des élections d’exercer ses fonctions en conformité avec le jugement déclaratoire exposé plus haut et de prendre les mesures appropriées, si le temps le permet, conformément aux pouvoirs que lui confère le paragraphe 9(1) de la *Loi électorale du Canada*, pour «adapter une des dispositions de la présente loi à la réalisation de son objet, dans la mesure où il le juge nécessaire pour faire face aux exigences de la situation». Je me rends compte des difficultés d’ordre pratique liées à cet ordre; c’est pourquoi il est donné expressément sous réserve du temps disponible. De son propre aveu, l’appelant ne cherche pas à retarder

ral Officer to do, is to do what he can reasonably do in the little time remaining to allow the appellant and those in a like situation to exercise their right to vote in the October 26, 1992 referendum.

I would allow the appeal from Joyal J. and grant costs throughout to the appellant as against the Attorney General of Canada.

ni à prévenir la tenue du référendum, aussi ce que j'ordonne au directeur général des élections, c'est de faire ce qu'il peut raisonnablement faire dans le peu de temps qui reste pour permettre à l'appellant et à tous ceux qui se trouvent dans une situation semblable d'exercer leur droit de vote dans le cadre du référendum du 26 octobre 1992.

J'accueillerais l'appel interjeté contre la décision du juge Joyal et j'accorderais à l'appellant les dépens dans toutes les cours contre le procureur général du Canada.

T-1793-92

T-1793-92

**Eye Masters Limited (Plaintiff)****Eye Masters Limited (demanderesse)**

v.

c.

**Ross King Holdings Ltd., carrying on business as Shopper's Optical (Defendant)****Ross King Holdings Ltd., faisant affaire sous la raison sociale de Shopper's Optical (défenderesse)***INDEXED AS: EYE MASTERS LTD. v. ROSS KING HOLDINGS LTD. (T.D.)**RÉPERTORIÉ: EYE MASTERS LTD. c. ROSS KING HOLDINGS LTD. (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Reed J.—Vancouver, September 2 and 9, 1992.

Section de première instance, juge Reed—Vancouver, 2 et 9 septembre 1992.

*Injunctions — Application for interlocutory injunction in action for trade mark infringement — Defendant's advertising comparing plaintiff's optical service unfavourably with own — Threshold tests of serious issue to be tried, irreparable harm — Plaintiff's argument advertisement infringing use of trade mark associated with services, whereas trademark on goods not so protected, giving rise to serious issue — Applicant need only raise doubt whether damages adequate remedy, need not prove irreparable harm will actually result — Woods exception, requiring strong prima facie case where injunction dispositive of issue in principal action, not applying where situation created by respondent — That advertising campaign to expire before trial defendant's own decision — Damage to plaintiff's goodwill greater than defendant's increased sales, as some customers likely to go elsewhere.*

*Injonctions — Demande d'injonction interlocutoire présentée dans une action en contrefaçon de marque de commerce — La publicité de la défenderesse compare défavorablement les services optiques de la demanderesse à ses propres services — Critères préliminaires de la question sérieuse à trancher et du préjudice irréparable — L'argument de la demanderesse selon lequel la publicité porte atteinte à l'emploi d'une marque de commerce liée à des services, alors que la marque de commerce apposée sur des marchandises n'est pas ainsi protégée, donne lieu à une question sérieuse à trancher — La requérante a seulement à soulever un doute que des dommages-intérêts ne soient une réparation suffisante, elle n'a pas à prouver qu'un préjudice irréparable s'ensuivrait réellement — L'exception adoptée dans l'affaire Woods, qui exige une forte apparence de droit lorsque l'injonction tranche le litige dans l'action principale, ne s'applique pas lorsque l'intimée a créé la situation en cause — C'est la défenderesse qui a elle-même décidé de mettre fin à la campagne de publicité avant le procès — Le préjudice causé à l'achalandage de la demanderesse est plus grand que l'accroissement des ventes de la défenderesse, puisqu'il est probable que certains clients s'adressent ailleurs.*

*Trade marks — Infringement — Comparative advertising of optical services naming competitor by trade mark, implying inferior value — Whether infringement of right to exclusive use under Act, s. 19 — Whether depreciating goodwill of mark contrary to s. 22(1) — Comparative advertising not infringement of trade mark used in association with goods — Where trade mark used in association with services, comparative advertising may constitute infringing use — Serious issue to be tried.*

*Marques de commerce — Contrefaçon — Une publicité comparative de services optiques nomme un concurrent au moyen de sa marque de commerce, faisant allusion à une valeur inférieure — Y a-t-il eu atteinte au droit à l'emploi exclusif prévu à l'art. 19 de la Loi? — Y a-t-il eu diminution de la valeur de l'achalandage attaché à la marque contrairement à l'art. 22(1)? — La publicité comparative ne constitue pas une contrefaçon de marque de commerce employée en liaison avec des marchandises — Lorsqu'une marque de commerce est employée en liaison avec des services, la publicité comparative peut constituer un emploi incriminé — Question sérieuse à trancher.*

This was an application for an interlocutory injunction in an action for infringement of a trade mark. The plaintiff and the defendant are competing retail opticians. The defendant took out advertisements in which a model is depicted, frowning, wearing the plaintiff's glasses, the price of which is stated to be \$208 and, smiling, wearing the defendant's glasses at a price of \$107. The plaintiff argues that, in naming it by its trade mark, "Eye Masters," the defendant infringes that mark, contrary to section 19 of the *Trade-marks Act*. It further argues

Il s'agit d'une demande d'injonction interlocutoire présentée dans une action en contrefaçon de marque de commerce. La demanderesse et la défenderesse sont des opticiennes de détail concurrentes. La défenderesse s'est procuré des publicités dans lesquelles on voit un mannequin froncer les sourcils, porter les lunettes de la demanderesse, dont le prix est mentionné comme étant de 208 \$, et sourire, porter les lunettes de la défenderesse dont le prix affiché était de 107 \$. La demanderesse prétend que, en la nommant au moyen de sa marque de commerce,



that the advertisement depreciates the value of the goodwill attaching to the mark, contrary to subsection 22(1), and that it constitutes a false or misleading statement under paragraph 7(a).

*Held*, an interlocutory injunction should issue.

The first test an application for an interlocutory injunction must pass is that there be a serious issue to be tried. The advertisement could be said to be directed at the goodwill of the plaintiff's business, not the goodwill of the mark itself. Further, it is clear that trade marks can be used in comparative advertising of goods without infringement of the mark. However, subsection 4(2) of the Act provides that, where the mark relates to services, advertising is a use; and it has been held that the question whether this protects a mark used with services, as contra-distinguished from a mark used on goods, gives rise to a serious issue to support the grant of an interlocutory injunction. The *Woods* exception, which requires, for situations in which the disposition of the application for injunction will be dispositive of the issue between the parties, that there be a strong *prima facie* case, does not apply where that situation is created by the respondent. That the advertising campaign here is to end after three months is the defendant's choice. The Court assumes, for the purpose of an interlocutory proceeding, the constitutionality of the statutory provisions upon which the application is based.

To pass the second test, irreparable harm not compensable in damages, the applicant need not prove that irreparable harm is bound to occur. It is sufficient if there is doubt as to the adequacy of damages as a remedy. Here, both parties are in a position where damages are an unsatisfactory remedy, as it is difficult to quantify either the monetary effect of an advertising campaign or that of not having the campaign. In such a case, if the effect of an injunction is to postpone the date upon which a person is able to embark on a course of action not previously open to him, the *status quo* should be preserved. The damage done to plaintiff's goodwill by defendant's campaign is likely to exceed the benefit to defendant, as there will be some customers, dissuaded from dealing with the plaintiff, who will go to other opticians.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 321.1 (as enacted by SOR/88-221, s. 7; SOR/92-43, s. 4), 474 (as am. by SOR/79-57, s. 14).

*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 4, 7(a), 19, 22(1).

«Eye Masters», la défenderesse contrefait cette marque, contrairement à l'article 19 de la *Loi sur la marque de commerce*. Elle prétend en outre que la publicité diminue la valeur de l'achalandage attaché à la marque, en violation du paragraphe 22(1) et qu'elle constitue une déclaration fautive et trompeuse en application de l'alinéa 7a).

*Jugement*: il y a lieu de rendre une injonction interlocutoire.

Le premier critère qu'une demande d'injonction interlocutoire doit respecter est qu'il doit exister une question sérieuse à trancher. On pourrait dire que la publicité vise, non pas l'achalandage de la marque elle-même, mais celui de l'entreprise de la demanderesse. De plus, il est clair qu'on peut employer des marques de commerce dans la publicité comparative de marchandises sans pour autant contrefaire la marque. Toutefois, le paragraphe 4(2) de la Loi prévoit que, lorsque la marque se rapporte à des services, la publicité constitue un emploi; et il a été décidé que la question de savoir si cela protège une marque employée avec des services, par opposition à une marque apposée sur des marchandises, donne lieu à une question sérieuse en vue de l'octroi d'une injonction interlocutoire. L'exception adoptée dans l'affaire *Woods*, qui exige, dans les cas où statuer sur la demande d'injonction interlocutoire tranchera le litige entre les parties, qu'il existe une forte apparence de droit, ne s'applique pas lorsque c'est l'intimée qui a créé la situation. Le fait que la campagne de publicité en l'espèce doit prendre fin après trois mois relève du choix de la défenderesse. La Cour présume, aux fins d'une procédure interlocutoire, la constitutionnalité des dispositions législatives sur lesquelles repose la demande.

Pour respecter le second critère, c'est-à-dire qu'un préjudice irréparable ne saurait être réparé au moyen de dommages-intérêts, la requérante n'a pas à prouver qu'un préjudice irréparable doit avoir lieu. Il suffit qu'on doute du caractère adéquat des dommages-intérêts en tant que réparation. En l'espèce, les deux parties se trouvent dans une situation où des dommages-intérêts constituent une réparation insatisfaisante, puisqu'il est difficile de quantifier ou bien la conséquence monétaire d'une campagne de publicité ou bien celle entraînée par l'absence de cette campagne. Dans un tel cas, si une injonction a pour conséquence de remettre la date à laquelle une personne est en mesure de faire un choix qui ne s'offrait pas à elle auparavant, il y a lieu de préserver le statu quo. Il est probable que le préjudice causé à l'achalandage de la demanderesse par la campagne de la défenderesse dépasse l'avantage que celle-ci en tire, puisqu'il y aura des clients qui, amenés à ne plus traiter avec la demanderesse, s'adresseront à d'autres opticiens.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 4, 7a), 19, 22(1).

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 321.1 (éditée par DORS/88-221, art. 7; DORS/90-846, art. 8); DORS/92-43, art. 4), 474 (mod. par DORS/79-57, art. 14).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.); *B.C. (A.G.) v. Wale*, [1987] 2 W.W.R. 331; (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 333; [1987] 2 C.N.L.R. 36 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al.*, [1968] 2 Ex.C.R. 552; (1968), 38 Fox Pat. C. 176.

## DISTINGUISHED:

*NWL Ltd v Woods*, [1979] 3 All ER 614 (H.L.).

## REFERRED TO:

*Purolator Courier Ltd. v. Mayne Nickless Transport Inc.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 391; 37 F.T.R. 215 (F.C.T.D.); *Purolator Courier Ltd. v. Canadian Pacific Express & Transport Ltd.*, Court file No. 33310/88, Sirois J., judgment dated 25/11/88, Ont. H.C., not reported.

## AUTHORS CITED

Field-Marsham, M. "Limitations on the Use of Trade-Marks in Comparative Advertising" *Intellectual Property News*, Spring 1991.

APPLICATION for interlocutory injunction in principal action for infringement of trade mark. Application allowed.

## COUNSEL:

*Robert A. Millar and Keith E. Spencer* for plaintiff.  
*R. A. Easton and Lance A. Turlock* for defendant.

## SOLICITORS:

*Russell & DuMoulin*, Vancouver, for plaintiff.  
*Swinton & Company*, Vancouver, for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.: The plaintiff seeks an interlocutory injunction to prevent the defendant referring to its trade mark in comparative advertising. The plaintiff and the defendant are both engaged in the retail sale of eyeglasses, contact lens and related optical prod-

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.); *B.C. (A.G.) v. Wale*, [1987] 2 W.W.R. 331; (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 333; [1987] 2 C.N.L.R. 36 (C.A.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al.*, [1968] 2 R.C.É. 552; (1968), 38 Fox Pat. C. 176.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*NWL Ltd v Woods*, [1979] 3 All ER 614 (H.L.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Purolator Courier Ltd. c. Mayne Nickless Transport Inc.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 391; 37 F.T.R. 215 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Purolator Courier Ltd. v. Canadian Pacific Express & Transport Ltd.*, n° du greffe 33310/88, juge Sirois, jugement en date du 25-11-88, H.C. Ont., non publié.

## DOCTRINE

Field-Marsham, M. «Limitations on the Use of Trade-Marks in Comparative Advertising» *Intellectual Property News*, printemps 1991.

DEMANDE d'injonction interlocutoire présentée dans une action principale en contrefaçon de marque de commerce. Demande accueillie.

## AVOCATS:

*Robert A. Millar et Keith E. Spencer* pour la demanderesse.  
*R. A. Easton et Lance A. Turlock* pour la défenderesse.

## PROCUREURS:

*Russell & DuMoulin*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Swinton & Company*, Vancouver, pour la défenderesse.

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

LE JUGE REED: La demanderesse sollicite une injonction interlocutoire qui interdirait à la défenderesse de mentionner sa marque de commerce dans des publicités comparatives. La demanderesse et la défenderesse s'occupent toutes les deux de la vente

ucts. The defendant formed the opinion that as between it and the plaintiff, the plaintiff charged much higher prices for the products being sold.

The defendant purchased advertising which is designed to call attention to this alleged state of affairs. The advertising shows the same model, in two photographs which are placed side by side. In one of the photographs the model is frowning and the printing at the top of the photograph reads: "Eye Masters [Ltd.], \$208 Reg. Price . . ." In the other photograph the model is smiling and the printing at the top of the photograph reads: "Shopper's Optical, \$107 Reg. Price . . ." Above the two photographs in large letters is "COMPARE THE VALUE—SHOPPER'S OPTICAL". The model is wearing similar-looking eyeglasses in the two photographs. The eyeglasses are not identical and there is considerable dispute between the parties as to their respective quality.

The plaintiff seeks an interlocutory injunction to prevent the defendant using its trade mark "Eye Masters" in this advertisement on the ground that it is an infringement of the plaintiff's right to the exclusive use of its trade mark. This it enjoys pursuant to section 19 of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13. It is also argued that the advertisement offends subsection 22(1) of the Act:

22. (1) No person shall use a trade mark registered by another person in a manner that is likely to have the effect of depreciating the value of the goodwill attaching thereto.

And the plaintiff alleges that the defendant's actions are an infringement of paragraph 7(a) of the Act:

7. No person shall

(a) make a false or misleading statement tending to discredit the business, wares or services of a competitor . . .

The argument on this interlocutory application focused on sections 19 and 22. Indeed it would be difficult, on the basis of the material filed, to make an

au détail de lunettes, de verres de contact et de produits optiques connexes. La défenderesse est d'avis que les prix de la demanderesse sont beaucoup plus élevés que les siens pour les produits vendus.

a La défenderesse a acheté une publicité qui vise à attirer l'attention sur cet état d'affaires allégué. La publicité montre le même mannequin, dans deux photos qui sont mises côte à côte. Dans l'une des photos, le mannequin fronce les sourcils et, en haut de la photo on peut lire, en caractères d'imprimerie: «*Eye Masters [Ltd.], \$208 Reg. Price . . .*» ([TRADUCTION] Eye Masters [Ltd.], prix courant 208 \$). Dans l'autre photo, le mannequin sourit et la ligne imprimée en haut de la photo dit «*Shopper's Optical, \$107 Reg. Price . . .*» ([TRADUCTION] Shopper's Optical, prix courant 107 \$). Au-dessus des deux photos se trouve, en grosses lettres, cette phrase «*COMPARE THE VALUE—SHOPPER'S OPTICAL*» ([TRADUCTION] comparer la valeur—Shopper's Optical). Le mannequin porte des lunettes semblables dans les deux photos. Les lunettes ne sont pas identiques et les parties divergent considérablement d'opinion quant à leur qualité respective.

La demanderesse conclut à une injonction interlocutoire qui interdirait à la défenderesse d'utiliser sa marque de commerce «Eye Masters» dans la publicité en cause, invoquant le motif qu'il s'agit d'une atteinte à son droit à l'emploi exclusif de sa marque de commerce; ce droit est prévu à l'article 19 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13. Il est également allégué que cette publicité va à l'encontre du paragraphe 22(1) de la Loi:

22. (1) Nul ne peut employer une marque de commerce déposée par une autre personne d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à cette marque de commerce.

Et la demanderesse prétend que les actes de la défenderesse constituent une violation de l'alinéa 7a) de la Loi:

7. Nul ne peut

a) faire une déclaration fautive ou trompeuse tendant à discrediter l'entreprise, les marchandises ou les services d'un concurrent.

Le débat à l'occasion de la présente demande interlocutoire porte principalement sur les articles 19 et 22. En fait, il serait difficile, sur la base des docu-

assessment as to whether or not the statements in the advertisement are false. They are not obviously so from the information filed but that information, in so far as it relates to the value consumers can expect from the respective retail businesses, relates primarily to only two particular models of similar-looking eyeglasses.

The tests for the granting of an interlocutory injunction application are well known: *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.) as adopted in *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451 (C.A.). The first factor to consider is the strength of the plaintiff's case.

In so far as an infringement of the plaintiff's right to exclusive use of its trade mark is concerned, my initial view was to think that the activity in question would not infringe that right. In addition, it is at least arguable that the advertisement is directed at the goodwill of the business not the goodwill of the trade mark. It is clear that trade marks and trade names associated with wares can be used in comparative advertising and that such use is not considered an infringement of the trade mark.

Counsel for the plaintiff argues, however, that the scope of protection conferred on trade marks which are associated with services is broader than that which relates to trade marks associated with wares. This argument is based on the "deemed use" provisions of section 4 of the Act:

4. (1) A trade-mark is deemed to be used in association with wares if, at the time of the transfer of the property in or possession of the wares, in the normal course of trade, it is marked on the wares themselves or on the packages in which they are distributed or it is in any other manner so associated with the wares that notice of the association is then given to the person to whom the property or possession is transferred.

(2) A trade-mark is deemed to be used in association with services if it is used or displayed in the performance or advertising of those services. [Emphasis added.]

ments déposés, de déterminer si les déclarations dans la publicité litigieuse sont fausses. À l'évidence, elles ne le sont pas compte tenu des renseignements déposés, mais ceux-ci, dans la mesure où ils se rapportent à la valeur que les consommateurs peuvent attendre des commerces de détail respectifs, ont trait surtout à seulement deux modèles particuliers de lunettes semblables.

Les critères permettant d'accueillir une demande d'injonction interlocutoire sont bien connus: *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.), décision suivie dans l'affaire *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451 (C.A.). Il y a lieu d'examiner tout d'abord la force de l'argumentation de la demanderesse.

Pour ce qui est de l'atteinte au droit de la demanderesse à l'emploi exclusif de sa marque de commerce, j'ai initialement estimé que l'activité en question ne porterait pas atteinte à ce droit. En outre, on peut à tout le moins soutenir que la publicité vise l'achalandage de l'entreprise et non celui de la marque de commerce. Il est clair que les marques de commerce et les noms commerciaux en liaison avec des marchandises peuvent être employés dans une publicité comparative, et qu'un tel emploi n'est pas considéré comme étant une contrefaçon de la marque de commerce.

L'avocat de la demanderesse soutient toutefois que la portée de la protection attribuée aux marques de commerce qui sont en liaison avec des services est plus grande que celle qui se rapporte aux marques de commerce liées à des marchandises. Cet argument repose sur les dispositions relatives à l'«emploi réputé» de l'article 4 de la Loi:

4. (1) Une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des marchandises si, lors du transfert de la propriété ou de la possession de ces marchandises, dans la pratique normale du commerce, elle est apposée sur les marchandises mêmes ou sur les colis dans lesquels ces marchandises sont distribuées, ou si elle est, de toute autre manière, liée aux marchandises à tel point qu'avis de liaison est alors donné à la personne à qui la propriété ou possession est transférée.

(2) Une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des services si elle est employée ou montrée dans l'exécution ou l'annonce de ces services. [Soulignements ajoutés.]

The argument that the scope of protection afforded to trade marks which are associated with services is broader than that accorded to those associated with wares is based on the decision in *Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al.*, [1968] 2 Ex.C.R. 552. That decision held that colour comparison charts, which referred to a competitor's trade mark, when affixed to a packaged hair dye was an infringement of the exclusive right to use granted by section 19 of the Act. At the same time, the replication of the same charts in an advertising brochure was not. This distinction as I understand it was based on the wording of subsection 4(1) of the Act. It was held [at pages 564-565] that:

... the presence of the plaintiff's mark on the defendants' packages is a use of those marks "in association with" the wares in the defendants' packages . . . . The purpose for which it is there is, I think, irrelevant on this point . . . . [T]he presence of the plaintiff's marks on the comparative shade charts of the defendants' brochures is not a use of such marks within the meaning of section 4(1) since the brochures are neither the wares themselves nor the packages in which the wares are distributed . . . .

In the case of services there are of course no wares or packages to which trade marks can be affixed and thus subsection 4(2) speaks of trade marks "in association with" services, being used, "if displayed in the . . . advertising of those services." By analogy then it is argued that the use of another's trade mark in comparative advertising when association of the trade mark is to a service is an invasion of the trade mark holder's right to exclusive use. I must say, I find the conclusion somewhat bizarre. At the same time, I recognize that this possible interpretation has been held to give rise to a sufficiently serious issue to meet the *American Cyanamid/Turbo Resources* test required for the issuance of an interlocutory injunction: *Purolator Courier Ltd. v. Mayne Nickless Transport Inc.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 391 (F.C.T.D.); *Purolator Courier Ltd. v. Canadian Pacific Express & Transport Ltd.* (Sirois J., November 25, 1988, Court file No. 33310/88, Ont. H.C., not reported). See also M. Field-Marsham, "Limitations on the Use of Trade-Marks in Comparative Advertising" *Intellectual Property News* (Spring 1991). Indeed it is my

L'argument selon lequel la portée de la protection attribuée aux marques de commerces qui sont liées à des services est plus grande que celle accordée aux marques liées à des marchandises repose sur la décision *Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al.*, [1968] 2 R.C.É. 552. Il y a été décidé que les tableaux de comparaison des couleurs, qui mentionnaient la marque de commerce d'un concurrent, lorsqu'ils étaient apposés sur un colis de teinture pour les cheveux, constituaient une atteinte au droit à l'emploi exclusif conféré par l'article 19 de la Loi. Ce n'était cependant pas le cas pour la reproduction des mêmes tableaux dans une brochure publicitaire. Cette distinction, si je comprends bien, se fonde sur le texte du paragraphe 4(1) de la Loi. Il a été décidé dans cette affaire [aux pages 564 et 565] que:

[TRADUCTION] . . . la présence de la marque de la demanderesse sur les colis des défenderesses constitue un emploi de ces marques «en liaison avec» les marchandises contenues dans les colis des défenderesses . . . . Le but de cette présence n'est pas, à mon avis, pertinent à cet égard . . . la présence des marques de la demanderesse sur les tableaux de comparaison des couleurs des brochures des défenderesses ne constitue pas un emploi de ces marques au sens du paragraphe 4(1), puisque les brochures ne sont ni les marchandises elles-mêmes ni les colis dans lesquels les marchandises sont distribuées . . . .

Dans le cas des services, il n'existe, bien entendu, aucune marchandise ni aucun colis sur lequel des marques de commerce peuvent être apposées, et c'est ainsi que le paragraphe 4(2) parle de l'emploi d'une marque de commerce «en liaison avec des services», «si elle est . . . montrée dans . . . l'annonce de ces services». Par analogie, il est allégué que l'emploi de la marque de commerce d'autrui dans une publicité comparative, lorsque la liaison de la marque de commerce se fait avec un service, est une violation du droit du détenteur de la marque de commerce à son emploi exclusif. Je dois dire que je trouve cette conclusion quelque peu bizarre. En même temps, je reconnais qu'il a été décidé que cette possible interprétation donnait lieu à une question suffisamment sérieuse pour respecter les critères que les arrêts *American Cyanamid* et *Turbo Resources* ont rendu applicables aux injonctions interlocutoires: *Purolator Courier Ltd. c. Mayne Nickless Transport Inc.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 391 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Purolator Courier Ltd. v. Canadian Pacific Express & Transport Ltd.* (juge Sirois, 25 novembre 1988, n<sup>o</sup> du

understanding that amendments to the *Trade-marks Act* are proposed which would clarify the issue. In the circumstances, then, I must conclude that a serious issue exists with respect to the infringement of the plaintiff's right to the exclusive use of its trade mark and thus the "threshold test" has been met.

Counsel for the defendant argues that in the circumstances of this case the appropriate test is not that of a "serious question to be tried" but that a demonstration of a "strong *prima facie* case" is required. It is argued that the disposition of this interlocutory application will effectively dispose of the issue between the parties. The defendant's advertising campaign is scheduled to expire, in any event, on October 4, 1992. Thus it is argued that the *Woods*<sup>1</sup> exception applies. I have not been persuaded that the *Woods* exception applies where the circumstances which make the interlocutory injunction application dispositive of the issue are within the control of the respondent. It is the defendant's decision to terminate its advertising campaign on the October 4th date. The respondent cannot, therefore, use that factor as a reason for increasing the burden on the plaintiff with respect to what must be proven in order to obtain an interlocutory injunction.

The defendant argues that the plaintiff's mark is, in any event, invalid because it has lost its distinctiveness as a result of being used in association with a lens cleaner manufactured by another company. The affidavit of Audrey Reed, dated September 2, 1992 answers that concern to some extent, at least to sufficient degree to prevent the allegation of invalidity being a reason for finding that the plaintiff's case is too weak to justify the issuing of an injunction.

The defendant has also raised arguments about the unconstitutionality of some of the provisions of the *Trade-marks Act* which are being relied upon. This is not a matter to be dealt with on this application. As

<sup>1</sup> *NWL Ltd v Woods*, [1979] 3 All ER 614 (H.L.).

greffe 33310/88, H.C. Ont., non publié). Voir également M. Field-Marsham, «Limitations on the Use of Trade-Marks in Comparative Advertising» *Intellectual Property News* (printemps 1991). En fait, je comprends que des modifications à la *Loi sur les marques de commerce* sont proposées pour clarifier la question. Dans les circonstances, je dois alors conclure qu'il existe une sérieuse question relative à l'atteinte au droit de la demanderesse à l'emploi exclusif de sa marque de commerce, et que le «critère préliminaire» a été respecté.

L'avocat de la défenderesse soutient que, compte tenu des faits de l'espèce, il ne s'agit pas d'appliquer le critère de la [TRADUCTION] «sérieuse question à trancher», mais plutôt de démontrer qu'une «forte apparence de droit» s'impose. Il est allégué que l'issue de la présente demande interlocutoire réglera en fait le litige entre les parties. En tout état de cause, la fin de la campagne de publicité de la défenderesse est prévue pour le 4 octobre 1992. Il est donc allégué que l'exception adoptée dans l'affaire *Woods*<sup>1</sup> s'applique. Je ne suis pas persuadée que cette exception s'applique lorsque l'intimée a la haute main sur les faits qui font que la demande d'injonction interlocutoire tranche le point litigieux. C'est la défenderesse qui a décidé de mettre fin à sa campagne de publicité le 4 octobre. L'intimée ne saurait donc invoquer ce facteur pour accroître le fardeau de la demanderesse relativement à ce qui doit être prouvé pour obtenir une injonction interlocutoire.

La défenderesse soutient que la marque de la demanderesse est, en tout état de cause, invalide, parce qu'elle a perdu son caractère distinctif par suite de son emploi en liaison avec un nettoyant pour lentilles fabriqué par une autre compagnie. L'affidavit d'Audrey Reed en date du 2 septembre 1992 répond à cet argument dans une certaine mesure, au moins suffisamment pour empêcher que l'allégation d'invalidité soit un motif invoqué pour conclure que l'argument de la demanderesse est trop faible pour justifier une injonction.

La défenderesse a également soulevé des arguments sur l'inconstitutionnalité de certaines des dispositions de la *Loi sur les marques de commerce* qui sont invoquées. Il ne s'agit pas d'une question à tran-

<sup>1</sup> *NWL Ltd v Woods*, [1979] 3 All ER 614 (H.L.).

Associate Chief Justice Jerome decided in the *Puro-lator* case, it is appropriate for the Court to assume the constitutionality of those provisions for the purpose of an interlocutory injunction application in a case such as the present.

A major issue raised in this application is the appropriate formulation of the “irreparable harm” test and an assessment as to whether such is likely to be suffered by the plaintiff if an injunction is not granted.

Counsel for the plaintiff argues that the *American Cyanamid* and *Turbo Resources* cases do not use the verbal formulation “irreparable harm”, when assessing whether an injunction should be granted. He argues that what is really meant by that phrase is whether damages would be an adequate remedy. He argues that it is almost always virtually impossible on an interlocutory injunction application to prove that irreparable harm will occur if an injunction is not granted. The damage being assessed is always prospective in nature. He argues that, at the very least, if one is going to use the words “irreparable harm” as the correct verbal formulation of the test, the requirement can be no stronger than that there may be or that there is a likelihood of irreparable harm arising. Reference was made to *B.C. (A.G.) v. Wale*, [1987] 2 W.W.R. 331 (B.C.C.A.), at pages 343-345:

The traditional test for the granting of an interim injunction in British Columbia is two-pronged. First, the applicant must satisfy the court that there is a fair question to be tried as to the existence of the right which he alleges and a breach thereof, actual or reasonably apprehended. Second, he must establish that the balance of convenience favours the granting of an injunction.

The decision in *Amer. Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396, [1975] 2 W.R.L. 316, [1975] 1 All E.R. 504 (H.L.), may be read as suggesting a three-stage test for the granting of interlocutory injunctions rather than the two-stage test to which I have referred, the requirements being (1) a fair question to be tried, (2) irreparable harm, and (3) balance of convenience favouring the injunction. While I prefer to view the requirement of irreparable harm as integral to the assessment of the balance of convenience between the parties, the practical effect of the two approaches is the same.

The first step in determining where the balance of convenience lies is to examine the adequacy of damages as a remedy

cher à l’occasion de la présente demande. Comme le juge en chef adjoint Jerome l’a décidé dans l’affaire *Puro-lator*, il convient que la Cour présume la constitutionnalité de ces dispositions aux fins d’une demande d’injonction interlocutoire dans un cas comme l’espèce.

Dans la présente demande, on soulève une question importante, celle de la formulation appropriée du critère du «préjudice irréparable» et de la possibilité que la demanderesse subisse un tel préjudice si une injonction n’est pas accordée.

L’avocat de la demanderesse soutient que les affaires *American Cyanamid* et *Turbo Resources* n’utilisent pas l’expression «préjudice irréparable» lorsqu’il s’agit d’examiner si une injonction devrait être accordée. Il prétend que le véritable sens de cette expression consiste à se demander si des dommages-intérêts seraient une réparation adéquate. Selon lui, il est presque toujours pratiquement impossible, à l’occasion d’une demande d’injonction interlocutoire, de prouver qu’un préjudice irréparable aura lieu si une injonction n’est pas accordée. Le préjudice évalué revêt toujours un caractère éventuel. Toujours selon lui, à tout le moins, si le critère applicable ne peut s’exprimer qu’en fonction d’un «préjudice irréparable», il ne saurait exiger davantage que la possibilité ou la probabilité d’un tel préjudice. Il a été fait mention de la décision *B.C. (A.G.) v. Wale*, [1987] 2 W.W.R. 331 (C.A.C.-B.), aux pages 343 à 345:

[TRADUCTION] Le critère traditionnel de l’octroi d’une injonction interlocutoire en Colombie-Britannique comporte deux volets. Tout d’abord, le requérant doit satisfaire la cour qu’il y a une question juste à trancher relative à l’existence du droit qu’il allègue et une atteinte à ce droit, réelle ou raisonnablement redoutée. En deuxième lieu, il doit établir que la prépondérance des inconvénients joue en faveur de l’octroi d’une injonction.

La décision *Amer. Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396, [1975] 2 W.R.L. 316, [1975] 1 All E.R. 504 (H.L.), peut être interprétée comme proposant un critère à trois étapes pour l’octroi d’injonctions interlocutoires plutôt que le critère à deux étapes que j’ai mentionné; il doit y avoir 1) une question sérieuse à trancher, 2) un préjudice irréparable et 3) la prépondérance des inconvénients doit jouer en faveur de l’octroi de l’injonction. Bien que je préfère considérer la condition du préjudice irréparable comme faisant partie intégrante de l’appréciation de la prépondérance des inconvénients, les deux approches ont la même conséquence pratique.

Pour déterminer qui subira le plus grand préjudice, il faut tout d’abord examiner le caractère adéquat des dommages-

for the respective parties. In most cases, an interlocutory injunction should not be granted unless there is doubt whether damages would be an adequate remedy in the event the applicant succeeds at trial. In other words, it must be shown that the applicant may suffer irreparable harm in the sense that “the remedy by damages is not such a compensation as will in effect, though not *in specie*, place the parties in the position in which they formerly stood”: Kerr on Injunctions, 6th ed. (1927), at pp. 17-18, applied in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin*, 61 B.C.L.R. 145, [1985] 3 W.W.R. 577, [1985] 2 C.N.L.R. 28 (C.A.), per Seaton J.A. The requirement that there be doubt as to whether damages will be an adequate remedy is basically a matter of common sense. If damages will be an adequate remedy, and if it appears that the alleged offender can pay them, the court is generally not justified in giving one party his remedy to the detriment of the other before the issues have been tried.

In many cases, assessing where the balance of convenience lies is a simple matter. Where there is a fair question to be tried and the applicant demonstrates that damages may not provide an adequate remedy, an interlocutory injunction may be justified. Similarly, if the only irreparable harm would be to the party against whom the injunction is sought, an injunction would not normally be granted.

More difficult is the case where both parties demonstrate that damages might not be an adequate remedy—the applicant if no injunction is granted, the respondent if an injunction goes. In *Amer. Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, considerations are discussed which may assist the court. One factor which may assist the court in assessing where the balance of convenience lies when the parties’ interests are relatively evenly balanced is the fact that one side bases his claim on existing rights, while enforcement of the other’s rights would change the status quo. To put it another way, where the only effect of an injunction is to postpone the date upon which a person is able to embark on a course of action not previously open to him, it is a counsel of prudence to preserve the status quo: *Pac. Northwest Ent. Inc. v. Ian Downs & Assoc. Ltd.* (1982), 42 B.C.L.R. 126, 73 C.P.R. (2d) 159 (C.A.). Another factor which may be considered at this stage is the strength of the applicant’s case. Finally, there may be special factors to be considered in the particular circumstances of the case.

It is important to note that clear proof of irreparable harm is not required. Doubt as to the adequacy of damages as a remedy may support an injunction: *Amer. Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* [Emphasis added.]

Counsel for the defendant argues that in the present case the damage which will be suffered by the plaintiff if an injunction is not granted is not appreciably different than the damage which will be suffered

intérêts en tant que réparation pour les parties respectives. Dans la plupart des cas, une injonction interlocutoire ne devrait pas être accordée à moins qu’on doute que des dommages-intérêts soient une réparation adéquate au cas où le requérant aurait gain de cause au procès. Autrement dit, il faut démontrer que le requérant peut subir un préjudice irréparable en ce sens que «la réparation au moyen de dommages-intérêts n’est pas une indemnisation qui placera, en fait, bien que ce ne soit pas *in specie*, les parties dans la position où elles se trouvaient autrefois»: Kerr on Injunctions, 6<sup>e</sup> éd. (1927), aux pp. 17 et 18, suivi dans l’affaire *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin*, 61 B.C.L.R. 145, [1985] 3 W.W.R. 577, [1985] 2 C.N.L.R. 28 (C.A.), le juge d’appel Seaton. La condition qu’il soit douteux que des dommages-intérêts constituent une réparation adéquate est fondamentalement question de bon sens. Si des dommages-intérêts constituent une réparation adéquate, et s’il appert que le prétendu contrevenant peut les payer, la cour n’est pas généralement fondée à accorder à une partie sa réparation au détriment de l’autre avant que les points litigieux aient été jugés.

Dans beaucoup de cas, il est simple de déterminer qui subira plus grand préjudice. Lorsqu’il existe une question sérieuse à trancher et que le requérant démontre que des dommages-intérêts ne peuvent fournir une réparation adéquate, l’octroi d’une injonction interlocutoire peut être justifié. De même, si c’est seulement la partie visée par l’injonction qui subirait un préjudice irréparable, une injonction ne serait pas normalement accordée.

La situation devient plus compliquée lorsque les deux parties démontrent que des dommages-intérêts pourraient ne pas être une réparation adéquate—pour le requérant si aucune injonction n’est accordée, pour l’intimé si une injonction est accordée. L’arrêt *Amer. Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, discute de facteurs qui peuvent aider le tribunal. Un facteur qui peut aider le tribunal à déterminer qui subirait le plus grand préjudice lorsque les intérêts des parties sont relativement équilibrés réside dans le fait qu’une partie fonde son action sur des droits existants, alors que l’exercice des droits de l’autre changerait le statu quo. Autrement dit, lorsqu’une injonction a pour seule conséquence de remettre la date à laquelle une personne est en mesure de faire un choix qui ne s’offrait pas à elle auparavant, il est prudent de préserver le statu quo: *Pac. Northwest Ent. Inc. v. Ian Downs & Assoc. Ltd.* (1982), 42 B.C.L.R. 126, 73 C.P.R. (2d) 159 (C.A.). On peut, à ce stade, examiner un autre facteur, c’est-à-dire la force de l’argument du requérant. En dernier lieu, il peut exister des facteurs particuliers qu’il faut examiner dans les circonstances particulières de l’affaire.

Il importe de noter que la preuve évidente d’un préjudice irréparable n’est pas requise. Douter du caractère adéquat des dommages-intérêts en tant que réparation peut donner lieu à une injonction: *Amer. Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* [Soulignements ajoutés.]

L’avocat de la défenderesse fait valoir que, en l’espèce, le préjudice que subira la demanderesse si une injonction n’est pas accordée n’est pas sensiblement différent de celui que subira la défenderesse si l’in-



by the defendant if one is granted. If an injunction is not granted, the plaintiff will lose the business of those customers who would have bought from it in the absence of the defendant's advertising campaign. If an injunction is granted, the defendant will lose the business of those customers who would have bought from it if the advertising campaign continues. In addition, counsel argues that the loss to the plaintiff can be quantified, in an approximate fashion, while that which would exist for the defendant, cannot. It is argued that the effect of an advertising campaign on one's competitors can be assessed but there is no way of assessing the effect of the absence of an advertising campaign. I do not find this argument convincing. The advertising campaign has been running for two months. If its effect can be assessed with some degree of specificity, then, that could be done by reference to the two past months and extrapolated to the coming month. The results of such extrapolation as compared to what, in fact, happens, if an injunction is granted, would give an assessment of the effect of the absence of the advertising campaign.

I have considerable difficulty however with the expert report which has been filed in support of the position that the effect of an advertising campaign can be determined with an appropriate degree of specificity so as to make an award in damages adequate. An affidavit by Kristian Palda was filed which asserts that this can be done. I will quote the conclusion of Mr. Palda's report:

Published research over the last half a century established the feasibility of measuring short and long run effects of advertising outlays and changes in advertising message on the sales of both the advertiser and his rivals. Confidence in the quantitative estimates of such effects is conditional upon two aspects. First, there must be a decent sample size of observations available. Second, since not only advertising outlays and copy may change, but also prices, distribution outlets and other marketing instruments of both competitors, these changes must be considered in a "multivariate" context.

In the case under consideration the opinion was emitted that data on all these aspects are available and so the potential for measurability exists. Of course, in order to establish that damage was done by A to B through advertising it should be shown that:

jonction demandée est accordée. Si une injonction n'est pas accordée, la demanderesse perdra les clients qui auraient pu lui acheter des marchandises en l'absence de la campagne de publicité de la défenderesse. Si une injonction est accordée, la défenderesse perdra les clients qui lui auraient acheté des marchandises en cas de poursuite de cette campagne. En outre, l'avocat soutient que la perte subie par la demanderesse peut être quantifiée, de façon approximative, alors que celle qui existerait pour la défenderesse ne saurait l'être. Il est allégué que la conséquence d'une campagne de publicité sur ses concurrents peut être évaluée alors qu'il n'y a pas moyen d'évaluer la conséquence de l'absence d'une campagne de publicité. Je ne trouve pas cet argument convaincant. La campagne de publicité se poursuit depuis deux mois. Si ses effets peuvent être évalués avec un certain degré de spécificité, alors, cela pourrait se faire par renvoi aux deux mois passés en vue d'une extrapolation pour le mois à venir. Les résultats d'une telle extrapolation par rapport à ce qui se passera en fait, si une injonction est accordée, permettraient d'évaluer la conséquence de l'absence d'une campagne de publicité.

Toutefois, je ne suis pas convaincue par le rapport d'expert déposé à l'appui de la prétention que la conséquence d'une campagne de publicité peut être déterminée avec un degré approprié de spécificité pour rendre adéquate la réparation au moyen de dommages-intérêts. Kristian Palda a déposé un affidavit qui affirme que cela peut se faire. Voici la conclusion du rapport de M. Palda:

[TRADUCTION] Les études publiées au cours du dernier demi-siècle ont établi la possibilité de mesurer les conséquences à court et à long terme des dépenses de publicité et des changements dans le message publicitaire sur l'annonceur et ses rivaux. La foi dans les estimations quantitatives de ces conséquences dépend de deux aspects. Tout d'abord, il doit exister, à titre d'échantillon, un volume convenable d'observations. En deuxième lieu, puisque non seulement les dépenses et les textes publicitaires peuvent changer, mais que changent aussi les prix, les points de distribution et d'autres instruments de commercialisation des deux concurrents, ces changements doivent être examinés dans un contexte «à plusieurs variables».

Dans le cas qui nous occupe, on a estimé que les données sur tous ces aspects sont disponibles, ce qui fait que la possibilité de mesurer les conséquences susmentionnées existe. Bien entendu, pour établir qu'un préjudice a été causé par A à B au moyen de la publicité, il faut démontrer que:

1. A has changed his advertising tack *and* increased his sales;
2. A's increase was not caused by other actions of A or by market growth;
3. B has lost sales or suffered a slowdown in his sales increase;
4. B's sales loss was *not* caused by his own change in marketing tactics or a general market decline

*and*

it was caused solely by the change in A's advertising message and not by A's other marketing actions, such as increased advertising outlays or lowered price.

These relationships may sound complicated, but they have been tackled in various permutations so often that we may be confident that they can also be estimated in the present case.

This is a very theoretical approach. The first question that leaps to one's mind is how is it going to be demonstrated that "B's sales loss . . . was caused solely by the change in A's advertising message." How could one expect to isolate the other variables which might have affected, during the time in question, the respective sales of the two parties. Such factors, as is indicated in the expert report, would need to be identified and their effect discounted.

Without some straightforward explanation, for example, as to what kind of data would be needed for such an analysis, where one could expect to find it and the manner in which it would be used to achieve the assessment required, I am not persuaded that the effect is reasonably quantifiable. It is not sufficient for an expert to simply assert that it can be done. Secondly, even if such an exercise could be undertaken one has to ask: at what cost? I have not been convinced that a practical method of assessing the effect of the advertising campaign has been demonstrated.

To turn then to the argument that in any event the damage which would be suffered by each is equally unquantifiable and approximately equal in degree. I am not convinced that this is the case. The advertising leaves a very negative impression. Its objective and probable effect is to create a lasting and negative impression in the mind of the public as to the lesser value obtained in shopping at Eye Masters. The focus

1. A a modifié sa tactique publicitaire *et* a augmenté ses ventes;
2. L'augmentation de A n'a pas été causée par d'autres actes de A ni par l'expansion du marché;
3. B a perdu des ventes ou a connu un ralentissement de l'accroissement de ses ventes;
4. La perte des ventes de B n'a pas été causée par sa propre modification de ses tactiques de commercialisation ni par une baisse générale du marché

*b*

*et*

elle a été causée uniquement par la modification du message publicitaire de A, et non par d'autres actes de commercialisation de A tels que l'accroissement des dépenses de publicité ou la baisse des prix.

*c*

Ces rapports peuvent sembler compliqués, mais ils ont été abordés dans diverses permutations et ce, si fréquemment que nous pouvons être sûrs qu'ils peuvent être évalués en l'espace.

*d*

Il s'agit là d'une approche très théorique. La première question qui vient immédiatement à l'esprit consiste à se demander comment on va démontrer que «la perte des ventes de B . . . a été causée uniquement par la modification du message publicitaire de A». Comment pourrait-on s'attendre à isoler les autres variables qui auraient pu influencer, à l'époque en question, sur les ventes respectives des deux parties. Ainsi qu'il ressort du rapport d'expert, ces facteurs devraient être relevés et leur effet trouvé négligeable.

*f*

Sans une explication simple, par exemple, quant au type de données qui s'imposerait pour une telle analyse, à l'endroit où on pourrait s'attendre à le trouver et à la façon dont il serait utilisé pour donner l'évaluation requise, je ne suis pas persuadée que la conséquence de la publicité soit raisonnablement susceptible d'être quantifiée. Il ne suffit pas pour un expert d'affirmer simplement que cela peut se faire. En deuxième lieu, même si un tel exercice peut être fait, on doit se demander: à quel prix? On ne m'a pas convaincue qu'une méthode pratique d'évaluer la conséquence de la campagne de publicité a été établie.

*h*

*i*

Quant à l'argument selon lequel, quoi qu'il en soit, il n'est pas possible de quantifier le préjudice d'un côté comme de l'autre, et ce préjudice est approximativement de même ordre, je ne suis pas persuadée que tel soit le cas. La publicité laisse une impression très négative. Elle a pour objectif et conséquence probable la création d'une impression négative durable dans l'esprit du public quant à la valeur moindre

*j*

of its attack is the goodwill of Eye Masters' business. Presumably this effect will result in more than just increased sales for the defendant. It is likely also to result in customers turning to other sellers of the optical products in question. I cannot conclude that the respective damage to the plaintiff and defendant is approximately equal as between an injunction being granted and one being denied.

Counsel for the defendant argues that there is a public interest that must also be factored into the equation. He argues that if an injunction is granted the public will be denied the information being conveyed to them through the comparative advertising. In order to find that there is a public interest involved I have to assume that the message being carried by the advertising is accurate. On the basis of the information before me I cannot make any judgment concerning that fact. As has been noted, there is information concerning the relative quality and price of two pairs of eyeglasses but the advertisement's message is directed at the overall value received by consumers from the two businesses respectively. It is not directed at the two pairs of eyeglasses alone. In the circumstances, I am not prepared to give much weight to the argument that the public will suffer damage as a result of being deprived of the information contained in the advertisement.

The defendant will suffer some damage as a result of having spent money on advertising copy and material which it will no longer be able to use. This will not be a large amount, however, given the fact that it plans to replace the present advertisements on October 4 in any event.

In my view, the damage which will be suffered by the plaintiff if an injunction is not granted outweighs that which will be suffered by the defendant if an injunction is granted. This is a situation in which the defendant is being required to postpone a recently initiated course of action until the question of that action's lawfulness is adjudicated.

Counsel for the defendant argues that there is one other consideration in this case which tips the balance

obtenue en achetant chez Eye Masters. Cette publicité vise principalement la clientèle de l'entreprise d'Eye Masters. Cette conséquence n'entraînerait probablement pas uniquement un accroissement des ventes de la défenderesse. Elle pourrait également avoir pour conséquence que des clients s'adressent à d'autres vendeurs des produits optiques en question. Je ne saurais conclure que le préjudice respectif que subiront la demanderesse et la défenderesse est approximativement égal en cas d'octroi d'une injonction et de rejet de la demande d'injonction.

L'avocat de la défenderesse soutient que l'intérêt public doit également entrer en ligne de compte. Selon lui, si une injonction est accordée, le public se verra priver des renseignements que lui fournit la publicité comparative. Pour conclure que l'intérêt public est en cause, je dois présumer que le message véhiculé par la publicité est exact. Compte tenu des renseignements dont je dispose, je ne saurais me prononcer sur ce fait. Ainsi qu'il a été noté, il existe des renseignements concernant la qualité et le prix relatifs des deux paires de lunettes, mais le message de la publicité porte sur la valeur générale que donnent aux consommateurs les deux commerces respectifs. Il ne porte pas sur les deux paires de lunettes seules. Dans les circonstances, je ne suis pas disposée à donner beaucoup de poids à l'argument voulant que le public subisse un préjudice parce qu'il est privé des renseignements contenus dans la publicité.

La défenderesse subira un certain préjudice pour les dépenses de publicité et les textes publicitaires qu'elle ne pourra plus utiliser. Il ne s'agira toutefois pas d'une grosse somme, étant donné le fait qu'elle envisage, de toute façon, de remplacer les publicités actuelles le 4 octobre.

J'estime que le préjudice que subira la demanderesse si une injonction n'est pas accordée l'emporte sur celui que subira la défenderesse si une injonction est accordée. Il s'agit d'une situation où la défenderesse est tenue de remettre à plus tard une ligne de conduite récemment adoptée jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la légalité de cet acte.

L'avocat de la défenderesse prétend qu'il existe en l'espèce, un autre facteur qui fait pencher la balance

of convenience in the defendant's favour: delay and the imminent expiration of the advertising campaign.

The advertising in question commenced on June 29, 1992. The plaintiff was aware of it immediately. An application was brought in this Court on July 21, 1992, seeking an interim injunction. That application was heard on July 24, 1992. It was dismissed for not having been brought in a timely fashion and because insufficient evidence of irreparable harm had been produced. The Court noted that by that time it was more appropriate for the plaintiff to be seeking an interlocutory rather than an interim injunction.

The plaintiff was subsequently offered the date of August 4, 1992, for the hearing of an application for an interlocutory injunction. The plaintiff declined because it would have been difficult to marshal all its material by that date particularly given the fact that it needed additional evidence respecting the inadequacy of damages. On August 12, 1992, the plaintiff and the defendant were advised that the application could be heard on September 2, 1992. Rule 321.1 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663, as enacted by SOR/88-221, s. 7; SOR/92-43, s. 4] requires a plaintiff to file and serve a motion record at least 10 days before the date of the hearing of an application such as this. The plaintiff did not file and serve its motion record until August 27, 1992, and, even then, it was not complete. The defendant had some difficulty preparing its motion record in response. This was not filed until mid-way through the hearing of the application on September 2, 1992. Both parties filed additional last-minute affidavits. The advertising campaign, as has been noted, expires on October 4, 1992. There is no doubt that, in the circumstances, the suggestion by counsel for the defendant that an injunction should be refused, largely because it will have such a limited practical life, is attractive.

While much is to be said for refusing an injunction in this case because it will have a limited practical life, I realize that there may be future advertising campaigns in the offing. The defendant has given a

en faveur de la défenderesse: le retard et l'expiration imminente de la campagne publicitaire.

La publicité en question a commencé le 29 juin 1992. La demanderesse en a eu connaissance immédiatement. Le 21 juillet 1992, cette Cour a été saisie d'une demande d'injonction provisoire. Cette demande a été entendue le 24 juillet 1992. Elle a été rejetée, parce qu'elle n'a pas été formulée en temps opportun et que des éléments de preuve insuffisants d'un préjudice irréparable avaient été produits. La Cour a noté à cette époque qu'il convenait davantage pour la demanderesse de solliciter une injonction interlocutoire plutôt qu'une injonction provisoire.

La demanderesse s'est par la suite vu offrir la date du 4 août 1992 pour l'audition d'une demande d'injonction interlocutoire. La demanderesse a refusé cette offre parce qu'il lui aurait été difficile de rassembler tous ses documents à cette date étant donné surtout qu'elle avait besoin d'éléments de preuve additionnels concernant l'insuffisance des dommages-intérêts. Le 12 août 1992, la demanderesse et la défenderesse ont été avisées que la demande pourrait être entendue le 2 septembre 1992. La Règle 321.1 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663, édictée par DORS/88-221, art. 7; DORS/92-43, art. 4] exige d'un demandeur qu'il dépose et signifie un dossier de requête au moins dix jours avant la date de l'audition d'une demande telle que la présente. La demanderesse n'a déposé et signifié son dossier de requête que le 27 août 1992, et, même là, il n'était pas complet. La défenderesse a eu de la difficulté à préparer son dossier de requête pour y répondre. Ce dernier n'a été déposé qu'au milieu de l'audition de la demande le 2 septembre 1992. Les deux parties ont déposé des affidavits additionnels à la dernière minute. La campagne de publicité, ainsi qu'il a été noté, expire le 4 octobre 1992. Il ne fait pas de doute que, dans les circonstances, la proposition de l'avocat de la défenderesse selon laquelle une injonction devrait être refusée, en grande partie parce qu'elle aura une durée très limitée dans les faits, est attrayante.

Certes, bien des arguments peuvent être invoqués pour refuser une injonction en l'espèce parce qu'elle aura une durée limitée dans les faits; mais je me rends compte que l'on est peut-être à planifier

commitment not to undertake further comparative advertising but that commitment only extends to the summer of 1993. It is unfortunate that the legal issue which underpins the dispute in this case has not been resolved. It is a fairly straightforward legal issue which could easily be determined by reference to the Court of a question of law alone, pursuant to Rule 474 [as am. by SOR/79-57, s. 14]. In any event, refusing to grant an injunction in the present case may merely lead to further applications at a later date. Accordingly, I have come to the conclusion that the plaintiff will be granted the injunction sought. An order will go in accordance with these reasons.

d'autres campagnes de publicité. La défenderesse s'est engagée à ne pas entreprendre une autre publicité comparative, mais cet engagement ne vaut que jusqu'à l'été 1993. Il est regrettable que la question juridique qui sous-tend le litige en l'espèce n'ait pas été tranchée. Il s'agit d'une question juridique assez simple qu'on pourrait facilement trancher en déférant à la Cour une question de droit seule, en vertu de la Règle 474 [mod. par DORS/79-57, art. 14]. En tout état de cause, refuser d'accorder une injonction en l'espèce peut simplement conduire à d'autres demandes à une date ultérieure. En conséquence, j'en suis arrivée à la conclusion que la demanderesse se verra accorder l'injonction sollicitée. Il sera rendu une ordonnance conforme aux présents motifs.

T-1607-92

T-1607-92

**J-Star Industries, Inc. (Appellant) (Opponent)****J-Star Industries, Inc. (appelante) (opposante)**

v.

c.

**Berg Equipment Co. (Canada) Limited (Respondent) (Applicant)****Berg Equipment Co. (Canada) Limited (intimée) (demanderesse)****INDEXED AS: J-STAR INDUSTRIES, INC. v. BERG EQUIPMENT CO. (CANADA) (T.D.)**

b

**RÉPERTORIÉ: J-STAR INDUSTRIES, INC. c. BERG EQUIPMENT CO. (CANADA) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Denault J.—Ottawa, August 18 and October 1, 1992.

c

Section de première instance, juge Denault—Ottawa, 18 août et 1<sup>er</sup> octobre 1992.

*Barristers and Solicitors — Conflict of interest — Non-lawyer personnel — Application to remove Scott & Aylen as trade-mark agents and solicitors of record for respondent, and for order prohibiting them from advising respondent with respect to trade-mark — Appellant alleging conflict of interest as former secretary to appellant's solicitor now working for respondent's solicitor — Arguing public perception of possible lack of fairness in legal process and Court should exercise supervisory jurisdiction to disqualify Scott & Aylen to ensure proper administration of justice — Application denied — Discussion of MacDonald Estate v. Martin, [1990] 3 S.C.R. 1235, (conflict of interest where solicitor changing firms) — Whether "public represented by reasonably informed person would be satisfied no use of confidential information would occur" — Presumption confidential information imparted not applying to non-lawyer personnel — Client must show non-lawyer personnel now employed by opposing counsel involved in preparation of client's case in such way as to have become privy to confidential information while employed by client's counsel — Untenable to presume secretary received confidential information relevant to appellant's interest in trade-mark — Measures taken to terminate secretary's continued involvement in matter sufficient — Reasonable member of public would not believe appellant's confidential information at risk — Reasonable person would not lose confidence in administration of justice if Scott & Aylen continues to represent respondent.*

d

e

f

g

h

i

*Avocats et procureurs — Conflit d'intérêts — Employés qui ne sont pas avocats — Requête visant à faire interdire à Scott & Aylen d'occuper pour l'intimée à titre d'agent et de procureur inscrit au dossier, et de la conseiller en ce qui concerne la marque de commerce en cause — L'appelante invoque le conflit d'intérêts du fait qu'une ancienne secrétaire de son procureur travaille maintenant pour le procureur de l'intimée — L'appelante soutient que cet état de choses donne une impression d'iniquité dans le système juridique et que la Cour doit exercer son pouvoir de contrôle pour assurer la bonne administration de la justice — Requête rejetée — Analyse de l'arrêt Succession MacDonald c. Martin, [1990] 3 R.C.S. 1235 (conflit d'intérêts du fait qu'un avocat a changé d'étude) — Il échet d'examiner si le critère retenu tend à «convaincre le public, c'est-à-dire une personne raisonnablement informée, qu'il ne sera fait aucun usage de renseignements confidentiels» — La présomption de communication de renseignements confidentiels ne s'applique pas aux employés qui ne sont pas avocats — Le client doit prouver que la personne actuellement employée par l'avocat de la partie adverse a participé à la préparation de son dossier de façon telle qu'elle a été mise au courant de renseignements confidentiels à l'époque où elle travaillait pour l'avocat de ce dernier — On ne saurait présumer que la secrétaire a reçu des renseignements confidentiels sur les prétentions de l'appelante sur la marque de commerce — Les mesures prises pour mettre fin à la participation de la secrétaire à cette affaire sont suffisantes — Le public, que représente la personne raisonnablement informée, ne penserait pas que les renseignements confidentiels de l'appelante soient en danger — Cette personne raisonnablement informée ne perdrait pas confiance dans l'administration de la justice si Scott & Aylen continue à représenter l'intimée.*

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## CONSIDERED:

*MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235; j (1990), 77 D.L.R. (4th) 249; [1991] 1 W.W.R. 705; 70 Man. R. (2d) 241; 121 N.R. 1.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION EXAMINÉE:

*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; 121 N.R. 1.

## REFERRED TO:

*Meredith & Finlayson v. Canada (Registrar of Trade-marks)*, T-1108-90, Cullen J., judgment dated 2/7/92, F.C.T.D., not yet reported.

## DÉCISION CITÉE:

*Meredith & Finlayson c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, T-1108-90, juge Cullen, jugement en date du 2-7-92, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédit.

## AUTHORS CITED

Law Society of Upper Canada, *Professional Conduct Handbook*, Toronto, 1990.

## a DOCTRINE

Barreau du Haut-Canada, *Code de déontologie*, Toronto, 1990.

APPLICATION to remove *Scott & Aylen* as trade-mark agents and solicitors of record for respondent and prohibiting them from advising respondent with respect to trade-mark. Application dismissed.

b REQUÊTE visant à faire interdire à *Scott & Aylen* d'occuper pour l'intimée à titre d'agent et de procureur inscrit au dossier, et de continuer à la conseiller en ce qui concerne la marque de commerce en cause. Requête rejetée.

## COUNSEL:

*Peter Dauphinee* for appellant (opponent).  
*Kenneth E. Sharpe* for respondent (applicant).

## c AVOCATS:

*Peter Dauphinee* pour l'appelante (opposante).  
*Kenneth E. Sharpe* pour l'intimée (demanderesse).

## SOLICITORS:

*Potvin & Company*, Ottawa, for appellant (opponent).  
*Scott & Aylen*, Ottawa, for respondent (applicant).

## d PROCUREURS:

*Potvin & Company*, Ottawa, pour l'appelante (opposante).  
*Scott & Aylen*, Ottawa, pour l'intimée (demanderesse).

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

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

DENAULT J.: This is an application by the appellant f for an order removing both *Scott & Aylen, Patent and Trade-mark Agents* and *Scott & Aylen, Barristers and Solicitors*, as agents and solicitors of record for the respondent and for an order prohibiting these firms from continuing to advise and represent the respondent in matters relating to the trade-mark "Jamesway". The grounds of this motion relate to an alleged conflict of interest arising out of the change of employment of a secretary, Dorothee Paquin, who, having worked for the appellant's solicitor on matters involving the appellant's interest in the trade-mark at issue in this appeal, now finds herself employed by the respondent's solicitor.

g LE JUGE DENAULT: Il y a en l'espèce requête de l'appelante en ordonnance portant interdiction à *Scott & Aylen, Patent and Trade-mark Agents* (agents des brevets et des marques de commerce) et *Scott & Aylen, Barristers and Solicitors* (avocats), d'occuper pour l'intimée à titre d'agent et procureur inscrit au dossier, et en ordonnance portant interdiction à ces cabinets de continuer à conseiller et à représenter cette dernière en ce qui concerne la marque de commerce «Jamesway». Le motif invoqué dans la requête h est un supposé conflit d'intérêts tenant au changement d'emploi d'une secrétaire, Dorothee Paquin, qui après avoir travaillé pour le procureur de l'appelante dans le dossier des prétentions de cette dernière sur la i marque de commerce en cause, travaille maintenant pour le procureur de l'intimée.

Background:

On June 30, 1988, the respondent, Berg Equipment Co. (Canada) Limited, filed application No. 610,300 to register the trade-mark "Jamesway" for

Les faits de la cause:

j Le 30 juin 1988, l'intimée, Berg Equipment Co. (Canada) Limited, a déposé la demande n° 610 300 d'enregistrement de la marque de commerce «James-

use in association with a variety of wares which can be categorized generally as farm equipment. On April 7, 1989, the appellant, J-Star Industries, Inc., filed a statement of opposition to the respondent's application. An oral hearing of this matter was held before the Trade-marks Opposition Board on April 16, 1992. On April 30, 1992, David J. Martin, acting on behalf of the Registrar of Trade-marks, rendered a decision rejecting the appellant's opposition. The appellant has appealed the Registrar's decision to this Court and now seeks to prevent the *Scott & Aylen* firms from further advising and representing the respondent in matters relating to the "Jamesway" trade-mark.

From the outset of proceedings involving the rights in the "Jamesway" mark, the appellant has been represented by the law firm of *Potvin & Co.* and the associated patent and trade-mark agency practice of *Kirby, Eades, Gale, Baker & Potvin* (hereinafter referred to as "*KEGB & P*"), and in particular by J. Guy Potvin, a partner in both firms. The issue of ownership of the rights in this trade-mark have formed the subject-matter of litigation in at least one other instance in which *Potvin & Co.* and *Scott & Aylen* have represented opposing parties.<sup>1</sup>

Dorothée Paquin was employed as a legal secretary to J. Guy Potvin from October 1986 to April 10, 1992. She worked for Mr. Potvin while he was associated with the law firm of *Scott & Aylen* and followed him in 1989 when he left *Scott & Aylen* to found the law firm of *Potvin & Co.*

While employed by Mr. Potvin, Dorothée Paquin performed routine secretarial duties which included her taking dictation and typing correspondence and other documents related to the appellant's interests in the "Jamesway" mark. On April 10, 1992, Ms. Paquin left her employment with Mr. Potvin to return to *Scott & Aylen*, where she began to work for Mr. Terrence McManus, the solicitor representing the respondent in these proceedings.

<sup>1</sup> *Meredith & Finlayson v. Canada (Registrar of Trade-marks)* (T-1108-90), a s. 45 proceeding in respect of Registration No. 212/46349 for the trade-mark "Jamesway".

way» à utiliser pour une variété d'articles qu'on peut classer dans la catégorie générale du matériel agricole. Le 7 avril 1989, l'appelante, J-Star Industries, Inc., déposa sa déclaration d'opposition à la demande de l'intimée. L'affaire fut entendue le 16 avril 1992 par la Commission des oppositions des marques de commerce. Le 30 avril 1992, David J. Martin rendit au nom du registraire des marques de commerce une décision rejetant l'opposition de l'appelante. Celle-ci, qui a interjeté appel de cette décision devant la Cour, cherche maintenant à faire interdire aux cabinets *Scott & Aylen* de continuer à conseiller et à représenter l'intimée en ce qui concerne la marque de commerce «Jamesway».

Tout au long des procédures portant sur les droits relatifs à la marque de commerce «Jamesway», l'appelante a été représentée par l'étude d'avocats *Potvin & Co.* et par le cabinet d'agents des brevets et des marques de commerce *Kirby, Eades, Gale, Baker & Potvin* (lequel cabinet, désigné ci-après «*KEGB & P*», a des liens avec la première), et en particulier par J. Guy Potvin, qui est un associé dans l'un et l'autre cabinets. La question du droit de propriété sur la marque de commerce en cause a été le point litigieux dans au moins une autre instance dans laquelle *Potvin & Co.* et *Scott & Aylen* représentaient les parties opposées<sup>1</sup>.

Dorothée Paquin était la secrétaire juridique de J. Guy Potvin d'octobre 1986 au 10 avril 1992. Elle travaillait pour M. Potvin à l'époque où celui-ci était un associé dans l'étude *Scott & Aylen* et l'a suivi lorsqu'il est parti fonder sa propre étude *Potvin & Co.*

Lorsqu'elle travaillait pour M. Potvin, Dorothée Paquin remplissait les fonctions usuelles de secrétaire, y compris la prise de notes en dictée et la transcription dactylographique de la correspondance et d'autres documents relatifs aux prétentions de l'appelante sur la marque «Jamesway». Le 10 avril 1992, Mme Paquin quitta son emploi chez M. Potvin pour revenir à l'étude *Scott & Aylen*, où elle a commencé à travailler pour M. Terrence McManus, le procureur qui représente l'intimée dans cette instance.

<sup>1</sup> *Meredith & Finlayson c. Canada (Registraire des marques de commerce)* (T-1108-90), procédure fondée sur l'art. 45 contre l'enregistrement n° 212/46349 de la marque de commerce «Jamesway».



Since the date of Ms. Paquin's transfer of employment, the appellant has attempted to obtain an order, first from the Registrar of Trade-marks and now from this Court, disqualifying the *Scott & Aylen* firms from further representing the respondent in matters involving the "Jamesway" trade-mark.

At the hearing before the Trade-marks Opposition Board, the hearing officer, David J. Martin, rejected the appellant's request for an order disqualifying the *Scott & Aylen* firms. Although he stated that he had no jurisdiction to make such an order, Mr. Martin added that even if he had had the requisite jurisdiction, he would nonetheless have rejected the appellant's request.<sup>2</sup>

The appellant argues that Ms. Paquin's past involvement with the appellant's file and her subsequent transfer of employment to the offices of the respondent's solicitor creates a conflict of interest in that there now exists a possibility that confidential information, which was imparted to her previous employer and to which she had access, could now be misused to the appellant's prejudice. According to the appellant, the circumstances complained of raise a public perception of a possible lack of fairness in the legal process and, consequently, this Court should

<sup>2</sup> More specifically, in reference to the appellant's claim of the existence of a disqualifying conflict of interest in this case, the Registrar stated: "In the present case, even if there is the potential for the communication of confidential information (which is somewhat remote in the circumstances of this case), there is no risk that it will be used to the prejudice of the opponent. As I indicated in my April 14 letter, at this stage of the opposition, we are dealing only with legal argument on an evidential record that was finalized long before the secretary changed firms. I can see no way in which the secretary's change in employment three days prior to the opposition hearing could result in any prejudice to the opponent. Even if she imparted confidential information to the lawyer who is a partner in the law firm associated with the applicant's agent and this information fell into the hands of the individual who represented the applicant at the oral hearing, I do not see how this would assist that individual in making legal argument on a fixed evidential record. The opponent's agent assured me that it could although he was unable to provide any hypothetical examples to support his case."

Depuis la date du changement d'emploi de Mme Paquin, l'appelante a cherché à obtenir une ordonnance, d'abord de la part du registraire des marques de commerce et maintenant de la part de la Cour, pour empêcher les cabinets *Scott & Aylen* de continuer à représenter l'intimée en ce qui concerne la marque de commerce «Jamesway».

À l'audience de la Commission des oppositions des marques de commerce, le président d'audience, David J. Martin, a rejeté la demande faite par l'appelante d'une ordonnance d'inhabilité contre les cabinets *Scott & Aylen*. Tout en se déclarant incompétent pour rendre pareille ordonnance, M. Martin a ajouté que, eût-il été compétent, il aurait quand même rejeté la demande de l'appelante<sup>2</sup>.

L'appelante soutient que la participation antérieure de Mme Paquin au dossier de l'appelante et son engagement subséquent par l'étude du procureur de l'intimée constituent un conflit d'intérêts en ce qu'il y a maintenant la possibilité que des renseignements confidentiels, qui étaient communiqués à son employeur précédent et auxquels elle avait accès, pourraient être exploités au détriment de l'appelante. Selon celle-ci, cet état de choses donne une impression d'iniquité dans le système juridique et en conséquence, il y a lieu pour la Cour d'exercer son pouvoir de contrôle

<sup>2</sup> Plus précisément, le registraire a tiré cette conclusion au sujet de l'argument avancé par l'appelante au sujet de l'existence d'un conflit d'intérêts rédhibitoire: [TRADUCTION] «En l'espèce, même s'il y a une possibilité de communication de renseignements confidentiels (possibilité plutôt lointaine vu les faits et circonstances de la cause), il n'y a aucun risque que ces renseignements soient utilisés au détriment de l'opposante. Comme je l'ai fait savoir dans ma lettre du 14 avril, nous n'examinons, en cet état de la procédure d'opposition, que l'argumentation fondée sur un dossier des preuves qui a été arrêté longtemps avant que la secrétaire n'ait changé d'emploi. Je ne vois pas comment le fait que cette secrétaire ait changé d'emploi trois jours avant la date de l'audience d'opposition pourrait porter préjudice à l'opposante. À supposer qu'elle communique des renseignements confidentiels à l'avocat qui est un associé dans l'étude ayant des liens avec l'agent de la demanderesse et que ces renseignements tombent dans les mains de la personne qui représente celle-ci à l'audience, je ne vois en quoi cela aiderait cette personne dans son argumentation juridique basée sur un dossier des preuves définitivement clos. L'agent de l'opposante m'a assuré que cela se pourrait mais n'a pu présenter aucun cas de figure à l'appui de sa thèse.»

exercise its supervisory jurisdiction to disqualify the *Scott & Aylen* firms to ensure the proper administration of justice.

Evidence:

In support of its motion, the appellant relied, essentially, on the affidavits of J. Guy Potvin, David Morris, Laura McArthur, Stacey Cook and Colette Truax.

In his affidavit dated July 15, 1992, Mr. Potvin refers to his earlier affidavit, sworn on April 15, 1992, in which he describes, in greater detail, the above-stated facts leading up to this motion. In his second affidavit, Mr. Potvin describes his firm's ineffective attempts to discover, by means of correspondence sent to *Scott & Aylen*, whether the respondent would be seeking alternative counsel to represent it in its appeal of the Registrar's decision. The representations of counsel for the respondent, at the hearing of this motion, established quite clearly that the respondent intends to retain *Scott & Aylen* for the remainder of these proceedings.

David Morris, an articling student with *Potvin & Co.*, states in his affidavit, that during the hearing of this matter before the Trade-marks Opposition Board, "Terrance McManus represented to the hearing officer that his secretary, Dorothee Paquin, would not be involved in any of the work relating to the 'Jamesway' trade-mark matters, and that all related work would be given to another secretary in the *Scott & Aylen* firm". In her affidavit, Laura McArthur, a legal assistant with the law firm of *Potvin & Co.*, describes a telephone call she received from Dorothee Paquin. It appears from this affidavit that, on July 13, 1992, Ms. Paquin would have called the offices of *Potvin & Co.* to inquire about a page which was missing in the reasons for judgment forwarded to *Scott & Aylen* in the case of *Meredith & Finlayson v. Canada (Registrar of Trade-marks)*, *supra*, a case in which the law firms of *Scott & Aylen* and *Potvin & Co.* represented opposing interests in a dispute involving the "Jamesway" trade-mark.

The affidavits of Stacey Cook, a legal secretary at the firm of *Potvin & Co.*, and Colette Truax, a secre-

pour déclarer les cabinets *Scott & Aylen* inhabiles et assurer ainsi la bonne administration de la justice.

a Les preuves testimoniales:

À l'appui de sa requête, l'appelante se fonde essentiellement sur les affidavits de J. Guy Potvin, David Morris, Laura McArthur, Stacey Cook et Colette Truax.

Dans son affidavit en date du 15 juillet 1992, M. Potvin renvoie à celui qu'il avait précédemment établi le 15 avril 1992, et dans lequel il évoque avec plus de détails les faits susmentionnés qui ont abouti à la requête en instance. Le second affidavit de M. Potvin fait état des efforts qu'il avait faits en vain, par correspondance avec *Scott & Aylen*, pour savoir si l'intimée retiendrait les services d'un autre avocat pour la représenter lors de l'appel formé contre la décision du registraire. À l'audition de cette requête cependant, il ressort clairement des interventions de l'avocat de l'intimée que celle-ci entend garder les services de *Scott & Aylen* pour le reste de la procédure en cours.

David Morris, étudiant stagiaire à l'étude *Potvin & Co.*, déclare dans son affidavit qu'à l'audience de la Commission des oppositions des marques de commerce, [TRADUCTION] «Terrence McManus a déclaré au président d'audience que sa secrétaire, Dorothee Paquin, ne participerait pas à aucun travail relatif au dossier concernant la marque de commerce "Jamesway", et que tout le travail y relatif serait assigné à une autre secrétaire de l'étude *Scott & Aylen*». Dans son affidavit, Laura McArthur, clerk de l'étude *Potvin & Co.*, rappelle une communication téléphonique qu'elle a reçue de Dorothee Paquin. D'après cet affidavit, Mme Paquin aurait, le 13 juillet 1992, appelé l'étude *Potvin & Co.*, pour se renseigner au sujet d'une page manquante des motifs de jugement expédiés à l'étude *Scott & Aylen* dans la cause *Meredith & Finlayson c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, *supra*, cause dans laquelle les études d'avocats *Scott & Aylen* et *Potvin & Co.* représentaient les parties opposées dans un litige concernant la marque de commerce «Jamesway».

Les affidavits de Stacey Cook, une secrétaire juridique de l'étude *Potvin & Co.*, et de Colette Truax,

tary at *KEGB & P*, were submitted to this Court in sealed envelopes at the hearing of this motion. Counsel for the appellant insisted that these affidavits be submitted under confidential seal given the sensitive nature of the subject-matter contained therein. Appended to these affidavits are copies of documents and correspondence, contained in the appellant's file, which were prepared by Dorothée Paquin during the course of her employment with J. Guy Potvin.

In addition, the parties filed the affidavit and cross-examination of Dorothée Paquin, in which the issues of her knowledge of the confidential information contained in the appellant's file and the possibility of her breaching such confidences were examined.

In their representations to this Court, counsel for both parties relied on the decision of the Supreme Court of Canada in the case of *MacDonald Estate v. Martin* (hereinafter referred to as "*MacDonald Estate*").<sup>3</sup> In addition, counsel for the appellant discussed the rules and commentaries set out in the Law Society of Upper Canada's *Professional Conduct Handbook* and several cases in which the American courts have discussed the issue of conflict of interest as it relates to "non-lawyer personnel".

#### Issue:

The sole issue to be determined in this application is whether Dorothée Paquin's involvement with the appellant's file while she was employed by the appellant's solicitor and her subsequent employment with the law firm of *Scott & Aylen* create a disqualifying conflict of interest for the *Scott & Aylen* firms in these proceedings and in future matters dealing with the respondent's interests in the "Jamesway" trademark.

#### Discussion:

Although counsel for both parties referred, at length, to the findings of the Supreme Court of Canada in the case of *MacDonald Estate, supra*, the principles set out therein cannot be directly applied to the circumstances of this case to conclusively determine the issue before the Court. An analysis of the approach taken by the Supreme Court in *MacDonald*

une secrétaire du cabinet *KEGB & P*, ont été produits sous pli fermé à l'audition de cette requête. L'avocat de l'appelante a insisté pour que ces affidavits soient produits sous le sceau du secret, vu le caractère confidentiel de leur contenu. Ces affidavits sont accompagnés de copies de documents et de la correspondance qui figurent au dossier de l'appelante et que Dorothée Paquin avait préparés à l'époque où elle travaillait pour J. Guy Potvin.

Les parties ont en outre versé au dossier l'affidavit et la transcription du contre-interrogatoire de Dorothée Paquin, lequel contre-interrogatoire portait sur ce qu'elle savait des renseignements confidentiels contenus dans le dossier de l'appelante et sur le fait qu'elle pourrait en violer le secret.

Dans leur argumentation, les avocats de part et d'autre ont invoqué l'arrêt *Succession MacDonald c. Martin* (appelé ci-après «*Succession MacDonald*»<sup>3</sup>) de la Cour suprême du Canada. L'avocat de l'appelante a cité en outre les règles et commentaires du *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada ainsi que plusieurs décisions américaines sur le conflit d'intérêts chez les «employés qui ne sont pas avocats».

#### Le point litigieux:

Il échet uniquement d'examiner, dans le cadre de cette requête, si la participation de Dorothée Paquin au dossier de l'appelante à l'époque où elle travaillait pour le procureur de cette dernière et son emploi subséquent à l'étude *Scott & Aylen* constituent pour les cabinets *Scott & Aylen* une situation de conflit d'intérêts rédhibitoire dans cette instance et dans toute instance future concernant les droits de l'intimée sur la marque de commerce «Jamesway».

#### Analyse:

Bien que les avocats des deux parties aient longuement cité les conclusions de l'arrêt *Succession MacDonald, supra*, de la Cour suprême du Canada, les principes qui y sont définis ne peuvent s'appliquer directement aux faits de la cause pour trancher de façon concluante le litige dont notre Cour est saisie. Cependant, une analyse de l'approche adoptée par la

<sup>3</sup> [1990] 3 S.C.R. 1235.

<sup>3</sup> [1990] 3 R.C.S. 1235.

*Estates* does, however, provide an excellent starting point for the resolution of the issue of conflict of interest as it applies to “non-lawyer personnel”.

In the *MacDonald Estate* case, the Supreme Court was asked to determine the appropriate standard to be applied in determining whether a law firm should be disqualified from continuing to act in a particular case by reason of a conflict of interest. The issue arose in the context of a solicitor who had been privy to the confidences of one party to a dispute and later joined the firm representing the opposing party in the action. In the reasons given for the majority of the Court, Mr. Justice Sopinka begins by setting out the three competing values to be considered in determining whether there exists a disqualifying conflict of interest. More specifically, Mr. Justice Sopinka states:

In resolving this issue, the Court is concerned with at least three competing values. There is first of all the concern to maintain the high standards of the legal profession and the integrity of our system of justice. Furthermore, there is the countervailing value that a litigant should not be deprived of his or her choice of counsel without good cause. Finally, there is the desirability of permitting reasonable mobility in the legal profession.<sup>4</sup>

I should point out that the third factor outlined in this passage is not relevant in the case before this Court, since Ms. Paquin is a secretary and not a member of the legal profession. However, the Court accepts that some consideration should also be given to the desirability of permitting reasonable mobility to “non-lawyer personnel” in their chosen field of endeavour.

In the case of *MacDonald Estate*, Mr. Justice Sopinka goes on to state that the appropriate test to be applied in conflict of interest situations is whether “the public represented by the reasonably informed person would be satisfied that no use of confidential information would occur”.<sup>5</sup> The Court then sets out the following two questions of relevance to the issue [at page 1260]:

(1) Did the lawyer receive confidential information attributable to a solicitor and client relationship relevant to the matter at hand? (2) Is there a risk that it will be used to the prejudice of the client?

<sup>4</sup> *Ibid.*, at p. 1243.

<sup>5</sup> *Ibid.*, at p. 1260.

Cour suprême dans cet arrêt représente un excellent point de départ pour la résolution de la question du conflit d'intérêts chez les «employés qui ne sont pas avocats».

<sup>a</sup> Dans la cause *Succession MacDonald*, la Cour suprême était appelée à définir la norme à appliquer pour juger si une étude d'avocats devait être déclarée inhabile à continuer à occuper dans un cas d'espèce pour cause de conflit d'intérêts. La question s'est posée parce qu'un procureur qui avait été mis au courant des renseignements confidentiels d'une partie au litige est entré par la suite au cabinet représentant la partie adverse dans l'action en justice. Prononçant les motifs du jugement majoritaire, le juge Sopinka commence par définir les trois valeurs contradictoires à prendre en considération pour juger s'il y a conflit d'intérêts rédhibitoire. Plus précisément, il a fait cette observation:

<sup>b</sup> Pour résoudre cette question, la Cour doit prendre en considération au moins trois valeurs en présence. Au premier rang se trouve le souci de préserver les normes exigeantes de la profession d'avocat et l'intégrité de notre système judiciaire. Vient ensuite en contrepois, le droit du justiciable de ne pas être privé sans raison valable de son droit de retenir les services de l'avocat de son choix. Enfin, il y a la mobilité raisonnable qu'il est souhaitable de permettre au sein de la profession.<sup>4</sup>

<sup>c</sup> Il y a lieu de noter que le troisième facteur invoqué dans le passage ci-dessus n'a pas application en l'espèce, puisque Mme Paquin est une secrétaire juridique et non une avocate. La Cour admet cependant qu'il faut prendre en considération dans une certaine mesure la mobilité raisonnable qu'il est souhaitable d'accorder aux «employés qui ne sont pas avocats» dans leur travail.

<sup>d</sup> Pour en revenir à l'arrêt *Succession MacDonald*, le juge Sopinka y conclut que dans les affaires de conflit d'intérêts, le critère retenu doit tendre à «convaincre le public, c'est-à-dire une personne raisonnablement informée, qu'il ne sera fait aucun usage de renseignements confidentiels»<sup>5</sup>. La Cour pose ensuite les deux questions suivantes qui sont au cœur du litige [à la page 1260]:

<sup>e</sup> . . . premièrement, l'avocat a-t-il appris des faits confidentiels, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, qui concernent l'objet du litige? Deuxièmement, y a-t-il un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client?

<sup>4</sup> *Ibid.*, à la p. 1243.

<sup>5</sup> *Ibid.*, à la p. 1260.

Following his criticism of the “substantial relationship” test applied by the American courts in response to the first question outlined above,<sup>6</sup> Mr. Justice Sopinka sets out the following “rebuttable presumption”, inherent to the lawyer/client relationship:

“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.”<sup>7</sup>

In my opinion, such a presumption does not apply to the relationship between a client and his solicitor’s secretary. Furthermore, although there may be a strong inference that lawyers who work in the same firm share confidences,<sup>8</sup> I do not believe that a similar inference can be drawn with respect to the exchanges between lawyers and their secretaries. In the case of “non-lawyer personnel”, it must be shown by the client that the person now employed by opposing counsel was involved in the preparation of the client’s case in such a way as to have become privy to confidential information while employed by the client’s counsel. It is quite simply untenable to presume that Ms. Paquin received confidential information relevant to the appellant’s interest in the “Jamesway” trade-mark, by the very nature of her relationship to the client or his solicitor.

In the *MacDonald Estate* case, the junior member of the firm in question had been actively involved in the preparation of the appellant’s case and was privy

<sup>6</sup> More specifically, Mr. Justice Sopinka states (at p. 1260):

In answering the first question, the court is confronted with a dilemma. In order to explore the matter in depth may require the very confidential information for which protection is sought to be revealed. This would have the effect of defeating the whole purpose of the application. American courts have solved this dilemma by means of the «substantial relationship» test. Once a «substantial relationship» is shown, there is an irrebuttable presumption that confidential information was imparted to the lawyer. In my opinion, this test is too rigid. There may be cases in which it is established beyond any reasonable doubt that no confidential information relevant to the current matter was disclosed. One example is where the applicant client admits on cross-examination that this is the case. This would not avail in the face of an irrebuttable presumption.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid., at p. 1262.

Après avoir critiqué le critère du «lien important» qu’appliquent les tribunaux américains face à la première des deux questions ci-dessus<sup>6</sup>, le juge Sopinka définit comme suit la «présomption irréfragable» qui s’attache aux rapports entre avocat et client:

... 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<sup>7</sup>.

À mon avis, cette présomption ne s’applique pas aux rapports entre le client et la secrétaire de son procureur. D’ailleurs, bien qu’il y ait fort à présumer que les avocats qui travaillent ensemble échangent des renseignements confidentiels<sup>8</sup>, je ne pense pas qu’on puisse tirer la même conclusion des échanges entre avocats et secrétaires. Lorsqu’il s’agit d’un «employé qui n’est pas avocat», le client doit prouver que la personne actuellement employée par l’avocat de la partie adverse a participé à la préparation de son dossier de façon telle qu’elle a été mise au courant de renseignements confidentiels à l’époque où elle travaillait pour l’avocat de ce dernier. On ne saurait présumer que Mme Paquin a reçu des renseignements confidentiels sur les prétentions de l’appelante sur la marque de commerce «Jamesway» du seul fait de ses rapports avec la cliente ou avec le procureur de cette dernière.

Dans la cause *Succession MacDonald*, l’avocat en second de l’étude en question, avant de rejoindre l’étude représentant l’intimé dans l’action, avait acti-

<sup>6</sup> Plus précisément, le juge Sopinka se prononce en ces termes (à la p. 1260):

Pour répondre à la première question, la cour doit résoudre un dilemme. Il peut en effet être nécessaire, pour examiner à fond la question, de révéler les renseignements confidentiels que l’on cherche justement à protéger. La requête perdrait alors tout sens. Les tribunaux américains ont résolu ce dilemme en adoptant le critère du «lien important». L’établissement d’un «lien important» fait naître une présomption irréfragable selon laquelle l’avocat a appris des faits confidentiels. À mon avis, ce critère est trop rigide. Il peut arriver qu’il soit prouvé hors de tout doute raisonnable qu’aucun renseignement confidentiel pertinent en l’espèce n’a été divulgué; le requérant a pu, par exemple, reconnaître ce fait au cours de son contre-interrogatoire. Or, cette preuve serait inefficace au regard d’une présomption irréfragable.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid., à la p. 1262.

to many confidences disclosed by the appellant to the primary solicitor assigned to the case, prior to transferring to the firm representing the respondent in the action. The evidence adduced before this Court does not establish a similar involvement on the part of Dorothée Paquin. There was no evidence to indicate that she had attended any meetings at which confidential information had been imparted by the appellant or during which any case strategy had been discussed. Furthermore, a review of the affidavit evidence containing copies of the correspondence and documents prepared by Dorothée Paquin in relation to the appellant's file did not disclose any confidential information which, in the hands of the respondent, could possibly be used against the appellant's interests.

The Court is satisfied, in the circumstances of this case, that the measures taken by Mr. McManus to terminate Dorothée Paquin's continued involvement in this matter are sufficient, despite Ms. Paquin's admissions on cross-examination that she may have inadvertently prepared routine correspondence for Mr. McManus relating to this case in the past. In my opinion, a reasonable member of the public would not believe, in this case, that the appellant's confidential information was at risk. Further, I am not convinced that such a reasonable person would necessarily lose confidence in the administration of justice given this Court's decision to allow the *Scott & Ayles* firms to continue to represent the respondent despite Ms. Paquin's "secretarial" involvement with the files of both parties to this action.

Upon considering the submissions of counsel and reviewing the evidence presented, I conclude that there exists no disqualifying conflict of interest in this case. Consequently, the appellant's motion is denied with costs.

vement participé à la préparation du dossier de l'appelante et avait été ainsi mis au courant de nombreux renseignements confidentiels communiqués par celle-ci à l'avocat principalement chargé de l'affaire. Les preuves et témoignages produits devant notre Cour n'établissent pas pareille participation de la part de Dorothée Paquin. Il n'y a aucune preuve établissant qu'elle ait assisté à l'une quelconque des réunions au cours desquelles l'appelante a communiqué des renseignements confidentiels ou discuté de la stratégie à adopter dans la poursuite de l'affaire. Enfin, l'examen des dépositions par affidavit, auxquelles étaient jointes des copies de la correspondance et des documents préparés par Dorothée Paquin dans le dossier de l'appelante, ne fait ressortir aucun renseignement confidentiel qui, dans les mains de l'intimée, pourrait être exploité au détriment de l'appelante.

Vu les faits et circonstances de la cause, la Cour conclut que les mesures prises par M. McManus pour mettre fin à la participation de Dorothée Paquin à cette affaire sont suffisantes, malgré l'aveu fait par celle-ci lors de son contre-interrogatoire que par le passé, elle a pu, par inadvertance, préparer la correspondance usuelle de M. McManus dans le cadre de cette affaire. À mon avis, le public, que représente la personne raisonnablement informée, ne penserait pas que les renseignements confidentiels de l'appelante soient en danger en l'espèce. D'ailleurs, je ne suis pas convaincu que cette personne raisonnablement informée perdrait nécessairement confiance dans l'administration de la justice par suite de la décision de cette Cour de permettre aux cabinets *Scott & Ayles* de continuer à représenter l'intimée malgré la participation de Mme Paquin, à titre de «secrétaire», aux dossiers de l'une et l'autre parties à cette action.

À la lumière de l'argumentation des avocats des deux parties ainsi que des preuves et témoignages produits, je conclus qu'il n'y a pas conflit d'intérêts rédhibitoire en l'espèce. En conséquence, la requête de l'appelante est rejetée avec dépens.

T-619-92

T-619-92

**Michael J. Martinoff** (*Applicant*)**Michael J. Martinoff** (*requérant*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen and N. D. Inkster**  
(*Respondents*)**Sa Majesté la Reine et N. D. Inkster** (*intimés*)*INDEXED AS: MARTINOFF v. CANADA (T.D.)**b RÉPERTORIÉ: MARTINOFF c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)*Trial Division, Reed J.—Vancouver, September 3;  
Toronto, September 23, 1992.Section de première instance, juge Reed—Vancouver,  
3 septembre; Toronto, 23 septembre 1992.

*Criminal justice — Firearms — Application for mandamus to compel issuance of retail business permit to sell restricted weapons outside province — Criminal Code, s. 110(10) providing only Commissioner of RCMP may issue permit valid outside province — Commissioner declining to consider application because of policy all firearms business permits be issued by provincial authorities — Whether failing to exercise discretion — Review of case law on permits to carry, business permits — Issuance of permit to carry under Code s. 110(1) mandatory where conditions in s. 110(2) met — No analogy to s. 112(4) — Decision on business permit not limited to safety factors — Scheme of Code indicating legislative intent retail firearms business be subject to close local control.*

*Justice criminelle et pénale — Armes à feu — Demande d'un bref de mandamus pour ordonner la délivrance d'un permis d'exploitation d'entreprise de vente au détail d'armes à autorisation restreinte à l'extérieur de la province — L'art. 110(10) du Code criminel prévoit que seul le commissaire de la GRC peut délivrer un permis valide à l'extérieur de la province — Le commissaire refuse d'étudier la demande étant donné la politique voulant que tous les permis d'exploitation d'entreprise de vente d'armes à feu soient délivrés par les autorités provinciales — A-t-il omis d'exercer son pouvoir discrétionnaire? — Examen de la jurisprudence sur les permis de port d'armes et les permis d'exploitation d'entreprise — La délivrance des permis de port d'armes en vertu de l'art. 110(1) est obligatoire lorsqu'il y a respect des conditions de l'art. 110(2) — Aucune analogie avec l'art. 112(4) — La décision portant sur les permis d'exploitation d'entreprise ne se limite pas aux facteurs afférents à la sécurité — L'économie du Code laisse à entendre que l'intention du législateur est de soumettre la vente au détail des armes à feu à un étroit contrôle local.*

*Judicial review — Prerogative writs — Mandamus — Application for judicial review of RCMP Commissioner's decision not to consider application for Canada-wide permit to deal at retail in restricted weapons — Commissioner only officer empowered to issue extra-provincial permit — Decision explicitly based on policy permits issued only by authorities in and for province — Court not generally ordering decision-maker reach specific outcome on merits — Exception where decision not discretionary but mandatory — Whether Commissioner obliged to issue permit in absence of safety concerns — Decision on business permit, unlike decision on permit to carry, not limited to statutory grounds — Commissioner not refusing to exercise statutory discretion to issue extra-provincial permits in carrying out established practice such permits not issue.*

*Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Mandamus — Demande de contrôle judiciaire de la décision du commissaire de la GRC de ne pas étudier la demande de permis de vente au détail d'armes à autorisation restreinte valide partout au Canada — Le commissaire est le seul fonctionnaire habilité à délivrer des permis valides à l'extérieur de la province — La décision est explicitement fondée sur la politique voulant que les permis ne soient délivrés que par les autorités provinciales et valides dans la province — La Cour n'ordonne pas généralement à celui qui prend une décision d'en prendre une particulière à l'égard du bien-fondé de la décision contestée — Il y a exception lorsque la décision n'est pas discrétionnaire mais obligatoire — Le commissaire est-il tenu de délivrer un permis lorsqu'il est satisfait aux exigences de la sécurité? — La décision à l'égard des permis d'exploitation d'entreprise, contrairement à celle relative aux permis de port d'armes, ne se limite pas aux motifs prévus par la loi — Le commissaire ne refuse pas d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi de délivrer des permis valides partout au Canada en respectant la pratique voulant que de tels permis ne soient pas délivrés.*

This was an application for an order in the nature of *mandamus* requiring the Commissioner of the RCMP to issue a

Il s'agit d'une demande de bref de *mandamus* enjoignant au commissaire de la GRC de délivrer un permis de vente

Canada-wide permit to deal in restricted weapons under subsection 110(5) of the *Criminal Code*.

The applicant carries on a business of selling firearms at retail in Vancouver, under a licence issued by the Chief Provincial Firearms Officer (CPFO) of British Columbia. He applied to the Commissioner for a licence to deal in firearms Canada-wide. Subsection 110(5) of the Code empowers the Commissioner, the provincial Attorney General and the CPFO to issue business licences, but subsection 110(10) provides that such a licence is not valid outside the province unless issued by the Commissioner. That official declined to review the application on the merits because of an invariable policy of leaving the issuance of dealers' permits in the hands of provincial authorities. The applicant cites the case-law on permits to carry a restricted weapon issued under subsection 110(1) and argues, by analogy, that the Commissioner is without discretion to refuse to issue the Canada-wide licence except under subsection 112(4), which authorizes an officer to deny a licence for reasons of safety.

*Held*, the application should be dismissed.

A court on an application for judicial review will not, in general, order that the deciding officer make a particular decision on the merits. An exception occurs where the decision is not truly discretionary but is, rather, mandatory. Subsection 110(2) provides that a permit to carry a restricted weapon "may" be issued only where the issuing officer is satisfied that it is needed for one of the purposes stipulated in the subsection, such as for use in a lawful occupation; and subsection 110(1) says that the carrying permit "may" be issued by the Commissioner, provincial Attorney General, or CPFO. It has been held that this wording designates the officials having the responsibility to deal with the applications, but does not confer discretion upon the specific officer to whom application is made: once the officer is satisfied that the applicant needs the permit for a purpose recognized by the statute, the permit must issue. Unlike subsection 110(2), however, subsection 112(4) does not set criteria which, if met, support the issuance of a permit; rather, it provides grounds upon which permits may be refused. Further, that the issuing officer may grant a licence even if those factors do exist suggests a broad discretion. The safety concerns mentioned in subsection 112(4) are not the only factors the issuing officer may consider. Subsection 105(5), in providing that each location of a business shall be deemed to be a separate business, manifests the legislative intent that there be close local control over the retail trade in firearms. The Commissioner did not refuse to exercise his discretion to issue extra-provincial permits in carrying out the established practice that no such permits be issued.

d'armes à autorisation restreinte valide partout au Canada en vertu du paragraphe 110(5) du *Code criminel*.

Le requérant se livre à la vente au détail des armes à feu à Vancouver en vertu d'un permis délivré par le chef provincial des préposés aux armes à feu (CPPAF) de la Colombie-Britannique. Il a demandé au commissaire un permis de vente d'armes à feu valide partout au Canada. Le paragraphe 110(5) du Code permet au commissaire, au procureur général provincial et au CPPAF de délivrer des permis d'exploitation d'entreprise, mais le paragraphe 110(10) prévoit que de tels permis ne sont pas valides en dehors de la province sauf si le commissaire les délivre. Ce fonctionnaire a refusé d'étudier le bien-fondé de la demande en raison de la politique invariable de laisser la délivrance des permis d'exploitation d'entreprise aux autorités provinciales. Le requérant cite la jurisprudence sur les permis de port d'armes à autorisation restreinte délivrés en application du paragraphe 110(1) et il soutient, par analogie, que le commissaire n'a pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de délivrer le permis valide partout au Canada sauf en vertu du paragraphe 112(4), qui permet à un fonctionnaire de refuser un permis pour des raisons de sécurité.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

En général, la Cour saisie d'une demande de contrôle judiciaire n'ordonnera pas à celui qui doit prendre une décision d'en prendre une particulière à l'égard du bien-fondé de la décision contestée. Il y a exception lorsque la décision n'est pas véritablement discrétionnaire mais plutôt obligatoire. Le paragraphe 110(2) prévoit que le permis de port d'armes à autorisation restreinte ne «peut» être délivré que lorsque la personne autorisée à le faire est convaincue que l'arme est nécessaire pour l'une des fins exposées au paragraphe, par exemple pour une occupation légitime; et le paragraphe 110(1) dit que le commissaire, le procureur général d'une province ou le CPPAF «peuvent» délivrer un permis de port d'armes. On a statué que ce libellé désigne les fonctionnaires tenus de traiter les demandes, et qu'il n'accorde aucun pouvoir discrétionnaire au destinataire de la demande: dès lors que le fonctionnaire compétent est convaincu que le requérant a besoin du permis pour un objet reconnu par la loi, il doit le délivrer. Contrairement au paragraphe 110(2) cependant, le paragraphe 112(4) n'établit pas de critères dont le respect entraîne la délivrance d'un permis; il fournit plutôt des motifs de refus des permis. En outre, le fait que celui qui délivre les permis peut en délivrer un malgré l'existence de ces facteurs souligne l'étendue du pouvoir discrétionnaire conféré. Les considérations afférentes à la sécurité mentionnées au paragraphe 112(4) ne sont pas les seuls facteurs que peut considérer celui qui délivre les permis. Le paragraphe 105(5), qui prévoit que chaque endroit où est exploitée une entreprise est présumé constituer une entreprise distincte, montre que le législateur envisage un contrôle local étroit de la vente au détail des armes à feu. Le commissaire n'a pas refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire de délivrer des permis valides partout au Canada en appliquant la pratique établie voulant que de tels permis ne soient pas délivrés.



## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 105 (as am. by S.C. 1991, c. 28, s. 10), 106 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 203), 110, 111, 112(4), (8).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Kahlon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 386; (1986), 30 D.L.R. (4th) 157; 26 C.R.R. 152 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Re Jackson et al. and Beaudry* (1969), 7 D.L.R. (3d) 737; 70 W.W.R. 572 (Sask. Q.B.); *Hurley v. Dawson*, Court file CA006486, Taggart J.A., judgment dated May 8, 1987, B.C.C.A., not reported, affirming *Re Hurley*, Court file CC861283, Gibbs J., judgment dated August 21, 1986, B.C.S.C., not reported; *Clare v. Thomson*, Court file 18913 (Prince George Registry), Perry J., judgment dated May 6, 1991, B.C.S.C., not yet reported; *Martinoff v. Gossen*, [1979] 1 F.C. 652; (1978), 46 C.C.C. (2d) 368 (T.D.).

## DISTINGUISHED:

*Lawrence v. Jones* (1977), 36 C.C.C. (2d) 452 (Ont. Prov. Ct.); *R. v. Wilke (No. 2)* (1981), 60 C.C.C. (2d) 108 (Ont. Dist. Ct.).

APPLICATION for judicial review of a decision refusing the issuance of a permit to deal in restricted weapons Canada-wide. Application dismissed.

## APPEARANCE:

Michael J. Martinoff on his own behalf.

## COUNSEL:

*P. F. Partridge* for respondents.

## APPLICANT ON HIS OWN BEHALF:

Michael J. Martinoff, Vancouver.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

REED J.: The applicant seeks an order requiring the Commissioner of the RCMP to issue him a business permit pursuant to subsection 110(5) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46:

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 105 (mod. par L.C. 1991, ch. 28, art. 10), 106 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 203), 110, 111, 112(4), (8).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Kahlon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 386; (1986), 30 D.L.R. (4th) 157; 26 C.R.R. 152 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Re Jackson et al. and Beaudry* (1969), 7 D.L.R. (3d) 737; 70 W.W.R. 572 (B.R. Sask.); *Hurley v. Dawson*, numéro de greffe CA006486, juge Taggart, J.C.A., jugement en date du 8 mai 1987, C.A.C.-B., inédit, confirmant *Re Hurley*, numéro de greffe CC861283, juge Gibbs, jugement en date du 21 août 1986, C.S.C.-B., inédit; *Clare v. Thomson*, numéro de greffe 18913 (greffe de Prince George), juge Perry, jugement en date du 6 mai 1991, C.S.C.-B., encore inédit; *Martinoff c. Gossen*, [1979] 1 C.F. 652; (1978), 46 C.C.C. (2d) 368 (1<sup>re</sup> inst.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Lawrence v. Jones* (1977), 36 C.C.C. (2d) 452 (C.P. Ont.); *R. v. Wilke (No. 2)* (1981), 60 C.C.C. (2d) 108 (Cour dist. Ont.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision refusant la délivrance d'un permis de vente d'armes à autorisation restreinte valide partout au Canada. Demande rejetée.

## COMPARUTION:

Michael J. Martinoff pour son propre compte.

## g AVOCATS:

*P. F. Partridge* pour les intimés.

## LE REQUÉRANT POUR SON PROPRE COMPTE:

Michael J. Martinoff, Vancouver.

h

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.*

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

LE JUGE REED: Le requérant demande une ordonnance enjoignant au commissaire de la GRC de lui délivrer un permis d'exploitation d'entreprise conformément au paragraphe 110(5) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46:

## 110. . . .

(5) A permit to carry on a business described in subsection 105(1) or subparagraph 105(2)(b)(i) may be issued by the Commissioner, the Attorney General or the chief provincial firearms officer of the province where the business is or is to be carried on or by any person whom the Commissioner or the Attorney General designates in writing for that purpose and shall remain in force until the expiration of the period, not exceeding one year, for which it is expressed to be issued, unless it is sooner revoked.

The businesses described in subsections 105(1) [as am. by S.C. 1991, c. 28, s. 10] and 105(2)(b)(i) are those of “manufacturing, buying or selling at wholesale or retail, importing, repairing, modifying or taking in pawn of restricted weapons or firearms” and “the manufacturing, buying or selling at wholesale or retail or [the] importing of ammunition.”

The applicant holds a business permit from the Chief Provincial Firearms Officer of British Columbia and carries on a business of selling firearms, at retail, from premises in Vancouver. He wishes, however, to have a business licence which allows him to do business on a Canada-wide basis without having to set up a physical establishment outside Vancouver. A Canada-wide business permit can be issued only by the Commissioner of the RCMP. Subsection 110(10) of the *Criminal Code* provides:

## 110. . . .

(10) No permit, other than

(a) a permit for the possession of a restricted weapon for use as described in paragraph (2)(c),

(b) a permit to transport a restricted weapon from one place to another place specified therein as mentioned in subsection (3), or

(c) a permit authorizing an applicant for a registration certificate to convey the weapon to which the application relates to a local registrar of firearms as mentioned in subsection (4),

is valid outside the province in which it is issued unless it is issued by the Commissioner or a person designated in writing by him and authorized in writing by him to issue permits valid

## 110. . . .

(5) Le commissaire, le procureur général de la province où est située ou prévue l'entreprise, le chef provincial des préposés aux armes à feu de cette province ou toute personne que le commissaire ou le procureur général de la province nomme par écrit à cette fin peuvent délivrer des permis pour l'exploitation des entreprises visées au paragraphe 105(1) ou au sous-alinéa 105(2)(b)(i); ces permis demeurent valides, sauf révocation, jusqu'au terme de la période maximale d'un an pour laquelle ils sont déclarés avoir été délivrés.

Les entreprises décrites au paragraphe 105(1) [mod. par L.C. 1991, ch. 28, art. 10] et au sous-alinéa 105(2)(b)(i) sont les suivantes: «la fabrication, l'achat ou la vente, en gros ou au détail, l'importation, la réparation, la modification ou la prise en gage d'armes à autorisation restreinte ou d'armes à feu» et «la fabrication, l'achat, la vente, en gros ou au détail, ou l'importation de munitions».

Le requérant est détenteur d'un permis d'exploitation d'entreprise qui lui a été délivré par le chef provincial des préposés aux armes à feu de la Colombie-Britannique et il fait la vente au détail des armes à feu, à partir de locaux à Vancouver. Il préférerait toutefois avoir un permis d'exploitation d'entreprise qui lui permettrait de faire affaire partout au Canada sans avoir à ouvrir un établissement en dehors de Vancouver. Seul, le commissaire de la GRC peut délivrer un permis d'exploitation d'entreprise valide partout au Canada. Le paragraphe 110(10) du *Code criminel* prévoit ce qui suit:

## 110. . . .

(10) Aucun permis n'est valide à l'extérieur de la province dans laquelle il est délivré à moins, d'une part, qu'il ne le soit par le commissaire ou par la personne qu'il a nommée et autorisée par écrit à cet effet et, d'autre part, que la personne qui le délivre appose, pour l'application du présent paragraphe, un visa indiquant les provinces où il est valide ou à moins, enfin, qu'il ne s'agisse des permis suivants:

a) le permis de possession d'une arme à autorisation restreinte, devant être utilisée comme l'indique l'alinéa (2)c);

b) le permis, mentionné au paragraphe (3), de transport d'une arme à autorisation restreinte d'un endroit à un autre endroit indiqués dans le permis;

c) le permis visé au paragraphe (4) autorisant la personne qui demande un certificat d'enregistrement à apporter pour fins d'examen l'arme visée par la demande à un registraire local d'armes à feu. [C'est moi qui souligne.]

outside the province and is endorsed for the purposes of this subsection by the person who issued it as being valid within the provinces indicated therein. [Underlining added.]

The applicant applied to the Commissioner on January 22, 1992, seeking a Canada-wide permit for his business and received the following reply:

I must agree that, as you pointed out, I have the authority to issue the permit you seek. However, by virtue of subsection 110(5) of the Criminal Code, the Provincial Attorneys General or the Chief Provincial Firearms Officers (CPFO) have the same authority albeit within their respective jurisdictions. Section 111 of the Criminal Code provides for the establishment of federal/provincial agreements relating to the administration of subsection 110(5). It has been a long standing practice and, indeed, policy, in all provinces and territories for the CPFO/CTFO to issue business permits. I do not wish to interfere with the role of the CPFO/CTFO by commencing the issuance of business permits from my office.

Accordingly, I cannot review your application on its merits but suggest you contact the provincial/territorial authority in the province/territory in which you wish to do business.

The Commissioner's response to the applicant reflects the fact that the system of issuing business licences under subsection 110(5) which is in place, leaves their issuance to each provincial firearms officer and Canada-wide business permits are not issued. The Commissioner issues Canada-wide permits with respect to the possession or the carrying of restricted weapons and firearms but not with respect to the business of selling restricted weapons or firearms.

The applicant requests that an order be issued requiring the Commissioner to issue the applicant the business permit he has requested or, alternatively, requiring the Commissioner to consider his application for a Canada-wide business permit.

It is trite law that on an application for judicial review, in general, a court does not have jurisdiction to order that the deciding officer make a particular decision with respect to the merits of the decision in dispute. See, for example *Kahlon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 386 (C.A.) [at page 387]: "Mandamus will issue to require performance of a duty; it cannot, however, dictate the result to be reached."

Le requérant a demandé au commissaire, le 22 janvier 1992, un permis valide partout au Canada pour son entreprise, et il a reçu la réponse suivante:

[TRADUCTION] Je dois convenir que, conformément à ce que vous avez souligné, j'ai l'autorité nécessaire pour délivrer le permis que vous demandez. Toutefois, en vertu du paragraphe 110(5) du Code criminel, les procureurs généraux des provinces ou les chefs provinciaux des préposés aux armes à feu (CPPAF) ont le même pouvoir, mais dans leurs territoires respectifs. L'article 111 du Code criminel prévoit des accords fédéraux/provinciaux relatifs à l'application du paragraphe 110(5). La délivrance de permis par les CPPAF/CTPAF est une pratique et même une politique de longue date dans toutes les provinces et dans les deux Territoires. Je ne tiens pas à empiéter sur le rôle des CPPAF/CTPAF en commençant à délivrer des permis d'exploitation d'entreprise à partir de mon bureau.

Conséquemment, je ne peux pas étudier votre demande au fond, mais je vous incite à vous adresser aux autorités provinciales ou territoriales dans la province ou le territoire où vous voulez exercer votre entreprise.

La réponse du commissaire au requérant reflète le fait que le présent système de délivrance des permis d'exploitation d'entreprise en application du paragraphe 110(5) laisse leur délivrance à chaque préposé provincial aux armes à feu, et que les permis d'exploitation d'entreprise valides à l'échelle nationale ne sont pas délivrés. Le commissaire délivre des permis valides partout au Canada à l'égard de la possession ou du port des armes à autorisation restreinte et des armes à feu, mais non pas à l'égard de la vente de ces armes.

Le requérant demande une ordonnance enjoignant au commissaire de lui délivrer le permis d'exploitation d'entreprise sollicité ou, subsidiairement, enjoignant au commissaire d'étudier sa demande de permis valide partout au Canada.

C'est une règle de droit bien établie qu'en général la Cour, lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire, n'a pas compétence pour ordonner que le fonctionnaire à qui il appartient de prendre une décision en prenne une particulière à l'égard du bien-fondé de la décision contestée. Voir par exemple l'arrêt *Kahlon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 386 (C.A.): «Ce bref ordonne l'exécution d'un devoir; il ne peut cependant pas dicter le résultat à atteindre».

There are, of course, some exceptions. When the merits of the decision have, in fact, been determined in the applicant's favour by the deciding officer and the only challenge to the decision is that the officer took into account an additional and extraneous consideration, then, a *mandamus* order on the merits may be issued. Also, if the decision to be made by the deciding officer is not, in fact, a discretionary one but is mandatory, and if the required conditions have been met, an order of *mandamus* may issue requiring a positive disposition on the merits.

In support of the argument that this Court has jurisdiction in the present case to issue an order requiring the Commissioner to issue the applicant a Canada-wide permit, the applicant cited: *Re Jackson et al. and Beaudry* (1969), 7 D.L.R. (3d) 737 (Sask. Q.B.); *Hurley v. Dawson* (May 8, 1987, file CA006486, B.C.C.A. and August 21, 1986, CC861283, B.C.S.C.); *Clare v. Thomson* (May 6, 1991, Prince George Registry, file 18913, B.C.S.C.). The *Jackson and Beaudry* case does not assist the applicant's argument. In that case the provisions under which the Court was reviewing the refusal of the business licence in question, specifically authorized the Court upon hearing such a case to make an order respecting the granting of a licence. The *Hurley v. Dawson* and *Clare v. Thomson* cases will be discussed *infra*.

The applicant argues that the Commissioner's decision-making authority in the present case is not discretionary. He argues that if an applicant for a business permit fulfils the conditions set out in subsection 112(4) of the Code, then a permit must issue. Subsection 112(4) provides:

112. . . .

(4) Any person who is authorized to issue a permit under any of subsections 110(3) to (7) may refuse to issue such a permit where he has notice of any matter that may render it desirable in the interests of the safety of the applicant therefor or any other person that such a permit should not be issued to the applicant.

The applicant argues that it is obvious that he has fulfilled the conditions of subsection 112(4) because he already holds a business permit to conduct a firearm dealership in Vancouver. The requirements of subsec-

Il existe naturellement certaines exceptions. Ainsi, lorsque le preneur de décision a donné gain de cause au requérant sur le fond et que le seul point litigieux tient à ce que dans la décision, il a tenu compte d'une considération supplémentaire ou étrangère, un bref de *mandamus* peut alors être décerné quant au fond de la décision. De plus, si la décision que doit prendre le fonctionnaire compétent n'est pas, de fait, de nature discrétionnaire mais obligatoire, et si les conditions exigées ont été respectées, il peut être rendu une ordonnance de *mandamus* exigeant une décision positive quant au fond.

À l'appui de l'argument voulant que la Cour ait compétence en l'espèce pour rendre une ordonnance enjoignant au commissaire de délivrer au requérant un permis valide partout au pays, ce dernier a cité les arrêts suivants: *Re Jackson et al. and Beaudry* (1969), 7 D.L.R. (3d) 737 (B.R. Sask.); *Hurley v. Dawson* (le 8 mai 1987, dossier CA006486, C.A.C.-B. et le 21 août 1986, CC861283, C.S.C.-B.); *Clare v. Thomson* (le 6 mai 1991, greffe de Prince George, dossier 18913, C.S.C.-B.). L'arrêt *Jackson and Beaudry* n'étaye pas la thèse du requérant. Dans cette affaire, les dispositions en vertu desquelles la Cour contrôlait le refus d'accorder un permis d'exploitation d'entreprise permettaient expressément à la Cour, après avoir entendu l'affaire, de rendre une ordonnance relativement à la délivrance du permis. On discutera plus bas des arrêts *Hurley v. Dawson* et *Clare v. Thomson*.

Le requérant soutient qu'en l'espèce, le pouvoir de décision du commissaire n'est pas discrétionnaire. Il fait valoir que celui qui demande un permis d'exploitation d'entreprise doit en recevoir un s'il répond aux conditions exposées au paragraphe 112(4) du Code. Voici le libellé de cette disposition:

112. . . .

(4) Les personnes autorisées à délivrer un permis en vertu des paragraphes 110(3) à (7), selon le cas, peuvent refuser de le faire lorsqu'elles ont connaissance de quelque cause susceptible de rendre souhaitable pour la sécurité du requérant, ou pour celle d'autrui, que le permis ne lui soit pas délivré.

Le requérant affirme qu'il est évident qu'il a rempli les conditions exposées au paragraphe 112(4) parce qu'il est déjà titulaire d'un permis lui permettant d'exploiter une concession d'armes à feu à Vancou-

tion 112(4) must have been met before that permit could have been issued.

The argument that the Commissioner has no discretion to refuse a permit if the requirements of subsection 112(4) are met is based on the jurisprudence which has developed with respect to subsections 110(1) and 110(2) of the Code:

110. (1) A permit authorizing a person to have in his possession a restricted weapon elsewhere than at the place at which he is otherwise entitled to possess it, as indicated on the registration certificate issued in respect thereof, may be issued by the Commissioner, the Attorney General of a province, a chief provincial firearms officer or a member of a class of persons that has been designated in writing for that purpose by the Commissioner or the Attorney General of a province and shall remain in force until the expiration of the period for which it is expressed to be issued, unless it is sooner revoked.

(2) A permit described in subsection (1) may be issued only where the person authorized to issue it is satisfied that the applicant therefor requires the restricted weapon to which the application relates

(a) to protect life;

(b) for use in connection with his lawful profession or occupation;

(c) for use in target practice under the auspices of a shooting club approved for the purposes of this section by the Attorney General of the province in which the premises of the shooting club are located; or

(d) for use in target practice in accordance with the conditions attached to the permit. [Underlining added.]

It has been held with respect to these provisions that the direction in subsection 110(1) that a permit "may be issued by the Commissioner, the Attorney General of a province, [or] a chief provincial firearms officer . . ." does not grant whichever of those individuals is issuing the permit any discretion with respect to the merits of the permit application. It has been held that "may" in that context only designates those persons who are authorized to issue a carry permit. See, for example, *Hurley v. Dawson* (August 21, 1986) CC861283 (Vancouver Registry), B.C.S.C., affirmed (May 8, 1987) CA006486, B.C.C.A.

In addition, it has been held that when an application for a carrying permit is being considered by one of the three individuals, the Commissioner, the Attor-

ver. En effet, les conditions visées au paragraphe 112(4) doivent avoir été remplies avant qu'un permis puisse être délivré.

La thèse voulant que le Commissaire n'ait pas le pouvoir discrétionnaire de refuser un permis lorsque les exigences du paragraphe 112(4) sont respectées se fonde sur la jurisprudence qui s'est établie relativement aux paragraphes 110(1) et 110(2) du Code:

110. (1) Le commissaire, le procureur général d'une province, le chef provincial des préposés aux armes à feu ou les personnes d'une catégorie désignée par écrit à cette fin par le commissaire ou le procureur général d'une province peuvent délivrer un permis autorisant une personne à avoir en sa possession une arme à autorisation restreinte en un lieu autre que celui où, en vertu du certificat délivré pour cette arme, elle est en droit de la posséder; le permis demeure valide, sauf révocation, jusqu'au terme de la période pour laquelle il est déclaré avoir été délivré.

(2) Le permis visé au paragraphe (1) ne peut être délivré que lorsque la personne autorisée à le faire est convaincue que celui qui le sollicite requiert l'arme à autorisation restreinte visée par la demande pour l'une ou l'autre des raisons suivantes:

a) pour protéger les vies;

b) pour son travail ou occupation légitime;

c) pour le tir à la cible, sous les auspices d'un club de tir approuvé pour l'application du présent article par le procureur général de la province où les locaux du club sont situés;

d) pour s'en servir dans le tir à la cible conformément aux conditions annexées au permis. [C'est moi qui souligne.]

On a statué à l'égard de ces dispositions que les mots au paragraphe 110(1) selon lesquels «Le commissaire, le procureur général d'une province, [ou] le chef provincial des préposés aux armes à feu . . . peuvent délivrer un permis . . . » n'accordent pas à celle de ces personnes qui délivre le permis le moindre pouvoir discrétionnaire relativement au bien-fondé de la demande de permis. On a conclu que le verbe «peuvent» dans ce contexte ne fait que désigner ceux qui sont autorisés à délivrer un permis de port d'armes. Voir par exemple l'arrêt *Hurley v. Dawson* (le 21 août 1986) CC861283 (greffe de Vancouver), C.S.C.-B., confirmé (le 8 mai 1987) CA006486, C.A.C.-B.

De plus, on a statué que le commissaire, le procureur général ou le chef provincial des préposés aux armes à feu qui étudie une demande de port d'arme

ney General or the chief provincial firearms officer, that individual has no discretion to refuse to issue a permit once he is satisfied that the applicant requires it for one of the purposes set out in subsection 110(2): to protect life; for use in connection with his lawful profession or occupation; for use in target practice . . . . It has been held that the wording “a permit . . . may be issued only where the person authorized to issue it is satisfied that the applicant requires it for . . .” does not accord the issuing officer discretion to consider any factors other than those which are relevant to the purposes set out in subsection 110(2).

It must be admitted that this is not an obvious way of reading subsection 110(2). On initially reading the section, one would think that the word “only” indicates that while the issuing officer must be satisfied that one of the conditions which are subsequently listed in paragraphs (a) to (d) must be met before a permit is issued, this does not mean that other factors might not also be taken into account by the issuing officer.

In any event, in *Martinoff v. Gossen*, [1979] 1 F.C. 652 (T.D.), at page 660, it was said, by way of *dicta*, that:

The Commissioner does not, in my view, have an unfettered or arbitrary discretion as to whether he will or will not issue a permit. If an applicant brings himself within subsection 97(2) [now s. 110(2)], then, as I see it, the Commissioner has a compellable duty to issue one.

This reasoning was adopted in the *Hurley v. Dawson* case, *supra*. In that case, the plaintiff was a Loomis guard who was required to carry a restricted weapon for the purposes of his job. He was refused a permit on the ground that he had been convicted of a criminal offence (cultivating marijuana). The Court held that this was an extraneous consideration which the respondent had no authority to consider when deciding whether or not to issue a permit. A year prior to the criminal conviction, the plaintiff had held a permit and that permit was not cancelled immediately on his conviction for the criminal offence. It was only on a renewal application that the conviction was used as a reason for denying him a permit.

n’a pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de délivrer un permis s’il est convaincu que le requérant le demande pour l’un des objets exposés au paragraphe 110(2): pour protéger des vies; pour son travail ou occupation légitime; pour le tir à la cible . . . On a conclu que le libellé «Le permis . . . ne peut être délivré que lorsque la personne autorisée à le faire est convaincue que celui qui le sollicite requiert l’arme . . . » n’accorde pas à celui qui délivre le permis le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération d’autres facteurs que ceux qui sont pertinents aux objets énumérés au paragraphe 110(2).

Admettons que ce n’est pas là une interprétation évidente du paragraphe 110(2). À première lecture de l’article, on pourrait croire que l’adverbe «ne» indique que même si celui qui délivre le permis doit être convaincu que l’une des conditions énumérées plus loin aux alinéas a) à d) doit être respectée pour que le permis soit délivré, cela ne signifie pas qu’il ne peut tenir compte d’autres facteurs.

En tout état de cause, dans l’arrêt *Martinoff c. Gossen*, [1979] 1 C.F. 652 (1<sup>re</sup> inst.), on lit à la page 660 la remarque incidente suivante:

À mon avis, le commissaire n’a pas le pouvoir absolu ou arbitraire de délivrer ou de refuser un permis. Si un requérant satisfait aux conditions prévues au paragraphe 97(2), le commissaire est tenu à l’obligation, susceptible d’exécution forcée, de lui délivrer le permis.

Le raisonnement a été adopté dans l’arrêt *Hurley v. Dawson*, précité. Dans cette affaire le demandeur était une vigile de Loomis tenue de porter une arme à autorisation restreinte aux fins de son travail. On lui a refusé un permis au motif qu’il avait été reconnu coupable d’un acte criminel (culture de la marijuana). La Cour a statué qu’il s’agissait là d’une considération sans rapport avec l’affaire dont l’intimé n’était pas autorisé à tenir compte en décidant de délivrer ou non le permis sollicité. Un an avant d’avoir été déclaré coupable d’un acte criminel, le demandeur avait détenu un permis, qui n’avait pas été révoqué immédiatement après sa déclaration de culpabilité. Ce n’est que lors d’une demande de renouvellement que la condamnation avait été invoquée pour motiver le refus de lui délivrer un permis.

Mr. Justice Gibbs in *Hurley v. Dawson* adopted the comments, with respect to subsection 110(2), quoted above from *Martinoff v. Gossen*, and explained the reasoning for not finding any additional discretion under subsection 110(1) as follows:

... Counsel for the respondents made the submission that such an interpretation is illogical for it would lead to the remarkable result that “a known ‘hit man’ for organized crime would automatically get a carrying permit so long as he could show that it was required for the protection of his life”. That apprehension is unfounded. It would only follow if the known “hit man” succeeded in by-passing all of the other elaborate safeguards in Part II.I of the Code.

The permit referred to in s. 106.2(1) [now s. 110(1)] only authorized the permit holder “to have in his possession a restricted weapon elsewhere than at a place at which he is otherwise entitled to possess it, as indicated on the registration certificate issued in respect thereof”. Holding a registration certificate is, therefore, a condition precedent to an application under s. 106.2(1) [now s. 110(1)]. The authority to issue a registration certificate for a restricted weapon is contained in s. 106.1 [now s. 109]. It is a condition precedent to an application for a registration certificate that the applicant be the holder of a firearms acquisition certificate and be 18 years old or older. The applicant must show that he requires the restricted firearm for essentially [sic] the same purposes as are listed under s. 106.2(2) [now s. 110(2)]. And, under subsection (6) [now s. 109(6)], the local registrar of firearms is required to report “any matter that makes it desirable in the interests of the safety of the applicant or any other person that the applicant should not possess a restricted weapon”. But the most elaborate safeguards against the “hit man” are in s. 104 [now s. 106], the firearms acquisition certificate section.

The pattern of control is evident. It begins with the application for a firearms acquisition certificate under s. 104 [now s. 106]. An applicant must meet stringent tests and wide discretion is vested in the issuing officer. If the s. 104 [now s. 106] hurdles are overcome, there are further tests and discretionary powers when application is made for a registration certificate for a restricted weapon under s. 106.1 [now s. 109]. Having met all of those requirements the intent of parliament appears to have been that the issue of a permit to carry a restricted weapon would be then a purely administrative act, if the applicant satisfied the issuing officer that he required the restricted weapon for one of the purposes specified in s. 106.2(2) [now s. 110(2)].

Dans l'arrêt *Hurley v. Dawson*, précité, le juge Gibbs a adopté la remarque incidente de l'arrêt *Martinoff c. Gossen* citée plus haut, à l'égard du paragraphe 110(2), et il a expliqué comme suit pourquoi il ne concluait pas à l'existence d'aucun autre pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 110(1):

[TRADUCTION] ... L'avocat des intimés a avancé qu'une telle interprétation serait illogique car elle mènerait à la conséquence singulière qu'«un “tueur à gages” connu de la pègre recevrait automatiquement un permis de port d'armes s'il pouvait démontrer qu'il lui était nécessaire pour protéger sa vie». Cette crainte est mal fondée. En effet, il faudrait d'abord que le «tueur à gages» connu réussisse à triompher de toutes les autres garanties minutieuses de la Partie II.I du Code.

Le permis visé au paragraphe 106.2(1) [aujourd'hui le paragraphe 110(1)] ne faisait qu'autoriser le titulaire de permis «à avoir en sa possession une arme à autorisation restreinte en un lieu autre que celui où, en vertu du certificat délivré pour cette arme, elle est en droit de la posséder». La possession d'un certificat d'enregistrement est donc une condition préalable à la demande visée au paragraphe 106.2(1) [aujourd'hui le paragraphe 110(1)]. Le pouvoir de délivrer un certificat d'enregistrement d'une arme à autorisation restreinte se trouve à l'article 106.1 [aujourd'hui l'article 109]. C'est une condition préalable à toute demande de certificat d'enregistrement que celui qui la fait soit titulaire d'une autorisation d'acquisition d'armes à feu et qu'il soit âgé d'au moins dix-huit ans. Le requérant doit démontrer qu'il a besoin de l'arme à autorisation restreinte essentiellement pour les mêmes fins énumérées au paragraphe 106.2(2) [aujourd'hui 110(2)]. Et en vertu du paragraphe (6) [aujourd'hui 109(6)], le registraire local d'armes à feu est tenu de faire rapport de «quelque cause susceptible de rendre souhaitable, pour la sécurité du requérant, ou pour celle d'autrui, de ne pas l'autoriser à posséder une arme à autorisation restreinte». Mais les garanties très minutieuses contre le tueur à gages se trouvent à l'article 104 [aujourd'hui l'article 106], l'article qui traite de l'autorisation d'acquisition d'armes à feu.

La tendance au contrôle est évidente. Elle débute avec la demande d'autorisation d'acquisition d'arme à feu en vertu de l'article 104 [aujourd'hui l'article 106]. Le requérant doit répondre à de stricts critères et celui qui délivre le permis possède un large pouvoir discrétionnaire. Si le requérant surmonte les obstacles qui se trouvent à l'article 104 [aujourd'hui l'article 106], il se heurte à d'autres critères et pouvoirs discrétionnaires lorsqu'il fait une demande de certificat d'enregistrement pour armes à autorisation restreinte en vertu de l'article 106.1 [aujourd'hui l'article 109]. Une fois respectées toutes ces conditions, le législateur semble avoir voulu que la délivrance du permis de port d'armes à autorisation restreinte ne soit plus qu'une simple mesure administrative, si le requérant convainc celui qui délivre les permis qu'il a besoin de l'arme à autorisation restreinte pour l'une des fins énumérées au paragraphe 106.2(2) [aujourd'hui le paragraphe 110(2)].

If that understanding of the pattern is correct, the word “may” in s. 106.2(1) [now s. 110(1)] must have been intended by parliament to be merely designator of the identity of those persons authorized to issue carrying permits.

The British Columbia Court of Appeal adopted this reasoning not only with respect to subsection 110(1) but also subsection 110(2). The reasoning has also been applied in *Clare v. Thomson*, *supra*. Thus, in the case of subsections 110(1) and 110(2), there is significant authority which states that if the issuing officer is satisfied that an applicant for a permit comes within one of the criteria set out in subsection 110(2), that is, requires a weapon “to protect life, or for use in connection with a lawful occupation, or for use in target practice . . .”, then, the issuing officer, must issue the permit.

Similarly the applicant argues that in the case of an application for a permit to conduct a retail business selling firearms, if the applicant satisfies the conditions of subsection 112(4) the permit must be issued. For ease of reference subsections 110(5) and 112(4) will be set out again here:

#### 110. . . .

(5) A permit to carry on a business described in subsection 105(1) or subparagraph 105(2)(b)(i) may be issued by the Commissioner, the Attorney General or the chief provincial firearms officer of the province where the business is or is to be carried on or by any person whom the Commissioner or the Attorney General designates in writing for that purpose and shall remain in force until the expiration of the period, not exceeding one year, for which it is expressed to be issued, unless it is sooner revoked.

#### 112. . . .

(4) Any person who is authorized to issue a permit under any of subsections 110(3) to (7) may refuse to issue such a permit where he has notice of any matter that may render it desirable in the interests of the safety of the applicant therefor or any other person that such a permit should not be issued to the applicant.

Subsection 110(5) authorizes the Commissioner, the Attorney General of the province or the chief provincial firearms officer to issue a permit. The applicant argues that, in accordance with the *Hurley v. Dawson* decision, the “may” in subsection 110(5) does no more than identify the three possible individuals who may issue a business permit. It does not carve out an area of discretion (residual discretion) additional to

Si j’ai bien compris la tendance, le législateur a dû entendre que le verbe «peuvent» au paragraphe 106.2(1) [aujourd’hui le paragraphe 110(1)] désigne simplement l’identité de ceux qui sont autorisés à délivrer des permis de port d’arme.

a La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a adopté ce raisonnement aussi bien à l’égard du paragraphe 110(1) qu’à l’égard du paragraphe 110(2). Ce raisonnement a aussi été suivi dans l’arrêt *Clare v. Thomson*, précité. Ainsi, dans le cas des paragraphes b 110(1) et 110(2), une jurisprudence considérable dit que si celui qui délivre le permis est convaincu que le requérant répond à l’un des critères énumérés au paragraphe 110(2), c’est-à-dire s’il a besoin d’une c arme «pour protéger des vies, pour son travail ou occupation légitime ou pour le tir à la cible . . . » le fonctionnaire compétent doit alors lui délivrer un permis.

d De la même façon, le requérant avance que lorsqu’il s’agit d’une demande de permis d’exploitation d’une entreprise de vente au détail d’armes à feu, le permis doit être délivré si le requérant répond aux conditions du paragraphe 112(4). Pour que le lecteur e s’y reporte plus facilement, les paragraphes 110(5) et 112(4) sont cités de nouveau:

#### 110. . . .

(5) Le commissaire, le procureur général de la province où est située ou prévue l’entreprise, le chef provincial des préposés aux armes à feu de cette province ou toute personne que le commissaire ou le procureur général de la province nomme par écrit à cette fin peuvent délivrer des permis pour l’exploitation des entreprises visées au paragraphe 105(1) ou au sous-alinéa f 105(2)(b)(i); ces permis demeurent valides, sauf révocation, g jusqu’au terme de la période maximale d’un an pour laquelle ils sont déclarés avoir été délivrés.

#### 112. . . .

(4) Les personnes autorisées à délivrer un permis en vertu des paragraphes 110(3) à (7), selon le cas, peuvent refuser de le faire lorsqu’elles ont connaissance de quelque cause susceptible de rendre souhaitable pour la sécurité du requérant, ou pour celle d’autrui, que le permis ne lui soit pas délivré.

i Le paragraphe 110(5) autorise le commissaire, le procureur général de la province ou le chef provincial des préposés aux armes à feu à délivrer un permis. Le requérant soutient que, conformément à l’arrêt *Hurley v. Dawson*, le verbe «peuvent» au paragraphe j 110(5) ne fait rien de plus que d’identifier les trois personnes seules habilitées à délivrer un permis d’exploitation d’entreprise. Il n’établit pas un pouvoir dis-



any that which may exist elsewhere in the Code concerning the criteria which are to be considered in determining the merits of the application.

The applicable criteria, he argues, are found in subsection 112(4). By analogy to the interpretation which has been given to subsection 110(2), he argues that the issuing officer has no discretion to refuse an applicant a permit unless he determines that that applicant does not meet the conditions of subsection 112(4), that is, that there are no reasons relating to either the applicant's safety or that of another which should lead to the denial of a permit. As has been noted it is clear that there are no "safety related" reasons to refuse him a permit to conduct business within the province. He already holds a permit for that purpose.

Counsel for the respondent argues that there is a difference between the statutory scheme set out in subsection 110(1) and (2) and subsection 110(5) and 112(4). In the first place, permits under subsection 110(1) are "carry" permits and an applicant for such will already have met the requirements for the acquisition and registration of a weapon (and the stringent tests required). This was discussed, as noted above, in the *Hurley v. Dawson* case. Secondly, the textual structure of the paired subsections is different. In the case of subsection 110(1) and (2) there is a direct linkage which, it is argued, may give rise to a "right" to have a permit issued if one of the criteria in paragraphs (a) to (d) of subsection 110(2) are met. In the case of 110(5) and 112(4), however, there is no such close linkage. Subsection 112(4) relates to all the subsections 110(3) to 110(7) and not merely one provision. Also, it sets out a condition in which permits may not be granted. It does not establish positive criteria which, if met, might lead to the conclusion that a permit must be issued.

If the applicant's interpretation is right all individuals who apply for a business permit must be granted one unless they can be refused on the ground that the denial of a permit to them is justified on grounds of

crétionnaire (pouvoir résiduel) qui s'ajoute à ceux qui peuvent se trouver ailleurs dans le Code et qui visent les critères dont on doit tenir compte dans la détermination du bien-fondé de la demande.

<sup>a</sup> Les critères applicables, dit-il, se trouvent au paragraphe 112(4). Par analogie à l'interprétation donnée au paragraphe 110(2), il affirme que celui qui délivre les permis n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'en refuser un au requérant, sauf s'il détermine que celui-ci ne remplit pas les conditions énoncées au paragraphe 112(4), c'est-à-dire qu'il n'existe aucun motif relié à la sécurité du requérant ou à celle d'autrui qui devrait justifier le refus du permis. Comme on l'a noté, il est clair qu'il n'existe aucun motif «relié à la sécurité» pour refuser au requérant un permis d'exploitation d'entreprise dans la province. Il est déjà titulaire d'un permis à cette fin.

<sup>d</sup> L'avocat de l'intimé soutient qu'il existe une distinction entre le cadre législatif exposé aux paragraphes 110(1) et 110(2) et celui des paragraphes 110(5) et 112(4). Tout d'abord, les permis délivrés en vertu du paragraphe 110(1) sont des permis de «port» d'armes et ceux qui les sollicitent doivent avoir déjà respecté les conditions nécessaires à l'acquisition et à l'enregistrement d'une arme (ainsi que les stricts critères applicables). Cette question a été débattue, comme on l'a noté plus haut, dans l'affaire *Hurley v. Dawson*. Ensuite, la structure du libellé des paragraphes comparés est différente. Dans le cas des paragraphes 110(1) et 110(2), il y a un lien direct qui, soutient-on, peut donner lieu au «droit» à la délivrance d'un permis s'il y a respect de l'un des critères énoncés aux alinéas a) à d) du paragraphe 110(2). Pour ce qui est des paragraphes 110(5) et 112(4), toutefois, on n'y trouve pas ce lien étroit. En effet, le paragraphe 112(4) se rapporte aux paragraphes 110(3) à 110(7) et non seulement à une seule disposition. Il énonce aussi une situation dans laquelle il ne peut y avoir délivrance d'un permis. Il n'établit pas des critères positifs qui, s'ils sont respectés, sont susceptibles de mener à la conclusion qu'un permis doit être délivré.

<sup>j</sup> Si l'interprétation du requérant est bonne, tous ceux qui demandent un permis d'exploitation d'entreprise doivent en obtenir un, sauf si on peut le leur refuser au motif que le refus d'un permis à ces per-

safety: there is no authority to take any other consideration into account. It is admitted that "safety of the applicant . . . or any other person" is a broad concept and would encompass many of the factors which are required to be met in obtaining acquisition and registration permits.

The nub of the issue then is whether the Commissioner can refuse to consider an application for a Canada-wide business permit because authority is being exercised by the provincial firearms officer and as a policy matter it has been decided not to issue Canada-wide business permits.

Counsel for the respondent argues that when one of three possible decision makers refuses to entertain an application because one of the others is doing the job, the refusal is proper and cannot be attacked as a failure to exercise jurisdiction. I have difficulty with that argument. I might find it persuasive if the provincial firearms officer could issue Canada-wide permits. In such a case one might be reluctant to entertain an application for judicial review against the Commissioner. But in this case the provincial firearms officer cannot issue the kind of permit the applicant wishes (a Canada-wide permit). Thus the fact that the provincial firearms officer can issue permits to do business in the province is no answer.

I am not convinced however that I should read subsections 110(5) and 112(4) as the applicant contends. In the first place, subsection 112(4) does not set up criteria which if met require a permit to be issued. Indeed it seems clear that even if the issuing officer has notice of factors that render "it desirable in the interests of safety . . . that a permit should not be issued", a permit may still be issued. That is, under the terms of subsection 112(4) the issuing officer is not required to refuse a permit when he has notice of such factors. This underlines the breadth of discretion given to the issuing officer.

sonnes se justifie pour des raisons de sécurité: aucune source ne permet de tenir compte d'autres considérations. On reconnaît que «la sécurité du requérant . . . ou celle d'autrui» est un concept général et qu'il comprend plusieurs des facteurs dont il faut tenir compte pour obtenir des autorisations d'acquisition et des permis d'enregistrement.

L'essentiel de l'affaire consiste donc à savoir si le commissaire peut refuser d'étudier une demande de permis d'exploitation d'entreprise partout au Canada parce que le préposé provincial aux armes à feu exerce un pouvoir en la matière et que, question de principe, on a décidé de ne pas délivrer de permis d'exploitation d'entreprise valides à l'échelle nationale.

L'avocat de l'intimé soutient lorsque l'une des trois personnes habilitées à prendre une décision particulière refuse d'étudier une demande parce qu'une des deux autres personnes remplit cette fonction, son refus est légitime et ne peut être contesté au motif qu'elle refuse d'exercer sa compétence. Cet argument ne me convainc pas. Je pourrais le trouver convaincant si le préposé provincial aux armes à feu pouvait délivrer des permis valides partout au Canada. Dans ce cas, on pourrait hésiter à étudier une demande de contrôle judiciaire à l'encontre du commissaire. Mais en l'espèce, le préposé provincial aux armes à feu ne peut délivrer le genre de permis sollicité par le requérant (un permis valide partout au Canada). Ainsi, la compétence du préposé provincial aux armes à feu pour délivrer des permis d'exploitation d'entreprise dans la province n'apporte pas de solution.

Je ne suis cependant pas convaincue que je doive interpréter les paragraphes 110(5) et 112(4) comme le prétend le requérant. Tout d'abord, le paragraphe 112(4) n'établit pas de critères dont le respect entraîne la délivrance d'un permis. En effet, il semble clair que même si le fonctionnaire qui délivre les permis a connaissance de facteurs susceptibles de rendre «souhaitable pour la sécurité . . . que le permis ne . . . soit pas délivré», le permis peut tout de même être délivré. C'est-à-dire que selon le libellé du paragraphe 112(4), celui qui délivre les permis n'est pas tenu de refuser de le faire lorsqu'il a connaissance de tels facteurs. Cela souligne l'étendue du pouvoir discrétionnaire conféré à celui qui délivre les permis.

There are two decisions which seem to indicate that the issuing officer must issue a business permit if safety concerns are met. In *Lawrence v. Jones* (1977), 36 C.C.C. (2d) 452 (Ont. Prov. Ct.), the court was dealing with a refusal of a provincial firearms officer to issue a business permit [at pages 457-458]:

The conditions governing the issuance of permits are not as clearly laid down as they might be. Those concerned with permits which *allow the possession* of restricted weapons are spelled out in s. 97(1)(a) and s-s. (5), (6) and (9); not so, however, those concerned with permits which *allow the carrying on of a business* which includes the selling of restricted weapons at retail. The only conditions governing the issuance of permits for *that* purpose are to be found in s. 99(3) [now s. 112(4)]. The issuer *may*, not *must*, refuse to issue such a permit "where he has notice of any matter that may render it desirable in the interests of the safety of other persons that such a permit should not be issued to the applicant". Section 99 (s-s. 5 to 11) provides for the manner in which a decision not to issue a permit is to be communicated to the applicant, and the manner in which a person "aggrieved" by such refusal can appeal therefrom.

Generally speaking, licensing legislation should expressly state all powers related to the granting and refusing of licences. It is important that the standard be clear and that the legislation should clearly express the purpose and policy sought to be implemented by the legislation. The legislation here does not meet this test insofar as the criteria for granting or refusing a licence are concerned.

The Court went on to reiterate that the provisions in the Code with respect to the carrying on of a retail business for the sale of firearms were concerned with safety. The Court stated that it did not see how factors such as the carrying on of the business part-time, or that the applicant lived in Metropolitan Toronto while the business would be located in Lindsay related to safety. The Court found that the issuing officer's main reason for refusing a permit was the "floodgates argument"—the fact that many other persons who like the applicant collected guns would seek a business permit. The Court was not persuaded that this related to safety. The Court continued [at page 461]:

Deux décisions semblent indiquer qu'il doit délivrer un permis d'exploitation d'entreprise s'il est satisfait aux considérations relatives à la sécurité. Dans l'arrêt *Lawrence v. Jones* (1977), 36 C.C.C. (2d) 452 (C.P. Ont.), le tribunal était saisi du refus d'un préposé provincial aux armes à feu de délivrer un permis d'exploitation d'entreprise [aux pages 457 et 458]:

[TRADUCTION] Les conditions régissant la délivrance des permis ne sont pas aussi explicites qu'elles pourraient l'être. Celles qui ont trait aux permis *autorisant la possession* d'une arme à autorisation restreinte sont énoncées à l'alinéa 97(1)a) et aux paragraphes (5), (6) et (9); il n'en est pas ainsi cependant pour celles qui visent les permis *autorisant l'exploitation d'une entreprise* qui comprend la vente au détail d'armes à autorisation restreinte. Les seules conditions applicables à la délivrance de permis à *cette* fin se trouvent au paragraphe 99(3) [aujourd'hui le paragraphe 112(4)]. Les personnes autorisées à délivrer les permis *peuvent*, et non pas *doivent*, refuser de le faire «lorsqu'elles ont connaissance de quelque cause susceptible de rendre souhaitable pour la sécurité... d'autrui, que le permis ne... soit pas délivré». L'article 99 (paragraphes 5 à 11) prévoit la façon dont le refus de délivrer un permis doit être communiqué au requérant, et la façon dont la personne «lésée» par ce refus peut interjeter appel.

De façon générale, les mesures législatives portant sur la délivrance de permis devraient énoncer expressément tous les pouvoirs reliés à l'octroi et au refus des permis. Il est important que les critères soient clairs et que les dispositions législatives énoncent clairement l'objet et la politique que la mesure législative poursuit. La loi en l'espèce ne répond pas à cette norme en ce qui concerne les critères applicables à l'octroi et au refus des permis.

La Cour a ensuite répété que les dispositions du Code ayant trait à l'exploitation d'une entreprise de vente au détail d'armes à feu visaient la sécurité. La Cour a dit qu'elle ne voyait pas comment le fait que l'entreprise soit exploitée à temps partiel ou que le requérant habite le Toronto métropolitain alors que son entreprise se trouverait à Lindsay pouvait se rapporter à la sécurité. La Cour a conclu que la principale raison pour laquelle la personne autorisée à délivrer des permis avait refusé de le faire tenait à l'argument relatif aux «avalanches», c'est-à-dire le fait que plusieurs autres personnes qui, à l'instar du requérant, collectionnaient les armes à feu recherchaient un permis d'exploitation d'entreprise. La Cour n'était pas convaincue que cette raison avait trait à la sécurité. Elle a ajouté à la page 461:

Nothing in the evidence appears to me to meet the sole criterion of "the safety of other persons" which is the only policy guideline set down in the statute. The Attorney-General's guidelines have no statutory or other authority and I reject them as criteria to be considered by me or which should have been considered by Mr. Jones. It may be that in a very general sense, the safety of the entire population is affected by permitting even one person, let alone even one *more* person sell restricted weapons, but I do not think s. 99(3) can be so widely interpreted—to do so would leave Mr. Jones such an unfettered discretion as would undoubtedly be improper, for he could without any reason whatsoever and at his sole whim determine who should or should not have permits of this type.

It is common ground that Mr. Lawrence meets all personal tests of integrity and that his proposed business premises meet all reasonable security requirements. These are factors affecting the "safety of other persons" and the appellant has met them in such a way as does not affect such safety adversely.

I, therefore, allow the appeal and direct that a permit be issued to the applicant to carry on at 12 Russell St. West, in Lindsay, Ontario, a business that includes the selling of restricted weapons at retail.

I cannot leave this matter, however, without expressing regret that Parliament has not seen fit to define with clarity the criteria which should govern the issuance of such permits. In my opinion, the law regarding what is commonly called "gun control" is not clear.

In *R. v. Wilke (No. 2)* (1981), 60 C.C.C. (2d) 108 (Ont. Dist. Ct.), the decision of a provincial court judge which ordered the issuance of a business permit was under appeal. In the context of that appeal it was said [at pages 116-117]:

Curiously, there is no criteria set out in the *Code* to guide the chief provincial firearms officer in issuing the [business] permit or the Court in deciding whether or not his decision is proper.

Section 104(3) [now s. 106] does set out certain criteria guiding a Magistrate on a hearing from a refusal of a firearms officer to issue a firearms acquisition certificate. He is entitled to confirm the opinion of the firearms officer that it is not desirable in the interests of the safety of the applicant or any other person that the applicant should acquire a firearm where it is made to appear that the applicant:

- (1) has been convicted within five years immediately preceding the date of his application in proceedings on

[TRADUCTION] Rien dans la preuve ne me semble respecter l'unique critère de «la sécurité d'autrui», qui est la seule ligne directrice énoncée dans la loi. Les lignes directrices du procureur général n'ont aucune autorité statutaire ni autre, et je refuse de les accepter comme des critères dont M. Jones ou moi-même aurions dû tenir compte. Il se peut que dans un sens très général, la sécurité de toute la population soit visée lorsque l'on permet à une seule personne, et à plus forte raison à *plus* d'une personne, de vendre des armes à autorisation restreinte, mais je ne crois pas que le paragraphe 99(3) puisse être interprété de façon aussi large; une telle interprétation laisserait à M. Jones un pouvoir discrétionnaire si vaste qu'il en serait probablement irrégulier, car il pourrait sans aucun motif et uniquement à son gré décider qui devrait avoir et ne pas avoir des permis de ce genre.

Les parties conviennent que M. Lawrence répond à tous les critères personnels d'intégrité et que ses locaux commerciaux éventuels satisfont à toutes les exigences raisonnables en matière de sécurité. Ce sont là des facteurs qui ont trait à «la sécurité d'autrui», et l'appellant y répond d'une façon qui ne compromet pas cette sécurité.

Par conséquent, j'accueille l'appel et j'ordonne qu'un permis soit délivré au requérant pour lui permettre d'exploiter, au 12 Russell St. West, à Lindsay (Ontario) une entreprise qui comprend notamment la vente au détail d'armes à autorisation restreinte.

Je ne saurais mettre le point final à la question, cependant, sans déplorer que le législateur n'ait pas jugé bon de définir clairement les critères qui devraient régir la délivrance de ces permis. À mon avis, la loi visant ce qu'on appelle communément le «contrôle des armes à feu» n'est pas claire.

Dans l'arrêt *R. v. Wilke (No 2)* (1981), 60 C.C.C. (2d) 108 (Cour dist. Ont.), la décision d'un juge d'une cour provinciale qui ordonnait la délivrance d'un permis d'exploitation d'entreprise était portée en appel. Dans le contexte de cet appel, on a dit ce qui suit [aux pages 116 et 117]:

[TRADUCTION] Curieusement, le *Code* ne donne aucun critère pour guider le chef provincial des préposés aux armes à feu dans la délivrance des permis [d'exploitation d'entreprise] ni la Cour lorsqu'elle doit décider si la décision de ce dernier est appropriée.

Le paragraphe 104(3) [aujourd'hui l'article 106] expose certains critères pour guider le magistrat saisi du refus d'un préposé aux armes à feu de délivrer une autorisation d'acquisition d'armes à feu. Il est habilité à confirmer la décision du préposé aux armes à feu voulant qu'il soit souhaitable pour la sécurité du requérant, ou pour celle d'autrui, que le permis ne lui soit pas délivré, lorsqu'il appert que:

- (1) dans les cinq ans précédant la date de la demande, le requérant a été déclaré coupable, sur mise en accusation,

indictment of an offence involving the commission of violence against another person or an offence under Part II.1 of the *Code*;

- (2) where within five years immediately preceding the date of the application the applicant has been treated for mental disorder associated with violence or threatened violence against himself or anyone else; or,
- (3) has a history of behaviour within five years immediately preceding the date of the application involving violence against himself or any other person.

Although such criteria are not enumerated as guidelines for determining whether a business permit should be issued, I am nevertheless of the view that they serve as some of the factors which should be taken into account in determining whether a business permit should be issued. The intent and purpose of the legislation appears to be directed towards ensuring that people involved in the possession and sale of restricted weapons exercise a standard of responsible behaviour which will guarantee that they will be safely stored and handled and that they will not fall into the hands of the criminal element in this society either by sale or negligence. That criteria must be applied not only to the applicant but to anyone else who might be associated in the business with the applicant even as an employee.

The Court in that case held that the decision of the provincial court judge in ordering the issuance of a licence, even though the husband of the applicant for the licence had a criminal record, was not in error. The criminal record of the husband did not involve sales to criminals or indiscriminate sales and the police were satisfied that the applicant's storage facilities were adequate.

Both the *Lawrence* and the *Wilke* cases deal with appeals from decisions of provincial firearms officers in which applications for business permits had been refused. Such decisions are appealable to the courts pursuant to subsection 112(8) of the *Criminal Code*. In the present case, since the attack is on the Commissioner's failure to make a decision on the merits (exercise his jurisdiction), the application was brought before me seeking *mandamus* to either require the issuance of a permit or at least to require that the Commissioner exercise his jurisdiction and consider the application on the merits.

The distinction between whether the Commissioner, in this case, refused to exercise his jurisdiction (if he did) or made a decision within that jurisdiction but by reference to an extraneous consideration (if he did) are of course two ways of

d'une infraction commise avec emploi de violence contre autrui ou d'une infraction à la partie II.1 du *Code*;

- (2) dans les cinq ans précédant la date de la demande, le requérant a été traité pour déséquilibre mental associé à des emplois ou menaces d'emploi de sa part de violence contre lui-même ou contre autrui; ou
- (3) dans les cinq ans précédant la date de la demande, le requérant a eu un comportement associé à des emplois de sa part de violence contre lui-même ou contre autrui.

Bien que ces critères ne soient pas énumérés à titre de lignes directrices applicables à la délivrance des permis d'exploitation d'entreprise, je suis tout de même d'avis qu'ils comptent au nombre des facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a lieu de délivrer un permis d'exploitation d'entreprise. L'esprit et l'objet de la législation semble être l'adoption, par ceux qui possèdent et vendent des armes à autorisation restreinte, d'une conduite sérieuse qui garantira que ces armes seront manipulées avec prudence et rangées dans un endroit sûr, et qu'elles ne tomberont pas entre les mains des criminels, que ce soit par leur vente ou par négligence. Ce critère doit s'appliquer non seulement au requérant mais à toute autre personne qui pourrait être associée à l'entreprise de ce dernier, même en qualité d'employé.

Dans cette affaire, la Cour a statué que la décision par laquelle le juge d'une cour provinciale avait ordonné la délivrance d'un permis, bien que l'époux de la requérante ait eu un casier judiciaire, n'était pas entachée d'erreur. Ce casier judiciaire n'avait pas trait à la vente à des criminels ou à des ventes sans discernement, et la police était convaincue que les aires d'entreposage de la requérante étaient adéquates.

Les arrêts *Lawrence* et *Wilke* ont trait à des appels interjetés contre des décisions par lesquelles des préposés aux armes à feu rejetaient des demandes de permis d'exploitation d'entreprise. Il peut être interjeté appel de ces décisions devant les tribunaux conformément au paragraphe 112(8) du *Code criminel*. En l'espèce, puisque la contestation porte sur le défaut du commissaire de rendre une décision au fond (d'exercer sa compétence), on m'a demandé de décerner un bref de *mandamus* enjoignant au commissaire de délivrer un permis ou au moins d'exercer sa compétence et de juger la demande au fond.

La distinction entre la question de savoir si le commissaire, en l'espèce, a refusé d'exercer sa compétence (si tel est le cas) ou s'il a pris une décision dans le cadre de cette compétence mais en s'appuyant sur une considération étrangère (le cas échéant) revient à

framing the same issue. If the Commissioner in refusing to issue the permit was entitled to take into consideration the policy that no Canada-wide permits were to be issued, then, one can argue that he did make a decision on the merits but within his jurisdiction. If on the other hand his discretion is not wide enough to encompass a rejection of an application for a permit on that ground, then, it is appropriate to argue that he refused to exercise his jurisdiction.

In any event, I am not convinced that the Commissioner made a decision in this case that exceeded his jurisdiction or that he refused to exercise jurisdiction. As has been noted in the decisions cited, there are practically no explicit criteria set out, according to which a permit should or should not be issued. Safety of the applicant and of others is undoubtedly one consideration but it is not determinative under the statutory provisions.

Whether or not subsection 110(5) could be struck down for being too vague, either on constitutional grounds or on the basis of the common law principles which pre-existed the Charter, has not been argued. Indeed if the provision cannot stand because of the lack of sufficient criteria contained therein, that is because an arbitrary and completely unbridled decisionmaking power is conferred on the issuing officer, then the applicant is in no better position than he is at present. It would still be a criminal offence to carry on a retail business selling firearms in question without a permit but there would be no mechanism providing for the issuance of such permits.

To return to the decision taken by the Commissioner in this case. I am not convinced that the Commissioner in making the decision he did either refused to exercise or exceeded his jurisdiction. In the first case it is abundantly clear that considerations of safety are not the only factors which an issuing officer may consider. I must add, with respect to the *Lawrence* decision that I am not at all clear why many of the considerations referred to in that case are not relevant to the issuance of a business licence. More importantly, however, it is clear from the jurisprudence that in the absence of explicit criteria being set out, a decisionmaker is entitled to find guidance

exposer la même question de deux façons différentes. Si le commissaire, en refusant de délivrer le permis, avait le droit de prendre en considération la politique voulant qu'aucun permis valide partout au Canada devait être délivré, on peut alors avancer qu'il a rendu une décision au fond, mais dans le cadre de sa compétence. Si, d'autre part, sa compétence ne s'étend pas au rejet d'une demande de permis pour ce motif, il est alors loisible de soutenir qu'il a refusé d'exercer sa compétence.

En tout état de cause, je ne suis pas convaincue que le commissaire a rendu en l'espèce une décision qui dépassait sa compétence ou qu'il a refusé d'exercer celle-ci. Comme on l'a dit dans les décisions citées, pratiquement aucun critère explicite n'a été exposé permettant de décider si un permis doit ou non être délivré. La sécurité du requérant et d'autrui est assurément une considération applicable, mais elle n'est pas déterminante selon les dispositions de la loi.

La question de savoir si le paragraphe 110(5) pourrait être abrogé parce qu'il est trop vague, soit pour des motifs constitutionnels soit en raison de principes de la common law antérieurs à la Charte, n'a pas été débattue. Si effectivement cette disposition ne peut subsister parce qu'elle ne contient pas des critères suffisants, c'est-à-dire parce qu'un pouvoir décisionnel arbitraire et sans retenue est conféré à celui qui délivre les permis, le requérant ne se trouve alors pas en meilleure posture que maintenant. L'exploitation d'une entreprise de vente au détail des armes à feu en cause sans permis resterait un acte criminel, mais il n'existerait aucun mécanisme prévoyant la délivrance de ces permis.

J'en reviens à la décision prise par le commissaire en l'espèce. Je ne suis pas convaincue que le commissaire, en rendant sa décision, a soit refusé d'exercer, soit outrepassé sa compétence. Tout d'abord, il est abondamment clair que les considérations relatives à la sécurité ne sont pas les seuls facteurs dont peut tenir compte celui qui délivre les permis. Je dois ajouter, en ce qui concerne la décision *Lawrence*, que je ne vois pas bien pourquoi plusieurs des considérations mentionnées dans cet arrêt ne sont pas pertinentes à la délivrance d'un permis d'exploitation d'entreprise. Chose plus importante, toutefois, il ressort clairement de la jurisprudence qu'en l'absence de

in other provisions of the Code. The courts looked to other provisions of the Code, for example, in *Hurley v. Dawson*. Consideration was given to the criteria required to be met to obtain acquisition and registration permits. In the *Wilke* case reference was again made to those provisions.

Similarly in this case I think it is relevant to refer to subsection 105(5). Subsection 105(5) provides:

**105. . . .**

(5) Where a person carries on a business described in subsection (1) or subparagraph 2(b)(i) at more than one location, each location shall be deemed for the purposes of this section and regulations made pursuant to paragraphs 116(a) to (c) to be a separate business.

In my view this articulates a legislative policy which contemplates a close local control on businesses engaged in the retail sale of firearms. Subsection 105(6) provides for the regulation of mail order business. Subsection 105(1) provides for the record keeping and inventory control. Section 111 provides for reimbursement to provincial governments for expenses incurred in administering sections 105, 106 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 203] and 110(5).

I am of the view that the Commissioner did not refuse to exercise his jurisdiction or take into account an irrelevant factor in deciding not to issue the applicant a Canada-wide business permit when he decided not to issue the applicant a Canada-wide permit because the system of control which had been adopted in practice did not contemplate the issuing of such permits.

I should note as well that even if I am wrong in the above conclusion, I could not agree that it would be appropriate to issue a *mandamus* order requiring the granting of a permit to the applicant. The fact that the applicant has met the safety standards required for a provincial licence does not mean that those same safety standards would be applicable in the case of a Canada-wide permit.

For the reasons given this application will be dismissed.

critères précis, le preneur de décision a le droit de se guider sur les autres dispositions du Code. Les tribunaux se sont penchés sur d'autres dispositions du Code, par exemple dans l'arrêt *Hurley v. Dawson*. On a pris en considération les critères à respecter pour obtenir des autorisations d'acquisition et des permis d'enregistrement. Dans l'arrêt *Wilke*, on s'est encore reporté à ces dispositions.

De la même façon en l'espèce, je crois pertinent de renvoyer au paragraphe 105(5), qui prévoit ce qui suit:

**105. . . .**

(5) Lorsqu'une personne exploite une entreprise visée au paragraphe (1) ou au sous-alinéa (2)b)(i) à plusieurs endroits, chaque endroit est présumé, pour l'application du présent article et des règlements d'application des alinéas 116(a) à (c), constituer une entreprise distincte.

À mon avis, cette disposition formule une politique législative qui envisage un contrôle local étroit des entreprises qui font la vente au détail des armes à feu. Le paragraphe 105(6) prévoit la réglementation de la vente postale. Le paragraphe 105(1) prévoit la tenue de registres et le contrôle des stocks. L'article 111 prévoit le remboursement aux gouvernements provinciaux des dépenses entraînées par l'administration des articles 105, 106 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 203] et 110(5).

J'estime que le commissaire n'a pas refusé d'exercer sa compétence ni pris en considération un facteur non pertinent lorsqu'il a décidé de ne pas délivrer au requérant un permis valide partout au Canada parce que le système de contrôle adopté en pratique n'envisageait pas la délivrance de ces permis.

Je souligne aussi que même si ma conclusion susmentionnée est erronée, je ne saurais convenir qu'il y ait lieu de décerner un bref de *mandamus* qui ordonnerait la délivrance d'un permis au requérant. Le fait que le requérant a satisfait aux normes de sécurité applicables aux permis provinciaux ne signifie pas que ces mêmes normes de sécurité s'appliqueraient aux permis valides partout au Canada.

Pour les motifs donnés, cette demande sera rejetée.

T-514-91

T-514-91

**Joseph Marcel André Lachance (Plaintiff)****Joseph Marcel André Lachance (demandeur)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen (Defendant)**

a

**Sa Majesté la Reine (défenderesse)***INDEXED AS: LACHANCE v. CANADA (T.D.)**RÉPERTORIÉ: LACHANCE c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Pinard J.—Montréal, September 2; Ottawa, September 4, 1992.

b

Section de première instance, juge Pinard—Montréal, 2 septembre; Ottawa, 4 septembre 1992.

*Income tax — Income calculation — Taxpayer, partner in consulting firm, withdrawing from partnership — Receiving payment-out from firm in addition to draw for fiscal period — Residing entirely in Quebec, filing return for 1984 taxation year accordingly — Minister reassessing for provincial taxes based on firm's distribution of income by province — Regulations s. 2601 providing income earned in each province where permanent establishment — Act s. 96(1.1) deeming retiring partner entitled to share of profits to be partner — Whether s. 96(1.1) applying to calculation of income or loss of retiring partner — Stated to apply for purposes of s. 96(1) — Purpose of s. 96(1) calculation of income of firm — Not applying to tax liability of retiring partner.*

c

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Le contribuable, associé d'un cabinet de conseillers, s'est retiré de la société — Il a reçu un paiement du cabinet en sus de sa part des profits pour l'exercice financier — Résidant exclusivement au Québec, il a rédigé en conséquence sa déclaration d'impôt pour l'année d'imposition 1984 — Le ministre a établi une nouvelle cotisation dans laquelle il exigeait des impôts provinciaux en fonction de la répartition des revenus du cabinet par province — Le Règlement traite, à l'art. 2601, du revenu gagné dans une province par un particulier qui a un établissement stable — L'art. 96(1.1) de la Loi dit que l'associé qui se retire en ayant droit à une part des profits est réputé être membre de la société — L'art. 96(1.1) s'applique-t-il au calcul du revenu ou des pertes de l'associé qui se retire? — Il est dit qu'il s'applique aux fins de l'art. 96(1) — L'objet de l'art. 96(1) vise les modalités du calcul du revenu du cabinet — Cette disposition ne s'applique pas à l'assujettissement fiscal de l'associé qui se retire.*

d

e

This was an appeal from a decision of the Tax Court of Canada dismissing the taxpayer's appeal from a reassessment for the 1984 taxation year. The taxpayer, a professional engineer, became a partner in Woods, Gordon, management consultants, in 1972. The partnership agreement was renewed from time to time until 1983, when the taxpayer withdrew from the partnership. Under the terms of the partnership agreement, the taxpayer was paid out some \$51,700. This was apart from his draw on the firm's profits for the fiscal year. The taxpayer lived only in Quebec and had no permanent establishment elsewhere; he reported his income on his 1984 return accordingly. The Minister took the position that the taxpayer's income for the year was attributable to different provinces on the basis of the distribution, among the provinces, of the income of Woods, Gordon, ranging from 0.7% from New Brunswick to 62.6% from Ontario. The Minister assessed for an additional \$13,400 in provincial taxes. Subsection 96(1) of the Act provides that the income of a partner is calculated as if the firm were an individual. Section 2601 of the *Income Tax Regulations* provides that an individual's income in a province is the difference between his total income and his income from outside the province. Paragraph 96(1.1)(a) provides that, for the purposes of subsection 96(1), where a retiring partner is entitled to a share of the profits, he is deemed to be a partner; and paragraph (b) provides that a partner's share of the firm's profit—or loss—is to be included in his income.

f

g

h

i

j

Il s'agit d'un appel contre la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt rejetait l'appel du contribuable d'une nouvelle cotisation établie pour l'année d'imposition 1984. Le contribuable, un ingénieur, était devenu en 1972 associé de Woods, Gordon, un cabinet de conseillers en gestion; son contrat de société avait été renouvelé à intervalles plus ou moins réguliers jusqu'en 1983, époque à laquelle le contribuable s'était retiré de la société. Aux termes du contrat de société, le contribuable a touché la somme de 51 700 \$, en sus de sa part des profits du cabinet pour l'exercice financier. Le contribuable vivait exclusivement au Québec et n'avait aucun établissement stable ailleurs; il a donc rédigé sa déclaration d'impôt pour 1984 en conséquence. Le ministre s'est montré d'avis que le revenu du contribuable pour l'année provenait de différentes provinces en fonction de la répartition, par province, des revenus de Woods, Gordon, allant de 0,7 % pour le Nouveau-Brunswick à 62,6 % pour l'Ontario. Le ministre a donc exigé des impôts provinciaux additionnels de 13 400 \$. Le paragraphe 96(1) de la Loi prévoit que le revenu d'un membre d'une société se calcule comme si la société était un particulier. L'article 2601 du *Règlement de l'impôt sur le revenu* prévoit que le revenu gagné par un particulier dans une province est la différence entre son revenu global et son revenu provenant de l'extérieur de la province. L'alinéa 96(1.1)a) prévoit qu'aux fins du paragraphe 96(1) l'associé qui se retire et qui a droit à une part des profits est réputé être membre de la société; et l'alinéa b) prévoit que la part du membre de la société des pro-



*Held*, the appeal should be allowed.

The words in subsections 96(1) and (1.1) of the *Income Tax Act* must be read in context and in their ordinary sense harmoniously with the scheme and the object of the Act and the intention of the legislator, according to the modern rule of statutory interpretation articulated by Dreidger and endorsed by the Supreme Court. It is not the purpose of subsection 96(1.1) to provide the means of calculating the income or loss on which a retiring partner will be assessed. The subsection by its terms applies only "for the purposes of subsection (1) and sections 101 and 103". The only purpose of subsection 96(1) is to establish the technique for calculating the income or loss for the year of a member of a partnership. These provisions cannot apply to determine the tax liability of a "retiring partner" within the meaning of subsection 96(1.1).

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 96 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 60; 1984, c. 1, s. 43), 120 (as am. by S.C. 1973-74, c. 45, s. 8; 1977-78, c. 1, s. 57; 1980-81-82-83, c. 48, s. 66; c. 140, s. 79).

*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, ss. 2600 (as am. by SOR/78-772, s. 3; SOR/81-267, s. 3), 2601, 2603.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.

##### REFERRED TO:

*Harel v. Dep. M. Rev. of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851; (1977), 80 D.L.R. (3d) 556; [1977] CTC 441; 77 DTC 5438; 18 N.R. 91.

APPEAL from a decision of the Tax Court of Canada upholding the Minister's reassessment. Appeal allowed.

##### COUNSEL:

*Guy Du Pont* and *Ariane Bourque* for plaintiff.

*Pierre Cossette* for defendant.

fits de cette dernière—ou de ses pertes—doit être incluse dans son revenu.

*Jugement*: l'appel doit être accueilli.

a Les mots aux paragraphes 96(1) et 96(1.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* doivent s'interpréter selon leur contexte et leur sens ordinaire, en harmonie avec la forme et l'objet de la Loi et l'intention du législateur, conformément aux règles contemporaines d'interprétation législative formulées par Dreidger et adoptées par la Cour suprême. Le paragraphe 96(1.1) n'a pas pour objet de déterminer les modalités du calcul du revenu ou de la perte en fonction desquels sera établie la cotisation d'un associé qui se retire. Selon son libellé, le paragraphe ne s'applique qu'«aux fins du paragraphe (1) et des articles 101 et 103». Les fins du paragraphe 96(1) consistent strictement à déterminer les modalités du calcul, pour une année d'imposition, du revenu ou d'une perte d'un contribuable qui est membre d'une société. Ces dispositions ne peuvent s'appliquer pour déterminer l'assujettissement fiscal d'un «associé qui se retire» au sens du paragraphe 96(1.1).

#### d LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 96 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 60; 1980-81-82-83, ch. 47, art. 53 (item 12); 1984, ch. 1, art. 43), 120 (mod. par S.C. 1973-74, ch. 45, art. 8; 1977-78, ch. 1, art. 57; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 66; ch. 140, art. 79).

*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, art. 2600 (mod. par DORS/78-772, art. 3; DORS/81-267, art. 3), 2601, 2603.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.

##### DÉCISION CITÉE:

*Harel c. Sous-ministre du revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851; (1977), 80 D.L.R. (3d) 556; [1977] CTC 441; 77 DTC 5438; 18 N.R. 91.

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt confirmant la nouvelle cotisation du ministre. Appel accueilli.

##### AVOCATS:

*Guy Du Pont* et *Ariane Bourque* pour le demandeur.

*Pierre Cossette* pour la défenderesse.

## SOLICITORS;

*Phillips & Vineberg*, Montréal, for plaintiff.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

PINARD J.: The plaintiff is appealing from a decision of the Tax Court of Canada dated November 13, 1990, dismissing his appeal from an assessment dated October 3, 1985 for the 1984 taxation year. By that assessment the Minister of National Revenue allocated the plaintiff's professional income between eight provinces other than Quebec, collected provincial tax amounting to \$13,449.71 which the plaintiff as a result of this allocation should have paid those eight provinces, and accordingly reduced the tax rebate claimed by the plaintiff for taxes in the province of Quebec. It is of course an appeal *de novo*.

The facts relating to this action are not in dispute. Since 1962 the plaintiff has been a member in good standing of the Order of Engineers of the province of Quebec. On February 1, 1972 he became a partner under a written partnership contract concluded between himself and Woods, Gordon ("WG"), a firm of management consultants working as a partnership. The said contract was renewed at more or less regular intervals and its latest version was executed on or about February 1, 1983.

The WG partnership's fiscal year ended on January 31 of each year.

On September 30, 1983 the plaintiff formally gave WG notice that he was withdrawing from the partnership. On November 7, 1983 the plaintiff and WG proceeded to calculate the various amounts the plaintiff was entitled to following his withdrawal from the partnership, and to this end concluded a written agreement. The plaintiff's withdrawal took effect on November 15, 1983.

The calculation of the amounts to which the plaintiff was entitled under the partnership contract up to November 15, 1983 gave the following results:

## PROCUREURS:

*Phillips & Vineberg*, Montréal, pour le demandeur.

*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

LE JUGE PINARD: Le demandeur en appelle d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt, daté du 13 novembre 1990, rejetant son appel d'une cotisation émise le 3 octobre 1985 ayant trait à l'année d'imposition 1984. Aux termes de cette cotisation, le ministre du Revenu national a réparti les revenus professionnels du demandeur entre huit provinces autres que le Québec, a prélevé des impôts provinciaux au montant de 13 449,71 \$ que, suivant cette répartition, le demandeur aurait dû payer à ces huit provinces et a, par conséquent, réduit l'abattement fiscal réclamé par le demandeur pour les impôts de la province de Québec. Il s'agit bien sûr d'un appel *de novo*.

Les faits pertinents à cette action ne sont pas contestés. Le demandeur était, depuis 1962, membre en règle de l'Ordre des ingénieurs de la province de Québec. Le 1<sup>er</sup> février 1972, il devint associé aux termes d'un contrat écrit de société intervenu entre lui et Woods, Gordon («WG»), un cabinet de conseillers en administration faisant affaires en société. Ledit contrat a été renouvelé à intervalles plus ou moins réguliers et sa dernière version fut exécutée vers le 1<sup>er</sup> février 1983.

L'exercice financier de la société WG était clos le 31 janvier de chaque année.

Le 30 septembre 1983, le demandeur avisa formellement WG qu'il se retirait de la société. Le 7 novembre 1983, le demandeur et WG procédèrent à la détermination des différentes sommes auxquelles le demandeur avait droit suite à son retrait de la société et, à cet égard, conclurent une entente écrite. Le retrait du demandeur prit effet le 15 novembre 1983.

Le calcul, arrêté au 15 novembre 1983, des sommes auxquelles avait droit le demandeur, en vertu du contrat de société, établit les montants suivants:

Capital account:	\$21,000.00	Compte de capital:	21 000,00 \$
Deemed regular income account:	\$ 6,049.76	Compte de revenu réputé régulier:	6 049,76 \$
Special credit:	\$24,648.00	Crédit spécial:	24 648,00 \$

The plaintiff was further entitled to his share of the WG profits for the period from February 1 to November 15, 1983, that is approximately \$110,734.94.

Following his withdrawal from the partnership, that is after November 15, 1983, the plaintiff ceased providing services to the partnership and receiving other income and benefits from it. During the 1984 taxation year he resided exclusively in Quebec and had no permanent establishment outside that province.

During the 1984 taxation year WG allocated the partnership's income as follows:

Newfoundland	1.2%
Nova Scotia	1.0%
New Brunswick	0.7%
Ontario	62.6%
Manitoba	2.7%
Saskatchewan	2.4%
Alberta	11.5%
British Columbia	5.1%
Quebec	<u>12.8%</u>
	100.00%

On April 26, 1985 the plaintiff filed his tax return for the 1984 taxation year. He determined his taxable income and calculated his taxes based on the fact that during that taxation year he was living in Quebec exclusively and had no permanent establishment outside that province, ascribing all his income, including that from WG, to the province.

On October 3, 1985 the Minister of National Revenue made an assessment by which he allocated the plaintiff's income for the 1984 taxation year in accordance with WG's cross-Canada allocation, thereby collecting additional provincial tax of \$13,449.71 plus interest and reducing the Quebec tax rebate from \$6,138.20 to \$4,830.31. These provincial taxes were broken down as follows:

*a* En outre, le demandeur a eu droit à sa part des profits de WG pour la période du 1<sup>er</sup> février 1983 au 15 novembre 1983, soit approximativement 110 734,94 \$.

*b* Suite à son retrait de la société, soit après le 15 novembre 1983, le demandeur cessa de rendre des services à la société et, par ailleurs, d'en retirer d'autres revenus et avantages. Au cours de l'année d'imposition 1984, il résidait exclusivement au Québec et n'avait aucun établissement stable à l'extérieur de cette province.

WG, au cours de l'année d'imposition 1984, répartit ainsi les revenus de la société:

<i>d</i> Terre-Neuve	1,2%
Nouvelle-Écosse	1,0%
Nouveau-Brunswick	0,7%
Ontario	62,6%
<i>e</i> Manitoba	2,7%
Saskatchewan	2,4%
Alberta	11,5%
<i>f</i> Colombie-Britannique	5,1%
Québec	<u>12,8%</u>
	100,00%

*g* Le 26 avril 1985, le demandeur produit sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 1984. Il établit son revenu imposable et calcula ses impôts en fonction du fait qu'au cours de cette année d'imposition, il résidait uniquement au Québec et n'avait pas d'établissement stable à l'extérieur de cette province, attribuant à cette dernière la totalité de ses revenus dont ceux provenant de WG.

*i* Le 3 octobre 1985, le ministre du Revenu national émit une cotisation aux termes de laquelle il répartit le revenu du demandeur pour l'année d'imposition 1984 en fonction de la répartition de WG à travers le Canada, prélevant ainsi des impôts provinciaux additionnels de 13 449,71 \$ plus des intérêts, et réduisant le dégrèvement pour l'impôt du Québec de 6 138,20 \$ à 4 830,31 \$. Ces impôts provinciaux se détaillaient comme suit:

Newfoundland	\$227.76	Terre-Neuve	227,76 \$
Nova Scotia	\$176.05	Nouvelle-Écosse	176,05 \$
New Brunswick	\$128.15	Nouveau-Brunswick	128,15 \$
Ontario	\$9,739.66	Ontario	9 739,66 \$
Manitoba	\$490.15	Manitoba	490,15 \$
Saskatchewan	\$384.30	Saskatchewan	384,30 \$
Alberta	\$1,569.94	Alberta	1 569,94 \$
British Columbia	\$733.70	Colombie-Britannique	733,70 \$
Total	\$13,449.71	Total	13 449,71 \$

The following relevant legislation and regulations must be set out here:

*Provisions of the Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended ("the Act"), in effect at the relevant time [s. 96 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 60; 1984, c. 1, s. 43), 120 (as am. by S.C. 1973-74, c. 45, s. 8; 1977-78, c. 1, s. 57; 1980-81-82-83, c. 48, s. 66; c. 140, s. 79)]*

96. (1) Where a taxpayer is a member of a partnership, his income, non-capital loss, net capital loss, restricted farm loss and farm loss, if any, for a taxation year, or his taxable income earned in Canada for a taxation year, as the case may be, shall be computed as if

(a) the partnership were a separate person resident in Canada;

(b) the taxation year of the partnership were its fiscal period;

(c) each partnership activity (including the ownership of property) were carried on by the partnership as a separate person . . . .

(f) the amount of the income of the partnership for a taxation year from any source or from sources in a particular place were the income of the taxpayer from that source or from sources in that particular place, as the case may be, for the taxation year of the taxpayer in which the partnership's taxation year ends, to the extent of the taxpayer's share thereof; and . . . .

(1.1) For the purposes of subsection (1) and sections 101 and 103,

(a) where the principal activity of a partnership is carrying on a business in Canada and the members thereof have entered into an agreement to allocate a share of the income or loss of the partnership from any source or from sources in a particular place, as the case may be, to any taxpayer who at any time ceased to be a member of

(i) the partnership, or

(ii) a partnership that at any time has ceased to exist or would, but for subsection 98(1), have ceased to exist, and either

Il importe, ici, de reproduire les dispositions législatives et réglementaires pertinentes suivantes:

*Dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu (la «Loi»), S.C. 1970-71-72, ch. 63, et ses amendements, en vigueur à l'époque pertinente [art. 96 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 60; 1980-81-82-83, ch. 47, art. 53 (item 12); 1984, ch. 1, art. 43), 120 (mod. par S.C. 1973-74, ch. 45, art. 8; 1977-78, ch. 1, art. 57; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 66; ch. 140, art. 79)]*

96. (1) Lorsqu'un contribuable est membre d'une société, son revenu, le montant de sa perte autre qu'une perte en capital, de sa perte en capital nette, de sa perte agricole restreinte et de sa perte agricole, s'il y en a, pour une année d'imposition, ou son revenu imposable gagné au Canada pour une année d'imposition, selon le cas, est calculé comme si

(a) la société était une personne distincte résidant au Canada;

(b) l'année d'imposition de la société correspondait à son exercice financier;

(c) chaque activité de la société (y compris une activité relative à la propriété de biens) était exercée par celle-ci en tant que personne distincte, . . . .

(f) le montant du revenu de la société, pour une année d'imposition, tiré d'une source quelconque ou de sources situées dans un endroit donné, constituait le revenu du contribuable tiré de cette source ou de sources situées dans cet endroit donné, selon le cas, pour l'année d'imposition du contribuable au cours de laquelle l'année d'imposition de la société se termine, jusqu'à concurrence de la part du contribuable, et . . . .

(1.1) Aux fins du paragraphe (1) et des articles 101 et 103,

(a) lorsque la principale activité d'une société consiste à exploiter une entreprise au Canada et que ses membres ont conclu une entente afin d'allouer une part du revenu ou de la perte de la société provenant d'une ou de plusieurs sources en un lieu donné, selon le cas, à tout contribuable qui, à un moment donné, a cessé d'être membre

(i) de la société, ou

(ii) d'une société qui, à un moment donné a cessé d'exister ou qui, sans le paragraphe 98(1), aurait cessé d'exister et dont

(A) the members thereof, or

(B) the members of another partnership in which, immediately after that time, any of the members referred to in clause (A) became members

have agreed to make such an allocation

or to his spouse, estate or heirs or to any person referred to in subsection (1.3), that taxpayer, his spouse, estate or heirs, or that person, as the case may be, shall be deemed to be a member of the partnership; and

(b) all amounts each of which is an amount equal to the share of the income or loss referred to in this subsection allocated to a taxpayer from a partnership in respect of a particular fiscal year of the partnership shall, notwithstanding any other provision of this Act, be included in computing his income for the taxation year in which that fiscal period of the partnership ends.

(1.4) For the purposes of this Act, a right to a share of the income or loss of a partnership under an agreement referred to in subsection (1.1) shall be deemed not to be capital property.

(1.6) Where a partnership carries on a business in a taxation year, each taxpayer who is deemed by paragraph (1.1)(a) to be a member of the partnership shall, for the purposes of subsection 2(3), be deemed to carry on that business in Canada in that year.

120. (1) There shall be added to the tax otherwise payable under this Part by an individual for a taxation year an amount that bears the same relation to 47% of the tax otherwise payable under this Part by him for the year that

(a) his income for the year, other than his income earned in the year in a province . . . .

(2) Each individual is deemed to have paid, in prescribed manner and on prescribed dates, on account of his tax under this Part for a taxation year an amount that bears the same relation to 3% of the tax otherwise payable under this Part by him for the year that

(a) his income earned in the year in a province that, on the 1st day of January, 1973, was a province providing schooling allowances within the meaning of the *Youth Allowances Act*,

bears to

(b) his income for the year.

(4) In this section,

(a) "income earned in the year in a province" means amounts determined under rules prescribed for the purpose of regulations made on the recommendation of the Minister of Finance . . . .

(A) les membres, ou

(B) les membres d'une autre société dont, immédiatement après cette date, les membres mentionnés à la disposition (A) sont devenus membres

ont conclu une telle entente d'allocation

ou conjoint, à la succession ou aux héritiers ou à toute personne mentionnée au paragraphe (1.3), ce contribuable, son conjoint, sa succession ou ses héritiers, ou cette personne, sont, selon le cas, réputés être membres de la société; et

b) tous les montants, dont chacun est égal à la part du revenu ou de la perte mentionnée au présent paragraphe, qu'alloue une société à un contribuable pour un exercice financier donné de la société doivent, nonobstant toute autre disposition de la présente loi, être inclus dans le calcul du revenu du contribuable pour son année d'imposition au cours de laquelle se termine cet exercice financier de la société.

(1.4) Aux fins de la présente loi, le droit à une part du revenu ou de la perte d'une société, aux termes d'une entente mentionnée au paragraphe (1.1), est réputé ne pas être un bien en immobilisations.

(1.6) Lorsqu'une société exploite une entreprise au Canada au cours d'une année d'imposition, chaque contribuable qui est réputé aux termes de l'alinéa (1.1)a) être un membre de la société est, aux fins du paragraphe 2(3), réputé exploiter cette entreprise au Canada au cours de l'année.

120. (1) Il doit être ajouté à l'impôt qu'un particulier est par ailleurs tenu de payer pour une année d'imposition, en vertu de la présente partie, une somme qui est par rapport à 47% de l'impôt qu'il est par ailleurs tenu de payer pour l'année en vertu de la présente partie, ce que

a) son revenu pour l'année, autre qu'un revenu gagné dans une province pour l'année,

(2) Chaque particulier est réputé avoir payé, de la manière et aux dates prescrites, au titre de son impôt pour une année d'imposition, en vertu de la présente partie, une somme qui est par rapport à 3% de l'impôt qu'il est par ailleurs tenu de payer pour l'année, en vertu de la présente partie, ce que

a) son revenu gagné dans l'année dans une province qui, le 1<sup>er</sup> janvier 1973, était une province accordant des allocations scolaires au sens où l'entend la *Loi sur les allocations aux jeunes*,

est par rapport

b) à son revenu pour l'année.

(4) Dans le présent article,

a) «revenu gagné dans l'année dans une province» signifie les montants déterminés conformément aux règles prescrites à cette fin par les règlements établis sur l'avis du ministre des Finances . . . .

Provisions of the Income Tax Regulations (“the Regulations”) in effect at the relevant time [C.R.C., c. 945, ss. 2600 (as am. by SOR/78-772, s. 3; SOR/81-267, s. 3), 2601, 2603]

Dispositions du Règlement de l’impôt sur le revenu (le «Règlement»), en vigueur à l’époque pertinente [C.R.C., ch. 945, art. 2600 (mod. par DORS/78-772, art. 3; DORS/81-267, art. 3), 2601, 2603]

## PART XXVI

## PARTIE XXVI

## INCOME EARNED IN A PROVINCE BY AN INDIVIDUAL

## REVENU GAGNÉ DANS UNE PROVINCE PAR UN PARTICULIER

*Interpretation**Interprétation*

2600. (1) For the purposes of paragraph 120(4)(a) of the Act, “income earned in the year in a province” by an individual means the aggregate of his incomes earned in the taxation year in each province as determined in accordance with this Part.

2600. (1) Pour l’application de l’alinéa 120(4)a) de la Loi, le «revenu gagné dans l’année dans une province» par un particulier signifie l’ensemble de ses revenus gagnés pendant l’année d’imposition dans chaque province, tels qu’ils sont établis en conformité avec la présente partie.

(2) In this Part, “permanent establishment” means a fixed place of business of the individual, including an office, a branch, a mine, an oil well, a farm, a timberland, a factory, a workshop or a warehouse, and

(2) Dans la présente partie, «établissement stable» signifie une place fixe d’affaires du particulier, y compris un bureau, une succursale, une mine, un puits de pétrole, une exploitation agricole, une terre à bois, une usine, un atelier ou un entrepôt, et

(a) where an individual carries on business through an employee or agent, established in a particular place, who has general authority to contract for his employer or principal or who has a stock of merchandise owned by his employer or principal from which he regularly fills orders which he receives, the individual shall be deemed to have a permanent establishment in that place;

a) lorsqu’un particulier exploite une entreprise par l’intermédiaire d’un employé ou mandataire, établi à un endroit particulier, qui a l’autorité générale de passer des contrats pour son employeur ou mandant ou qui dispose d’un stock de marchandises appartenant à son employeur ou mandant et dont il remplit régulièrement les commandes qu’il reçoit, le particulier est censé avoir un établissement stable à cet endroit;

(b) where an individual uses substantial machinery or equipment in a particular place at any time in a taxation year he shall be deemed to have a permanent establishment in that place; and

b) lorsqu’un particulier utilise des machines ou du matériel substantiels à un endroit particulier, à toute époque de l’année d’imposition, il est censé avoir un établissement stable à cet endroit; et

(c) the fact that an individual has business dealings through a commission agent, broker, or other independent agent, or maintains an office solely for the purchase of merchandise, shall not of itself be held to mean that the individual has a permanent establishment.

c) le fait qu’un particulier a des relations d’affaires par l’intermédiaire d’un agent à commission, d’un courtier ou autre agent indépendant ou maintient un bureau seulement pour acheter des marchandises ne signifie pas en soi que le particulier a un établissement stable.

*Residents of Canada**Résidents du Canada*

2601. (1) Where an individual resided in a particular province on the last day of a taxation year and had no income for the year from a business with a permanent establishment outside the province, his income earned in the taxation year in the province is his income for the year.

2601. (1) Lorsqu’un particulier a résidé dans une province particulière le dernier jour d’une année d’imposition et n’a tiré aucun revenu pour l’année d’une entreprise ayant un établissement stable hors de la province, son revenu gagné pendant l’année d’imposition dans la province est son revenu pour l’année.

(2) Where an individual resided in a particular province on the last day of a taxation year and had income for the year from a business with a permanent establishment outside the province, his income earned in the taxation year in the province is the amount, if any, by which

(2) Lorsqu’un particulier résidait dans une province particulière le dernier jour d’une année d’imposition et a tiré un revenu pour l’année d’une entreprise ayant un établissement stable hors de la province, son revenu gagné pendant l’année d’imposition dans la province est le montant, s’il en est, par lequel

(a) his income for the year exceeds

a) son revenu pour l’année dépasse

(b) the aggregate of his income for the year from carrying on business earned in each other province and each country other than Canada determined as hereinafter set forth in this Part.

(3) Where an individual, who resided in Canada on the last day of a taxation year and who carried on business in a particular province at any time in the year, did not reside in the province on the last day of the year, his income earned in the taxation year in the province is his income for the year from carrying on business earned in the province, determined as hereinafter set forth in this Part.

#### *Income from Business*

2603. (1) Where, in a taxation year, an individual had a permanent establishment in a particular province or a country other than Canada and had no permanent establishment outside that province or country, the whole of his income from carrying on business for the year shall be deemed to have been earned therein.

(2) Where, in a taxation year, an individual had no permanent establishment in a particular province or country other than Canada, no part of his income for the year from carrying on business shall be deemed to have been earned therein.

Assuming that the agreement of November 7, 1983 between the plaintiff and the WG partnership falls within the scope of subsection 96(1.1) of the Act above, the fundamental question then is whether this provision, as the defendant contended, allowed the Minister of National Revenue to apply subsection 96(1) of the Act above so as to assess the plaintiff as he did for the 1984 taxation year. In other words, could the Minister act pursuant to subsections 96(1) and (1.1) of the Act in such a way that, in the circumstances, the plaintiff would not have all his income for the 1984 taxation year allocated only to the province of Quebec?

The defendant's position in this regard seems to me inconsistent with the very wording of the said subsection 96(1.1) of the Act, read together with subsection 96(1) of the same Act, and the provisions of those subsections must be interpreted in accordance with the grammatical and ordinary sense of the words they contain, taking into account their general context, the form and object of the Act and, finally, the

b) l'ensemble de son revenu pour l'année provenant de l'exercice d'une entreprise, gagné dans chaque autre province et dans chaque pays autre que le Canada et établi ainsi qu'il est exposé plus loin dans la présente partie.

(3) Lorsqu'un particulier, qui résidait au Canada le dernier jour d'une année d'imposition et qui a exercé une entreprise dans une province particulière à toute époque de l'année, ne résidait pas dans la province le dernier jour de l'année, son revenu gagné pendant l'année d'imposition dans la province est son revenu pour l'année provenant de l'exercice d'une entreprise, gagné dans la province et établi ainsi qu'il est exposé plus loin dans la présente partie.

#### *Revenu d'une entreprise*

2603. (1) Lorsque, pendant une année d'imposition, un particulier avait un établissement stable dans une province particulière ou dans un pays autre que le Canada et n'avait pas d'établissement stable hors de cette province ou de ce pays, la totalité du revenu qu'il a tiré de l'exercice d'une entreprise pour l'année est censée avoir été gagnée dans cette province ou ce pays.

(2) Lorsque, pendant une année d'imposition, un particulier n'avait pas d'établissement stable dans une province particulière ou dans un pays autre que le Canada, aucune partie de son revenu tiré pour l'année de l'exercice d'une entreprise n'est censée avoir été gagnée dans cette province ou ce pays.

Étant acquis que l'entente du 7 novembre 1983 entre le demandeur et la société WG donne ouverture à l'application appropriée du paragraphe 96(1.1) ci-dessus de la Loi, la question fondamentale consiste donc à déterminer si cette dernière disposition, tel que le soutient la défenderesse, permettait au ministre du Revenu national de recourir au paragraphe 96(1) ci-dessus de la Loi pour cotiser le demandeur comme il l'a fait en regard de l'année d'imposition 1984. En d'autres termes, le ministre pouvait-il, par le biais des paragraphes 96(1.1) et 96(1) de la Loi, faire en sorte que le demandeur, dans les circonstances, ne puisse voir la totalité de ses revenus, pour l'année d'imposition 1984, être attribuée à la seule province de Québec?

La position de la défenderesse, à cet égard, m'apparaît inconciliable avec le texte même dudit paragraphe 96(1.1) de la Loi lu en corrélation avec le paragraphe 96(1) de la même Loi, paragraphes dont les dispositions doivent être interprétées selon le sens grammatical et ordinaire des mots qu'elles comportent, compte tenu de leur contexte global, compte tenu de la forme et de l'objet de la Loi et enfin,

intention of Parliament. I thus apply the modern rule of legislative interpretation as defined by the writer E. A. Dreidger and stated by the Supreme Court of Canada, interpreting the provisions of the *Income Tax Act in Stubar Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536 at page 578, as follows:

While not directing his observations exclusively to taxing statutes, the learned author of *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, E. A. Dreidger, put the modern rule succinctly:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

The purpose of subsection 96(1.1) is clearly not to determine how to calculate the income or loss of a retiring partner in connection with his assessment for a taxation year, taking into account the allowance resulting from the agreement in question, but simply to create a fiction which only applies for the purposes of subsection (1) and sections 101 and 103 of the Act. The wording of the subsection expressly limits the application of its paragraphs (a) and (b) "for the purposes of subsection (1) and sections 101 and 103":

For the purposes of subsection (1) and Sections 101 and 103, ...

(a) ...

(b) ...

It is clear that the purposes of subsection 96(1) are strictly to determine how to calculate for a taxation year income (or a loss, as the case may be) of a taxpayer who is a member of a partnership, and no one else. This follows from the very language of the provision, which begins with the words "where a taxpayer is a member of a partnership", and then uses the possessive adjective "his" with respect to the income or loss covered by the methods of calculation provided:

Where a taxpayer is a member of a partnership, his income, non-capital loss... if any for a taxation year, or his taxable income earned in Canada for a taxation year, as the case may be, shall be computed ...

There is no need to discuss subsections 101 and 103, referred to in subsection 96(1.1), since their particular provisions do not apply directly to the plain-

compte tenu de l'intention du Parlement. J'applique ainsi la règle moderne d'interprétation des textes législatifs telle que définie par l'auteur E. A. Dreidger et rapportée comme suit par la Cour suprême du Canada, appelée à interpréter les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dans *Stubar Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la page 578:

Bien que les remarques de E. A. Dreidger dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), à la p. 87, ne visent pas uniquement les lois fiscales, il y énonce la règle moderne de façon brève:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

En effet, le paragraphe 96(1.1) n'a clairement pas pour objet de déterminer les modalités du calcul du revenu ou de la perte d'un associé qui se retire, dans le cadre de sa cotisation pour une année d'imposition, compte tenu de l'allocation lui résultant de l'entente stipulée, mais bien simplement de créer une fiction qui ne vaut que pour les fins du paragraphe (1) et des articles 101 et 103 de la Loi. Le libellé du paragraphe restreint expressément l'application de ses alinéas a) et b) «aux fins du paragraphe (1) et des articles 101 et 103»:

Aux fins du paragraphe (1) et des articles 101 et 103, ...

a) ...

b) ...

Or, il est évident que les fins du paragraphe 96(1) consistent strictement à déterminer des modalités du calcul, pour une année d'imposition, du revenu (ou d'une perte, selon le cas) d'un contribuable qui est membre d'une société, et de personne d'autre. Cela résulte des termes mêmes de la disposition qui débute par les mots «lorsqu'un contribuable est membre d'une société» et qui utilise ensuite les adjectifs possessifs «son» et «sa» en regard du revenu ou de la perte visé par les modalités du calcul stipulées:

Lorsqu'un contribuable est membre d'une société, son revenu, le montant de sa perte... s'il y en a, pour une année d'imposition, ou son revenu imposable gagné au Canada pour une année d'imposition, selon le cas, est calculé comme si ...

Quant aux articles 101 et 103 auxquels réfère le paragraphe 96(1.1), il ne sera pas nécessaire d'en discuter, étant donné que leurs dispositions particulières



tiff's case, and in any case they were not relied on by the defendant.

It accordingly seems clear that subsections 96(1) and 96(1.1) of the Act, whether taken together or separately, cannot apply to a "retiring partner" within the meaning of subsection 96(1.1) so as to determine how for the purposes of his assessment for a taxation year he is to calculate his income (or loss), and that income (or loss) must instead be calculated independently in accordance with the other provisions of the Act and Regulations.

Incidentally, it is understandable that the fiction contained in subsection 96(1.1) could prove useful for the purposes mentioned in subsection 96(1), namely calculating the income (or loss, as the case may be) of a taxpayer who is a member of a partnership for a taxation year, since, for example, paragraph 96(1)(f) makes the share of each taxpayer who is a member of the partnership an essential part of the calculation.

In my opinion, if Parliament had intended that the fiction mentioned in subsection 96(1.1) should be used in a taxation year to calculate the income or loss of a "retiring partner" in the same way as income or loss of a taxpayer who is a member of the partnership in question, it would have said so. It would not have limited the scope of the provision solely to the purposes of subsection 96(1) and sections 101 and 103 as it did, bearing in mind *inter alia* the wording of subsection 96(1), which applies only to the method of calculating the income or loss of a taxpayer who "is a member of a partnership".

As the provisions here are clear and unambiguous, it will not be necessary to refer to the way their interpretation has developed and the changes in their application, at least since March 29, 1978, by the Minister of National Revenue. (See *Harel v. Dep. M. Rev. of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851, at pages 858 and 859.)

Judgment is accordingly rendered allowing the plaintiff's action and referring the reassessment on appeal back to the Minister of National Revenue for reconsideration and reassessment in accordance with these reasons; the whole with costs.

ne s'appliquent pas directement au cas du demandeur et que, de toute façon, elles ne sont pas invoquées par la défenderesse.

En conséquence, il m'apparaît évident que les paragraphes 96(1.1) et 96(1) de la Loi, pris ensemble ou séparément, ne peuvent s'appliquer à un «associé qui se retire» au sens du paragraphe 96(1.1) pour déterminer les modalités du calcul, dans le cadre de sa cotisation pour une année d'imposition, de son revenu (ou de sa perte), ce revenu (ou perte) devant plutôt être calculé indépendamment, en fonction des autres dispositions de la Loi et du Règlement.

Incidentement, il se conçoit bien que la fiction contenue au paragraphe 96(1.1) puisse s'avérer utile aux fins visées par le paragraphe 96(1), soit le calcul du revenu (ou d'une perte, selon le cas) d'un contribuable qui est membre d'une société, pour une année d'imposition, puisque, à titre d'exemple, l'alinéa f) du paragraphe 96(1) fait de la part de chaque contribuable membre de la société un élément essentiel de ce calcul.

À mon point de vue, si le législateur avait voulu que la fiction stipulée au paragraphe 96(1.1) serve aux fins de calculer, pour une année d'imposition, le revenu ou la perte d'un «associé qui se retire» de la même façon que le revenu ou la perte d'un contribuable qui est membre de la société concernée, il l'aurait dit. Il n'aurait pas restreint l'application de la disposition aux seules fins du paragraphe 96(1) et des articles 101 et 103 comme il l'a fait, conscient notamment du libellé du paragraphe 96(1) qui ne vise que la façon de calculer le revenu ou la perte d'un contribuable qui «est membre d'une société».

Dans ce contexte de dispositions qui sont claires et non ambiguës, il ne sera pas nécessaire de référer à l'évolution de leur interprétation et au changement dans leur application, depuis au moins le 29 mars 1978, par le ministre du Revenu national. (Voir *Harel c. Sous-ministre du revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851, aux pages 858 et 859.)

Jugement est donc rendu pour maintenir l'action du demandeur et déférer la nouvelle cotisation frappée d'appel au ministre du Revenu national pour étude et nouvel examen en conformité avec les présents motifs. Le tout, avec dépens.

T-673-92

T-673-92

**Danielle Vezina (Applicant)****Danielle Vezina (requérante)**

v.

c.

**The Canadian Human Rights Commission and John Hucker (Respondents)****La Commission canadienne des droits de la personne et John Hucker (intimés)***INDEXED AS: VEZINA v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: VEZINA c. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Pinard J.—Ottawa, September 30 and October 14, 1992.

Section de première instance, juge Pinard—Ottawa, 30 septembre et 14 octobre 1992.

*Human rights — Application to quash Canadian Human Rights Commission's (C.H.R.C.) decision dismissing applicant's complaint — Applicant, employee of C.H.R.C., not permitted to take smoking breaks, except during scheduled breaks — Claiming only employee to be placed under such restrictions — Complaint alleging harassment and discrimination based on disability (depression and tobacco dependence) — As administration and implementation of Canadian Human Rights Act vested exclusively in C.H.R.C., latter having jurisdiction over own employees, even where complaint alleges discrimination through act of one of its employees, without requirement of automatic referral of complaint to Human Rights Tribunal — Nemo judex principle excluded by structure of Act — Applicant submitting C.H.R.C. erred in law in failing to address issue of adverse effect discrimination caused by implementation of smoking policies that discriminate against persons dependent upon tobacco — As complaint not alleging adverse effect discrimination, cannot now be raised.*

*Judicial review — C.H.R.C. employee prohibited from taking smoking breaks in addition to scheduled breaks — Alleging harassment as only employee subject to such restrictions, and discrimination based on disability — Deputy Chief Commissioner dismissing grievance and later presiding over proceeding whereat human rights complaint dismissed although participated neither in discussions nor in vote — No reasonable apprehension of bias — Test for reasonable apprehension of bias set out in Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al., [1978] 1 S.C.R. 369 not met — Deputy Chief Commissioner's mere presence for quorum purposes only not appearing to have influenced decision, particularly as made in accordance with findings of independent investigator.*

*Droits de la personne — Demande visant à annuler une décision rendue par la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission), rejetant la plainte de la requérante — Il est interdit à la requérante, qui travaille au sein de la Commission, de prendre des pauses pour fumer, outre ses pauses normales — Elle prétend être la seule employée à subir de telles restrictions — Dans sa plainte, elle allègue être victime de harcèlement et de discrimination fondée sur une déficience (dépression et accoutumance au tabac) — L'administration et la mise en œuvre de la Loi canadienne sur les droits de la personne ayant été conférées exclusivement à la Commission, celle-ci est compétente à l'égard de ses propres employés même lorsque la plainte allègue un acte discriminatoire commis par l'un d'eux, sans que soit exigé le renvoi automatique de la plainte à un tribunal des droits de la personne — Le principe nemo judex est écarté par la structure de la Loi — La requérante soutient que la Commission a commis une erreur de droit en négligeant la question de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable causée par la mise en œuvre de politiques anti-tabac qui constituent une discrimination à l'égard des personnes dépendantes du tabac — La plainte originale n'ayant pas invoqué la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, cette question ne peut être soulevée à ce stade-ci.*

*Contrôle judiciaire — Interdiction à une employée de la Commission de prendre des pauses pour fumer outre ses pauses normales — Elle allègue être victime de harcèlement puisqu'elle est la seule employée à subir de telles restrictions, et de discrimination fondée sur une déficience — La vice-présidente de la Commission, qui a rejeté le grief, a ensuite présidé l'instance qui a mené au rejet de la plainte fondée sur les droits de la personne, sans toutefois participer aux discussions ni voter — Il n'existe aucune crainte raisonnable de partialité — Il n'a pas été satisfait au critère permettant d'établir une crainte raisonnable de partialité, formulé dans l'arrêt Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres, [1978] 1 R.C.S. 369 — La seule présence de la vice-présidente de la Commission, requise seulement pour obtenir le quorum, ne paraît pas avoir influé sur la décision, d'autant plus qu'elle a été rendue en conformité avec les conclusions d'un enquêteur indépendant.*

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 7, 14, 26, 27, 40 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 62), 41, 43 (as am. *idem*, s. 63), 44 (as am. *idem*, s. 64), 48, 49(1) (as am. *idem*, s. 66), 66. *a*

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4).

*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2, Schedule I. *b*

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*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. *c*

## REFERRED TO:

*Brousseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; (1989), 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 93 N.R. 1; *Canada (Attorney General) v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1991), 36 C.C.E.L. 83; 91 CLLC 17,016; 43 F.T.R. 47 (F.C.T.D.). *d*

APPLICATION to set aside Canadian Human Rights Commission's dismissal of a complaint made against it by one of its employees and for an order directing appointment of a Human Rights Tribunal. Application dismissed. *f*

## APPEARANCE:

Danielle Vezina on her own behalf. *g*

## COUNSEL:

*René Duval* for respondent Canadian Human Rights Commission. *h*

*Peter B. Annis* for respondent John Hucker.

## APPLICANT ON HER OWN BEHALF:

Danielle Vezina, Hull, Québec. *i*

## SOLICITORS:

*Canadian Human Rights Commission*, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission. *j*

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2, 7, 14, 26, 27, 40 (mod. par L.R.C. (1985), (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 62), 41, 43 (mod., *idem*, art. 63), 44 (mod., *idem*, art. 64), 48, 49(1) (mod., *idem*, art. 66), 66.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).

*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 2, annexe I.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Brousseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; (1989), 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 93 N.R. 1; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1991), 36 C.C.E.L. 83; 91 CLLC 17,016; 43 F.T.R. 47 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). *e*

DEMANDE visant à annuler une décision de la Commission canadienne des droits de la personne rejetant la plainte portée contre elle par l'une de ses employés et visant à obtenir une ordonnance en vue de la constitution d'un tribunal des droits de la personne. Demande rejetée.

## COMPARUTION:

Danielle Vezina en son propre nom. *g*

## AVOCATS:

*René Duval* pour l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne. *h*

*Peter B. Annis* pour l'intimé John Hucker.

## LA REQUÉRANTE EN SON PROPRE NOM:

Danielle Vezina, Hull (Québec). *i*

## PROCUREURS:

*Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, pour l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne. *j*

*Scott & Ayles*, Ottawa, for respondent John Hucker.

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

PINARD J.: This is an application for an order

(i) quashing the decision of the Canadian Human Rights Commission ("C.H.R.C.") dated February 18, 1992 to dismiss the applicant's complaint of discrimination against the respondents; and *b*

(ii) directing that the applicant's complaint of discrimination be remitted back to the C.H.R.C. for the appointment of a Human Rights Tribunal pursuant to subsection 49(1) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 66]. *c*

The applicant has been employed as a secretary by the C.H.R.C., one of the respondents, since July 1981. Between April 1982 and September 1988, she occupied the position of secretary to the Secretary-General of the C.H.R.C. While she was on maternity leave, Mr. John Hucker, the other respondent, was appointed Secretary-General of the C.H.R.C. On August 2, 1988, when the applicant returned from her leave, she started working for Mr. Hucker. *e*

Since October 1987, as a result of anti-smoking policies, smoking is no longer permitted in the C.H.R.C.'s workplace. According to the applicant, around September 8, 1988, Mr. Hucker informed her that she would not be allowed to leave her desk to smoke, except during her scheduled breaks. She claims that she was the only employee to be placed under such restrictions. *g*

Around September 19, 1988, the applicant provided Mr. Hucker with a copy of a first letter from her psychiatrist, Dr. Pierre Monpremier, requesting that the applicant not be prevented from taking smoking breaks in addition to scheduled breaks. In this letter, Dr. Monpremier stated that he had been treating the applicant since October 1982 and that preventing her from smoking could be harmful ("*dommageable*") to her because it would increase her level of stress. The doctor stated that the applicant's stress *j*

*Scott & Ayles*, Ottawa, pour l'intimé John Hucker.

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

LE JUGE PINARD: La requérante cherche à obtenir une ordonnance

(i) annulant la décision rendue le 18 février 1992 par la Commission canadienne des droits de la personne (la «Commission») qui a rejeté la plainte de discrimination de la requérante déposée contre les intimés; et

(ii) ordonnant le renvoi de la plainte de discrimination de la requérante à la Commission en vue de la constitution d'un tribunal des droits de la personne conformément au paragraphe 49(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>re</sup> suppl.), ch. 31, art. 66]. *d*

Depuis juillet 1981, la requérante est secrétaire au sein de la Commission intimée. Entre avril 1982 et septembre 1988, elle était secrétaire auprès du secrétaire général de la Commission, poste auquel a été nommé M. John Hucker, l'autre intimé, au cours du congé de maternité de la requérante. Le 2 août 1988, de retour au travail, elle a commencé à travailler pour M. Hucker. *f*

Depuis octobre 1987, en vertu de politiques anti-tabac, il est interdit de fumer au lieu de travail de la Commission. Aux dires de la requérante, vers le 8 septembre 1988, M. Hucker l'a avisée qu'elle ne pourrait quitter son bureau pour fumer que pendant ses pauses normales. Elle prétend être la seule employée à subir de telles restrictions. *h*

Vers le 19 septembre 1988, la requérante a transmis la copie d'une première lettre de son psychiatre, le Dr Pierre Monpremier, à M. Hucker, priant ce dernier de ne pas priver la requérante des pauses pour fumer qu'elle prend outre les pauses normales. Selon le Dr Monpremier, qui traite la requérante depuis octobre 1982, une interdiction de fumer pourrait lui être dommageable puisqu'elle augmenterait son stress. Il en serait ainsi puisque, selon le médecin, cette activité permet à la requérante de se détendre et

level would increase if she were not allowed to smoke because smoking relaxes her and because she would be subjected to more severe restrictions than those of her co-workers.

According to the applicant, Mr. Hucker disregarded the recommendations of Dr. Monpremier and, since around September 23, 1988, she was seconded in another section of the C.H.R.C., a less interesting and not permanent position. She claims that the secondment was initiated by Mr. Hucker. As well, the applicant alleges that Mr. Hucker had repeatedly asked her current supervisor for information about her efforts to seek employment outside the C.H.R.C.

Dr. Monpremier wrote a second letter, addressed "to whom it may concern" and dated November 22, 1989, stating that the applicant was suffering from bipolar cyclical endogenous depression, an illness caused by inadequate production of hormones in the brain and characterized, in the applicant's case, by depressive states and anxiety crises. The doctor further stated that the selective smoking restrictions placed on the applicant were directly related to a severe relapse of her illness because the restrictions caused a number of stressful events to occur.

On November 28, 1989, the applicant filed a complaint with the C.H.R.C. against the C.H.R.C. and Mr. Hucker, alleging harassment and discrimination on the basis of "disability (endogenous depression and dependence on tobacco)". Her complaint was based on sections 7 and 14 of the *Canadian Human Rights Act*.

On the initial filing of the applicant's complaint, it was recommended, by way of a "Report Prior to Investigation" dated March 28, 1990, that, pursuant to section 41 of the *Canadian Human Rights Act*, the complaint be first dealt with by way of a grievance under the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35. The applicant filed the complaint and the latter was dismissed by the C.H.R.C.'s Deputy Chief Commissioner, Michelle Falardeau-Ramsay, who could not conclude that the applicant had been harassed or discriminated against.

The C.H.R.C. then appointed Yves De Montigny, an outside investigator and a professor of law, to conduct an investigation of the applicant's complaint.

parce que cette dernière serait alors soumise à des restrictions plus sévères que celles imposées à ses collègues.

<sup>a</sup> Selon la requérante, M. Hucker n'a pas tenu compte des recommandations du Dr Monpremier et, depuis environ le 23 septembre 1988, elle est détachée à un poste moins intéressant et non permanent d'une section différente de la Commission. Elle soutient que M. Hucker est à l'origine du détachement. En outre, elle allègue que ce dernier s'est à maintes reprises renseigné auprès de son superviseur actuel sur ses efforts pour trouver un emploi ailleurs.

<sup>b</sup> Le 22 novembre 1989, le Dr Monpremier a écrit une deuxième lettre adressée [TRADUCTION] «à qui de droit», selon laquelle la requérante souffrait de dépression endogène cyclique bipolaire, une maladie causée par la production insuffisante d'hormones au cerveau et caractérisée, dans le cas de la requérante, par des états dépressifs et des crises d'anxiété. En outre, les restrictions sélectives imposées à la requérante concernant l'usage du tabac ont provoqué de nombreux événements stressants, et, selon le médecin, sont directement reliées à la grave rechute de sa patiente.

<sup>c</sup> Le 28 novembre 1989, la requérante a déposé une plainte auprès de la Commission contre celle-ci et M. Hucker, dans laquelle elle allègue être victime de harcèlement et de discrimination fondée sur une «déficiência (dépression endogène et accoutumance au tabac)». Elle fonde sa plainte sur les articles 7 et 14 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

<sup>d</sup> Le dépôt original de la plainte de la requérante a été suivi d'un «Rapport préalable à l'enquête» rédigé le 28 mars 1990, recommandant, conformément à l'article 41 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, que la plainte fasse d'abord l'objet d'un grief en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35. La requérante a déposé une plainte que la vice-présidente de la Commission, Michelle Falardeau-Ramsay, a rejetée, n'ayant pu conclure au harcèlement ou à la discrimination.

<sup>e</sup> La Commission a alors nommé Yves De Montigny, un enquêteur extérieur et professeur de droit, pour examiner la plainte de la requérante. Dans un très

Mr. De Montigny submitted a lengthy report to the C.H.R.C. recommending that the complaint be dismissed.

On February 18, 1992, the C.H.R.C. met to consider the complaint of the applicant and dismissed the complaint against the two respondents. Even though, for quorum purposes, the meeting was presided over by the Deputy Chief Commissioner, Ms. Falardeau-Ramsay, who was the sole full-time member of the Commission available at that time, Ms. Falardeau-Ramsay did not partake in the discussions and abstained from voting.

Invoking section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)] and paragraph 44(3)(a) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64] together with subsection 49(1) of the *Canadian Human Rights Act*, the applicant submitted that a reasonable apprehension of bias, on the part of the C.H.R.C. which rendered the decision to dismiss the applicant's complaint, was created due to the following circumstances:

(i) the applicant's complaint of discrimination was against the C.H.R.C. itself and one of its senior administrative officers, Mr. John Hucker; and

(ii) the Deputy Chief Commissioner of the Commission, Ms. Falardeau-Ramsay, presided over the proceedings at which the applicant's complaint was dismissed after having already rendered a negative decision in respect of the applicant's complaint as part of the grievance procedure under the *Public Service Staff Relations Act*.

The applicant also submitted that the respondent C.H.R.C. erred in law in failing to address the issue of adverse effect discrimination when rendering its decision to dismiss the applicant's complaint.

In my view, the C.H.R.C. could consider and deal with the case of the applicant pursuant to section 44 of the *Canadian Human Rights Act*, even though the latter was one of its own employees. Moreover, the Commission could do so without being required to automatically refer the complaint to a Human Rights Tribunal. Indeed, by virtue of section 2 and subsection 40(1) of the *Canadian Human Rights Act*, employees of the C.H.R.C. have an absolute right to lay human rights complaints. Also, by the combined

long rapport soumis à la Commission, M. De Montigny a recommandé le rejet de la plainte.

Le 18 février 1992, la Commission s'est réunie pour examiner la plainte qu'elle a rejetée à l'égard des deux intimés. Bien que, pour qu'il y ait quorum, et parce qu'elle était la seule membre à temps plein de la Commission disponible à ce moment-là, elle ait présidé la réunion, la vice-présidente, Mme Falardeau-Ramsay, n'a ni pris part aux discussions ni voté.

Invoquant 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)] et l'alinéa 44(3)a) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64] conjointement au paragraphe 49(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la requérante a soumis qu'en raison des circonstances suivantes, il existait une crainte raisonnable de partialité de la part de la Commission qui a rejeté la plainte de la requérante:

(i) la plainte de discrimination de la requérante était dirigée contre la Commission elle-même et l'un de ses agents d'administration supérieur, M. John Hucker; et

(ii) la vice-présidente de la Commission, Mme Falardeau-Ramsay, a présidé l'instance qui a mené au rejet de la plainte de la requérante, alors qu'elle avait auparavant rendu une décision défavorable à l'égard de celle-ci au cours d'une procédure de grief en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*.

La requérante a également soutenu que la Commission intimée a commis une erreur de droit en négligeant la question de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable lorsqu'elle a rejeté la plainte de la requérante.

À mon avis, la Commission pouvait étudier le cas de la requérante et statuer à cet égard conformément à l'article 44 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, bien qu'il se soit agi de son employée. En outre, elle pouvait le faire sans automatiquement renvoyer la plainte à un tribunal des droits de la personne. En effet, en vertu de l'article 2 et du paragraphe 40(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, les employés de la Commission ont le droit absolu de déposer des plaintes fondées sur les droits

effect of subsection 66(1) of the *Canadian Human Rights Act*, section 2 and Part I of Schedule I of the *Public Service Staff Relations Act*, human rights complaints under the *Canadian Human Rights Act* can be made against the Commission as an employer. As the administration and implementation of the *Canadian Human Rights Act* have been vested exclusively in the C.H.R.C. (see sections 26, 27, 40 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 62], 43 [as am. *idem*, s. 63], 44, 48 and 49 of the *Canadian Human Rights Act*), there is no doubt that the C.H.R.C. has jurisdiction over its own employees even in cases where the complaint alleges discrimination through the act of one of its employees. I must emphasize that in such cases the *Canadian Human Rights Act* does not require the automatic referral of the complaint to a Human Rights Tribunal. Consequently, the *nemo iudex* principle is excluded by the structure of an Act of Parliament, namely the *Canadian Human Rights Act*, the constitutionality of which, in the case at bar, is not in issue (see *Brousseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301, at page 309).

With respect to the fact that the Deputy Chief Commissioner, who had previously dismissed the applicant's complaint under the *Public Service Staff Relations Act's* internal grievance procedure, presided over the meeting determining whether the applicant had been subject to harassment and discrimination, I do not consider that this fact, in the particular circumstances of this particular case, gave rise to a reasonable apprehension of bias. The current test for establishing a reasonable apprehension of bias was adopted in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at pages 394-395, by the Supreme Court of Canada and read as follows:

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude. Would he think that it is more likely than not that Mr. Crowe, whether consciously or unconsciously, would not decide fairly."

de la personne. De plus, l'effet combiné du paragraphe 66(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, de l'article 2 et de la Partie I de l'annexe I de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, permet le dépôt de plaintes fondées sur les droits de la personne contre la Commission à titre d'employeur en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. L'administration et la mise en œuvre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ayant été conférées exclusivement à la Commission (voir les articles 26, 27, 40 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 62], 43 [mod., *idem*, art. 63], 44, 48 et 49 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*), celle-ci est manifestement compétente à l'égard de ses propres employés même lorsque la plainte allègue un acte discriminatoire commis par l'un d'eux. Je dois souligner que dans de tels cas, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'exige pas le renvoi automatique de la plainte à un tribunal des droits de la personne. En conséquence, le principe *nemo iudex* est écarté par la structure d'une loi fédérale, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, dont la constitutionnalité, en l'espèce, n'est pas attaquée (voir l'arrêt *Brousseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301, à la page 309).

En ce qui concerne le fait que la vice-présidente, qui avait antérieurement rejeté la plainte de la requérante en vertu de la procédure de grief interne prévue à la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, a présidé la réunion visant à déterminer si la requérante avait été victime de harcèlement et de discrimination, je ne crois pas que, dans les circonstances particulières de l'espèce, il en découle une crainte raisonnable de partialité. Le critère actuel permettant d'établir une crainte raisonnable de partialité, adopté par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, aux pages 394 et 395, est ainsi formulé:

... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, M. Crowe, consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»

I can see no real difference between the expressions found in the decided cases, be they 'reasonable apprehension of bias', 'reasonable suspicion of bias', or 'real likelihood of bias'. The grounds for this apprehension must, however, 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".

Here, the Deputy Chief Commissioner of the C.H.R.C., who acted in total compliance with the *Canadian Human Rights Act* and the Regulations adopted thereunder, has abstained from taking part in the decision-making. She did not participate in the discussions and she did not vote. In my opinion, her brief answers to the few questions asked by the commissioners did not show any involvement of any significance. Her mere presence, which was required for quorum purposes only, cannot, under the circumstances, appear to have influenced the decision of the C.H.R.C. made pursuant to paragraph 44(3)(b) of the *Canadian Human Rights Act*. This is all the more so because this decision was made upon consideration of and in total accord with the findings and the conclusions of an investigation made by an outside investigator. In my view, the above test for establishing a reasonable apprehension of bias has not been met and I cannot see any rules of procedural fairness, in this case, which could have been violated.

Finally, with respect to the issue of adverse effect discrimination, it appears, after reading the two complaint forms, that the applicant did not frame her complaint in terms of the adverse effect discrimination caused by the implementation of non-smoking policies that discriminate against persons having a tobacco dependency. The applicant merely alleged harassment and differential treatment because Mr. Hucker supposedly enforced the non-smoking policy in a more restrictive manner than other supervisors, without regard for her disability. The applicant cannot attempt now to introduce new elements into her original complaint (see *Canada (Attorney General) v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1991), 36 C.C.E.L. 83 (F.C.T.D.)).

For all these reasons, the motion must be dismissed.

Je ne vois pas de différence véritable entre les expressions que l'on retrouve dans la jurisprudence, qu'il s'agisse de «crainte raisonnable de partialité», «de soupçon raisonnable de partialité», ou «de réelle probabilité de partialité». Toutefois, 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 scrupuleuse ou tatillonne».

En l'espèce, la vice-présidente de la Commission, qui a agi en toute conformité avec la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et son règlement d'application, s'est abstenue de prendre part à la décision. Elle n'a ni participé aux discussions ni voté. À mon avis, ses brèves réponses aux quelques questions posées par les commissaires n'ont démontré aucune participation d'importance. Sa seule présence, requise seulement pour obtenir le quorum, ne peut, dans les circonstances, paraître avoir influé sur la décision de la Commission rendue conformément à l'alinéa 44(3)b de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. D'autant plus que sa décision a été rendue compte tenu des conclusions d'une enquête menée par un enquêteur extérieur et conformément à celles-ci. À mon avis, il n'a pas été satisfait au critère applicable à la crainte raisonnable de partialité, et, en l'espèce, j'estime qu'aucune règle d'équité procédurale n'a été violée.

Enfin, en ce qui concerne la question de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il apparaît, à la lecture des deux formules de plainte, que la requérante, dans sa plainte, n'a pas invoqué la discrimination par suite d'un effet préjudiciable causée par la mise en œuvre de politiques anti-tabac qui constituent une discrimination à l'égard des personnes dépendantes du tabac. La requérante a simplement allégué le harcèlement et le traitement distinct parce que M. Hucker aurait appliqué la politique anti-tabac d'une façon plus restrictive que d'autres superviseurs, sans égard à sa déficience. La requérante ne peut maintenant tenter d'introduire de nouveaux éléments dans sa plainte originale (voir *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1991), 36 C.C.E.L. 83 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)).

Pour tous ces motifs, la requête doit être rejetée.



T-976-91

T-976-91

**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 (T.D.)****RÉPERTORIÉ: MISS UNIVERSE, INC. c. BOHNA (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Strayer J.—Ottawa, June 23 and July 3, 1992.

**b** Section de première instance, juge Strayer—Ottawa, 23 juin et 3 juillet 1992.

*Trade marks — Registration — Appeal from Registrar's rejection of opposition to registration of trade mark "Miss Nude Universe" — Opponent owning trade mark "Miss Universe" for use in association with various wares — Trademarks Opposition Board refused application in respect of wares (women's clothing), but rejected opposition in respect of services (operation of beauty pageant) — Finding likelihood of confusion as to wares but not as to services — Not dealing with opposition based on s. 38(2)(a) and (c) — Found opposition based on s. 38(2)(d) (applicant's trade mark not distinctive) not complying with s. 38(3)(a) (statement of opposition to set out grounds of opposition in sufficient detail to enable applicant to reply thereto) because opponent not identifying own wares and services — Holding trade mark incorporating word "nude" not prohibited by s. 9(1)(j) (trade mark consisting of word with immoral connotations) — Appeal dismissed — Opposition should not be rejected on technicalities if no prejudice caused to applicant — Applicant well aware of nature of opponent's services — No likelihood of confusion between trade marks in relation to services — "Miss Nude Universe" pageants to be held in public drinking establishments — Candidates "professional dancers who entertain in the nude" — Pageants unlikely to become known outside immediate area of drinking establishments nor patronized by anyone other than those devoted to "adult entertainment" — 1988 "Miss Universe" pageant watched on television by 600 million viewers — Host sites pay up to \$750,000 to obtain pageant and benefit from publicity — Sponsor paid \$2,250,000 for broadcasting rights — Strict conditions for contestants and winners — Only most unthinking would assume opponent licensed Miss Nude Universe pageants — Word "Nude" of arresting significance conveying to all but most indifferent reader profound difference between contests — Applicant's trade mark distinctive — "Nude" acceptable adjective — Public would not view it as taking on "scandalous, obscene or immoral" character.*

*Marques de commerce — Enregistrement — Appel d'une décision par laquelle le registraire a rejeté l'opposition à l'enregistrement de la marque de commerce «Miss Nude Universe» — L'opposante est titulaire de la marque de commerce «Miss Universe» qui est employée en liaison avec diverses marchandises — La Commission des oppositions des marques de commerce a rejeté la demande en ce qui concerne les marchandises (vêtements pour dames), mais a rejeté l'opposition en ce qui a trait aux services (gestion d'un concours de beauté) — Elle a conclu à une probabilité de confusion relativement aux marchandises mais non en ce qui concerne les services — Elle n'a pas examiné les motifs d'opposition tirés de l'art. 38(2)(a) et c) — Elle a conclu que le motif d'opposition fondé sur l'art. 38(2)(d) (suivant lequel la marque de commerce du requérant n'était pas distinctive) ne respectait pas les dispositions de l'art. 38(3)(a) (qui exige que la déclaration d'opposition indique les motifs de l'opposition avec suffisamment de détails pour permettre au requérant d'y répondre) parce que l'opposante n'identifiait pas ses propres marchandises et services — Elle a conclu qu'une marque de commerce incorporant le mot anglais «nude» n'était pas une marque interdite par l'alinéa 9(1)(j) (marque constituée d'un mot ayant des connotations immorales) — L'appel est rejeté — Une opposition ne doit pas être rejetée en raison de détails techniques si aucun préjudice n'a été causé au requérant — Le requérant était parfaitement au courant de la nature des services de l'opposante — Il n'existe pas de probabilité sérieuse de confusion entre les marques en ce qui a trait aux services — Les concours «Miss Nude Universe» auront lieu dans des débits de boisson — Les candidates sont des «danseuses professionnelles nues» — Il est peu probable que la tenue de ces concours soit connue à l'extérieur du secteur immédiat des débits de boisson ou qu'elle soit parrainée par d'autres personnes que celles qui se consacrent aux «divertissements pour adultes» — Le concours «Miss Universe» de 1988 a été vu par un auditoire de 600 millions de téléspectateurs — Les villes hôte payent jusqu'à 750 000 \$ pour décrocher la présence du concours et bénéficient de retombées publicitaires — Un commanditaire a payé 2 250 000 \$ en droits de diffusion — Les conditions que doivent respecter les concurrents et les gagnantes sont strictes — Seule la personne la plus irréfléchie supposerait que l'opposante a accordé des licences pour la tenue de concours Miss Nude Universe — Le mot anglais «Nude» a une signification saisissante et fait comprendre à tout lecteur sauf le plus indifférent qu'il existe une différence profonde entre les deux con-*

*cours — La marque de commerce de la requérante est distinctive — Le mot anglais «Nude» est un adjectif acceptable — Le public ne considérerait pas qu'il acquiert un caractère «scan-daleux, obscène ou immoral».*

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(5), 9(1)(j), 38(2)(a),(c),(d),(3)(a),(4).*

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### REFERRED TO:

*Seagram (Joseph E.) & Sons Ltd. v. Seagram Real Estate Ltd.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 517 (T.M. Opp. Bd.); *Confrérie des Chevaliers du Tastevin v. Dumont Vins & Spiritueux Inc.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 189 (T.M. Opp. Bd.); *Standard Continental Real Estate Inc. v. First Continental Realty Inc.* (1991), 38 C.P.R. (3d) 277 (T.M. Opp. Bd.); *Sun Squeeze Juices Inc. v. Shenkman* (1990), 34 C.P.R. (3d) 467 (T.M. Opp. Bd.).

APPEAL from decision of Registrar of Trade marks rejecting opposition to registration of the trade mark "Miss Nude Universe" (*Miss Universe, Inc. v. Bohne [sic]* (1991), 36 C.P.R. (3d) 76 (T.M. Opp. Bd.)). Appeal dismissed.

##### COUNSEL:

*Adele J. Finlayson and Fiona K. Orr* for opponent/appellant.  
*Garl W. Saltman* for applicant/respondent.

##### SOLICITORS:

*Shapiro, Cohen, Andrews, Finlayson, Ottawa,* for opponent/appellant.  
*Garl W. Saltman, Calgary,* for applicant/respondent.

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

STRAYER J.:

#### Relief Requested

The opponent/appellant (hereinafter "opponent") appeals from a decision of the Registrar of Trade-marks of March 8, 1991 [(1991), 36 C.P.R. (3d) 76 (T.M. Opp. Bd.)] in which the Registrar rejected the opponent's opposition to the registration of the trademark "Miss Nude Universe" of the applicant /respondent (hereinafter "applicant"). The opponent

#### <sup>a</sup> LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(5), 9(1)(j), 38(2)(a),(c),(d),(3)(a),(4).*

#### <sup>b</sup> JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Seagram (Joseph E.) & Sons Ltd. v. Seagram Real Estate Ltd.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 517 (C.O.M.C.); *Confrérie des Chevaliers du Tastevin v. Dumont Vins & Spiritueux Inc.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 189 (C.O.M.C.); *Standard Continental Real Estate Inc. v. First Continental Realty Inc.* (1991), 38 C.P.R. (3d) 277 (C.O.M.C.); *Sun Squeeze Juices Inc. v. Shenkman* (1990), 34 C.P.R. (3d) 467 (C.O.M.C.).

<sup>d</sup> APPEL d'une décision par laquelle le registraire des marques de commerce a rejeté l'opposition à l'enregistrement de la marque de commerce «Miss Nude Universe» (*Miss Universe, Inc. c. Bohne [sic]* (1991), 36 C.P.R. (3d) 76 (C.O.M.C.)). Appel rejeté.

##### AVOCATS:

*Adele J. Finlayson et Fiona K. Orr* pour l'opposante/appelante.  
<sup>f</sup> *Garl W. Saltman* pour le requérant/intimé.

##### PROCUREURS:

*Shapiro, Cohen, Andrews, Finlayson, Ottawa,* pour l'opposante/appelante.  
<sup>g</sup> *Garl W. Saltman, Calgary,* pour le requérant/intimé.

<sup>h</sup> *Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

##### LE JUGE STRAYER:

#### Réparation demandée

<sup>i</sup> L'opposante/appelante (ci-après appelée «l'opposante») interjette appel d'une décision en date du 8 mars 1991 [(1991), 36 C.P.R. (3d) 76 (C.O.M.C.)] par laquelle le registraire des marques de commerce a rejeté l'opposition formée par l'opposante à l'enregistrement de la marque de commerce «Miss Nude Universe» du requérant/intimé (ci-après appelé «le

further requests that the Registrar be directed to refuse to allow application no. 545,313 for the said trade-mark to go to allowance.

### Facts

The applicant, a Calgary businessman, filed his application to register the trade-mark "Miss Nude Universe" on July 2, 1985, to be used in connection with wares described as "ladies' and girls' clothing namely: T-shirts, blouses, slacks"; and with respect to services described as "entertainment namely: those services associated with the operation of a beauty pageant". The opponent filed a statement of opposition on October 7, 1987. It is unnecessary to go into all the details of the statement of opposition: suffice it to say that the opponent alleged confusion with the opponent's trade-marks "Miss Universe" number 154,443 and number 264,305, both being previously registered relating to various wares. The statement of opposition also alleged confusion with another Miss Universe trade-mark applied for as number 545,966. It appears that this application was for a trade-mark related to services such as beauty pageants but it was not filed until July 11, 1985 after the filing of the applicant's application for trade-mark "Miss Nude Universe". 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 opponent prior to the filing of the applicant's application.

The statement of opposition also alleged that the trade-mark "Miss Nude Universe" is not distinctive of the wares of the applicant. Further it stated that registration of the trade-mark "Miss Nude Universe" is prohibited by paragraph 9(1)(j) of the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13] as being a "scandalous, obscene or immoral word or device".

requérant»). L'opposante demande en outre qu'il soit ordonné au registraire de refuser de permettre à la demande n° 545 313 relative à la marque de commerce en question d'être acceptée.

### Les faits

Le requérant, un homme d'affaires de Calgary, a déposé le 2 juillet 1985 une demande d'enregistrement de la marque de commerce «Miss Nude Universe» pour l'employer en liaison avec des marchandises qualifiées de «vêtements pour dames et pour jeunes filles, à savoir, des tee-shirts, des chemisiers, des pantalons» et en liaison avec des services qualifiés de «services de divertissement, à savoir, les services liés à la gestion d'un concours de beauté». L'opposante a produit une déclaration d'opposition le 7 octobre 1987. Il n'est pas nécessaire d'entrer dans les détails en ce qui concerne la déclaration d'opposition: qu'il suffise de dire que l'opposante prétend qu'il y a confusion avec ses marques de commerce «Miss Universe» n°s 154 443 et 264 305, qui ont toutes les deux déjà été enregistrées relativement à diverses marchandises. Dans sa déclaration d'opposition, l'opposante prétend également qu'il y a confusion avec une autre marque de commerce Miss Universe demandée sous le numéro 545 966. Il semble que cette demande concernait une marque de commerce liée à des services de la nature de concours de beauté, mais qu'elle n'a été déposée que le 11 juillet 1985 après le dépôt de la demande présentée par le requérant au sujet de la marque de commerce «Miss Nude Universe». Dans sa déclaration d'opposition, l'opposante affirme également en 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'opposante avait utilisés au Canada avant le dépôt de la demande du requérant.

Dans sa déclaration d'opposition, l'opposante allègue aussi que la marque de commerce «Miss Nude Universe» n'est pas distinctive des marchandises du requérant. Elle affirme en outre que l'enregistrement de la marque de commerce «Miss Nude Universe» est interdit par l'alinéa 9(1)j) de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), ch. T-13],

The member of the Trade-marks Opposition Board (hereinafter "member") refused the application in respect of the wares but rejected the opposition in respect of the services. Concerning the allegation of confusion with the opponent's registered trade-marks, which were confined to wares, the member found a high degree of resemblance between the trade-marks, but in particular referred to the similarity of the wares and the probable overlap in the channels of trade in finding that there was a likelihood of confusion. She could not find any likelihood of confusion between the applicant's services, namely the Miss Nude Universe beauty contest, and the opponent's wares. Having found possible confusion between the applicant's trade-mark and the opponent's registered trade-marks in respect of the wares of each, the member thought it was unnecessary to deal with the opposition based on paragraphs 38(2)(a) and (c) of the *Trade-marks Act* with respect to confusion in relation to a previously used trade-mark or trade-name of the opponent. With respect to the ground of opposition based on paragraph 38(2)(d), that the applicant's trade-mark is not distinctive, the member noted that the opponent alleged that the applicant's trade-mark does not actually distinguish the applicant's wares in association with which it is intended to be used from the wares and services of the opponent, but did not identify its own wares and services. She found that this ground of opposition did not comply with the provisions of paragraph 38(3)(a) of the Act which requires that:

38. . . .

(3) A statement of opposition shall set out

(a) the grounds of opposition in sufficient detail to enable the applicant to reply thereto . . . .

She considered that it was not reasonable to expect the applicant to infer what were the opponent's services and since the opponent had not amended its statement of opposition she held that this ground of

parce qu'elle constitue «une devise ou un mot scandaleux, obscène ou immoral».

Le membre de la Commission des oppositions des marques de commerce (ci-après appelée «le membre») a rejeté la demande en ce qui a trait aux marchandises mais a rejeté l'opposition en ce qui a trait aux services. En ce qui concerne l'allégation de confusion créée avec les marques de commerce déposées de l'opposante, lesquelles ne visaient que des marchandises, le membre a conclu qu'il y avait un degré de ressemblance élevé entre les marques de commerce, mais elle a surtout insisté sur la similitude des marchandises et sur le chevauchement probable des débouchés commerciaux pour conclure qu'il existait une probabilité de confusion. Elle n'a pas pu conclure à une probabilité de confusion entre les services du requérant, à savoir le concours de beauté «Miss Nude Universe», et les marchandises de l'opposante. Ayant conclu qu'il existait une confusion possible entre la marque de commerce du requérant et les marques de commerce déposées de l'opposante relativement aux marchandises de chacun, le membre a jugé inutile d'examiner l'opposition sur le fondement des alinéas 38(2)(a) et (c) de la *Loi sur les marques de commerce* relativement à la confusion par rapport à une marque de commerce ou à un nom commercial déjà utilisés par l'opposante. En ce qui concerne le motif d'opposition fondé sur l'alinéa 38(2)(d), suivant lequel la marque de commerce du requérant n'est pas distinctive, le membre a fait remarquer que l'opposante prétendait que la marque de commerce du requérant ne permet pas de vraiment distinguer entre les marchandises du requérant en liaison avec lesquelles elle est conçue pour être utilisée et les marchandises et services de l'opposante, mais elle a souligné que l'opposante n'identifiait pas ses propres marchandises et services. Elle a conclu que ce motif d'opposition ne respectait pas les dispositions de l'alinéa 38(3)(a) de la Loi qui exige ce qui suit:

38. . . .

(3) La déclaration d'opposition indique:

a) les motifs de l'opposition, avec détails suffisants pour permettre au requérant d'y répondre . . . .

Elle a estimé qu'il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce que le requérant infère ce qu'étaient les services de l'opposante et, comme l'opposante n'avait pas modifié sa déclaration d'opposition, elle a statué

opposition could not succeed. With respect to the ground of opposition based on paragraph 9(1)(j), that the trade-mark "Miss Nude Universe" consists "of a word with immoral connotations" she held that in the absence of evidence to the contrary she could not conclude that a trade-mark incorporating the word "nude" is a mark prohibited by paragraph 9(1)(j) of the Act.

The opponent appeals that decision.

### Issues

The essential issues for me to decide are:

(1) Did the member err in refusing, on the grounds of paragraph 38(3)(a) of the *Trade-marks Act*, to consider whether the applicant's trade-mark used in association with its wares or services would be confusing with the opponent's services?; and

(2) If so, is there a likelihood of confusion?; and

(3) Is registration of the applicant's trade-mark prohibited by paragraph 9(1)(j)?

### Conclusions

I am satisfied that the member erred in refusing to consider the question of confusion with the opponent's services on the grounds that the opponent had not identified any services in its statement of opposition contrary to paragraph 38(3)(a). It should first be noted that the applicant did not raise this objection in its counter-statement nor, apparently, at the hearing before the member. Nor did the Registrar think it necessary to reject the statement of opposition pursuant to subsection 38(4) prior to the hearing. Further, there is substantial jurisprudence in the Trade-mark Office to the effect that an opposition should not be rejected on technicalities if no prejudice has been

que ce motif d'opposition était mal fondé. En ce qui a trait au motif d'opposition fondé sur l'alinéa 9(1)(j) et suivant lequel la marque de commerce «Miss Nude Universe» est constituée [TRADUCTION] «d'un mot ayant des connotations immorales», elle a statué qu'en l'absence de preuves contraires, elle ne pouvait pas conclure qu'une marque de commerce incorporant le mot anglais «nude» était une marque interdite par l'alinéa 9(1)(j) de la Loi.

L'opposante interjette appel de cette décision.

### Questions en litige

Voici les questions essentielles que je dois trancher:

(1) Le membre a-t-elle commis une erreur en refusant, en vertu de l'alinéa 38(3)(a) de la *Loi sur les marques de commerce*, d'examiner la question de savoir si la marque de commerce que le requérant utilise en liaison avec ses marchandises ou ses services créerait de la confusion avec les services de l'opposante?

(2) Dans l'affirmative, existe-t-il une probabilité de confusion?

(3) L'enregistrement de la marque de commerce du requérant est-il interdit par l'alinéa 9(1)(j)?

### Conclusions

Je suis convaincu que le membre a commis une erreur en refusant d'examiner la question de la confusion créée avec les services de l'opposante au motif que l'opposante n'avait pas énuméré de services dans sa déclaration d'opposition contrairement à l'alinéa 38(3)(a). Il convient tout d'abord de souligner que le requérant n'a pas soulevé cette objection dans sa contre-déclaration ni, vraisemblablement, à l'audience qui s'est déroulée devant le membre. Le registraire n'a pas cru nécessaire non plus de rejeter la déclaration d'opposition en vertu du paragraphe 38(4) avant l'audience. Qui plus est, il existe une importante jurisprudence du Bureau des marques de commerce

caused to the applicant.<sup>1</sup> Instead, it is apparent from the applicant's response to the opposition and from material filed on appeal that the applicant was quite well aware of the nature of the services of the opponent. Nor did counsel for the applicant urge this deficiency before me as a ground for rejecting the opposition. I therefore consider, being free to take into account all evidence before the member and now before the Court, that I should address the question of possible confusion as between the two trade-marks "Miss Universe" and "Miss Nude Universe" in relation to the services of the two parties. In doing so, I have the advantage of more evidence than did the member. The applicant filed no evidence before the member but has now filed two affidavits describing its services and the nature of its business. The opponent has also filed extensive evidence concerning the nature of its services.

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 association 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 anti-

sui-  
vante  
tée en raison de détails techniques si aucun préjudice n'a été causé au requérant<sup>1</sup>. Il ressort plutôt de la réponse du requérant à l'opposition et des documents déposés en appel que le requérant était parfaitement au courant de la nature des services de l'opposante. L'avocat du requérant n'a pas non plus soulevé cette lacune devant moi comme motif de rejet de l'opposition. J'estime donc que, comme je suis libre de tenir compte de tous les éléments de preuve qui ont été portés à la connaissance du membre et qui sont maintenant soumis à la Cour, je devrais aborder la question de la possible confusion entre les marques de commerce «Miss Universe» et «Miss Nude Universe» par rapport aux services des deux parties. Pour ce faire, j'ai l'avantage de disposer de plus d'éléments de preuve que le membre. Le requérant n'a pas déposé de preuve devant le membre mais a depuis produit deux affidavits dans lesquels il explique ses services et la nature de son entreprise. L'opposante a également déposé une preuve détaillée au sujet de la nature de ses services.

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 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'op-

<sup>1</sup> See e. g. *Seagram (Joseph E.) & Sons Ltd. v. Seagram Real Estate Ltd.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 517 (T.M. Opp. Bd.); *Confrérie des Chevaliers du Tastevin v. Dumont Vins & Spiritueux Inc.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 189 (T.M. Opp. Bd.); *Standard Continental Real Estate Inc. v. First Continental Realty Inc.* (1991), 38 C.P.R. (3d) 277 (T.M. Opp. Bd.); *Sun Squeeze Juices Inc. v. Shenkman* (1990), 34 C.P.R. (3d) 467 (T.M. Opp. Bd.).

<sup>1</sup> Voir, par ex., *Seagram (Joseph E.) & Sons Ltd. v. Seagram Real Estate Ltd.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 517 (C.O.M.C.); *Confrérie des Chevaliers du Tastevin v. Dumont Vins & Spiritueux Inc.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 189 (C.O.M.C.); *Standard Continental Real Estate Inc. v. First Continental Realty Inc.* (1991), 38 C.P.R. (3d) 277 (C.O.M.C.); *Sun Squeeze Juices Inc. v. Shenkman* (1990), 34 C.P.R. (3d) 467 (C.O.M.C.).

pated 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 pag-

posante. 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 [TRANSLATION] «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 quelque 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 con-

eants and the numerous Miss Nude Universe contests in bars and taverns.

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.

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.

sacre 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.

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.

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.



While it was not clear to me whether the opponent in its appeal is also still asserting possible confusion between the applicant's wares and the opponent's services, for the reasons I have given I would find, *a fortiori*, no likelihood of such confusion.

With respect to the ground of opposition that "Miss Nude Universe" contains a word with immoral connotations, there is no sufficient evidence to support such a finding. By itself the word "nude" is a perfectly acceptable adjective and I am not satisfied that the public at large would view it in this context as taking on a "scandalous, obscene, or immoral" character. In this I respectfully agree with the member.

In the result the appeal is therefore dismissed, with costs to be paid by the opponent/appellant.

Je ne sais pas avec certitude si, dans son appel, l'opposante fait aussi valoir qu'il existe une confusion possible entre les marchandises du requérant et les services de l'opposante mais, pour les motifs que j'ai exposés, je conclus à plus forte raison qu'il n'existe aucune probabilité d'une telle confusion.

En ce qui concerne le motif d'opposition suivant lequel «Miss Nude Universe» renferme un mot comportant une connotation immorale, il n'y a pas suffisamment de preuves pour appuyer une telle conclusion. En lui-même, le mot anglais «*nude*» est un adjectif parfaitement acceptable et je ne suis pas convaincu que le grand public considérerait que, dans ce contexte, il acquiert un caractère «scandaleux, obscène ou immoral». À cet égard, je suis du même avis que le membre.

Par conséquent, l'appel est rejeté et l'opposante/appelante est condamnée aux dépens.

A-247-91  
**Anita Lea Glynos and Leonidas Jason Glynos**  
 (Appellants)

v.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada**  
 (Respondent)

*INDEXED AS: GLYNOS v. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Heald, Décary and Létourneau JJ.A.  
 —Vancouver, September 14; Ottawa, September 24,  
 1992.

*Citizenship — Appeal from refusal to declare Jason Glynos eligible for citizenship and to issue writ of mandamus compelling grant thereof — Glynos born to Canadian parents outside Canada in 1967 — Lost Canadian citizenship under old Citizenship Act when father became American citizen — Application for citizenship pursuant to new Act, s. 5(2)(b) refused on ground applied only to persons who had never been Canadian citizens — Trial Judge held issue of entitlement pursuant to s. 5(2)(b) moot as entitled to apply for resumption of citizenship under s. 11 — Appeal allowed — Issue not moot — Entitlement to citizenship under s. 11 irrelevant to entitlement under s. 5 — Different procedures with different objectives, requirements, formalities, effects — Minister cannot force applicant to choose longer, uncertain and more difficult route — Entitled to citizenship by birth.*

*Construction of statutes — Citizenship Act, s. 5(2)(b) providing Minister shall grant citizenship to person born outside Canada before February 15, 1977 of Canadian mother and who was not entitled immediately before that date to become citizen — Legislative history indicating Parliament intending anyone born to Canadian mother prior to enactment of new Act, and who had been adversely affected by former Act's discriminatory provisions, entitled to citizenship under s. 5(2) — Construction whereby "become" excluding "become again" not compelled by structure of Act, contradicts Minister's application of Act, leads to absurd and unjust situations and ignores mischief Parliament seeking to correct — French text examined to determine Parliament's intention — All persons born outside Canada to Canadian parent prior to coming into force of new Act have right to citizenship under Part I.*

*Judicial review — Equitable remedies — Declarations — Appeal from refusal to declare Jason Glynos eligible for grant*

A-247-91  
**Anita Lea Glynos et Leonidas Jason Glynos**  
 (appelants)

a c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada** (*intimée*)

*b RÉPERTORIÉ: GLYNOS c. CANADA (C.A.)*

Cour d'appel, juges Heald, Décary et Létourneau,  
 J.C.A.—Vancouver, 14 septembre; Ottawa, 24 sep-  
 tembre 1992.

*c Citoyenneté — Appel contre le refus de déclarer Jason Glynos admissible à la citoyenneté et de décerner un bref de mandamus contraignant l'attribution de celle-ci — Glynos est né à l'étranger en 1967 de parents canadiens — Il a perdu sa citoyenneté en vertu de l'ancienne Loi sur la citoyenneté lorsque son père est devenu citoyen américain — Sa demande de citoyenneté déposée conformément à l'art. 5(2)(b) de la nouvelle Loi a été rejetée pour le motif que cet article est applicable aux seules personnes qui n'ont jamais été citoyennes canadiennes — Le juge de première instance a conclu au caractère théorique de la question de l'admissibilité à la citoyenneté en vertu de l'art. 5(2)(b) puisqu'il est admissible à demander la réintégration dans la citoyenneté en vertu de l'art. 11 — Appel accueilli — La question n'est pas théorique — L'admissibilité à la citoyenneté en vertu de l'art. 11 n'a rien à voir avec l'admissibilité en vertu de l'art. 5 — Il s'agit de deux procédures différentes dont les objectifs, les conditions, les formalités et les effets sont différents — Le ministre ne peut contraindre le demandeur à opter pour une voie plus longue, moins sûre et plus difficile — Glynos était admissible à la citoyenneté de naissance.*

*g Interprétation des lois — L'art. 5(2)(b) de la Loi sur la citoyenneté prévoit que le ministre attribue la citoyenneté à la personne qui, née à l'étranger avant le 15 février 1977 d'une mère canadienne, n'était pas admissible à la citoyenneté — L'historique de la Loi démontre que le législateur visait à rendre admissible à la citoyenneté, en vertu de l'art. 5(2), toute personne née d'une mère canadienne avant l'adoption de la nouvelle Loi, et que les dispositions discriminatoires de l'ancienne Loi avait lésée — L'interprétation selon laquelle le mot «become» de la version anglaise exclut «become again» n'est pas commandée par la structure de la Loi, contredit l'application de la Loi par le ministre, entraîne des situations absurdes et injustes et néglige le désordre que la Loi avait pour objet de corriger — La version française a été étudiée afin de déterminer l'intention du Parlement — Toutes les personnes nées à l'étranger d'un parent canadien avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi ont droit à la citoyenneté en vertu de la Partie I.*

*j Contrôle judiciaire — Recours en equity — Jugements déclaratoires — Appel contre un refus de déclarer Jason Glynos*

of Canadian citizenship and to issue writ of mandamus compelling grant thereof — Trial Judge erred in law in holding issue of entitlement pursuant to Citizenship Act, s. 5(2)(b) moot, and in construction thereof — Glynos entitled to citizenship by birth under s. 5(2)(b) — Cannot be forced to take longer, uncertain and more difficult procedure for resumption of citizenship under s. 11 — No adequate alternative remedy — Declaratory relief appropriate, but mandamus inappropriate as s. 5(2)(b) deadline for application not met — Minister expected to honour undertaking to waive requirement.

This was an appeal from the Trial Judge's refusal to declare that Jason Glynos was eligible for a grant of Canadian citizenship and to issue a writ of *mandamus* to compel the grant of Canadian citizenship to him. Jason Glynos was born in the U.S.A. in 1967. He was a Canadian citizen because his father was a Canadian citizen. When his father became an American citizen in 1970, Jason automatically lost his Canadian citizenship under the former *Canadian Citizenship Act*. Paragraph 5(2)(b) of the new Act, which came into force in 1977, provides that the Minister shall grant citizenship to any person born outside Canada before February 15, 1977 of a mother who was a Canadian citizen at the time of his birth and who was not entitled immediately before that date to become a citizen under subparagraph 5(1)(b)(i) of the former Act, if an application for citizenship was made before February 15, 1979. (The Minister had agreed to waive the requirement that the application be made by that date.) In 1987 Jason's mother applied for citizenship on his behalf. It was refused on the ground that paragraph 5(2)(b) applied only to persons who had never been Canadian citizens. Jason Glynos, who had been studying abroad, returned to Canada in 1989. In 1990, after residing in Canada for one year, he was entitled to apply for resumption of citizenship pursuant to subsection 11(1), but refused to do so because he believed that he was entitled to citizenship under paragraph 5(2)(b). The Trial Judge held that the issue of entitlement to citizenship under that paragraph was moot. The issues herein were: whether the issue of entitlement under paragraph 5(2)(b) was moot; whether Jason Glynos was entitled to citizenship under paragraph 5(2)(b); and, whether this was a proper case in which to grant declaratory relief.

*Held*, the appeal should be allowed.

Whether Jason Glynos can receive citizenship under subsection 11(1) was irrelevant to the question of whether he was entitled to Canadian citizenship by virtue of his mother's Canadian citizenship under paragraph 5(2)(b). The two sections provide different procedures, the objectives, requirements, formalities and effects of which also differ. Under paragraph 5(2)(b) citizenship is bestowed on an applicant by reason of his birth alone, and his application goes directly to the Minister. Under subsection 11(1) an applicant resumes his citizenship upon meeting certain conditions, and his application must first be

admissible à la citoyenneté et de décerner un bref de mandamus contraignant l'attribution de celle-ci — Le juge de première instance a commis une erreur de droit quant au caractère théorique de la question de l'admissibilité conformément à l'art. 5(2)(b) de la Loi sur la citoyenneté et quant à son interprétation — En vertu de l'art. 5(2)(b), Glynos est admissible à la citoyenneté de naissance — Il ne peut être contraint d'opter pour la voie plus longue, moins sûre et plus difficile de la réintégration dans la citoyenneté prévue à l'art. 11 — Il ne s'agit pas d'un redressement subsidiaire adéquat — Il y a lieu de rendre un jugement déclaratoire, mais non de décerner un bref de mandamus puisque la demande n'a pas été déposée dans le délai prescrit à l'art. 5(2)(b) — On s'attend à ce que le ministre respecte son engagement à renoncer à cette condition.

Il s'agit d'un appel contre le refus du juge de première instance de déclarer Jason Glynos admissible à la citoyenneté et de décerner un bref de *mandamus* contraignant l'intimée à lui attribuer celle-ci. Jason Glynos est né aux États-Unis en 1967. Son père étant citoyen canadien, Jason l'était lui-même. En 1970, lorsque le père de Jason est devenu citoyen des États-Unis, Jason a automatiquement cessé d'être citoyen canadien en vertu de l'ancienne *Loi sur la citoyenneté canadienne*. L'alinéa 5(2)(b) de la nouvelle Loi, qui est entré en vigueur en 1977, prévoit que le ministre attribue la citoyenneté sur demande qui lui est présentée avant le 15 février 1979 à la personne qui, née à l'étranger avant le 15 février 1977, d'une mère ayant à ce moment-là qualité de citoyen, n'était pas admissible à la citoyenneté aux termes du sous-alinéa 5(1)(b)(i) de l'ancienne Loi. (Le ministre a consenti à ne pas invoquer la condition selon laquelle la demande doit être déposée avant le 15 février 1979.) En 1987, la mère de Jason a déposé au nom de son fils une demande de citoyenneté qui a été refusée pour le motif que l'alinéa 5(2)(b) est applicable aux seules personnes qui n'ont jamais été citoyennes canadiennes. Jason Glynos, qui étudiait à l'étranger, est retourné au Canada en 1989. En 1990, ayant résidé au Canada pendant un an, il est devenu admissible à demander la réintégration dans la citoyenneté conformément au paragraphe 11(1), mais il a refusé de déposer une telle demande car il croyait être admissible à la citoyenneté en vertu de l'alinéa 5(2)(b). Le juge de première instance a conclu que la question de l'admissibilité à la citoyenneté en vertu de cet alinéa était théorique. Les questions en litige sont les suivantes: la question de l'admissibilité en vertu de l'alinéa 5(2)(b) est-elle théorique? Jason Glynos est-il admissible à la citoyenneté en vertu de l'alinéa 5(2)(b)? Et y a-t-il lieu de rendre un jugement déclaratoire?

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

La question de savoir si Jason Glynos peut recevoir la citoyenneté en vertu du paragraphe 11(1) n'a rien à voir avec la question de savoir s'il est admissible à la citoyenneté canadienne en raison de la citoyenneté canadienne de sa mère en vertu de l'alinéa 5(2)(b). Il s'agit de deux procédures différentes dont les objectifs, les conditions, les formalités et les effets sont différents. L'alinéa 5(2)(b) attribue, en raison de sa naissance seule, la citoyenneté au demandeur dont la demande est transmise directement au ministre. En vertu du paragraphe 11(1), le demandeur réintègre sa citoyenneté à certaines condi-

processed by a citizenship judge. The Minister cannot force an applicant to choose a longer, uncertain and more difficult route, nor can he by denying an application under paragraph 5(2)(b) and then indicating that he would now grant an application under section 11, prevent the Court from dealing with the issue. Furthermore, if citizenship were granted under paragraph 5(2)(b), it would recognize that in fact he had been a Canadian citizen all his life.

Glynos was entitled to be granted citizenship by birth. The legislative history of the *Citizenship Act* demonstrated that Parliament intended that anyone born to a Canadian mother at any time prior to the enactment of the Act, and who had been adversely affected by the former Act's discriminatory provisions was to be entitled to citizenship under subsection 5(2). Jason met the four criteria in paragraph 5(2)(b).

The respondent's argument that the word "become" excluded "become again", so that Part I in which section 5 is found, applies only to those who have never been Canadian citizens, offended the wording of the provision, was not compelled by the structure of the Act, contradicted the Minister's own application of the Act, lead to absurd and unjust situations and ignored the mischief that was sought to be corrected by Parliament. The French text uses the words "*n'était pas admissible à la citoyenneté*" to correspond to the words "not entitled . . . to become a citizen". A person is a citizen or he is not. A person is "*admissible*" or he is not. Clearly, Jason Glynos was not "*admissible*" on February 14, 1977. Nor was he then a Canadian citizen. While the English text is not ambiguous, the French text better reflects the intention of Parliament. Part I is not exclusive of Part III. The Minister has already granted Jason's younger brother, who had ceased to be a citizen before February 15, 1977 for the same reason as Jason, citizenship under paragraph 5(2)(a). It would be absurd to suggest that two brothers born out of the country prior to the coming into force of the Act and having the same status under the former Act are subject to a different treatment under the new Act. All children born outside Canada to a Canadian father or to a Canadian mother prior to the coming into force of the 1976 Act have the right to citizenship under Part I of that Act.

This was a proper case in which to grant declaratory relief. The Trial Judge refused to exercise his discretion under a mistake of law as to the issue of mootness, as well as to that of the true construction of paragraph 5(2)(b). He also wrongly applied *Terrasses Zarolega Inc. et al. v. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 S.C.R. 94. *Terrasses Zarolega* does not hold that when a statute presents two sets of means, an applicant can be forced to choose the means favoured by the Administration. This case is not one of adequate alternative remedy.

*Mandamus* should not, however, issue because the Court could not order the Minister to waive the requirement that the

tions, et sa demande est d'abord traitée par le juge de la citoyenneté. Le ministre ne peut contraindre le demandeur à opter pour une voie plus longue, moins sûre et plus difficile ni ne peut, en refusant une demande déposée en vertu de l'alinéa 5(2)(b) et en prétendant ensuite qu'il accueillerait désormais une demande déposée en vertu de l'article 11, empêcher la Cour de se prononcer sur la question. En outre, si la citoyenneté était accordée en vertu de l'alinéa 5(2)(b), cela reviendrait à reconnaître qu'en fait, Glynos a été citoyen canadien toute sa vie.

Glynos était admissible à la citoyenneté de naissance. L'histoire de la *Loi sur la citoyenneté* démontre que le législateur visait à rendre admissible à la citoyenneté, en vertu du paragraphe 5(2), toute personne née d'une mère canadienne à tout moment avant l'adoption de la Loi, et que les dispositions discriminatoires de l'ancienne Loi avait lésée. Jason Glynos satisfait aux quatre critères établis à l'alinéa 5(2)(b).

La proposition de l'intimée selon laquelle le mot "*become*" de la version anglaise exclut "*become again*" de façon à ce que la Partie I de la Loi, dans laquelle figure l'article 5, ne s'applique qu'aux personnes qui n'ont jamais eu la citoyenneté canadienne, va à l'encontre du libellé de la disposition, n'est pas commandée par la structure de la Loi, contredit l'application de la Loi par le ministre même, entraîne des situations absurdes et injustes et néglige le désordre que la Loi avait pour objet de corriger. La version française utilise la phrase «n'était pas admissible à la citoyenneté» pour correspondre à la phrase «*not entitled to become a citizen*». On est citoyen ou on ne l'est pas. On est «admissible» ou on ne l'est pas. De toute évidence, Jason Glynos n'était pas «admissible» le 14 février 1977; il n'était pas non plus à ce moment là un citoyen canadien. Même si la version anglaise ne renferme aucune ambiguïté, la version française traduit le plus fidèlement l'intention du Parlement. La Partie I n'exclut pas la Partie III. Le jeune frère de Jason, qui avait cessé d'être citoyen avant le 15 février 1977 pour la même raison que Jason, s'est vu attribuer la citoyenneté par le ministre en vertu de l'alinéa 5(2)(a). Il serait absurde de soutenir que deux frères nés à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la Loi et ayant le même statut en vertu de l'ancienne Loi reçoivent un traitement différent en vertu de la nouvelle Loi. Tous les enfants nés à l'étranger d'un père canadien ou d'une mère canadienne avant l'entrée en vigueur de la Loi de 1976 ont droit à la citoyenneté en vertu de la Partie I de la Loi.

Il y a lieu de rendre un jugement déclaratoire. Le juge de première instance a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur une erreur de droit quant au caractère théorique de la question et quant à la juste interprétation de l'alinéa 5(2)(b). En outre, il a appliqué à tort l'arrêt *Terrasses Zarolega Inc. et autres c. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 R.C.S. 94. Cet arrêt ne permet pas d'affirmer que lorsqu'une loi offre deux voies différentes, le demandeur peut être contraint de choisir celle que privilégie l'administration. En l'espèce, il ne s'agit pas de redressement subsidiaire adéquat.

Il n'y a cependant pas lieu de décerner un bref de *mandamus* puisque la Cour ne peut ordonner au ministre de renoncer à la

application for citizenship be made before February 15, 1979, although he would be expected to respect his undertaking to waive that requirement.

condition selon laquelle la demande de citoyenneté doit être déposée avant le 15 février 1979, bien que l'on compte qu'il respecte son engagement à renoncer à cette condition.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

*Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19, ss. 5(1)(b)(i), 20(1).

*Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108.

*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 2(1), 3(1)(b), (c), 5(2)(a),(b), 11(1).

*Official Languages Act*, R.S.C., 1985, c. O-3, s. 9(2)(d).

*Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*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.); *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1992] 1 F.C. 771; (1991), 43 F.T.R. 180 (T.D.).

##### CONSIDERED:

*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86; *Terrasses Zarolega Inc. et al. v. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 S.C.R. 94; (1981), 124 D.L.R. (3d) 204; 23 L.C.R. 97; 38 N.R. 411; *Barracrough v. Brown*, [1897] A.C. 615 (H.L.).

##### REFERRED TO:

*Benner v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 93 N.R. 250 (F.C.A.); *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *Thomson v. Canada*, [1988] 3 F.C. 108; (1988), 50 D.L.R. (4th) 454; 31 Admin. L.R. 14; 84 N.R. 169 (C.A.); *Vaillancourt v. Deputy M.N.R.*, [1991] 3 F.C. 663; [1991] 2 C.T.C. 42; (1991), 91 DTC 5408 (Eng.); (1991), 91 DTC 5352 (Fr.) (C.A.); *Public Service Alliance of Canada et al. v. Canada (Treasury Board) et al.* (1990), 36 F.T.R. 182 (F.C.T.D.).

#### AUTHORS CITED

Canada, *House of Commons Debates*, Vol. VI, 1st Sess., 30th Parl., 1975, at page 5984.

#### 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 sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108.

*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 2(1), 3(1)(b),c), 5(2)(a),b), 11(1).

*Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1970, ch. C-19, art. 5(1)(b)(i), 20(1).

*Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985), ch. O-3, art. 9(2)(d).

*Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*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.); *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1992] 1 C.F. 771; (1991), 43 F.T.R. 180 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86; *Terrasses Zarolega Inc. et autres c. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 R.C.S. 94; (1981), 124 D.L.R. (3d) 204; 23 L.C.R. 97; 38 N.R. 411; *Barracrough v. Brown*, [1897] A.C. 615 (H.L.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Benner c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 93 N.R. 250 (C.A.F.); *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *Thomson c. Canada*, [1988] 3 C.F. 108; (1988), 50 D.L.R. (4th) 454; 31 Admin. L.R. 14; 84 N.R. 169 (C.A.); *Vaillancourt c. Sous-ministre M.R.N.*, [1991] 3 C.F. 663; [1991] 2 C.T.C. 42; (1991), 91 DTC 5408 (ang.); (1991), 91 DTC 5352 (fr.) (C.A.); *Alliance de la fonction publique du Canada et autres c. Canada (Conseil du Trésor) et autres* (1990), 36 F.T.R. 182 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

#### DOCTRINE

Canada, *Débats de la Chambre des Communes*, vol. VI, 1<sup>re</sup> sess., 30<sup>e</sup> Lég., 1975, à la page 5984.

Canada, *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada*, Ottawa, Information Canada, 1970.  
Côté, Pierre-André *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais, 1990.

APPEAL from refusal to declare that Jason Glynos was eligible for a grant of Canadian citizenship and to issue a writ of *mandamus* to compel the grant of Canadian citizenship to him (*Glynos v. Canada* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 83; 42 F.T.R. 183 (F.C.T.D.)). Appeal allowed with respect to the declaration.

## COUNSEL:

*Peter A. Gall and Robin M. Elliot* for appellants.

*Harry Wruck, Q.C.* for respondent.

## SOLICITORS:

*Heenan, Blaikie*, Vancouver, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

DÉCARY J.A.: Jason Glynos was born to Canadian parents, Anita Glynos and Michael Glynos, in the United States in 1967. His father being a Canadian citizen, he himself became a Canadian citizen upon his birth pursuant to subparagraph 5(1)(b)(i) of the former *Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19 (the former Act).<sup>1</sup>

In 1970, his father became a citizen of the United States and therefore, under the former Act, was forced to relinquish his Canadian citizenship. As a result of the application of subsection 20(1) of the former Act, Jason Glynos, as well as his younger brother Byron, also born in the United States, automatically ceased to be Canadian citizens. Their

<sup>1</sup> 5. (1) A person born after the 31st day of December 1946 is a natural-born Canadian citizen,

(b) if he is born outside of Canada elsewhere than on a Canadian ship, and

(i) his father, or in the case of a child born out of wedlock, his mother, at the time of that person's birth, is a Canadian citizen, and . . . .

Canada, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*, Ottawa, Information Canada, 1970.

Côté, Pierre-André *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville (Qué.): Yvon Blais, 1990.

a

APPEL contre un refus de déclarer Jason Glynos admissible à la citoyenneté canadienne et de décerner un bref de *mandamus* contraignant l'attribution de la citoyenneté canadienne à ce dernier (*Glynos c. Canada* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 83; 42 F.T.R. 183 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)). Appel accueilli à l'égard du jugement déclaratoire.

b

## AVOCATS:

*Peter A. Gall et Robin M. Elliot* pour les appelants.

*Harry Wruck, c.r.* pour l'intimée.

c

## d PROCUREURS:

*Heenan, Blaikie*, Vancouver, pour les appelants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

e

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

f

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Jason Glynos est né aux États-Unis en 1967 de parents canadiens, Anita Glynos et Michael Glynos. Son père étant citoyen canadien, Jason l'était lui-même à sa naissance, conformément au sous-alinéa 5(1)(b)(i) de l'ancienne *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1970, ch. C-19 (l'ancienne Loi)<sup>1</sup>.

g

En 1970, le père de Jason est devenu citoyen des États-Unis et, par conséquent, en vertu de l'ancienne Loi, il a été contraint de renoncer à sa citoyenneté canadienne. Par l'application du paragraphe 20(1) de l'ancienne Loi, Jason Glynos, de même que son jeune frère Byron, également né aux États-Unis, ont cessé d'être citoyens canadiens. Leur mère, Anita Glynos,

<sup>1</sup> 5. (1) Une personne née après le 31 décembre 1946 est un citoyen canadien de naissance,

b) si elle est née hors du Canada ailleurs que sur un navire canadien, et si

(i) son père ou, dans le cas d'un enfant né hors du mariage, sa mère, au moment de la naissance de cette personne, était un citoyen canadien, et si . . . .

mother, Anita Glynos, remained a Canadian citizen at all material times.

On February 15, 1977, the *Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108; now R.S.C., 1985, c. C-29 (the Act) came into force. Paragraph 3(1)(b) confers citizenship on a person born outside Canada after February 14, 1977 when one of his parents at the time of his birth was a Canadian citizen. With respect to children born outside Canada before February 15, 1977, paragraph 5(2)(b) of the Act provides as follows:

5. . . .

(2) The Minister shall grant citizenship to any person who

(b) was born outside Canada, before February 15, 1977, of a mother who was a citizen at the time of his birth, and was not entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under subparagraph 5(1)(b)(i) of the former Act, if, before February 15, 1979, or within such extended period as the Minister may authorize, an application for citizenship is made to the Minister by a person authorized by regulation to make the application.

In 1985, Jason's mother, Anita Glynos, was informed by the Vancouver Citizenship Office that her sons Jason and Byron were no longer Canadian citizens. She made an application for Canadian citizenship on behalf of her minor son Byron, pursuant to paragraph 5(2)(a) of the Act<sup>2</sup> and the Minister granted such citizenship to Byron Glynos effective January 5, 1987. The Court was informed at the hearing that no such application could have been made by Anita Glynos with respect to her son Jason because at that time Jason Glynos had attained the age of eighteen years and was no longer a "minor" child for the purposes of the Act (subsection 2(1)).

Anita Glynos was nevertheless convinced that she had the right under the Act to pass on her Canadian citizenship to her son Jason and she commenced corresponding with the Secretary of State. She eventu-

<sup>2</sup> 5. . . .

(2) The Minister shall grant citizenship to any person who

(a) has been lawfully admitted to Canada for permanent residence, has not ceased since that admission to be a permanent resident pursuant to section 24 of the *Immigration Act*, and is the minor child of a citizen if an application for citizenship is made to the Minister by a person authorized by regulation to make the application on behalf of the minor child; or. . . .

est demeurée citoyenne canadienne pendant toute la période en cause.

Le 15 février 1977, la *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108; maintenant L.R.C. (1985), ch. C-29 (la Loi) est entrée en vigueur. L'alinéa 3(1)(b) confère la citoyenneté à une personne née à l'étranger après le 14 février 1977 d'un père ou d'une mère ayant qualité de citoyen au moment de la naissance. En ce qui concerne les enfants nés à l'étranger avant le 15 février 1977, l'alinéa 5(2)(b) de la Loi prévoit ceci:

5. . . .

(2) Le ministre attribue en outre la citoyenneté:

b) sur demande qui lui est présentée par la personne qui y est autorisée par règlement et avant le 15 février 1979 ou dans le délai ultérieur qu'il autorise, à la personne qui, née à l'étranger avant le 15 février 1977 d'une mère ayant à ce moment-là qualité de citoyen, n'était pas admissible à la citoyenneté aux termes du sous-alinéa 5(1)(b)(i) de l'ancienne loi.

En 1985, le bureau de la citoyenneté de Vancouver a avisé Anita Glynos que ses fils Jason et Byron n'étaient plus citoyens canadiens. Conformément à l'alinéa 5(2)(a) de la Loi<sup>2</sup>, elle a déposé une demande de citoyenneté au nom de son fils mineur Byron à qui le ministre a attribué la citoyenneté à compter du 5 janvier 1987. À l'audience, la Cour a été avisée qu'Anita Glynos n'aurait pu déposer une telle demande au nom de son fils Jason, ce dernier étant alors âgé de dix-huit ans et n'étant plus un enfant «mineur» pour les fins de la Loi (paragraphe 2(1)).

Néanmoins convaincue qu'en vertu de la Loi, elle avait le droit de transmettre sa citoyenneté canadienne à son fils Jason, Anita Glynos a établi une correspondance avec le Secrétaire d'État. Le 6 août

<sup>2</sup> 5. . . .

(2) Le ministre attribue en outre la citoyenneté:

a) sur demande qui lui est présentée par la personne autorisée par règlement à représenter celui-ci, à l'enfant mineur d'un citoyen, légalement admis au Canada à titre de résident permanent et n'ayant pas depuis perdu ce titre en application de l'article 24 de la *Loi sur l'immigration*;

ally submitted an application for citizenship on behalf of her son Jason on August 6, 1987 and on December 1, 1987, the Secretary of State refused to grant the application on the basis, essentially, that paragraph 5(2)(b) of the Act was in his view applicable only to persons who had never been Canadian citizens.<sup>3</sup>

On September 12, 1989, Anita Glynos and Jason Glynos commenced the present action and sought a declaration that, on the true construction of paragraph 5(2)(b), Jason Glynos was eligible for a grant of Canadian citizenship. They also asked the Court to issue a writ of *mandamus* to compel the Secretary of State to grant Canadian citizenship to Jason Glynos. While the relief sought is couched in terms that relate to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter), the Trial Judge [(1991), 13 Imm. L.R. (2d) 83] and counsel for all parties addressed the question as being one of statutory interpretation in addition to being one of application of the Charter. At the hearing before us, counsel for the appellants did not insist on the Charter argument. It has been conceded by the Minister that in the event the Court should find that paragraph 5(2)(b) applies, the Minister will not invoke the requirement that the application for citizenship be made before February 15, 1979.

In the meantime Jason Glynos, who had been studying at Cambridge University, had returned to Vancouver in July of 1989. Sometime in 1990, having resided in Canada for at least one year, he became entitled to apply for resumption of citizenship pursuant to subsection 11(1) of the Act.<sup>4</sup> It is stated, in paragraph 29 of the statement of agreed facts, that

<sup>3</sup> It is not clear on what basis Anita Glynos could submit an application on behalf of her son. Section 5 of the *Citizenship Regulations* [C.R.C., c. 400] which deals with applications made under paragraph 5(2)(b) of the Act does not identify the person authorized to make the application. The issue was not raised by the Minister and I shall assume that the application was made by an authorized person.

<sup>4</sup> 11. (1) The Minister shall grant citizenship to any person who, having ceased to be a citizen,

(a) makes an application for resumption of citizenship;

(Continued on next page)

1987, elle a déposé au nom de son fils Jason une demande de citoyenneté que, le 1<sup>er</sup> décembre 1987, le Secrétaire d'État a refusée essentiellement pour le motif que, selon lui, l'alinéa 5(2)b) de la Loi est applicable aux seules personnes qui n'ont jamais été citoyennes canadiennes<sup>3</sup>.

Le 12 septembre 1989, Anita et Jason Glynos ont entamé la présente action visant l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que, en vertu d'une juste interprétation de l'alinéa 5(2)b), Jason Glynos est admissible à la citoyenneté canadienne. Ils ont également demandé à la Cour de décerner un bref de *mandamus* contraignant le Secrétaire d'État à attribuer la citoyenneté canadienne à Jason Glynos. Bien que la réparation demandée soit rédigée dans des termes qui se rapportent à la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte), le juge de première instance [(1991), 13 Imm. L.R. (2d) 83] et les avocats des parties ont traité la question comme s'il s'agissait non seulement d'une question d'application de la Charte, mais aussi d'une question d'interprétation de la loi. À l'audience tenue devant cette Cour, l'avocat des appelants n'a pas insisté sur l'argument relatif à la Charte. Selon le ministre, si la Cour conclut que l'alinéa 5(2)b) s'applique, il n'invoquera pas la condition selon laquelle la demande de citoyenneté devait être déposée avant le 15 février 1979.

Pendant ce temps, Jason Glynos, qui étudiait à l'Université de Cambridge, est retourné à Vancouver en juillet 1989. En 1990, ayant résidé au Canada pendant au moins un an, il est devenu admissible à demander la réintégration dans la citoyenneté conformément au paragraphe 11(1) de la Loi<sup>4</sup>. Le paragraphe 29 de l'exposé conjoint des faits énonce que

<sup>3</sup> Nous ignorons quel motif Anita Glynos pourrait invoquer pour déposer une demande au nom de son fils. L'article 5 du *Règlement sur la citoyenneté* [C.R.C., ch. 400] qui vise les demandes déposées en vertu de l'alinéa 5(2)b) de la Loi ne précise pas qui est autorisé à faire la demande. La question n'ayant pas été soulevée par le ministre, je présume que la demande a été déposée par une personne autorisée.

<sup>4</sup> 11. (1) Le ministre attribue la citoyenneté à toute personne qui a cessé d'être citoyen et qui, à la fois:

a) sollicite une réintégration;

(Suite à la page suivante)



“Jason Glynos has not made an application for Canadian citizenship pursuant to s. 11 of the Act, and furthermore has refused to make such application because both he and his mother believe very strongly that Jason should be entitled to Canadian citizenship under s. 5(2)(b) of the Act and not have to qualify for citizenship under s. 11 of the Act.”

At the commencement of the hearing in the Trial Division, the respondent raised an issue that the hearing should not proceed because the issue was moot—Jason Glynos now being entitled to receive citizenship pursuant to section 11 of the Act and it being agreed that the Minister would grant him citizenship as soon as he made an application under that section—and also that the Court should not render a declaratory judgment, especially on a Charter issue, merely to answer a question which need not be answered to settle the action. According to the Crown, since there was a simple method for Jason Glynos to obtain his citizenship, i.e. a section 11 application, he and his mother should not choose to use another section of the Act involving a Charter issue merely to settle a women’s rights issue which they wish to have settled.

The Trial Judge first addressed himself to the statutory interpretation of paragraph 5(2)(b) and he found that it did not apply to Jason Glynos. Before embarking on an examination of the Charter issue, he examined the issue of mootness and reached the conclusion that the issue was moot. He went on to examine the issue of judicial discretion and concluded as follows [at pages 92-93]:

*(Continued from previous page)*

(b) is not the subject of an order of or a declaration by the Governor in Council made pursuant to section 10 or 20 of this Act or section 18 of the former Act;

(c) is not under a deportation order; and

(d) has been lawfully admitted to Canada for permanent residence after having ceased to be a citizen, has not ceased since that admission to be a permanent resident pursuant to section 24 of the *Immigration Act* and has resided in Canada since that admission for at least one year immediately preceding the date of his application.

[TRANSLATION] «Jason Glynos n’a déposé aucune demande de citoyenneté canadienne conformément à l’art. 11 de la Loi et, de plus, il a refusé de déposer une telle demande car lui et sa mère croient très fermement que Jason devrait être admissible à la citoyenneté canadienne en vertu de l’al. 5(2)b) de la Loi et ne devrait pas avoir à être admissible à la citoyenneté en vertu de l’art. 11 de la Loi.»

Au début de l’audience devant la Section de première instance, l’intimée a affirmé que l’audition ne devrait pas être tenue puisque la question était théorique, Jason Glynos étant désormais admissible à la citoyenneté conformément à l’article 11 de la Loi et le ministre ayant convenu de lui attribuer la citoyenneté dès qu’il déposerait une demande en vertu de cet article; l’intimée a également avancé que la Cour ne devrait pas rendre un jugement déclaratoire, particulièrement sur la question relative à la Charte, simplement pour trancher une question dont la solution n’est pas nécessaire en l’espèce. Aux dires de la Couronne, puisqu’une méthode simple s’offrait à Jason Glynos pour obtenir sa citoyenneté, soit une demande fondée sur l’article 11, lui et sa mère ne devraient pas choisir d’utiliser un article différent de la Loi qui soulève une question relative à la Charte simplement pour trancher une question relative aux droits de la femme, à laquelle ils souhaitent recevoir une réponse.

Après s’être penché sur l’interprétation de l’alinéa 5(2)b), le juge de première instance a conclu que celui-ci ne s’appliquait pas à Jason Glynos. Avant d’entreprendre l’étude de la question relative à la Charte, il a examiné celle du caractère théorique de la question avant de conclure que celle-ci était effectivement théorique. Il a ensuite étudié le pouvoir discrétionnaire de la Cour avant de conclure ceci [aux pages 92 et 93]:

*(Suite de la page précédente)*

b) n’est visée ni par un décret pris aux termes de l’article 10 ni par une déclaration faite en application de l’article 20 ni par une ordonnance prise aux termes de l’article 18 de l’ancienne loi;

c) n’est pas sous le coup d’une mesure d’expulsion;

d) a été légalement admise au Canada à titre de résident permanent, après la perte de sa citoyenneté, n’a pas depuis perdu ce titre en application de l’article 24 de la *Loi sur l’immigration*, et a résidé au Canada depuis l’admission pendant au moins l’année précédant la date de sa demande.

In my view, this is not a case in which judicial discretion should be exercised and declaratory relief granted, whether by interpreting s. 5(2)(b) as plaintiffs seek or by finding it to be ineffective in whole or in part as contrary to the *Charter*, when this is not necessary to decide the issue, which for all practical purposes is moot. The time of the Courts is too valuable to spend it in deciding hypothetical issues merely because of their possible future consequences in other cases when no such issue needs to be decided in the present case.

### The issue of mootness

It is common ground that at the time of the commencement of the action, on September 12, 1989, Jason Glynos had been denied citizenship on the basis that he could not apply under paragraph 5(2)(b) of the Act. It is also common ground that he did not, then, satisfy the requirement of residence imposed by paragraph 11(1)(d) of the Act. It is also agreed that at some time before trial, he had met that requirement and that at trial, he had become entitled to apply for Canadian citizenship pursuant to subsection 11(1) of the Act. It is on that basis that the Trial Judge decided that the issue was moot.

The doctrine of mootness was well canvassed by Sopinka J. in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342. The Trial Judge relied particularly on the following passage, at page 353:

Accordingly if, subsequent to the initiation of the action or proceeding, events occur which affect the relationship of the parties so that no present live controversy exists which affects the rights of the parties, the case is said to be moot.

and concluded that [at page 90]

While plaintiff Jason may not have had a year's residence when proceedings were started on September 13, 1989 he has this qualification now.

Even if I were to accept for the sake of argument that "anticipated mootness"—the Court cannot order Jason Glynos to make an application under section 11 of the Act, he is not yet a Canadian citizen and I cannot assume that he will become one—might equate to "actual mootness", whether Jason Glynos can now receive citizenship under subsection 11(1) of the Act

Or, en l'espèce, j'estime qu'il n'y a pas lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire de la Cour pour accorder un jugement déclaratoire interprétant, dans le sens voulu par les demandeurs, l'alinéa 5(2)b) de la Loi, ou invalidant cette disposition, en tout ou en partie, pour cause de violation de la Charte, car, justement, il n'est pas nécessaire de trancher cette question qui revêt en l'espèce, un caractère essentiellement théorique. Les tribunaux ne peuvent tout de même pas passer leur temps à trancher des questions hypothétiques qui pourraient, certes, revêtir une certaine importance à l'avenir dans le cadre d'autres affaires, mais qu'il n'y a pas lieu de trancher actuellement.

### Le caractère théorique de la question

On reconnaît qu'au moment où il a introduit l'action le 12 septembre 1989, Jason Glynos s'était vu refuser la citoyenneté pour le motif qu'il ne pouvait la demander en vertu de l'alinéa 5(2)b) de la Loi. On reconnaît également qu'à ce moment là, il ne répondait pas à l'exigence relative à la résidence, prescrite à l'alinéa 11(1)d) de la Loi. On reconnaît aussi qu'à une époque antérieure au procès, il avait satisfait à cette condition et qu'au procès, il était admissible à demander la citoyenneté canadienne conformément au paragraphe 11(1) de la Loi. C'est en s'appuyant sur ce motif que le juge de première instance a conclu au caractère théorique de la question.

La doctrine relative au caractère théorique a été étudiée minutieusement par le juge Sopinka dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342. Le juge de première instance a invoqué particulièrement le passage suivant, à la page 353:

En conséquence, si, après l'introduction de l'action ou des procédures, surviennent des événements qui modifient les rapports des parties entre elles de sorte qu'il ne reste plus de litige actuel qui puisse modifier les droits des parties, la cause est considérée comme théorique.

et il a conclu [à la page 90] que

Le demandeur Jason n'avait pas encore une année de résidence au Canada lorsque, le 13 septembre 1989, l'action a été intentée, mais il répond dorénavant à la condition fixée.

Même si j'acceptais, aux fins de la discussion, que le «caractère théorique éventuel»—la Cour ne peut ordonner à Jason Glynos de déposer une demande fondée sur l'article 11 de la Loi, il n'est pas encore un citoyen canadien et je ne peux présumer qu'il le sera—puisse correspondre au «caractère théorique actuel», la question de savoir si Jason Glynos peut

is irrelevant to the question of whether he is entitled to receive Canadian citizenship, without any further requirement, by virtue of his mother's Canadian citizenship under paragraph 5(2)(b) of the Act.

We are dealing, here, with two very distinct procedures whose objectives, requirements, formalities and, possibly, effects are not the same.

Under paragraph 5(2)(b), citizenship is bestowed on an applicant by reason of his birth alone and his application goes directly to the Minister. Under subsection 11(1), an applicant resumes his citizenship upon certain conditions being met, notably one of a one-year residence in Canada prior to the application, and his application rather than going directly to the Minister is first processed by a citizenship judge who, pursuant to section 14, "shall, within sixty days . . . determine whether or not the person who made the application meets the requirements of this Act and the regulations with respect to the application."

Clearly, in my view, Parliament has provided persons who are entitled to citizenship by birth with a procedural avenue of instant citizenship which has been described by the Associate Chief Justice as a "preferential treatment" (*Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1992] 1 F.C. 771 (T.D.), at page 788) and has been seen by this Court as a "speedy and economical resolution" of the problem Jason Glynos wishes the Court to deal with (*Benner v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 93 N.R. 250 (F.C.A.), at page 251, *per* Mahoney J.). The Minister cannot force an applicant to choose a longer, uncertain and more difficult route nor can he, by denying an application made under paragraph 5(2)(b) and by then claiming that he would now grant an application under section 11, prevent the Court from dealing with the issue. Furthermore, in the event that Jason Glynos' interpretation should prevail, the granting of citizenship would amount to a recognition that in fact, though not in law because the Act does not appear to have a retroactive effect, he had been a Canadian citizen all his life.

désormais recevoir la citoyenneté en vertu du paragraphe 11(1) de la Loi n'a rien à voir avec la question de savoir s'il est admissible à la citoyenneté canadienne, sans autre condition, en raison de la citoyenneté canadienne de sa mère en vertu de l'alinéa 5(2)(b) de la Loi.

Il s'agit de deux procédures très différentes dont les objectifs, les conditions, les formalités et, peut-être, les effets sont différents.

L'alinéa 5(2)(b) attribue, en raison de sa naissance seule, la citoyenneté au demandeur dont la demande est transmise directement au ministre. En vertu du paragraphe 11(1), le demandeur réintègre sa citoyenneté à certaines conditions, dont celle qu'il ait résidé un an au Canada avant sa demande, et cette demande n'est pas transmise directement au ministre, mais est d'abord traitée par le juge de la citoyenneté qui, conformément à l'article 14, «[d]ans les soixante jours . . . statue sur la conformité—avec les dispositions applicables en l'espèce de la présente loi et de ses règlements—des demandes déposées».

De toute évidence, le Parlement a, à mon avis, fourni aux personnes admissibles à la citoyenneté de naissance une voie procédurale offrant la citoyenneté instantanément, que le juge en chef adjoint a appelée un «traitement préférentiel» (*Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1992] 1 C.F. 771 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 788) et qui, selon cette Cour, permet de «solutionner [le problème dont Jason Glynos souhaite saisir la Cour] de façon rapide et économique» (*Benner c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 93 N.R. 250 (C.A.F.), à la page 251, les motifs du juge Mahoney). Le ministre ne peut contraindre le demandeur à opter pour une voie plus longue, moins sûre et plus difficile ni ne peut, en refusant une demande déposée en vertu de l'alinéa 5(2)(b) et en prétendant ensuite qu'il accueillerait désormais une demande déposée en vertu de l'article 11, empêcher la Cour de se prononcer sur la question. En outre, si l'interprétation de Jason Glynos devait l'emporter, l'attribution de la citoyenneté reviendrait à reconnaître qu'en fait, bien que non en droit parce que la Loi ne paraît pas avoir un effet rétroactif, il a été citoyen canadien toute sa vie.

I would like to say a few words with respect to Jason's mother, Anita Glynos, who is a co-plaintiff in the proceedings and whose standing as such has not been questioned by the respondent. The Trial Judge appears to be blaming her for seeking to correct long-standing discrimination against Canadian women that prevented her from passing her Canadian citizenship to her son Jason. While she has no right, technically speaking, to pass on her citizenship, it being granted by the State, she nevertheless has an interest as a Canadian woman and mother in knowing whether her son can be declared a citizen by birth and in being part of a proceeding seeking a declaration to that effect.

To be a Canadian citizen by birth is a most cherished privilege and to seek a declaration that the Minister was wrong in denying it to the child of a Canadian woman is certainly a live controversy. Jason Glynos is not as of now a Canadian citizen. The issue of whether he can claim to be a citizen by birth is not moot.

#### The right to citizenship under paragraph 5(2)(b)

As recently stated by L'Heurcux-Dubé J., "A good starting point to interpret a statute properly is to examine, however briefly, its legislative history." (*Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at page 528). In addition, as stated by my brother Heald J.A., "Recent jurisprudence has made it clear that courts are entitled to look to the Debates of the House of Commons in order to ascertain the 'mischief' or 'evil' that a particular enactment was designed to correct." (*Canada (Attorney General) v. Young*, [1989] 3 F.C. 647 (C.A.), at page 657).<sup>5</sup> I shall therefore examine briefly the legislative history of and the Parliamentary Debates relating to paragraph 5(2)(b) of the Act.

Paragraph 5(2)(b) was specifically introduced into the *Citizenship Act* of 1976 to eliminate the discriminatory policy against women that flowed from the

<sup>5</sup> See also: *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346 (C.A.); *Thomson v. Canada*, [1988] 3 F.C. 108 (C.A.); *Vaillancourt v. Deputy M.N.R.*, [1991] 3 F.C. 663 (C.A.) and P.A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. (Cowansville: Yvon Blais, 1990), at pp. 353-367.

J'aimerais dire quelques mots concernant la mère de Jason, Anita Glynos, co-demanderesse dans l'action, qualité que l'intimée n'a pas mise en doute. Le juge de première instance paraît lui avoir reproché d'avoir cherché à corriger une discrimination de longue date à l'égard des femmes canadiennes, en raison de laquelle elle n'a pu transmettre sa citoyenneté canadienne à son fils Jason. Elle n'a aucun droit, techniquement parlant, de transmettre sa citoyenneté, celle-ci étant attribuée par l'État, mais elle a néanmoins un intérêt, à titre de femme et de mère canadienne, à savoir si son fils peut être déclaré citoyen de naissance et à prendre part à une procédure visant l'obtention d'un jugement déclaratoire à cet effet.

La citoyenneté canadienne de naissance est un privilège hautement estimé, et la recherche d'un jugement déclarant que le ministre avait tort de la refuser à l'enfant d'une femme canadienne n'est pas dépourvue d'intérêt pratique. En effet, Jason Glynos n'est pas aujourd'hui un citoyen canadien; la question de savoir s'il peut demander la citoyenneté de naissance n'est donc pas théorique.

#### Le droit à la citoyenneté en vertu de l'alinéa 5(2)(b)

Comme l'a récemment dit le juge L'Heureux-Dubé, «Lorsqu'il s'agit d'interpréter correctement une loi, il est utile de commencer par un examen, si bref soit-il, de son historique». (*Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, à la page 528.) En outre, comme mon collègue le juge Heald, J.C.A. l'a dit, «La jurisprudence récente a établi clairement que les tribunaux ont le droit de s'aider des débats de la Chambre des communes pour vérifier quel "désordre" ou "malaise" une disposition législative particulière avait pour objet de corriger». (*Canada (Procureur général) c. Young*, [1989] 3 C.F. 647 (C.A.), à la page 657)<sup>5</sup>. J'examinerai donc brièvement l'historique de l'alinéa 5(2)(b) de la Loi et les débats parlementaires qui ont entouré son adoption.

L'alinéa 5(2)(b) a été introduit dans la *Loi sur la citoyenneté* de 1976 précisément pour éliminer la politique discriminatoire à l'égard des femmes

<sup>5</sup> Voir également: *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346 (C.A.); *Thomson c. Canada*, [1988] 3 C.F. 108 (C.A.); *Vaillancourt c. Sous-ministre M.R.N.*, [1991] 3 C.F. 663 (C.A.) et P.A. Côté, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. (Cowansville: Yvon Blais, 1990) aux p. 402 à 418.

former Act, under which the child of a married Canadian woman born outside Canada could not acquire citizenship through her. In proposing the second reading of Bill C-20 which was finally enacted as the *Citizenship Act*, the then Secretary of State, the Honourable James Faulkner, remarked that the new Bill was meant to correct “five very important ways in which the present Citizenship Act discriminates against women”. These ways had been pointed out in the *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada* [at page 364] (*House of Commons Debates*, May 21, 1975, at page 5984) which had, in particular, recommended that sections 4 and 5 of the Act be amended “to provide that a child born outside Canada is a natural-born Canadian if either of his parents is a Canadian citizen.”

After receiving second reading Bill C-20 was referred to the Standing Committee on Broadcasting, Films and Assistance to the Arts for consideration. In the course of that Committee’s deliberations, the fact that Bill C-20 made no provision allowing children born outside of Canada to Canadian women before February 15, 1977 to acquire citizenship was the subject of much debate and concern. The addition of paragraphs 5(2)(a) and (b) was therefore proposed for the purpose of treating in the same way “those who happen to be born after the Act comes into place” and “those who are alive now and who have been affected adversely by the previous legislation” (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Broadcasting, Films and Assistance to the Arts*, Issue 36, February 27, 1976, 39: 6-7).

Bill C-20, with the amendments recommended by the Standing Committee, including that to subsection 5(2), received third reading in the House of Commons on April 13, 1976. Bill C-20 then came into force as of February 15, 1977 as the *Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108.

The foregoing demonstrates that the legislator intended that anyone born to a Canadian mother at any time prior to the enactment of the Act and who had been adversely affected by the former Act’s dis-

déoulant de l’ancienne Loi et selon laquelle la femme canadienne mariée ne pouvait transmettre sa citoyenneté à son enfant né à l’étranger. En proposant la deuxième lecture du Projet de loi C-20, qui est finalement devenu la *Loi sur la citoyenneté*, le Secrétaire d’État d’alors, l’honorable James Faulkner, a remarqué que le nouveau Projet de loi visait à corriger «cinq manifestations graves de discrimination à l’égard des femmes dans l’actuelle *Loi sur la citoyenneté*». Ces manifestations avaient été soulignées dans le *Rapport de la Commission royale d’enquête sur la situation de la femme au Canada* [à la page 410] (*Débats de la Chambre des Communes*, le 21 mai 1975, à la page 5984) qui avait, particulièrement, recommandé la modification des articles 4 et 5 de la Loi «de façon à ce qu’un enfant né à l’étranger soit canadien de naissance du moment que l’un des parents est canadien».

À la suite de la deuxième lecture, le Projet de loi C-20 a été soumis à l’examen du Comité permanent de la radiodiffusion, des films et de l’assistance aux arts. Au cours des délibérations du Comité, le silence du Projet de loi C-20 sur l’attribution de la citoyenneté aux enfants nés à l’étranger de femmes canadiennes avant le 15 février 1977 a fait l’objet d’un long débat et a soulevé de nombreuses inquiétudes. L’ajout des alinéas 5(2)a) et b) a donc été proposé afin d’accorder un traitement identique à «ceux qui sont nés après l’entrée en vigueur de la Loi» et à «ceux que l’ancienne Loi a défavorisés» (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la radiodiffusion, des films et de l’assistance aux arts*, volume 36, 27 février 1976, 39: 6-7).

Le 13 avril 1976, le Projet de loi C-20 renfermant les modifications recommandées par le Comité permanent, dont celle au paragraphe 5(2), a passé la troisième lecture à la Chambre des communes. Le Projet de loi C-20 est ensuite entré en vigueur le 15 février 1977 sous le titre de *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108.

Ce qui précède démontre que le législateur visait à rendre admissible à la citoyenneté, en vertu du paragraphe 5(2), toute personne née d’une mère canadienne à tout moment avant l’adoption de la Loi, et

crimutory provisions was to be entitled to receive citizenship under subsection 5(2). Whether that intent was carried into the wording used by Parliament is what remains to be seen.

Paragraph 5(2)(b) sets out four criteria for citizenship:

- (i) born outside Canada;
- (ii) before February 15, 1977;
- (iii) of a mother who was a Canadian citizen at the time of the birth;
- (iv) who was not entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under subparagraph 5(1)(b)(i) of the former Act.

It is common ground that Jason Glynos meets the first three of these criteria. The dispute is solely over whether he meets the fourth criterion. In my view, upon a plain reading of the provision, whether one considers the English text or the French text, Jason Glynos does clearly meet the fourth criterion. He was not entitled immediately before February 15, 1977 to become a citizen under subparagraph 5(1)(b)(i) of the former Act. It is true that he had once been a Canadian citizen, but at the time of the coming into force of the Act—which is really what is meant by the words “immediately before February 15, 1977”, “*avant le 15 février 1977*”, the absence in the French text of the word “immediately” being in my view a question of style and conciseness—he had ceased to be a citizen and he was simply not entitled to become a citizen at that time.

Counsel for the respondent would want us to read the word “become” as excluding “become again”. He argues that Part I of the Act, “THE RIGHT TO CITIZENSHIP”, in which section 5 is to be found, applies only to those persons who have never been granted Canadian citizenship and that Part III, “RESUMPTION OF CITIZENSHIP”, which contains section 11, applies to those persons who, having once been Canadian citizens, have ceased to be citizens.

This suggestion has no merit. It offends the wording of the provision; it is not compelled by the structure of the Act; it contradicts the Minister’s own application of the Act; it leads to absurd and unjust

que les dispositions discriminatoires de l’ancienne Loi avait lésée. Il reste à savoir si cette intention a été rendue dans le libellé utilisé par le Parlement.

<sup>a</sup> Selon l’alinéa 5(2)*b*), la personne qui désire obtenir la citoyenneté doit être:

- (i) née à l’étranger;
- (ii) née avant le 15 février 1977;
- (iii) née d’une mère ayant au moment de la naissance qualité de citoyenne;
- (iv) non admissible, avant le 15 février 1977, à la citoyenneté aux termes du sous-alinéa 5(1)*b*(i) de l’ancienne Loi.

Il est établi que Jason Glynos satisfait aux trois premiers critères. Il s’agit donc uniquement de savoir s’il satisfait au quatrième critère. À mon sens, il ressort de la simple lecture de la disposition, version anglaise ou française, que Jason Glynos satisfait au quatrième critère. Aux termes du sous-alinéa 5(1)*b*(i) de l’ancienne Loi, il n’était pas admissible à la citoyenneté avant le 15 février 1977. Certes, il avait déjà été citoyen canadien, mais au moment de l’entrée en vigueur de la Loi—c’est là le sens des mots «avant le 15 février 1977», «*immediately before February 15, 1977*», l’absence dans la version française du mot «*immediately*» (immédiatement), n’étant à mon avis due qu’à une question de style ou de concision—il avait cessé d’être citoyen et il était simplement non admissible à la citoyenneté à ce moment-là.

<sup>g</sup> Selon l’avocat de l’intimée, il faudrait lire le mot «*become*» de la version anglaise comme excluant «*become again*». Il soutient que la Partie I de la Loi qui s’intitule «LE DROIT À LA CITOYENNETÉ», dans laquelle figure l’article 5, ne s’applique qu’aux personnes qui n’ont jamais eu la citoyenneté canadienne, et que la Partie III, qui s’intitule «RÉINTÉGRATION DANS LA CITOYENNETÉ», et qui renferme l’article 11, s’applique aux personnes qui, ayant auparavant eu la qualité de citoyennes canadiennes, ont cessé d’être citoyennes.

Cette proposition est sans fondement. Elle va à l’encontre du libellé de la disposition; elle n’est pas commandée par la structure de la Loi; elle contredit l’application de la Loi par le ministre même; elle

situations; and it ignores the mischief that was sought to be corrected by the Act.

The French version of paragraph 5(2)(b) uses the words “*n’était pas admissible à la citoyenneté*” to correspond to the words “not entitled . . . to become a citizen”. A person is a citizen or he is not. A person is “*admissible*” or he is not. Clearly, Jason Glynos was not “*admissible*” on February 14, 1977. Nor was he then a Canadian citizen. Even if there had been ambiguity in the English text, and in my view there is none, I would give preference to the French text for it best reflects the intention of Parliament.<sup>6</sup>

Paragraph 3(1)(c), which appears in Part I, confers the right to citizenship on a person who “has been granted or acquired citizenship pursuant to section 5 or 11.” As section 11 is found in Part III, one can hardly suggest that Part I is exclusive of Part III. Further, Jason’s brother, Byron, who had ceased to be a citizen before February 15, 1977 for the same reason as Jason, was nevertheless granted citizenship by the Minister under paragraph 5(2)(a). The Minister can simply not now argue that Part I, where paragraph 5(2)(a) appears, only applies to persons who have never been citizens. It would be absurd, absent a formal text to the contrary, to suggest that two brothers born out of the country prior to the coming into force of the Act and having the same status under the former Act are subject to a different treatment under the new Act. It would also be absurd to suggest that the paragraph 5(2)(b) application process is accorded to a

<sup>6</sup> S. 9(2)(d) of the former *Official Languages Act*, R.S.C., 1985, c. O-3, provided that if the two versions of an enactment differed, “preference shall be given to the version thereof that, according to the true spirit, intent and meaning of the enactment, best insures the attainment of its objects”. The new *Official Languages Act*, R.S.C., 1985, (4th Supp.), c. 31 has no provisions concerning interpretation of bilingual enactments. However, as noted by Côté, *supra*, note 5, at p. 273, “In federal law, section 8 (9 in the Revised Statutes of 1985) of the *Official Languages Act* . . . prior to its repeal in 1988, set out certain principles of interpretation applicable to federal enactments. Reynald Boulton noted that section 8 merely codified principles already developed by Canadian courts. The principal consequence of its repeal will be to restore the unwritten law that the legislator had temporarily borrowed . . .”.

entraîne des situations absurdes et injustes; et elle néglige le désordre que la Loi avait pour objet de corriger.

a La phrase «n’était pas admissible à la citoyenneté» de la version française de l’alinéa 5(2)b correspond à la phrase «not entitled to become a citizen». On est citoyen ou on ne l’est pas. On est «admissible» ou on ne l’est pas. De toute évidence, Jason Glynos n’était pas «admissible» le 14 février 1977; il n’était pas non plus à ce moment là un citoyen canadien. Même si la version anglaise avait renfermé une ambiguïté, et à mon avis, ce n’est pas le cas, je donnerais préférence à la version française puisqu’elle traduit le plus fidèlement l’intention du Parlement<sup>6</sup>.

L’alinéa 3(1)c qui figure à la Partie I confère le droit à la citoyenneté à une personne «ayant obtenu la citoyenneté—par attribution ou acquisition—sous le régime des articles 5 ou 11». Comme l’article 11 figure à la Partie III, on peut difficilement avancer que la Partie I exclut la Partie III. En outre, le frère de Jason, Byron, qui avait cessé d’être citoyen avant le 15 février 1977 pour la même raison que Jason, s’est néanmoins vu attribuer la citoyenneté par le ministre en vertu de l’alinéa 5(2)a. Le ministre ne peut tout simplement pas prétendre aujourd’hui que la Partie I, qui renferme l’alinéa 5(2)a, ne s’applique qu’aux personnes qui n’ont jamais été citoyennes. Il serait absurde, en l’absence d’un texte formel affirmant le contraire, de soutenir que deux frères nés à l’étranger avant l’entrée en vigueur de la Loi et ayant le même statut en vertu de l’ancienne Loi reçoivent un traitement différent en vertu de la nouvelle Loi. Il serait

<sup>6</sup> L’art. 9(2)d de l’ancienne *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985), ch. O-3, prévoit que dans le cas de divergence entre les deux versions d’un texte législatif, «la préférence va à la version qui, selon l’esprit et le sens véritables du texte, ainsi que l’intention du législateur, assure le mieux la réalisation des objets visés». La nouvelle *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31 ne contient aucune disposition concernant l’interprétation de textes bilingues. Toutefois, comme l’a souligné Côté, précité, note 5, aux p. 353 et 367, «[e]n droit fédéral, l’article 8 (9 dans les Lois révisées de 1985) de la *Loi sur les langues officielles* . . . , avant son abrogation en 1988, énonçait certains principes d’interprétation applicables aux textes législatifs fédéraux. Comme Reynald Boulton l’a écrit, l’article 8 ne faisait, dans une large mesure, que consacrer les principes élaborés par les tribunaux canadiens et québécois, en particulier. Son abrogation aura donc pour principal effet de restituer au droit non écrit ce que le législateur lui avait temporairement emprunté . . . ».

person born outside Canada whose mother was Canadian and whose father was not Canadian at the time of the birth (see *Benner v. Canada (Secretary of State)*, *supra*), but is denied to a person born outside Canada whose mother was Canadian and whose father was also Canadian at the time of birth.

Finally, to illustrate how Parliament wanted to “catch” all the children born outside Canada before February 15, 1977, subsection 4(3) provides that the person entitled before February 15, 1977 to become a citizen because his father was a Canadian citizen, “remains so entitled notwithstanding that his birth is registered, after February 14, 1977”.

When read altogether, these provisions lead to the inescapable conclusion that all children born outside Canada to a Canadian father or to a Canadian mother prior to the coming into force of the 1976 Act have the right to citizenship under Part I of that Act.

I fully endorse the following conclusion reached, albeit in a different context, by the Associate Chief Justice in *Benner*:

It is evident then that, with the passage of the 1977 *Citizenship Act*, Parliament chose to grant preferred access to Canadian citizenship to all individuals born to a Canadian parent from its effective date, February 14, 1977. [*supra*, at page 793].

Jason Glynos is entitled to be granted citizenship by birth.

#### The issue of judicial discretion

I am satisfied that this is a proper case to award declaratory relief. I appreciate that the Trial Judge had a discretion not to grant declaratory relief sought by the appellants, but in my view he exercised his discretion under a mistake of law as to the issue of mootness as well as to that of the true construction of paragraph 5(2)(b) of the Act. Furthermore, he wrongly applied the decision of the Supreme Court of Canada in *Terrasses Zarolega Inc. et al. v. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 S.C.R. 94, at page 105, where Chouinard J. quoted from the House of Lords in *Barraclough v. Brown*, [1897] A.C. 615, at page 620:

également absurde de donner à entendre que le processus de demande prévu à l’alinéa 5(2)b) s’offre aux personnes nées à l’étranger d’une mère canadienne et d’un père non canadien au moment de la naissance (voir *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, précité), mais qu’il est refusé aux personnes nées à l’étranger d’une mère et d’un père canadiens au moment de la naissance.

Enfin, pour illustrer la volonté du Parlement d’«englober» tous les enfants nés à l’étranger avant le 15 février 1977, le paragraphe 4(3) prévoit que la personne qui, le 14 février 1977, est habile à devenir citoyen parce que son père est citoyen canadien, «le demeure même si sa naissance est enregistrée après cette date».

Lues conjointement, ces dispositions portent inévitablement à conclure que tous les enfants nés à l’étranger d’un père canadien ou d’une mère canadienne avant l’entrée en vigueur de la Loi de 1976 ont droit à la citoyenneté en vertu de la Partie I de la Loi.

Je suis pleinement d’accord avec la conclusion suivante tirée, bien que dans un contexte différent, par le juge en chef adjoint dans l’arrêt *Benner*:

Il est évident que le Parlement a décidé, en adoptant la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, de faciliter l’obtention de la citoyenneté canadienne à toutes les personnes nées d’un parent canadien à compter de son entrée en vigueur, le 14 février 1977. [précité, à la page 793.]

Jason Glynos est admissible à la citoyenneté de naissance.

#### Le pouvoir discrétionnaire de la Cour

Je suis convaincu qu’il y a lieu de rendre un jugement déclaratoire. Je réalise que le juge de première instance avait le pouvoir discrétionnaire de ne pas rendre le jugement déclaratoire demandé par les appelants, mais j’estime qu’il a exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur une erreur de droit quant au caractère théorique de la question et quant à la juste interprétation de l’alinéa 5(2)a) de la Loi. En outre, il a appliqué à tort l’arrêt *Terrasses Zarolega Inc. et autres c. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 R.C.S. 94, à la page 105, rendu par la Cour suprême du Canada, dans lequel le juge Chouinard a repris les propos de la Chambre des lords dans l’arrêt



I do not think the appellant can claim to recover by virtue of the statute, and at the same time insist upon doing so by means other than those prescribed by the statute which alone confers the right.

In the case at bar, the means used by the appellants are precisely those presented by the statute. *Terrasses Zarolega* is no authority to the effect that when a statute presents two sets of means, an applicant can be forced to choose the means favoured by the Administration. This case, in my view, is not one of "adequate alternative remedy". (See *Public Service Alliance of Canada et al. v. Canada (Treasury Board) et al.* (1990), 36 F.T.R. 182 (F.C.T.D.)).

No *mandamus*, however, should issue, because the Court cannot order the Secretary of State to waive the requirement that the application for citizenship be made before February 15, 1979. I understand, as noted previously, that the Secretary of State has agreed to waive that requirement and I would expect him to respect his undertaking.

#### Disposition of the appeal

I would allow the appeal with costs in both Divisions and declare that Jason Glynos is, on the true construction of paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act*, eligible for a grant of citizenship.

HEALD J.A.: I concur.

LÉTOURNEAU J.A.: I concur.

*Barraclough v. Brown*, [1897] A.C. 615, à la page 620:

[TRADUCTION] Je ne crois pas que l'appelant puisse demander recouvrement en vertu de la loi et en même temps soutenir qu'il peut le faire par des moyens non prévus par la loi qui seule confère le droit.

En l'espèce, les moyens utilisés par les appelants sont précisément ceux offerts par la Loi. L'arrêt *Terrasses Zarolega* ne permet pas d'affirmer que lorsqu'une loi offre deux voies différentes, le demandeur peut être contraint de choisir celle que privilégie l'administration. J'estime qu'en l'espèce, il ne s'agit pas de «redressement subsidiaire adéquat». (Voir *Alliance de la fonction publique du Canada et autres c. Canada (Conseil du Trésor) et autres* (1990), 36 F.T.R. 182 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)).

Il n'y a cependant pas lieu de décerner un bref de *mandamus* puisque la Cour ne peut ordonner au Secrétaire d'État de renoncer à la condition selon laquelle la demande de citoyenneté doit être déposée avant le 15 février 1979. J'ai appris, je le répète, que le Secrétaire d'État a convenu de renoncer à cette condition et je compte bien qu'il respectera cet engagement.

#### Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens dans les deux sections et je déclare que, compte tenu d'une juste interprétation de l'alinéa 5(2)b) de la *Loi sur la citoyenneté*, Jason Glynos est admissible à la citoyenneté.

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

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

T-2933-85

T-2933-85

**Echo Bay Mines Ltd. (Plaintiff)****Echo Bay Mines Ltd. (demanderesse)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen (Defendant)****Sa Majesté la Reine (défenderesse)****INDEXED AS: ECHO BAY MINES LTD. v. CANADA (T.D.)****RÉPERTOIRE: ECHO BAY MINES LTD. c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, MacKay J.—Vancouver, June 13, 1991; Ottawa, August 13, 1992.

b Section de première instance, juge MacKay—Vancouver, 13 juin 1991; Ottawa, 13 août 1992.

*Income tax — Income calculation — Deductions — Taxpayer, silver producer, realizing gain on settlement of forward sales contracts — Whether “resource profits” within Income Tax Regulations, s. 1204(1) — “Resource profits” base for calculating deduction under Act, s. 20(1)(v.1) (oil or gas wells in Canada or mineral resources in Canada) — Expert evidence of industry practice, generally accepted accounting principles admissible to assess commercial reality of taxpayer’s actions — Hedging common practice in precious metal industry — Profit on closing out short sales is profit from trade — Exact matching unnecessary for hedging — Transactions by parent company those of taxpayer — Regulation not to be narrowly construed — Transactions sufficiently integrated with silver production business — No income from production without sales — Taxpayer not speculating in futures for investment purposes.*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — La contribuable, qui est un producteur d’argent métal, a réalisé un bénéfice à la liquidation de contrats de vente à terme — Il échet d’examiner s’il s’agit de «bénéfices relatifs à des ressources» au sens de l’art. 1204(1) du Règlement de l’impôt sur le revenu — Le calcul des «bénéfices relatifs à des ressources» sert de base au calcul de la déduction visée à l’art. 20(1)v.1) de la Loi (puits de pétrole ou de gaz ou ressources minérales situés au Canada) — Les témoignages d’expert sur les usages de ce secteur d’activité et sur les principes comptables généralement reconnus sont admissibles pour l’appréciation des réalités commerciales des opérations de la contribuable — Les opérations de couverture sont communes chez les producteurs de métaux précieux — Les bénéfices réalisés à la liquidation de contrats à court terme sont des bénéfices de spéculation — La concordance exacte n’est pas nécessaire pour qu’il y ait opération de couverture — Les opérations effectuées par la compagnie mère sont celles de la contribuable — Il ne faut pas interpréter le Règlement de façon restrictive — Les opérations de couverture sont suffisamment intégrées à l’entreprise de production d’argent — La production n’engendre elle-même aucun revenu — La contribuable n’effectuait pas les opérations à terme à titre de placements.*

Taxpayer entered into forward sales contracts for silver from its mine. No silver was delivered, the contracts being closed out when due or rolled over for contracts to be closed out later. It realized a gain of \$29,359,967 on the settlement of these contracts and taxpayer took the position that this amount was “resource profits”—income from the production of minerals in Canada—under subsection 1204(1) of the *Income Tax Regulations*. The M.N.R. reassessed on the basis that taxpayer had received payment from the purchaser of the silver apart from the forward sales contracts which were separate transactions. Taxpayer appealed this reassessment to the Federal Court.

g La contribuable a conclu des contrats de vente à terme de l’argent provenant de sa mine. Il n’y avait aucune livraison d’argent, les contrats étant soit liquidés à l’échéance soit convertis en d’autres contrats à liquider ultérieurement. La contribuable a réalisé à la liquidation de ces contrats un bénéfice de 29 359 967 \$, dont elle soutient qu’il représente des «bénéfices relatifs à des ressources»—revenu tiré de la production de minéraux au Canada—au sens du paragraphe 1204(1) du *Règlement de l’impôt sur le revenu*. Le ministre du Revenu national a établi la nouvelle cotisation par ce motif que ce que payait l’acheteur d’argent à la demanderesse n’avait rien à voir avec les contrats de vente à terme, lesquels étaient des opérations distinctes. La contribuable a interjeté appel de cette nouvelle cotisation devant la Cour fédérale.

*Held*, the appeal should be allowed.

*Jugement*: l’appel doit être accueilli.

The “resource profits” calculation is important for its use as a base in calculating the deduction available under *Income Tax Act*, paragraph 20(1)(v.1) in respect of “oil or gas wells in Canada or mineral resources in Canada”. Subsection 1210(1) of the *Regulations* provides that the amount of the deduction equals 25 per cent of resource profits for the year.

i L’importance du calcul des «bénéfices relatifs à des ressources» tient à ce qu’il sert de base au calcul de la déduction prévue à l’alinéa 20(1)v.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* au titre de «puits de pétrole ou de gaz ou de ressources minérales situés au Canada». Le paragraphe 1210(1) du *Règlement* prévoit que le montant déductible est égal à 25 p. 100 des bénéf-

The evidence of expert witnesses as to industry practice and generally accepted accounting principles was relevant and admissible to assist the Court in assessing the economic and commercial reality of taxpayer's actions. There was evidence that hedging is common among precious metal producers, the purpose being to fix, in advance, a price accepted as satisfactory. The decision of the Supreme Court of Canada in *Atlantic Sugar Refineries v. Minister of National Revenue*, [1949] S.C.R. 706, was not distinguishable upon its facts from the case at bar. In that case, Locke J. said that in "trades where natural products are purchased in large quantities, hedging is a common, and in some cases, a necessary practice, and the cost of such operations in trades of this nature is properly allowable as an operating expense of the business. Where, as in the present case, the trader elects to close out his short sales and take a profit, this is, in my opinion, properly classified as profit from carrying on the trade". The Crown's argument, that there was insufficient matching, in respect of production and time of delivery and closing out of the forward sales contracts, between the two parallel sets of transactions, could not prevail. *Atlantic Sugar Refineries* is authority for the proposition that exact matching is neither feasible from a practical point of view nor necessary to constitute hedging. Although the futures market transactions were conducted by officials of taxpayer's parent company, they were carried out for taxpayer, recorded only in its ledgers and had to be considered as carried out by it.

These forward sales contracts having been found to constitute hedging, it remained to determine whether there was sufficient integration with the silver production business that a gain from hedging could be considered income from that business. The words "income . . . from . . . the production in Canada of . . . metals or minerals" in Regulation 1204(1) should not be construed narrowly. Production yields no income without sales. Activities reasonably interconnected with marketing the product form an integral part of production which is to yield income, and resource profits, within the Regulation. Taxpayer was not involved in futures speculation for investment purposes. There was rather a clear business purpose in its sales and settlement of futures contracts and that purpose was integrated with its sales of product to yield income.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, s. 83(5) (as am. by S.C. 1955, c. 54, s. 21).

fices relatifs à des ressources pour l'année d'imposition considérée.

Le témoignage des experts sur les usages de ce secteur d'activité et sur les principes comptables généralement reconnus présente un rapport avec le litige et est admissible pour aider la Cour à prendre en considération les réalités économiques et commerciales des opérations de la contribuable. Selon les témoignages, la couverture du prix est un usage commun chez les producteurs de métaux précieux et vise à fixer à l'avance un prix jugé satisfaisant. On ne peut distinguer l'affaire en instance des faits de la cause tranchée par l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Atlantic Sugar Refineries v. Minister of National Revenue*, [1949] R.C.S. 706, où le juge Locke a tiré cette conclusion: «Dans les milieux où les produits naturels sont achetés en grande quantité, les opérations de couverture sont courantes, voire nécessaires dans certains cas, et le coût de ces opérations dans les commerces de ce genre est à bon droit déductible à titre de frais d'exploitation de l'entreprise. Dans les cas où, comme en l'espèce, le spéculateur choisit de liquider les ventes à découvert et de réaliser un bénéfice, celui-ci peut être qualifié à bon droit de bénéficiaire résultant de l'opération à terme». L'argument de la Couronne, selon lequel il n'y a pas eu concordance suffisante entre les deux ensembles parallèles d'opérations, pour ce qui est de la quantité produite, de la date de livraison et de la liquidation des contrats de vente à terme, ne saurait être accueilli. L'arrêt *Atlantic Sugar Refineries* a posé pour règle que la concordance exacte n'est pas possible dans les faits ni n'est essentielle pour qu'il y ait opération de couverture. Bien que les contrats de vente à terme aient été conclus par les dirigeants de la compagnie mère de la contribuable, ces opérations ont été effectuées pour le compte de cette dernière, n'ont été inscrites que dans ses livres, et doivent donc être considérées comme ayant été effectuées par elle-même.

La Cour ayant conclu que ces contrats de vente à terme étaient des opérations de couverture, il échet d'examiner s'il y avait intégration suffisante avec l'entreprise de production d'argent pour que les bénéfices résultant de ces opérations puissent être assimilés au revenu tiré de la même entreprise. Il ne faut pas interpréter de façon restrictive les mots «revenus . . . tirés . . . de la production au Canada . . . de métaux ou de minéraux» figurant au paragraphe 1204(1). La production n'engendre elle-même aucun revenu. Les opérations qui peuvent raisonnablement être reliées à la commercialisation du produit font partie intégrante de la production qui vise à rapporter un revenu et des bénéfices relatifs à des ressources au sens du Règlement. La contribuable n'a pas effectué les opérations à terme à titre de placements. La passation et la liquidation des contrats de vente à terme visaient un but indissociable de son entreprise, ce but étant intégré avec ses ventes au comptant du produit pour rapporter un revenu.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)v.1) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 71, art. 1),

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(1)(v.1) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 71, s. 1), 65(1) (as am. by S.C. 1973-74, c. 30, s. 6), 124.1, 124.2, 129(4) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 86(2)).

*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, ss. 1200, 1201, 1204(1) (as am. by SOR/79-245, s. 3), (3), 1210(1).

65(1) (mod. par S.C. 1973-74, ch. 30, art. 6), 124.1, 124.2, 129(4) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 86(2)).

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 83(5) (mod. par S.C. 1955, ch. 54, art. 21).

*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, art. 1200, 1201, 1204(1) (mod. par DORS/79-245, art. 3), (3), 1210(1).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

### FOLLOWED:

*Atlantic Sugar Refineries v. Minister of National Revenue*, [1949] S.C.R. 706; [1949] 3 D.L.R. 641; [1949] CTC 196.

### APPLIED:

*McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020; (1990), 76 D.L.R. (4th) 217; [1991] 2 W.W.R. 244; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101.

### DISTINGUISHED:

*R. v. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 F.C. 609; [1983] CTC 231; (1983), 83 DTC 5180; 48 N.R. 103 (C.A.); revg [1982] 2 F.C. 131; [1981] CTC 410; (1981), 81 DTC 5307 (T.D.); *Ensite Ltd. v. R.*, [1986] 2 S.C.R. 509; (1986), 33 D.L.R. (4th) 491; [1986] 2 C.T.C. 459; 86 DTC 6521; 70 N.R. 189; *Imperial Tobacco Co. (of Great Britain and Ireland), Ltd. v. Kelly. Imperial Tobacco Co. (of Great Britain and Ireland), Ltd. v. Inland Revenue Commrs.*, [1943] 2 All E.R. 119 (C.A.); affg [1943] 1 All E.R. 431 (K.B.D.).

### CONSIDERED:

*Gunnar Mining Limited v. Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 226; (1968), 67 D.L.R. (2d) 153; [1968] C.T.C. 22; 68 DTC 5035; *Cominco Ltd v The Queen*, [1984] CTC 548; (1984), 84 DTC 6535 (F.C.T.D.); affd A-1324-84, Heald J.A., judgment dated 2/12/85, F.C.A., not reported; leave to appeal to S.C.C. refused [1986] 1 S.C.R. vii; (1986), 66 N.R. 77; *Westar Mining Ltd. v. The Queen*, [1988] 2 C.T.C. 349; (1988), 88 DTC 6505; 23 F.T.R. 71 (F.C.T.D.); revd by [1992] 3 F.C. 110; *Gulf Canada Ltd. v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 99; (1990), 90 DTC 6622; 38 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); affd (1992), 92 DTC 6123 (F.C.A.); *Texaco Exploration Co. v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 323; [1975] CTC 404; (1975), 75 DTC 5288 (T.D.).

### REFERRED TO:

*March Shipping Ltd v MNR*, [1977] CTC 2527; (1977), 77 DTC 371 (T.R.B.); *R. v. International Nickel Co. of Canada, Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 675; (1975), 62 D.L.R. (3d) 573; [1975] CTC 620; 75 DTC 5460; 7 N.R. 351; *Minister of National Revenue v. Imperial Oil Co.*, [1960] S.C.R. 735; (1960), 25 D.L.R. (2d) 321; [1960] C.T.C. 275; 60 DTC 1219; *Tip Top Tailors Limited v. The Minis-*

## JURISPRUDENCE

### DÉCISION SUIVIE:

*Atlantic Sugar Refineries v. Minister of National Revenue*, [1949] R.C.S. 706; [1949] 3 D.L.R. 641; [1949] CTC 196.

### DÉCISION APPLIQUÉE:

*McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020; (1990), 76 D.L.R. (4th) 217; [1991] 2 W.W.R. 244; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101.

### DISTINCTION FAITE AVEC:

*R. c. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 C.F. 609; [1983] CTC 231; (1983), 83 DTC 5180; 48 N.R. 103 (C.A.); infirmant [1982] 2 C.F. 131; [1981] CTC 410; (1981), 81 DTC 5307 (1<sup>re</sup> inst.); *Ensite Ltd. c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 509; (1986), 33 D.L.R. (4th) 491; [1986] 2 C.T.C. 459; 86 DTC 6521; 70 N.R. 189; *Imperial Tobacco Co. (of Great Britain and Ireland), Ltd. v. Kelly. Imperial Tobacco Co. (of Great Britain and Ireland), Ltd. v. Inland Revenue Commrs.*, [1943] 2 All E.R. 119 (C.A.); confirmant [1943] 1 All E.R. 431 (K.B.D.).

### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Gunnar Mining Limited v. Minister of National Revenue*, [1968] R.C.S. 226; (1968), 67 D.L.R. (2d) 153; [1968] C.T.C. 22; 68 DTC 5035; *Cominco Ltd c La Reine*, [1984] CTC 548; (1984), 84 DTC 6535 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); confirmé par A-1324-84, le juge Heald, J.C.A., jugement en date du 2-12-85, C.A.F., non publié; demande d'autorisation de pourvoi en C.S.C. rejetée [1986] 1 R.C.S. vii; (1986), 66 N.R. 77; *Westar Mining Ltd. c. La Reine*, [1988] 2 C.T.C. 349; (1988), 88 DTC 6505; 23 F.T.R. 71 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); infirmé par [1992] 3 C.F. 110; *Gulf Canada Ltd. c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 99; (1990), 90 DTC 6622; 38 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), confirmé par (1992), 92 DTC 6123 (C.A.F.); *Texaco Exploration Co. c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 323; [1975] CTC 404; (1975), 75 DTC 5288 (1<sup>re</sup> inst.).

### DÉCISIONS CITÉES:

*March Shipping Ltd v MNR*, [1977] CTC 2527; (1977), 77 DTC 371 (C.R.I.); *R. c. International Nickel Co. of Canada, Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 675; (1975), 62 D.L.R. (3d) 573; [1975] CTC 620; 75 DTC 5460; 7 N.R. 351; *Minister of National Revenue v. Imperial Oil Co.*, [1960] R.C.S. 735; (1960), 25 D.L.R. (2d) 321; [1960] C.T.C. 275; 60 DTC 1219; *Tip Top Tailors Limited v. The Minis-*

*ter of National Revenue*, [1957] S.C.R. 703; (1957), 11 D.L.R. (2d) 289; [1957] C.T.C. 309; 57 DTC 1232.

APPEAL from an income tax reassessment by the Minister of National Revenue of the plaintiff's income tax return for its 1980 taxation year. Appeal allowed.

COUNSEL:

*W. J. A. Mitchell, Q.C., Judith B. Taylor and J. H. G. Roche* for plaintiff.  
*J. S. Gill, Q.C. and Marie-Thérèse Boris* for defendant.

SOLICITORS:

*Thorsteinssons*, Vancouver, for plaintiff.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

MACKAY J.: This action is an appeal from an income tax reassessment by the Minister of National Revenue of the plaintiff's return of income for its 1980 taxation year. A statement of claim was filed December 30, 1985 (and subsequently amended December 12, 1986), following an objection to reassessment and confirmation of reassessment, dated October 7, 1985, in respect of the matter at issue. Originally there were two grounds of objection and appeal by the plaintiff but one was abandoned before trial.

The issue left in dispute is whether income from the settlement of forward sales contracts for the delivery of silver in the 1980 taxation year is properly included as "resource profits" within the meaning of Regulation 1204(1) [*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945 (as am. by SOR/79-245, s. 3)] as it read at the relevant time.

At the hearing of this action, counsel filed the following agreed statement of facts.

1. The Plaintiff is engaged in the mining and processing of and exploration for precious metals in the Arctic region of Canada.
2. In the years 1976 to 1982, the Plaintiff operated a silver mine located near Port Radium in the Northwest Territories.

*ter of National Revenue*, [1957] R.C.S. 703; (1957), 11 D.L.R. (2d) 289; [1957] C.T.C. 309; 57 DTC 1232.

APPEL contre la nouvelle cotisation faite par le ministre du Revenu national de la déclaration d'impôt sur le revenu de la demanderesse pour son année d'imposition 1980. Appel accueilli.

AVOCATS:

*W. J. A. Mitchell, c.r., Judith B. Taylor et J. H. G. Roche* pour la demanderesse.  
*J. S. Gill, c.r., et Marie-Thérèse Boris* pour la défenderesse.

PROCUREURS:

*Thorsteinssons*, Vancouver, pour la demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

*Voici la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE MACKAY: Il y a en l'espèce appel contre la nouvelle cotisation d'impôt sur le revenu établie par le ministre du Revenu national à l'égard de la déclaration de revenu de la demanderesse pour son année d'imposition 1980. La déclaration a été déposée le 30 décembre 1985 (et subséquemment modifiée le 12 décembre 1986) après opposition à la nouvelle cotisation et confirmation de cette dernière, en date du 7 octobre 1985. Il y avait à l'origine deux motifs d'opposition et d'appel, mais la demanderesse en a abandonné un avant l'ouverture du procès.

Le point litigieux qui reste à trancher porte sur la question de savoir si le revenu provenant de la liquidation de contrats de vente à terme d'argent métal au cours de l'année d'imposition 1980 peut être assimilé aux «bénéfices relatifs à des ressources» au sens du paragraphe 1204(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu* [C.R.C., ch. 945 (mod. par DORS/79-245, art. 3)], tel qu'il était en vigueur à l'époque.

À l'audition de l'affaire, les avocats ont versé au dossier l'exposé conjoint des faits suivant:

- [TRADUCTION] 1. La demanderesse est une entreprise de prospection, d'extraction et de transformation de métaux précieux dans la région arctique du Canada.
2. Durant les années 1976 à 1982, la demanderesse exploite une mine d'argent près de Port Radium, dans les Territoires du

All production of silver concentrate from the mine was sold to an unrelated party under long-term sales agreements. The purchase price for the silver concentrate was based on the market value of silver at a date two months from the receipt of the concentrate by the purchaser.

3. For the years 1978 to 1980 inclusive, the Plaintiff entered into forward sales contracts for silver. No amounts of silver were delivered under the forward sales contracts. Instead, the forward sales contracts were closed out as they became due, or rolled over for other contracts to be closed out at a future date.

4. The Plaintiff was, at the time in question, a wholly-owned subsidiary of I.U. International, a U.S. company. I.U. International entered into and closed out the forward sales contracts on behalf of the Plaintiff.

5. An example of how a hedging transaction operates is as follows:

(a) Assume the market price of a commodity on January 1st is \$200 — a price which the producer wishes to “lock in”.

(b) Assume in Case 1 that on July 1st the price is \$350, and in Case 2 the price on July 1st is \$100.

(c) Assume that on January 1st the producer buys a forward sales contract at \$200.

	Case #1	Case #2
Gain (loss) on closing out contract	\$(150)	\$100
Sale of commodity	350	100
Price realized	<u>\$ 200</u>	<u>\$200</u>

Thus, through a combination of the sale of the commodity and the gain or loss on the future sales contract, a producer has “locked in” or “hedged” today’s price.

6. In the 1980 taxation year the Plaintiff realized a gain of \$29,359,967 on the settlement of forward sales contracts for delivery of silver in that year, which amount was included in the Plaintiff’s income for tax purposes.

7. It is agreed that the \$29,359,967 is properly included in the income of the Plaintiff. The sole issue for determination is whether the said amount is properly included as “resource profits” within the meaning of Regulation 1204(1)(b)(ii)(B) as it read in 1980.

The plaintiff submits that income from the settlement of forward sales contracts should be included as “resource profits” under the Regulations, as the amount falls within the meaning of income from the production of minerals in Canada. The defendant submits that it should not be included because the plaintiff received payment from the purchaser of the

Nord-Ouest. Toute la production de minerai d’argent enrichi de la mine était vendue à une tierce partie en vertu de contrats de vente à long terme. Le prix d’achat du minerai enrichi était basé sur le prix de l’argent tel qu’il avait cours sur le marché deux mois après la livraison du minerai à l’acheteur.

<sup>a</sup> 3. Durant les années 1978 à 1980 inclusivement, la demanderesse a conclu des contrats de vente à terme d’argent. Il n’y avait aucune livraison du métal dans le cadre de ces contrats, lesquels étaient en effet soit liquidés à l’échéance soit convertis en d’autres contrats à liquider ultérieurement.

<sup>b</sup> 4. Au moment considéré, la demanderesse était une filiale appartenant en propriété exclusive à I.U. International, compagnie américaine. C’était I.U. International qui concluait et liquidait les contrats de vente à terme au nom de la demanderesse.

<sup>c</sup> 5. Voici un exemple qui illustre le mécanisme des opérations de couverture:

a) Supposons que le prix courant d’une marchandise au 1<sup>er</sup> janvier soit de 200 \$ — prix que le producteur tient à «verrouiller».

<sup>d</sup> b) Supposons que le prix soit, dans le premier cas, de 350 \$ au 1<sup>er</sup> juillet, et dans le second cas, de 100 \$ à la même date.

c) Supposons que au 1<sup>er</sup> janvier, le producteur achète un contrat de vente à terme au montant de 200 \$.

	Cas 1	Cas 2
Gain (perte) à la liquidation du contrat	(150) \$	100 \$
Vente de la marchandise	350 \$	100 \$
Prix réalisé	<u>200 \$</u>	<u>200 \$</u>

Ainsi, en combinant la vente effective de la marchandise et le gain ou la perte sur l’opération à terme, le producteur «verrouille» ou «couvre» le prix du jour.

<sup>e</sup> 6. Au cours de l’année d’imposition 1980, la demanderesse a réalisé un bénéfice de 29 359 967 \$ sur la liquidation de contrats de vente à terme d’argent livrable la même année, et elle a inclus ce montant dans son revenu imposable.

<sup>f</sup> 7. Les deux parties conviennent que la somme de 29 359 967 \$ a été incluse à bon droit dans le revenu de la demanderesse. Le seul point litigieux porte sur la question de savoir si cette somme a été incluse à bon droit à titre de «bénéfices relatifs à des ressources» au sens de la division 1204(1)(b)(ii)(B) du Règlement, tel qu’il était en vigueur en 1980.

<sup>i</sup> La demanderesse soutient que le revenu provenant de la liquidation des contrats de vente à terme devrait être inclus à titre de «bénéfices relatifs à des ressources» au sens du Règlement, puisqu’il s’accorde avec la définition de revenu tiré de la production de minéraux au Canada. La défenderesse réplique que le montant en cause ne devrait pas être inclus à ce titre

silver separate and apart from the forward sales contracts entered into by the plaintiff, which contracts in the defendant's view were transactions distinct from the sales of silver by the plaintiff.

For the 1980 taxation year Regulation 1204(1) provided in part:

1204.(1) For the purposes of this Part, "resource profits" of a taxpayer for a taxation year means the amount, if any, by which the aggregate of

(b) the amount, if any, of the aggregate of his incomes for the year from

(i) the production of petroleum, natural gas or related hydrocarbons from oil or gas wells in Canada operated by him,

(ii) the production in Canada of

(A) petroleum, natural gas or related hydrocarbons, or

(B) metals or minerals to any stage that is not beyond the prime metal stage or its equivalent, from mineral resources in Canada operated by him,

exceeds

(c) the aggregate of his losses for the year from the sources described in paragraph (b),

computed in accordance with the Act, on the assumption that he had during the year no incomes or losses except from those sources and was allowed no deductions in computing his income for the year other than

(f) such other deductions for the year as may reasonably be regarded as applicable to the sources of income described in paragraph (b), other than a deduction under section 1201 or subsection 1202(2) or (3), 1207(1) or 1212(1).

(3) Income or loss from a source described in paragraph (1)(b) does not include income or loss derived from transporting, transmitting or processing petroleum, natural gas or related hydrocarbons.

The importance of the "resource profits" calculation was, and remains, its use as a base in calculating the deduction available to taxpayers under paragraph 20(1)(v.1) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 71, s. 1)], which permits a deduction in respect of "oil or gas wells in

puisque ce que payait l'acheteur d'argent à la demanderesse n'avait rien à voir avec les contrats de vente à terme, lesquels contrats étaient, de l'avis de la défenderesse, des opérations distinctes des ventes d'argent par la demanderesse.

Voici les passages applicables du paragraphe 1204(1) du Règlement, tel qu'il s'appliquait à l'égard de l'année d'imposition 1980:

1204.(1) Aux fins de la présente partie, «bénéfices relatifs à des ressources» d'un contribuable pour une année d'imposition désigne le montant, s'il en est, par lequel le total

b) du montant, s'il en est, de l'ensemble de ses revenus pour l'année tirés

(i) de la production de pétrole, de gaz naturel ou d'hydrocarbures connexes, extraits des puits de pétrole ou de gaz que le contribuable exploite au Canada,

(ii) de la production au Canada

(A) de pétrole, de gaz naturel ou d'hydrocarbures connexes, ou

(B) de métaux ou de minéraux jusqu'à un stade qui ne dépasse pas le stade du métal brut ou son équivalent, tirés des ressources minérales que le contribuable exploite au Canada,

est en sus

c) du total de ses pertes pour l'année provenant des sources mentionnées à l'alinéa b),

calculés conformément à la Loi, en supposant qu'au cours de l'année il n'avait aucun revenu ni aucune perte sauf à l'égard de ces sources et qu'il n'avait droit à aucune déduction lors du calcul de son revenu pour l'année autre que

f) les autres déductions pour l'année qui peuvent raisonnablement être considérées comme applicables aux sources de revenu décrites à l'alinéa b), sauf une déduction en vertu de l'article 1201 ou des paragraphes 1202(2) ou (3), 1207(1) ou 1212(1).

(3) Un revenu ou une perte dont l'origine est décrite à l'alinéa (1)b) ne comprend ni un revenu ni une perte qui est le résultat du transport, du convoiement ou du traitement du pétrole, du gaz naturel ou d'hydrocarbures connexes.

L'importance du calcul des «bénéfices relatifs à des ressources» tenait, et tient toujours, à ce qu'il sert de base au calcul de la déduction que les contribuables peuvent revendiquer en application de l'alinéa 20(1)v.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch.

Canada or mineral resources in Canada.”<sup>1</sup> Regulation 1210<sup>2</sup> provided that the amount of the deduction for the purposes of paragraph 20(1)(v.1) was an amount equal to 25 per cent of resource profits for the year within the meaning of Regulation 1204(1). A reduction in the “resource profits” amount for the year, as in this case was the result of the reassessment of the plaintiff’s income, meant a reduced amount available for deduction under paragraph 20(1)(v.1). “Resource profits” also served as a base for calculating the plaintiff’s earned depletion allowance as authorized by Part XII of the Regulations and subsection 65(1) [as am. by S.C. 1973-74, c. 30, s. 6] of the Act as they applied to the taxation year. Consequential adjustments in amounts deductible pursuant to both paragraph 20(1)(v.1) and subsection 65(1) of the Act had been made by the Minister of National Revenue following upon reassessment of the plaintiff’s “resource profits”.

In relation to its submission that the forward sales contracts entered into by the plaintiff in respect of its anticipated production of silver were simply a hedge designed to reduce the risk of wide price fluctuations,

<sup>1</sup> S. 20(1)(v.1) of the Act provided:

20.(1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), in computing a taxpayer’s income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

(v.1) such amount as is allowed to the taxpayer for the year by regulation in respect of oil or gas wells in Canada or mineral resources in Canada.

<sup>2</sup> Regulation 1210(1) provided:

1210.(1) For the purposes of paragraph 20(1)(v.1) of the Act, there may be deducted in computing the income of a taxpayer for a taxation year an amount equal to 25 per cent of his resource profits for the year within the meaning of subsection 1204(1) if that subsection were read without reference to paragraph (a) or subparagraph (b)(iv) thereof, computed as if no amounts were deducted in computing those resource profits under paragraph 20(1)(c), (d) or (v.1) of the Act or paragraph 1204(1)(d) or (e).

71, art. 1)], qui autorise la déduction de sommes au titre de «puits de pétrole ou de gaz ou de ressources minérales situés au Canada»<sup>1</sup>. L’article 1210<sup>2</sup> prévoyait que le montant déductible au titre de l’alinéa 20(1)v.1) était égal à 25 p. 100 des bénéfices relatifs à des ressources au sens du paragraphe 1204(1) du Règlement, pour l’année d’imposition considérée. Une réduction du montant des «bénéfices relatifs à des ressources» pour l’année, par suite comme en l’espèce d’une nouvelle cotisation établie à l’égard du revenu de la demanderesse, signifiait la réduction du montant déductible au titre de l’alinéa 20(1)v.1). Les «bénéfices relatifs à des ressources» servaient également de base de calcul de la déduction pour épuiement gagnée, qu’autorisaient la Partie XII du Règlement et le paragraphe 65(1) [mod. par S.C. 1973-74, ch. 30, art. 6] de la Loi tels qu’ils s’appliquaient à l’année d’imposition en cause. Après avoir établi la nouvelle cotisation à l’égard des «bénéfices relatifs à des ressources» de la demanderesse, le ministre du Revenu national a rajusté en conséquence les montants déductibles au titre de l’alinéa 20(1)v.1) et du paragraphe 65(1) de la Loi.

À l’appui de son argument que les contrats de vente à terme de la production prévue d’argent n’étaient qu’une opération de couverture contre les grandes fluctuations de prix, la demanderesse a cité

<sup>1</sup> L’alinéa 20(1)v.1) prévoyait ce qui suit:

20.(1) Nonobstant les dispositions des alinéas 18(1)a), b) et h), lors du calcul du revenu tiré par un contribuable d’une entreprise ou d’un bien pour une année d’imposition, peuvent être déduites celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qui peut raisonnablement être considérée comme s’y rapportant:

v.1) les sommes que le contribuable est autorisé, par voie de règlement, à déduire, pour l’année, au titre de puits de pétrole ou de gaz ou de ressources minérales situés au Canada.

<sup>2</sup> Le paragraphe 1210(1) du Règlement porte:

1210.(1) Aux fins de l’alinéa 20(1)v.1) de la Loi, il peut être déduit lors du calcul du revenu d’un contribuable pour une année d’imposition un montant égal à 25 pour cent de ses bénéfices relatifs à des ressources pour l’année au sens du paragraphe 1204(1), si ce paragraphe était interprété en faisant abstraction de l’alinéa a) ou du sous-alinéa b)(iv), calculé comme si aucun montant n’était déduit lors du calcul de ces bénéfices relatifs à des ressources en vertu de l’alinéa 20(1)c), d) ou v.1) de la Loi ou de l’alinéa 1204(1)d) ou e).



the plaintiff produced two expert witnesses, both chartered accountants, John H. Bowles and Robert B. Parsons.

Counsel for the defendant objected to the testimony of the first expert, Mr. Bowles, on the basis that it had no relevance to the issue to be decided. Counsel submitted that the issue was a purely legal issue, to which the consideration of evidence of the marketing practices of companies engaged in precious metals production and of generally accepted accounting principles was not relevant. In the view of counsel, the issue was whether income or loss realized from settlement of forward sales contracts is to be considered in calculation of resource profits, even if the plaintiff were found to have engaged in such contracts and settlement as a "hedging" activity. I permitted the evidence to be entered, since I was not persuaded that evidence as to practice in the industry and generally accepted accounting principles relating to that practice was irrelevant to the issue here to be determined.

I now confirm that such evidence is, in my view, admissible evidence. It is true that industry practice and generally accepted accounting principles, if inconsistent with provisions of the *Income Tax Act*, cannot override the expressed intention of Parliament. Moreover, as counsel for the plaintiff admitted, industry practice and generally accepted accounting principles do not govern the interpretation of "resource profits" under the Act. Inasmuch as the definition of "resource profits" includes such basic terms as "income" and "production" and is related to a specific industry or to specific industries, however, the type of evidence tendered by Mr. Bowles, relating to industry practice and accounting practice followed in that industry, is relevant. In my view, such an approach accords with the interpretive approach set out in *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020, at page 1050, *per* Dickson C.J.C., namely that a court should be desirous of assessing "the economic and commercial reality of the taxpayer's actions". Evidence of the sort given by the experts testifying for the plaintiff in this case, is relevant to "the economic and commercial reality" of the taxpayer's operations and those operations are the basis for the report by the taxpayer of income to which the *Income Tax Act* and Regulations are applied.

comme témoins deux experts, tous deux comptables agréés, MM. John H. Bowles et Robert B. Parsons.

a L'avocat de la défenderesse s'est opposé au témoignage du premier expert, M. Bowles, par ce motif qu'il ne présente aucun rapport avec le litige, lequel porte uniquement sur un point de droit dont la solution n'a rien à voir avec les preuves relatives aux méthodes de commercialisation des producteurs de métaux précieux et aux principes comptables généralement reconnus. À son avis, le litige porte sur la question de savoir si le revenu ou la perte tenant à la liquidation de contrats de vente à terme doit entrer en ligne de compte dans le calcul des bénéfices relatifs à des ressources, même s'il est jugé que la demanderesse a conclu et liquidé ces contrats à titre de «couverture». J'ai déclaré le témoignage admissible, n'étant pas convaincu que les preuves relatives aux usages de ce secteur d'activité et aux principes comptables généralement reconnus en la matière n'aient rien à voir avec le litige en l'espèce.

e Je confirme maintenant que ce témoignage est à mon avis admissible. Il est vrai que s'ils vont à l'encontre des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les usages du secteur d'activité concerné et les principes comptables généralement reconnus ne peuvent pas l'emporter sur la volonté expresse du législateur. De surcroît, comme l'a reconnu l'avocat de la demanderesse, les usages du milieu et les principes comptables généralement reconnus ne régissent pas l'interprétation des «bénéfices relatifs à des ressources» au sens de la Loi. Puisque la définition de «bénéfices relatifs à des ressources» comprend des termes clés comme «revenu» et «production» et qu'elle porte sur un ou des secteurs d'activité déterminés, le témoignage donné par M. Bowles au sujet des usages de ce secteur d'activité et des principes comptables généralement reconnus présente un rapport avec le point litigieux en l'espèce. À mon avis, cette conclusion est conforme à la méthode d'interprétation définie par le juge en chef Dickson dans *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020, à la page 1050, savoir que la juridiction saisie doit prendre en considération «les réalités commerciales et économiques des opérations du contribuable». Le témoignage du genre donné par les experts cités par la demanderesse en l'espèce se rapporte aux «réalités

commerciales et économiques» des opérations de la contribuable, lesquelles opérations forment la base de sa déclaration de revenu soumise à l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du Règlement.

Mr. Bowles, who produced an expert's report, testified that hedging the price to be received under contracts of sale is a common practice in the mining industry, particularly for producers of precious metals. The means by which hedging is accomplished is through entering into forward sales contracts, in which a producer promises to sell a certain amount of product at some date in the future. Normally the price is the spot market price of the product at the date of execution of the contract. The obligations of the producer are fulfilled usually through the closing out of the contract by the purchase of an equal amount of product on the commodities futures market, and not by actual delivery of the product promised.

By entering into these future sales contracts, the price to the producer is assured to the extent that anticipated future production proves accurate in the result. While the producer is paid by the purchaser of the actual production at a spot market price prevailing at an agreed time, if the price paid is below the price fixed under the future sales contract, the gain on the settlement of the future sales contract will offset the reduction in the price paid for the product at the market price as agreed upon. Conversely, if the price paid for delivery of production is higher than the price fixed under the future sales contract, the loss on the settlement of the future sales contract will offset the increase in price paid for the product as delivered. The arrangement operates as is set out in the examples in paragraph 5 of the agreed statement of facts. The examples assume reasonable matching of actual production with the nominal delivery under the future sales contract, a pattern that may be difficult to establish in practice. In the net result, whether market prices to be paid for future delivery increase or decrease, the producer is assured that he will receive for his product the market price prevailing at the time he concludes the forward sales contract.

Mr. Bowles testified that under generally accepted accounting principles, a producer's gain or loss from

M. Bowles, qui a produit un rapport d'expert, témoigne que la couverture du prix à recevoir à la vente effective est un usage commun dans l'industrie minière, en particulier chez les producteurs de métaux précieux. Cette couverture s'effectue au moyen du contrat de vente à terme, par lequel le producteur s'engage à vendre une certaine quantité du produit à une date future. Normalement, ce prix est le prix du produit sur le marché à la date de la signature du contrat. Le producteur s'acquitte habituellement de ses obligations en liquidant le contrat par l'achat de la même quantité du produit sur le marché à terme, sans qu'il y ait livraison effective du produit promis.

Par ces contrats de vente à terme, le producteur se garantit le prix dans la mesure où ses prévisions de production sont correctes en fin de compte. Le producteur recevant de l'acheteur de la quantité effectivement produite le prix ayant cours sur le marché au comptant au moment convenu, si le prix payé est inférieur au prix prévu au contrat de vente à terme, le bénéfice réalisé à la liquidation de ce contrat compensera la perte enregistrée dans le prix payé pour le produit au taux convenu du marché au comptant. Par contre, si le prix payé pour le produit livré est supérieur au prix fixé au contrat de vente à terme, la perte à la liquidation de ce contrat annulera le gain enregistré dans le prix payé pour le produit livré. Le fonctionnement de cet arrangement est illustré par l'exemple donné au paragraphe 5 de l'exposé conjoint des faits. Cet exemple suppose une concordance raisonnable entre la production effective et la livraison hypothétique prévue au contrat de vente à terme, concordance qui peut être difficile à atteindre dans les faits. Le résultat net en est que, peu importe que les prix du marché à payer pour les livraisons futures augmentent ou diminuent, le producteur est assuré de recevoir pour son produit le prix qui a cours sur le marché le jour où il conclut le contrat de vente à terme.

M. Bowles témoigne que selon les principes comptables généralement reconnus, le bénéfice réalisé ou

its execution of forward sales contracts may be considered a "hedge" and therefore matched against the production of the goods produced, if four conditions are met. These were set out in his report, to which there was no dispute (save for the objection respecting relevancy), as follows:

1. The item to be hedged exposes the enterprise to price (or interest rate) risk.
2. The futures contract reduces that exposure and is designated as a hedge.
3. The significant characteristics and expected terms of the anticipated transactions are identified.
4. It is probable that the anticipated transaction will occur.

In his view, the difference between hedging and speculating is that in the former the company engaged in hedging sells forward or commits a product it has the capability of producing and that it intends to produce: if it has neither the capability nor the intention of meeting its commitments through production it is speculating in engaging in forward sales contracts.

Whether a transaction is a hedge depends upon assessment at the time forward sales contracts are concluded of capacity and intention to produce product committed under those contracts. Where the transaction is a hedge, profits realized on settlement of the contracts are considered a component of the price realized for the product when sold and under accounting practice are included in income from sales. Because of the difficulties of coordinating production and delivery dates with dates of settlement of forward sales contracts, revenue from settlement of the contracts is ordinarily accounted in sales revenues periodically, perhaps on a quarterly basis or a longer period.

Mr. Parsons, an author as well as an accountant, who also produced an expert's report, has experience specifically in tax accounting for companies in the mining industry. He also testified that hedging was very common among producers of precious metals. Mr. Parsons testified that under generally accepted accounting principles, the hedge transaction is considered to be an integral part of the sales transaction and that any gain or loss on the hedge will be recog-

la perte subie par le producteur à la liquidation du contrat de vente à terme peut être considéré comme une «couverture» et par conséquent mis sur le compte de la marchandise effectivement produite, si quatre conditions sont réunies. Son rapport relève ces conditions qui ne sont pas réfutées (sauf l'objection quant à l'absence de lien entre ce témoignage et les faits de la cause), comme suit:

- [TRADUCTION] 1. La marchandise à couvrir expose l'entreprise au risque de fluctuation du prix (ou du taux d'intérêt).
2. Le contrat de vente à terme réduit ce risque et est considéré comme une couverture.
  3. Les caractéristiques importantes et les stipulations de l'opération prévue sont précisées.
  4. Il est probable que l'opération prévue aura lieu.

À son avis, la différence entre couverture et spéculation tient à ce que dans le premier cas, la compagnie s'engage à vendre à terme une marchandise qu'elle a et les moyens et l'intention de produire; si elle n'a ni les moyens ni l'intention de remplir ses obligations en produisant cette marchandise, il y a spéculation par contrat de vente à terme.

Qu'une opération soit ou non une opération de couverture dépend de l'appréciation, au moment de la conclusion du contrat de vente à terme, de la capacité et de l'intention de produire la marchandise promise par ce contrat. En cas d'opération de couverture, les bénéfices réalisés à la liquidation du contrat sont considérés comme partie intégrante du prix réalisé à la vente de la marchandise et, selon les usages comptables, sont intégrés dans le revenu provenant de la vente. Étant donné la difficulté qu'il y a à coordonner les dates de production et de livraison avec les dates de liquidation des contrats de vente à terme, le revenu provenant de la liquidation est d'ordinaire inclus périodiquement dans le revenu de vente, peut-être tous les trimestres ou par intervalles plus longs.

M. Parsons, auteur et comptable fiscaliste spécialisé dans l'industrie minière, a également produit un rapport d'expert. Il témoigne lui aussi que les opérations de couverture sont fort communes chez les producteurs de métaux précieux; que selon les principes comptables généralement reconnus, elles font partie intégrante des ventes; que tout bénéfice ou toute perte résultant de la liquidation sera pris en compte au moment de la vente de la production qui en fait l'ob-

nized at the same time as the production, that is the subject matter of the hedged transaction, is sold. This accounting treatment applies whether or not the forward sales contract, by which the "hedge" is accomplished, is closed out before the product is actually delivered by the producer. The rationale behind such accounting treatment was said to be that by such treatment the commercial realities of the production of the goods are recognized, for the whole purpose of the hedge is to fix the price, in advance, at a level that the company accepts as a satisfactory price.

In cross-examination, both Mr. Bowles and Mr. Parsons stated that the inclusion of gain or loss from the settlement of forward sales contracts in production revenue could only be accorded if there was some reasonable relationship of the amount of actual future production and the projected sale under a forward sales contract, as well as of the time at which the payment for production would be received by the producer. In other words, there must be a legitimate attempt to hedge against the risk arising from fluctuations in the price of the product that will be sold by the producer.

In cross-examination Mr. Parsons admitted that there was no generally accepted accounting standard to determine at what point a deviation between the amounts to be sold under the forward sales contracts and the actual production delivered, and the times of sale under the contract and actual delivery, would render the forward sales contracts a speculative endeavour as opposed to a hedge. He emphasized, however, that the time at which a characterization of the forward sales transaction was to be made was at the time of entry into the forward sales contract. If it turned out that the producer had overestimated the amount of future production for purposes of the forward sales contract, it would still be possible to characterize the contract as a hedge. Subsequent accounting treatment would then allocate the portion of the gain or loss corresponding to actual production as revenue from production, while the portion corresponding to any excess over the actual production would be treated as income of a speculative nature.

Mr. Parsons also indicated that if the producer should choose to close out the forward sales contract earlier than it was required to do, by purchasing an

jet; que cette méthode comptable s'applique peu importe que le contrat de vente à terme, qui assure la «couverture», soit liquidé ou non avant la livraison effective de la marchandise à l'acheteur; et que cette méthode se justifie du fait qu'elle tient compte des réalités commerciales de la production de marchandises, car l'opération de couverture a pour seul but de fixer à l'avance le prix à un niveau que la compagnie estime satisfaisant.

Au contre-interrogatoire, M. Bowles et M. Parsons reconnaissent tous les deux que le bénéfice ou la perte résultant de la liquidation du contrat de vente à terme ne peut être inclus dans le revenu tiré de la production que s'il y a un lien raisonnable entre la quantité qui sera effectivement produite et la quantité prévue au contrat de vente à terme, ainsi que le moment où le producteur recevra le prix de la production effectivement vendue. Autrement dit, il faut qu'il y ait véritablement opération de couverture contre le risque de fluctuation du prix de la marchandise que vendra le producteur.

Au contre-interrogatoire, M. Parsons admet qu'il n'y a aucune norme comptable généralement reconnue par laquelle on pourrait déterminer le seuil où un décalage entre la quantité prévue au contrat de vente à terme et la production effectivement livrée, et entre la date de livraison prévue au contrat et la livraison effective, ferait de ce contrat une opération spéculative et non pas une opération de couverture. Il souligne cependant que le point de départ de la qualification du contrat de vente à terme est le moment où celui-ci est conclu. S'il se trouve que le producteur a, en vue du contrat, surestimé la quantité qui sera produite, il est toujours possible de voir dans ce contrat une opération de couverture. Le traitement comptable subséquent imputera au revenu tiré de la production la fraction du bénéfice ou de la perte correspondant à la production effective, alors que la fraction correspondant à tout excédent sur la production effective serait traitée comme revenu de placements.

M. Parsons fait encore savoir que si le producteur choisissait de liquider le contrat de vente à terme avant qu'il n'y soit tenu, en achetant une quantité

equivalent amount of product, this action did not alter the characterization of the gain or loss on the forward sales contract as a hedging transaction. The effect would merely be that during the period from the date of closing out the contract to the date of receipt for production delivered, the producer would not be protected from the risk that prices would fall.

The final witness was Ray Jenner, current vice-president of the plaintiff. Mr. Jenner gave evidence respecting the history of the silver mine operated by the plaintiff at Port Radium, and of his understanding of the means by which the hedging operations of the plaintiff were conducted during the 1980 taxation year and of the hedging operations generally carried on since then by the plaintiff in relation to production of precious metals from other mining operations.

It was Mr. Jenner's evidence that the original estimate of silver production for 1980 was 1,702,000 ounces, later revised to 1,367,000. The amount of silver actually produced in that year was 1,335,000 ounces and the amount of production hedged was 1,585,000 ounces. These amounts were queried by counsel for the defendant on cross-examination, on the basis that they did not appear to correspond with evidence from the witness' examination for discovery. My understanding is that the latter evidence, filed as Exhibit 3, of total silver sold forward in 1980 included amounts expected to be produced in that year and subsequently. Ultimately there was no dispute with respect to the figures provided by Mr. Jenner in his testimony at trial.

The hedging transactions were carried out by the parent company of the plaintiff, I.U. International, from its offices in Philadelphia. Mr. Jenner, whose association with the plaintiff dates from 1983, could not provide evidence of precise arrangements made in 1980, but he was able to provide information regarding the general manner by which future sales contracts were dealt with, and the accounting treatment of these transactions, by the company.

In March of 1980 a decision was made to sell forward the anticipated remaining production of the mine, whose reserves were nearing depletion, and were expected to be depleted in 1981 or at the latest in 1982. It was considered then that prices prevailing in 1980 were favourable, and that risk of their decline

équivalente de marchandise, cette action ne fait pas perdre son caractère de couverture au bénéficiaire ou à la perte résultant de la liquidation. L'effet en serait simplement que pendant l'intervalle séparant la liquidation du contrat de la réception du prix de la production effectivement livrée, le producteur ne serait pas protégé contre le risque d'une chute des prix.

Le dernier témoin était Ray Jenner, l'actuel vice-président de la demanderesse. Son témoignage porte sur l'historique de la mine d'argent exploitée par celle-ci à Port Radium, sur la manière dont elle effectuait ses opérations de couverture durant l'année d'imposition 1980 et sur les opérations de couverture qu'elle a généralement effectuées depuis pour les métaux précieux provenant d'autres exploitations minières.

Selon M. Jenner, les prévisions de production d'argent pour 1980 ont été initialement fixées à 1 702 000 onces, puis ramenées à 1 367 000 onces. La quantité effectivement produite pour cette année était de 1 335 000 onces, et la quantité couverte de 1 585 000 onces. L'avocat de la défenderesse met en doute ces chiffres au contre-interrogatoire, par ce motif qu'ils ne concordent pas avec l'interrogatoire préalable du témoin, lequel, déposé à titre de pièce 3, portait sur la quantité totale d'argent vendue à terme en 1980 et donnait les quantités dont la production était prévue pour cette année-là et subséquemment. En fin de compte, les chiffres donnés par M. Jenner au cours de son témoignage au procès n'ont pas été réfutés.

Les opérations de couverture étaient effectuées par la compagnie mère de la demanderesse, I.U. International, à son siège à Philadelphie. M. Jenner, qui a commencé à travailler pour la demanderesse en 1983, ne pouvait pas apporter un témoignage précis sur les arrangements pris en 1980, mais a pu témoigner sur la manière générale dont la compagnie considère les contrats de vente à terme et sur le traitement comptable qu'elle leur réserve.

En mars 1980, la compagnie a décidé de vendre à terme la production restante prévue de la mine, dont les réserves étaient en voie d'épuisement et devaient être épuisées en 1981 ou 1982 au plus tard. Elle jugeait que les prix ayant cours en 1980 étaient favorables et qu'il fallait se protéger contre le risque

in future should be avoided. Amounts to be sold forward were based on estimated reserves remaining for the entire period, and these estimates were revised periodically. There was no evidence of the specific consideration by the parent company of the estimated production from the mine though those estimates would have been known to the parent from regular inter-company reports. Forward sales contracts were arranged by I.U. International for the plaintiff, in the active months for trading on the commodities market, and were apparently settled without particular reference to the time of delivery to or payment by the refiner purchaser. Receipts from actual production and settlement of forward sales contracts were kept in separate ledger accounts by the plaintiff, not by the parent company, and consolidated annually, in accounting for gross revenue from production, for financial statements and thus for income tax purposes. Mr. Jenner's evidence was that the purpose of the forward sales contracts, the hedging activity, was to fix the price for silver expected to be produced in the future at the price prevailing when the forward sales contracts were made. In turn this provided assurance of cash flow, assuming production sufficient to meet forward sales commitments, in order to finance production and ongoing exploration activities of the mine project.

No witnesses were called to testify by the defendant.

#### The positions of the parties

The basic positions of the parties differed in accord with their differing views of the relationship between the contracts, and their settlement, for forward sales and the sales of actual production by the plaintiff.

In the plaintiff's submission the forward sales contracts were hedging arrangements, to assure fixed prices for future silver production, and they were an integral aspect of marketing that production. That was their purpose and the results were properly reflected in their inclusion of profits, and implicitly losses if they had not been so successful, arising from settlement of the forward sales contracts as an integral portion of the revenue derived from production of silver.

d'une chute du prix à l'avenir. Les quantités à vendre à terme étaient basées sur les réserves estimées pour la période tout entière, et les estimations étaient périodiquement révisées. Rien dans le dossier ne permet de savoir si la compagnie mère a pris expressément en considération les prévisions de production de la mine, bien qu'elle eût dû les connaître grâce aux rapports réguliers de la filiale. Les contrats de vente à terme ont été arrangés par I.U. International pour la demanderesse, pendant la haute saison du marché à terme, et ont été manifestement liquidés sans référence particulière à la date de livraison ou au paiement par la raffinerie acheteuse. Les recettes provenant des ventes au comptant et de la liquidation des contrats à terme étaient inscrites dans deux comptes à part de la demanderesse, non de la compagnie mère, et consolidées annuellement, dans la comptabilisation des recettes brutes de production, aux fins des états financiers et, partant, en vue des déclarations d'impôt sur le revenu. Selon M. Jenner, les contrats de vente à terme, c'est-à-dire les opérations de couverture, avaient pour but de fixer le prix de l'argent dont la production était prévue au niveau ayant cours au moment de la conclusion de ces contrats. En outre, pourvu que la production effective corresponde aux engagements pris, ces contrats assuraient aussi les liquidités pour financer la production et les activités d'exploration continues de l'exploitation minière.

La défenderesse n'a produit aucun témoin.

#### L'argumentation des parties

La divergence fondamentale entre les parties correspond à leur divergence de vues quant au lien entre la conclusion et la liquidation des contrats de vente à terme, d'une part, et la vente de la production effective par la demanderesse, d'autre part.

Selon la demanderesse, les contrats de vente à terme étaient des opérations de couverture visant à garantir des prix fixés pour l'argent à produire, et ils faisaient partie intégrante de la commercialisation de cet argent. Tel était leur but, et il est juste d'inclure dans le revenu tiré de la production d'argent les bénéfices, et implicitement les pertes éventuelles, résultant de leur liquidation.

It was the defendant's view that the forward sales contracts were separate transactions from the production and marketing of the silver product, so separate that their negotiation and settlement could not be considered hedging. Yet, even if the forward sales contracts were considered hedging the transactions were not sufficiently integrated with production and delivery of the silver product that they could be considered to constitute a single business activity. Thus gains on settlement of the contracts were not an aspect of "resource profits" within the meaning of Regulation 1204(1).

For the plaintiff it was urged that marketing is an aspect of production, within Regulation 1204(1) which speaks of resource profits in terms of income from production. That income was not intended to be limited strictly to revenue derived directly upon delivery of a product, it was urged by reference to the Regulations. Thus, Regulation 1204(3) specifically excludes from calculations of income or loss from a source described under 1204(1)(b), in the case of producers of petroleum, natural gas or hydrocarbons, of income or loss from transporting, transmitting or processing the product. Implicitly, absent that provision, income from these activities would be included. Implicitly income from these activities is included in calculations of income in the case of production of metals or minerals to the prime metal stage, the other activity included within Regulation 1204(1)(b), and income from hedging, an activity said to be more closely involved with production than any of those expressly excluded, ought to be included within income from production under 1204(1)(b). Reference was also made to Regulation 1210(1), which counsel submitted excluded interest costs as a deduction from the source of income from production of minerals or metals. Finally, paragraphs (c) and (f) of Regulation 1204(1) use the word "source" in reference to 1204(1)(b). The regulations, the plaintiff submitted, implied the application of a "sourcing concept" to the recognition of income from production and the inference from this was that income from and expenses of production should not be so narrowly construed as to restrict revenues and expenses to actual sales proceeds and direct lifting costs. Rather, income from production of metals or minerals should include all receipts reasonably related to the production activity.

Selon la défenderesse, ces contrats étaient des opérations distinctes de la production et de la commercialisation de l'argent, à tel point que leur négociation et leur liquidation ne pouvaient être considérées comme des opérations de couverture. Quand bien même ils pourraient être considérés comme des opérations de couverture, ces contrats n'étaient pas suffisamment intégrés dans la production et la livraison de l'argent pour qu'on puisse y voir une activité commerciale intégrée. Ainsi donc, les bénéfices réalisés à leur liquidation n'étaient pas une forme de «bénéfices relatifs à des ressources» au sens du paragraphe 1204(1) du Règlement.

La demanderesse soutient que la commercialisation est un élément de la production au sens du paragraphe 1204(1) du Règlement, qui définit les bénéfices relatifs à des ressources en termes de revenu tiré de la production; et qu'il ressort d'autres dispositions que ce revenu n'est pas limité à celui qui provient directement de la livraison du produit. Ainsi, le paragraphe 1204(3) du Règlement exclut expressément du calcul du revenu ou de la perte dont l'origine est décrite à l'alinéa 1204(1)(b), dans le cas des producteurs de pétrole, de gaz naturel ou d'hydrocarbures connexes, le revenu ou la perte résultant du transport, du convoiement ou du traitement de ces produits. La signification implicite en est que n'eût été cette disposition, le revenu tiré de ces activités serait inclus. Implicitement, le revenu tiré de ces activités est inclus dans le calcul du revenu en cas de production de métaux ou de minéraux jusqu'à un stade qui ne dépasse pas le stade du métal brut, c'est-à-dire l'autre catégorie visée à l'alinéa 1204(1)(b) du Règlement; et le revenu provenant des opérations de couverture, qui sont plus proches de la production que n'importe laquelle des activités expressément exclues, devrait être inclus dans le revenu tiré de la production au sens de l'alinéa 1204(1)(b). L'avocat de la demanderesse invoque aussi le paragraphe 1210(1), qui exclut la déduction des frais d'intérêt de la source du revenu tiré de la production de minéraux ou de métaux. Enfin, les alinéas c) et f) du paragraphe 1204(1) du Règlement emploient le mot «sources» par référence à l'alinéa 1204(1)(b). La demanderesse soutient ainsi que le Règlement applique implicitement le «concept de source» à la définition du revenu tiré de la production, et la conclusion à tirer est qu'il ne faut pas interpréter étroitement le revenu et les dépenses de pro-

In assessing the issue in this case it was submitted that principles applicable under other provisions of the Act should be applied by analogy. Thus, cases dealing with sources of income, in another context, were referred to. Counsel for the plaintiff referred in particular to *R. v. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 F.C. 609 (C.A.); *Ensite Ltd. v. R.*, [1986] 2 S.C.R. 509; and *Imperial Tobacco Co. (of Great Britain and Ireland), Ltd. v. Kelly. Imperial Tobacco Co. (of Great Britain and Ireland), Ltd. v. Inland Revenue Commrs.*, [1943] 2 All E.R. 119 (C.A.).

The issue in the two Canadian decisions was whether certain receipts of the taxpayer could be considered income from business or investment income (or in the case of *Ensite*, "foreign investment income"), in the context of determining the taxpayer's refundable dividend tax on hand, in the application of subsection 129(4) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 86(2)] of the Act which required a distinction to be made between income from property and income from property used in the course of carrying on a business.

*Marsh & McLennan* involved the determination of whether interest received from short-term investment of insurance premiums held by an insurance broker before remittance to insurers was "Canadian investment income", or whether the interest was income from property used in the business. In the latter case, it would be excluded from "Canadian investment income" and from the refundable dividend tax on hand account. The Federal Court of Appeal, by a majority decision, allowed the Crown's appeal. Clement D.J. held, at page 638, that "... on the facts of this case there was between the Broker's business and the investments an interconnection, an interlacing, an interdependence, a unity embracing the investments and the business", and therefore the interest was income from property used or held in the course of carrying on the business of insurance brokerage. Le Dain J.A. agreed, finding the test to be whether the fund was employed and risked in the

duction de façon à les limiter au produit de la vente effective et aux coûts directs d'extraction. Au contraire, le revenu tiré de la production de métaux ou de minéraux devrait inclure toutes les recettes qui ont un lien raisonnable avec la production elle-même.

La demanderesse soutient que pour examiner le point litigieux en l'espèce, il faut appliquer par analogie les principes dégagés d'autres dispositions de la Loi. Son avocat invoque en particulier les arrêts *R. c. Marsh & McLennan, Limited.*, [1984] 1 C.F. 609 (C.A.); *Ensite Ltd. c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 509; et *Imperial Tobacco Co. (of Great Britain and Ireland), Ltd. v. Kelly. Imperial Tobacco Co. (of Great Britain and Ireland), Ltd. v. Inland Revenue Commrs.*, [1943] 2 All. E.R. 119 (C.A.).

Dans les deux causes canadiennes citées, il s'agissait de savoir si certaines recettes réalisées par la contribuable pouvaient être considérées comme revenu tiré d'une entreprise ou comme revenu de placements (ou dans la cause *Ensite*, «revenu de placements à l'étranger») afin de statuer sur l'impôt en main remboursable au titre de dividendes de la demanderesse, en application du paragraphe 129(4) [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 86(2)] de la Loi, qui distinguait entre le revenu tiré d'un bien et le revenu tiré d'un bien utilisé dans l'exploitation de l'entreprise.

L'arrêt *Marsh & McLennan* portait sur la question de savoir si l'intérêt provenant du placement à court terme de primes d'assurance et détenu par un courtier d'assurances avant sa remise aux assurés constituait un «revenu de placements au Canada» ou un revenu tiré d'un bien utilisé dans l'entreprise. Dans cette dernière hypothèse, il serait exclu du «revenu de placements au Canada» et de l'«impôt en main remboursable au titre de dividendes». Par jugement majoritaire, la Cour d'appel fédérale a fait droit à l'appel de la Couronne. Le juge suppléant Clement a conclu en page 638 qu'«il ressort des faits de cette affaire qu'il existait entre l'entreprise du courtier et les placements qu'il faisait une interconnexion, un entrelacement, une interdépendance et une parfaite harmonie entre les deux» et qu'en conséquence, l'intérêt en cause constituait un revenu tiré d'un bien utilisé ou détenu dans le cadre de l'entreprise de courtage d'assurances. Le juge Le Dain, J.C.A., était du même avis



business, which in this case it was since the interest derived was required to meet the insurance broker's obligations to insurers; it was only for a period of a few months that the funds were available to the insurance broker.

In *Ensite*, the taxpayer operated an automobile engine manufacturing business in the Philippines, and was required by Philippine law to bring foreign currency into the country to carry on that business. It accomplished this by complicated banking arrangements, which resulted in the receipt of interest income. Attempting to take advantage of the dividend refund in section 129 of the Act, the taxpayer then included this interest income in its "foreign investment income", a component of the refundable dividend tax on hand account. The Minister of National Revenue reassessed on the basis that it was income from an active business or income from property used in the course of carrying on an active business.

The Supreme Court of Canada dismissed the taxpayer's appeal from a Federal Court of Appeal decision which relied heavily on *Marsh & McLennan*. Wilson J., for the Court, commented on the tests set out in *Marsh & McLennan*, and preferred the "employed and risked" test set out by Le Dain J.A. Wilson J. summarized her reasoning as follows, at pages 520-521:

The test is not whether the taxpayer was forced to use a particular property to do business; the test is whether the property was used to fulfil a requirement which had to be met in order to do business. Such property is then truly employed and risked in the business. Here the property was used to fulfil a mandatory condition precedent to trade; it is not collateral, but is employed and risked in the business of the taxpayer in the most intimate way. It is property used or held in the business.

In reaching that conclusion, she was able to distinguish the situation of investment of trading profits from investment to fulfil a mandatory condition precedent to carrying out business operations on the basis of remoteness of "risk" to which the property is

et concluait que le critère de l'utilisation du fonds comme capital de risque dans l'entreprise était présent en l'espèce puisque l'intérêt couru a servi à remplir les obligations du courtier d'assurances face aux assureurs; le courtier ne l'avait détenu que pendant quelques mois.

Dans *Ensite*, la contribuable exploitait une usine de moteurs d'automobile aux Philippines et était tenue par la loi philippine d'importer des devises étrangères aux fins de l'entreprise. Elle s'est acquittée de cette obligation au moyen d'arrangements bancaires complexes, lesquels se sont soldés par un bénéfice sous forme d'intérêts. Se prévalant du remboursement au titre de dividendes prévu à l'article 129 de la Loi, la contribuable a inclus cet intérêt dans son «revenu de placements à l'étranger», qui est un élément de l'impôt en main remboursable au titre de dividendes. Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation par ce motif qu'il s'agissait là d'un revenu tiré de l'entreprise ou d'un revenu tiré d'un bien utilisé aux fins de l'entreprise.

La Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi formé par la contribuable contre la décision de la Cour d'appel fédérale qui se fondait largement sur l'arrêt *Marsh & McLennan*. Madame le juge Wilson, commentant à cette occasion les critères invoqués dans ce dernier arrêt, a marqué sa préférence pour le critère de l'«utilisation comme capital de risque» appliqué par le juge Le Dain, J.C.A. Elle a résumé son raisonnement comme suit, en pages 520 et 521:

Le critère applicable consiste non pas à déterminer si le contribuable s'est vu dans l'obligation d'employer un bien déterminé pour exploiter son entreprise, mais plutôt à se demander si ce bien a été utilisé pour satisfaire à une exigence qui devait être remplie pour qu'il puisse exploiter son entreprise. Dans cette dernière hypothèse, il s'agirait véritablement d'un bien employé et risqué dans l'entreprise. En l'espèce, le bien en cause a été employé pour satisfaire à une condition qui devait obligatoirement être remplie avant d'entreprendre des activités commerciales; loin de revêtir un caractère accessoire, ce bien est employé et risqué au sens le plus strict dans l'entreprise du contribuable. Il s'agit d'un bien dont la société a eu l'usage ou la possession aux fins de son entreprise.

Pour parvenir à cette conclusion, elle a distingué entre le placement des bénéfices résultant d'opérations de change et le placement effectué pour satisfaire à une condition qui doit obligatoirement être remplie avant d'exploiter l'entreprise, selon le carac-

exposed. She stated, at page 520 that “[t]he threshold of the test is met when the withdrawal of the property would ‘have a decidedly destabilizing effect on the corporate operations themselves’”, quoting from *March Shipping Ltd v MNR*, [1977] CTC 2527 (T.R.B.), at page 2531.

Both counsel referred to these decisions. In the submission of counsel for the plaintiff, the cases illustrate that if income from what might otherwise be considered a separate source is so interwoven with the business, then the distinction in sources is eclipsed. In his view, the tests enunciated in these cases, applied to the facts of this case, led to the conclusion that the receipts on settlement of future sales contracts were an integral aspect of the plaintiff’s income from production, of its resource profits. Counsel for the defendant, on the other hand, argued that if the tests set out by these cases are applied to the facts here, the plaintiff fails to satisfy those tests, because of the functional independence of the production contracts and the future sales contracts. The defendant urged that absent the future contracts, the plaintiff’s production would not have been affected, but that is not more than a speculative conclusion and is not more helpful than noting that if the plaintiff were not engaged in silver production, it would not have undertaken forward sales contracts for silver.

In my view, the tests set out by the Federal Court of Appeal and the Supreme Court of Canada are not directly applicable to the interpretation of the statutory provisions relevant in this matter. Those tests relate to the rather specific language of subsection 129(4) of the Act. The tests were developed to resolve disputes relating to the distinction between investment income and active business income. They were not developed in order to determine whether income was or was not income from the production of metals or minerals within Regulation 1204(1).

The *Imperial Tobacco* case, *supra*, a decision of the English Court of Appeal, also cited by the plaintiff, involved the characterization for tax purposes, under then prevailing English legislation, of a gain

être éloigné du «risque» auquel le bien est exposé. Elle rappelle en page 520 qu’«[on] satisfait aux exigences minimales du critère dès lors que le retrait du bien aurait “un effet nettement négatif sur les opérations de la compagnie”», citant ainsi la décision *March Shipping Ltd v MNR*, [1977] CTC 2527 (C.R.I.), en page 2531.

Les décisions susmentionnées ont été citées par les avocats de l’une et l’autre parties. Selon celui de la demanderesse, elles signifient que si le revenu provenant d’une source qui pourrait être considérée comme distincte à d’autres égards est inextricablement lié à l’entreprise, la distinction s’estompe entre les sources. À son avis, les critères relevés dans cette jurisprudence et appliqués aux faits de la cause, portent à conclure que le produit de la liquidation des contrats de vente à terme faisait partie intégrante du revenu tiré par la demanderesse de la production, donc de ses bénéfices relatifs à des ressources. De son côté, l’avocat de la défenderesse soutient que si ces critères sont appliqués aux faits de la cause, la demanderesse n’y satisfait pas, vu l’absence de lien fonctionnel entre les contrats au comptant et les opérations à terme, et que la production de la demanderesse n’aurait pas été affectée faute de contrat à terme; mais ce n’est là qu’une conjecture, elle n’a pas plus de valeur que l’affirmation que si la demanderesse n’était pas un producteur d’argent, elle n’aurait pas souscrit des contrats de vente à terme pour ce métal.

À mon avis, les critères définis par la Cour d’appel fédérale et la Cour suprême du Canada ne sont pas directement applicables à l’interprétation des dispositions législatives qui nous intéressent en l’espèce. Ces critères, qui visent la formulation plutôt spécifique du paragraphe 129(4) de la Loi, ont été définis pour la solution des litiges sur la distinction entre le revenu de placements et le revenu d’entreprise. Ils n’ont pas été élaborés pour permettre de décider si un revenu provient ou non de la production de métaux ou de minéraux au sens du paragraphe 1204(1) du Règlement.

L’arrêt *Imperial Tobacco*, précité, de la Cour d’appel d’Angleterre, que cite aussi la demanderesse, portait sur la classification aux fins de l’impôt, sous le régime législatif en vigueur à l’époque, du bénéfice

realized on disposition of a fund of foreign currency held by the taxpayer for purposes of purchasing tobacco leaf abroad. While that decision concerns different legislation and circumstances than in the case before me, and thus it may be distinguished, the principle there relied upon is, it was urged, of persuasive value. There the taxpayer argued the gain was not profit from the company's trade but arose from the temporary investment of capital, but it was held and upheld on appeal that the gain was income from the company's trade. At both trial and on appeal the key factor relied upon by the courts in concluding the profit arose in the course of the taxpayer's regular business was the intention of the taxpayer at the time of acquisition of the foreign currency.

For the defendant, counsel submitted that the words "income . . . from . . . the production in Canada of . . . metals or minerals to any stage that is not beyond the prime metal stage . . .", as used in Regulation 1204(1)(b)(ii), have a narrower meaning than that which might be based on the general concept of "sources" used elsewhere in the Act; they incorporate a narrow meaning of the word "production". As I understand the argument, income from any activity not directly involved with extraction of the metal or mineral to the prime metal stage is not to be included within income from production.

In support of this argument the defendant cited several cases, dealing in the main with statutory provisions other than Regulation 1204(1) but which, it was urged, support a restricted meaning of "production" in this case. Reference was made to *R. v. International Nickel Co. of Canada, Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 675 where the Supreme Court of Canada held that the taxpayer's costs of on-going scientific research were not expenses to be deducted, under then applicable Regulation 1201(4), in the calculation of "profits . . . reasonably attributable to the production of . . . industrial minerals" for purposes of depletion allowance. That same regulation was also dealt with by the Supreme Court in *Gunnar Mining Limited v. Minister*

tiré de la réalisation d'un fonds en devises étrangères que détenait la contribuable en vue de l'achat du tabac en feuilles à l'étranger. Bien que cette décision concerne une loi et des circonstances qui ne sont pas les mêmes qu'en l'espèce et doit ainsi faire l'objet d'une distinction, la demanderesse soutient que le principe qui y est invoqué est bien concluant. Dans cette affaire, la contribuable faisait valoir qu'il ne s'agissait pas d'un bénéfice tiré d'opérations de change de la compagnie, mais d'un bénéfice provenant d'un placement temporaire de capital; il a été cependant jugé en première instance et en appel que ce bénéfice représentait un revenu provenant d'opérations de change de la compagnie. En première instance comme en appel, le principal facteur retenu par la justice pour conclure que le bénéfice participait de l'entreprise de la contribuable était l'intention qu'elle avait au moment de l'acquisition des devises étrangères.

De son côté, l'avocat de la défenderesse soutient que les mots «revenus tirés de la production au Canada de métaux ou de minéraux jusqu'à un stade qui ne dépasse pas le stade du métal brut», qui figurent au sous-alinéa 1204(1)b(ii), ont un sens plus restrictif que celui qui s'attacherait au concept général de «sources» qu'on trouve dans d'autres dispositions de la Loi; la signification de «production» y est cernée dans des limites étroites. D'après cet argument tel que je le comprends, le revenu provenant de toute activité ne portant pas directement sur l'extraction de métaux ou de minéraux jusqu'à un stade ne dépassant pas celui du métal brut ne doit pas être inclus dans le revenu tiré de la production proprement dite.

La défenderesse cite à l'appui plusieurs décisions, lesquelles portent principalement sur les dispositions législatives autres que le paragraphe 1204(1) du Règlement mais engagent à une interprétation restrictive du mot «production» en l'espèce. Dans *R. c. International Nickel Co. of Canada, Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 675, la Cour suprême du Canada a jugé que les dépenses engagées par la contribuable pour la recherche scientifique à long terme ne devaient pas être déduites, en application du paragraphe 1201(4) du Règlement tel qu'il était applicable à l'époque, des «bénéfices qui peuvent être raisonnablement attribués à la production de métal brut» aux fins du calcul de l'allocation pour épuisement. La même disposition

of *National Revenue*, [1968] S.C.R. 226 where it was held that “profits . . . reasonably attributable to production of . . . prime metal or industrial minerals” did not include earnings on investments of surplus held by the taxpayer for future retirement of debentures. Similarly, the Court held that the earnings from investments were not income “derived from the operation of a mine” within then subsection 83(5) [R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1955, c. 54, s. 21)] of the Act which provided a 36-month tax exemption for income so derived. There the Court clearly based its decision on the conclusion that the investment and mineral production activities of the taxpayer were quite separate business activities. In *Cominco Ltd v The Queen*, [1984] CTC 548 (F.C.T.D.) affirmed, unreported, Court file A-1324-84, December 2, 1985 (F.C.A.), leave to appeal refused [1986] 1 S.C.R. vii, my colleague Madam Justice Reed concluded that proceeds of business interruption insurance were not included in the calculation of production profits under Regulation 1201 (pre-May 6, 1974) or resource profits under Regulation 1204 (post-May 6, 1974). The insurance proceeds were not derived from the production of minerals, at least in that case where there was no production of minerals in the taxation year.

Not referred to by counsel was *Westar Mining Ltd. v. The Queen*, [1988] 2 C.T.C. 349 (F.C.T.D.) in which this Court had followed the decision in *Cominco* in a case concerning the proceeds of business interruption insurance under subsection 83(5) of the Act and held the proceeds not to be income “derived from the operation of a mine” within that section as it applied to provide tax exemption. That decision was recently reversed by the Court of Appeal [1992] 3 F.C. 110 *per* Mahoney J.A. (Stone J.A. concurring and Linden J.A. dissenting). That Court declined to adopt the reasoning in *Cominco* which dealt with other provisions of the tax regime. The case is instructive in its emphasis on the neces-

fut interprétée dans *Gunnar Mining Limited v. Minister of National Revenue*, [1968] R.C.S. 226, arrêt par lequel la Cour suprême du Canada a jugé que [TRADUCTION] «les bénéfices qui peuvent être raisonnablement attribués à la production de métal brut ou de minerai industriel» ne comprenaient pas le revenu provenant du placement du surplus détenu par la contribuable en vue du rachat futur d’obligations. De même, la Cour suprême a conclu que le revenu de placements n’était pas le «revenu provenant de l’exploitation d’une mine» au sens du paragraphe 83(5) [S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1955, ch. 54, art. 21) de la Loi en vigueur à l’époque, qui prévoyait une exemption fiscale de 36 mois pour le revenu de cette dernière catégorie. Il est clair que dans cette cause, la Cour a fondé sa décision sur la conclusion que les deux activités de la contribuable, savoir les placements et la production de minerais, étaient deux entreprises distinctes. Dans *Cominco Ltd c La Reine*, [1984] CTC 548 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), confirmé par arrêt non publié du 2 décembre 1985, numéro du greffe A-1324-84 (C.A.F), demande d’autorisation de pourvoi rejetée [1986] 1 R.C.S. vii, mon collègue Madame le juge Reed a conclu que les prestations d’assurance contre les pertes d’exploitation n’étaient pas comprises dans le calcul des bénéfices provenant de la production que visait l’article 1201 du Règlement (en vigueur avant le 6 mai 1974) ou des bénéfices relatifs à des ressources que visait l’article 1204 (en vigueur après le 6 mai 1974). Ces prestations d’assurance ne provenaient pas de la production de minéraux, du moins dans cette cause où il n’y avait pas de production de minéraux durant l’année d’imposition en cause.

L’avocat de la défenderesse n’a pas cité la décision *Westar Mining Ltd. c. La Reine*, [1988] 2 C.T.C. 349 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle cette Cour a suivi la décision *Cominco* au sujet des prestations d’assurance contre les pertes d’exploitation sous le régime du paragraphe 83(5) de la Loi, pour juger que ces prestations ne représentaient pas un revenu «provenant de l’exploitation d’une mine» au sens de cette disposition en ce qui concernait l’exemption d’impôt. Cette décision a été récemment infirmée par la Cour d’appel [1992] 3 C.F. 110, motifs prononcés par le juge Mahoney, J.C.A. (le juge Stone, J.C.A., y souscrivant, et le juge Linden, J.C.A., dissident). La Cour d’appel a refusé d’adopter le raisonnement tenu dans

sity to deal with provisions of the Act and Regulations in terms of their own wording.

In support of its submission that "production" as used in Regulation 1204(1) be given a narrow meaning, the defendant also referred to *Gulf Canada Ltd. v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 99 (F.C.T.D.) where McNair J. held that scientific research expenditures are not included in the taxable production profits based on income and expenditures from "the production of petroleum, natural gas or related hydrocarbons from oil or gas wells in Canada" under former section 124.2 of the Act. (Former section 124.1 provided a parallel definition for "taxable production profits from mineral resources in Canada".) In that case, McNair J. relied upon *International Nickel and Cominco, supra*, and upon the definition of "production" by Collier J. in *Texaco Exploration Co. v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 323 (T.D.), at pages 333-334, and, with reference to the "sourcing concept" advanced by the Crown in that case as a basis for including research expenditures in calculation of production profits, McNair J. said (at page 112):

In light of these cases, I am unable to agree with the submission of defendant's counsel that income under sections 124.1 and 124.2 of the Act must be computed in accordance with the concept of the source principle. As I read these sections, contrary to what defendant's counsel suggests, the calculation of taxable production profits is independent of the calculation of income for purposes of section 3 of the Act. In my opinion, sections 124.1 and 124.2 set up their own separate scheme of inclusions and exclusions from income for purposes of the special incentive programs.

Since the hearing of this matter the Court of Appeal has upheld the decision in *Gulf Canada* ((1992), 92 DTC 6123, *per* Hugessen J.A. for the Court) and it specifically reaffirmed McNair J.'s comment that "sections 124.1 and 124.2 set up their own separate scheme of inclusions and exclusions from income for purposes of the special incentive programs". The same comment was later affirmed again, with empha-

la décision *Cominco* qui portait sur d'autres dispositions du régime fiscal. Cette cause est fort instructive en ce qu'elle a fait ressortir la nécessité d'appliquer les dispositions de la Loi et du Règlement conformément à leur libellé.

À l'appui de son argument que le terme «production» figurant au paragraphe 1204(1) du Règlement doit être interprété de façon restrictive, la défenderesse invoque également la décision *Gulf Canada Ltd. c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 99 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), par laquelle le juge McNair a conclu que les dépenses de recherche scientifique n'étaient pas comprises dans les bénéfices de production imposables, qui résultaient du calcul du revenu et des dépenses se rapportant à «la production de pétrole, de gaz naturel ou d'hydrocarbures apparentés, provenant de puits de pétrole et de gaz au Canada» dans le cadre de l'article 124.2 de la Loi. (L'ancien article 124.1 prévoyait une définition parallèle de «bénéfices de production imposables tirés de ressources minérales au Canada».) Dans cette cause, le juge McNair s'est fondé sur les décisions *International Nickel et Cominco*, précitées, ainsi que sur la définition de «production» donnée par le juge Collier dans *Texaco Exploration Co. c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 323 (1<sup>re</sup> inst.), en pages 333 et 334 et, devant l'argument du «concept de source» que faisait valoir la Couronne pour inclure les dépenses de recherche dans le calcul des bénéfices de production, il s'est prononcé en ces termes (à la page 112):

Compte tenu de ces affaires, je ne puis souscrire à l'argument invoqué par l'avocat de la défenderesse, selon lequel le revenu en vertu des articles 124.1 et 124.2 de la Loi doit être calculé conformément au principe de la source. Selon mon interprétation de ces dispositions, contrairement à ce que l'avocat de la défenderesse laisse entendre, le calcul des bénéfices de production imposables est indépendant du calcul du revenu pour l'application de l'article 3 de la Loi. À mon avis, les articles 124.1 et 124.2 établissent leur propre système distinct d'inclusions dans le revenu et d'exclusions du revenu en ce qui concerne les programmes spéciaux d'encouragement.

Depuis l'audition de la cause en instance, la Cour d'appel fédérale a confirmé le jugement *Gulf Canada* ((1992), 92 DTC 6123, jugement de la Cour prononcé par le juge Hugessen, J.C.A.), et en particulier la conclusion du juge McNair que «les articles 124.1 et 124.2 établissent leur propre système distinct d'inclusions dans le revenu et d'exclusions du revenu en ce qui concerne les programmes spéciaux d'encoura-

sis, by Mahoney J.A., for the majority of the Court in *Westar*, *supra*, at page 4.

In *Texaco Exploration*, *supra*, my colleague Mr. Justice Collier, dealing, in part, with the application of then Regulations 1200 and 1201 concerning depletion allowance applicable to profits “reasonably attributable to the production of oil or gas”, defined production in the following terms [at page 333]:

In my opinion, the “production of oil [or] gas”, in this suit, means the bringing forth, or into existence and human realization, from underground, a basic substance containing gas, and at the same time other matter.

I note that in a footnote to his decision [footnote 16, page 335], Collier J. added that he had not overlooked the words of Judson J. in *Minister of National Revenue v. Imperial Oil Co.*, [1960] S.C.R. 735, at page 749, that “[n]o company makes an actual profit merely by producing oil. There is no profit until the oil is sold.” That same recognition underlies the comment of Mahoney J.A. in the Court of Appeal in *Westar*, *supra*, (at page 11), in relation to the words “the operation of a mine” as used in then subsection 83(5) of the Act, that “It is the operation of a mine as an economic activity, not the physical acts involved in extracting and processing, that generates income”.

The defendant submitted that in order for the gain obtained from the settlement of the forward sales contracts to be considered income from production of metal or minerals in Canada, the settlement of these contracts must be an integral part of the plaintiff’s business of producing silver.

In order to constitute an integral part of that business, it was submitted that there must be some relationship between the production contracts and the future sales contracts and their settlement. In the view of counsel there was no evidence that this relationship existed, owing to the functional separation of the two markets, the independence of the two markets from each other, and the fact that there was no immediate correlation between the sale of the concentrate

gement». La même conclusion a encore été confirmée avec force par la suite par le juge Mahoney, J.C.A., qui rendait le jugement de la Cour dans *Westar*, précité, en page 4.

Dans *Texaco Exploration*, précité, mon collègue le juge Collier, se prononçant entre autres sur l’application des articles 1200 et 1201 du Règlement, en vigueur à l’époque, à l’allocation pour épuisement dans le contexte des bénéfices «pouvant raisonnablement être attribués à la production de pétrole et de gaz naturel», a défini «production» en ces termes [à la page 333]:

À mon avis, l’expression «production de pétrole [ou] de gaz» dans la présente action désigne l’extraction de gisements souterrains et [la] mise à la disposition de l’homme d’une substance primaire qui contient du gaz ainsi que d’autres matières.

Dans une note de bas de page [note 16, page 335], le juge Collier ajoute qu’il n’a pas négligé cette remarque du juge Judson dans *Minister of National Revenue v. Imperial Oil Co.*, [1960] R.C.S. 735, en page 749: «Aucune compagnie ne réalise un bénéfice réel en produisant simplement du pétrole. Il n’y a aucun bénéfice jusqu’à ce que le pétrole soit vendu». La même constatation sous-tend la conclusion tirée par le juge Mahoney, J.C.A. dans l’arrêt *Westar*, précité (à la page 11), au sujet des mots «l’exploitation d’une mine» figurant au paragraphe 83(5) de la Loi, savoir que «[le] revenu provient de l’exploitation d’une mine en tant qu’activité économique et non des actes matériels qui consistent à extraire et à transformer le minerai».

Selon la défenderesse, le bénéfice réalisé à la liquidation des contrats de vente à terme ne peut être considéré comme revenu tiré de la production de métaux ou de minéraux au Canada que si cette liquidation fait partie intégrante de l’entreprise de production d’argent de la demanderesse.

Pour que cette dernière condition soit remplie, soutient la défenderesse, il faut qu’il y ait un lien entre les contrats de vente au comptant de la production effective d’une part, et les contrats de vente à terme et leur liquidation d’autre part. De l’avis de son avocat, rien ne prouve qu’un tel lien existe, étant donné la séparation fonctionnelle des deux marchés, leur indépendance réciproque, et étant donné qu’il n’y a aucune corrélation directe entre la vente du minerai

and the settlement of forward sales contracts. Counsel referred specifically in relation to this last point to the lack of evidence of any direct communication between those responsible for carrying out the forward sales contracts operations (in Philadelphia) and the production operations (in Port Radium and Edmonton).

Counsel also submitted that the same activity cannot have two sources of income for tax purposes. This was directed to the opinion of Mr. Parsons that for accounting purposes the gain or loss from hedging transactions to the extent of actual production could be considered production revenue, while any excess gain related to estimated production that did not in fact occur must be considered investment income. I find this argument not persuasive for the issue here is what portion of total income is to be included under Regulation 1204(1) in computing resource profits for purposes of allowances or deductions.

Finally, it was submitted that the plaintiff's activities did not constitute hedging because of the failure to match forward sales contracts to production contracts, but that even if the plaintiff's forward sales activities did constitute hedging, these were not integral to the plaintiff's business of mining silver. While hedging may be an integral part of the plaintiff's marketing procedures, this was not sufficient to render income from hedging to be income from silver production.

In support of this final argument counsel for the defendant sought to distinguish *Tip Top Tailors Limited v. The Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 703, where it was held that a gain on foreign exchange, realized in settlement of a line of credit that had been negotiated by the taxpayer in anticipation of devaluation of sterling as a means of protecting its position in purchases abroad, constituted income and not capital, for tax purposes. Rand J. considered the loan produced working capital used in the

enrichi et la liquidation des contrats de vente à terme d'argent. À ce dernier sujet, il rappelle en particulier qu'il n'y a aucune preuve de communication directe entre ceux qui s'occupaient des opérations à terme (à Philadelphie) et ceux qui s'occupaient des opérations de production (à Port Radium et à Edmonton).

L'avocat de la défenderesse soutient encore que la même activité ne peut avoir deux sources de revenu lorsqu'il s'agit d'impôt. Cette conclusion vise à réfuter l'avis de M. Parsons selon lequel le bénéfice ou la perte résultant des opérations de couverture peut être, jusqu'à concurrence de la production réelle, considéré comme revenu de production aux fins de l'impôt, alors que l'excédent au-dessus de la production effective doit être considéré comme revenu de placements. Je ne trouve pas cet argument convaincant puisque le litige en l'espèce porte sur la question de savoir quelle fraction du revenu total doit être incluse en application du paragraphe 1204(1) du Règlement dans le calcul des bénéfices relatifs à des ressources aux fins d'allocation ou de déduction.

La défenderesse soutient en dernier lieu que les activités de la demanderesse ne constituaient pas des opérations de couverture vu l'absence de concordance entre contrats de vente à terme et contrats de vente au comptant des quantités produites; et qu'à supposer même que les contrats de vente à terme représentent des opérations de couverture, ils ne faisaient pas partie intégrante de l'entreprise de production d'argent de la demanderesse. Bien que les opérations de couverture aient pu faire partie intégrante des méthodes de commercialisation de la demanderesse, ce fait n'est pas suffisant pour que le revenu tiré des opérations de couverture puisse être considéré comme revenu tiré de la production d'argent.

À l'appui de ce dernier argument, l'avocat de la défenderesse a essayé de faire valoir *a contrario* l'arrêt *Tip Top Tailors Limited v. The Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 703, où il a été jugé que le bénéfice réalisé sur des devises étrangères par suite du règlement d'une marge de crédit antérieurement négociée par la contribuable pour protéger son pouvoir d'achat à l'étranger était un revenu et non un élément du capital du point de vue de l'impôt. Le juge Rand voyait dans la marge de crédit un capital d'ex-

course of the company's business, while Locke J. considered the activity to be "a scheme for profit-making in one necessary part of the appellant's trading operations, namely, the purchase of sterling funds and part of an integrated commercial operation being the purchase of the supplies and the payment for them in that currency" (at page 706).

I have already noted the defendant's reference to *Marsh & McLennan Ltd.* and *Ensite, supra*, and the submission that the activities of the plaintiff did not meet the tests of integration of activities there set out, namely the "employed and risked test" enunciated by Le Dain J.A. in the former, and the definition of "risked" as meaning "when the withdrawal of the property would 'have a decidedly destabilizing effect on the corporate operations . . .'", as stated by Wilson J. [at page 520] in *Ensite*.

Finally, reference was made by the defendant to *Atlantic Sugar Refineries v. Minister of National Revenue*, [1949] S.C.R. 706, where the Court held that gains on sale of future contracts to buy sugar, purchased as a one-time activity by the taxpayer to ensure its future supply at then-prevailing prices in the expectation of an escalation in the price of raw sugar at the outbreak of the Second World War, constituted income subject to tax as income arising from the regular business activities of the taxpayer. Kerwin J. concluded that (at pages 709-710):

The Company finding itself in an abnormal situation because of the various factors mentioned, . . . decided to protect the appellant's financial interests by the operations on the Exchange. The Company was not investing idle capital funds nor was it disposing of a capital asset. In no sense may it be said that the operations were unconnected with the appellant's business and it is at least an added circumstance that the speculation was made in raw sugar. Even if it were the only transaction of that character, it should be held, in the light of all the evidence, that it was part of the appellant's business or calling and therefore a profit from its business within section 3 of the Act.

What is particularly interesting in the *Atlantic Sugar Refineries* decision, is that the taxpayer, seeking to have the gain characterized as investment income and not as a part of its business operations,

exploitation utilisé dans l'entreprise de la contribuable, alors que pour le juge Locke, il s'agissait en l'occurrence d'une [TRADUCTION] «méthode de rentabilisation dans un élément essentiel des opérations de change de l'appelante, savoir l'achat de fonds en livres sterling, et faisant partie d'une opération commerciale intégrée, savoir l'achat de fournitures et leur paiement en cette devise» (à la page 706).

J'ai noté plus haut que la défenderesse invoque *Marsh & McLennan Ltd.* et *Ensite*, précitées et soutient que les activités de la demanderesse ne satisfont pas au critère des activités intégrées que définissent ces décisions, savoir le critère de l'«utilisation comme capital de risque» énoncé par le juge Le Dain, J.C.A., dans la première décision, et la définition donnée par Madame le juge Wilson dans *Ensite*, [à la page 520] de «risqué» comme signifiant que «le retrait du bien "aurait un effet nettement négatif sur les opérations de la compagnie . . .".».

La défenderesse cite en dernier lieu *Atlantic Sugar Refineries v. Minister of National Revenue*, [1949] R.C.S. 706, arrêt par lequel la Cour suprême du Canada a conclu que les bénéfices réalisés à la vente de contrats d'achat à terme de sucre, achetés à titre ponctuel par la contribuable pour garantir les approvisionnements futurs aux prix en cours, en prévision d'une hausse des prix du sucre à l'éclatement de la Seconde Guerre mondiale, constituaient un revenu imposable à titre de revenu tiré de son entreprise normale. Le juge Kerwin s'est prononcé en ces termes (aux pages 709 et 710):

[TRADUCTION] La compagnie, se retrouvant dans une situation anormale à cause des divers facteurs susmentionnés, . . . a décidé de protéger les intérêts financiers de l'appelante par des opérations de bourse commerciale. Il ne s'agissait là ni d'un placement de fonds non utilisés, ni d'une aliénation d'élément d'actif. On ne saurait dire que ces opérations n'ont rien à voir avec l'entreprise de l'appelante, et c'est incidemment qu'il y a eu spéculation sur du sucre non raffiné. Quand bien même ce serait la seule opération de cette nature, il faut conclure, à la lumière de l'ensemble des preuves produites, que ces opérations faisaient partie intégrante de l'entreprise ou de la profession de l'appelante, et que le bénéfice réalisé était bien un bénéfice de l'entreprise au sens de l'article 3 de la Loi.

Ce qu'il y a de particulièrement intéressant dans l'arrêt *Atlantic Sugar Refineries*, c'est que la contribuable, essayant de faire classer les bénéfices en cause comme revenu de placements et non comme



attempted to provide evidence that its activities on the Exchange could not be characterized as hedging. Locke J., Kellock J. concurring, addressed the evidence in his reasons for judgment, as follows, at pages 711-712:

According to the witness, in the ordinary case of a hedge, the selling for future delivery synchronizes with the purchase of the commodity while, in the present case, the short sales were made over the period of a month following the cash purchases. I think that this circumstance does not affect the matter to be determined. While not carried out contemporaneously with the purchases, the short sales were in effect a hedge by the company against a possible loss on the purchases made and it was only the imposition of control on October 2nd [by government under the *War Measures Act*] that rendered further hedging operations inadvisable. In trades where natural products are purchased in large quantities, hedging is a common, and in some cases, a necessary practice, and the cost of such operations in trades of this nature is properly allowable as an operating expense of the business. Where, as in the present case, the trader elects to close out his short sales and take a profit, this is, in my opinion, properly classified as profit from carrying on the trade.

Counsel for the defendant urged that the decision in *Atlantic Sugar Refineries* was distinguishable from the facts of the dispute before the Court in two respects: first, it depended on the extraordinary circumstances there applicable; and secondly, the issue was whether the gain was income from business or a capital gain, a broader distinction than the distinction here in issue, i.e., whether the gain is to be considered from a particular source, "production", within business income.

### Decision

It is my view that the transactions in respect of the forward sales contracts entered into on behalf of the plaintiff constitute "hedging" as that was defined by the plaintiff's expert, Bowles, and accepted by the Court and by counsel. I make this finding after full consideration of the submissions advanced on behalf of the defendant that the transactions should not be so considered based on the fact that the transactions were carried out by the plaintiff's parent company, with no evidence before me of close consultation

revenu tiré de son entreprise, a cherché à prouver que ses opérations à terme ne pouvaient être qualifiées d'opérations de couverture. Le juge Locke, aux motifs duquel a souscrit le juge Kellock, s'est prononcé en ces termes sur le témoignage en la matière, en pages 711 et 712:

[TRADUCTION] Le témoin fait savoir qu'en cas d'opération de couverture, la vente à terme se synchronise avec l'achat de la marchandise, alors qu'en l'espèce, les ventes à découvert ont été étalées sur un mois après les achats au comptant. À mon avis, ce fait n'affecte pas la question à trancher. Bien qu'elles n'aient pas eu lieu en même temps que les achats, les ventes à découvert constituaient en fait une opération de couverture effectuée par la compagnie pour se protéger contre les pertes à l'achat, et ce n'est qu'à la mise en place le 2 octobre des mesures de contrôle [par le gouvernement en application de la *Loi sur les mesures de guerre*] que les opérations de couverture sont devenues désavantageuses. Dans les milieux où les produits naturels sont achetés en grande quantité, les opérations de couverture sont courantes, voire nécessaires dans certains cas, et le coût de ces opérations dans les commerces de ce genre est à bon droit déductible à titre de frais d'exploitation de l'entreprise. Dans les cas où, comme en l'espèce, le spéculateur choisit de liquider les ventes à découvert et de réaliser un bénéfice, celui-ci peut être qualifié à bon droit de bénéficiaire résultant de l'opération à terme.

L'avocat de la défenderesse soutient qu'il faut distinguer la décision *Atlantic Sugar Refineries* de l'affaire en instance à deux égards: en premier lieu, elle était fondée sur les circonstances extraordinaires qui caractérisaient cette cause; en second lieu, le litige portait sur la question de savoir si le bénéficiaire en cause était un revenu tiré de l'entreprise ou un gain en capital, la distinction entre les deux étant bien plus générale qu'en l'espèce, où il échet d'examiner si le bénéficiaire doit être considéré comme provenant d'une source en particulier, savoir la «production», à l'intérieur du revenu tiré de l'entreprise.

### h Décision

Je conclus que les opérations concernant les contrats de vente à terme conclus pour le compte de la demanderesse constituent des opérations de «couverture» au sens de la définition donnée par l'expert cité par la demanderesse, M. Bowles, et acceptée par la Cour comme par les avocats des deux parties. Je tire cette conclusion après examen approfondi des arguments avancés pour le compte de la défenderesse, selon lesquels il ne faut pas considérer ces opérations comme telles puisqu'elles ont été effectuées par la

with the plaintiff's officers or employees. Moreover, it is urged that there was insufficient matching, in respect of quantity of production and time of delivery of product and closing out of the forward sales contracts, between the two parallel sets of transactions, but I note that there is no evidence of correlation or lack of it. Rather, the only evidence is that of Mr. Jenner that the forward sales contracts were hedging, undertaken to assure returns by fixing the price for future production in a fluctuating market, that the sales contracts did not exceed anticipated production, and further the admission of counsel that a number of the forward sales contracts were settled in advance of their date for maturity. Mr. Jenner testified that the estimates upon which the forward sales transactions were based, in total, were close approximations of the actual production carried out. Estimates were being continually revised in order that quantities of silver to be sold forward did not exceed actual production. True, the futures market transactions were carried out by officials of the parent company, through instructions to American brokerage firms, but those transactions were carried out for the plaintiff and recorded only in its ledgers, and, in my view, must be considered to have been carried out by the plaintiff. Exact matching was not feasible from a practical point of view, nor is it required in order to constitute hedging. In respect of this final conclusion, I rely on the reasons of Locke J. in *Atlantic Sugar Refineries*, quoted *supra*.

I turn to the issue whether, if the activities of the plaintiff constituted hedging, there is sufficient interconnection or integration with the business of production of silver that a gain from hedging activities can be considered to be income from that business.

I do not find persuasive the defendant's argument to construe narrowly the words "incomes... from... the production in Canada of... metals or

compagnie mère de la demanderesse et que la Cour n'a été saisie d'aucune preuve de concertation étroite avec les dirigeants ou employés de la demanderesse. En outre, la défenderesse fait valoir qu'il n'y a pas eu concordance suffisante entre les deux ensembles parallèles d'opérations, pour ce qui est de la quantité produite, de la date de livraison et de la date de liquidation des contrats de vente à terme, mais je note qu'il n'y a aucune preuve de corrélation ou de défaut de corrélation. En fait, le seul témoignage donné à ce sujet est celui de M. Jenner, savoir que les contrats de vente à terme étaient des opérations de couverture visant à garantir la marge bénéficiaire en fixant le prix de la production future sur un marché changeant, et que les contrats de vente à terme n'excédaient pas la production prévue; il y a aussi l'aveu par l'avocat de la demanderesse que certains de ces contrats de vente à terme ont été liquidés avant l'échéance. M. Jenner témoigne que les estimations sur lesquelles ont été fondées les ventes à terme étaient, dans l'ensemble, très proches des quantités effectivement produites. Ces estimations étaient constamment révisées afin que les quantités d'argent vendu à terme n'excèdent pas la production effective. Il est vrai que les contrats de vente à terme ont été conclus par les dirigeants de la compagnie mère, par instructions données à des maisons de courtage américaines, mais ces opérations ont été effectuées pour le compte de la demanderesse et n'ont été inscrites que dans les livres de cette dernière; j'en conclus qu'elles doivent être considérées comme ayant été effectuées par la demanderesse elle-même. La concordance exacte n'était pas possible dans les faits; elle n'est pas non plus essentielle pour qu'il y ait opération de couverture. Pour cette dernière conclusion, je me suis inspiré des motifs prononcés par le juge Locke dans *Atlantic Sugar Refineries*, précité.

J'en viens maintenant à la question de savoir si, à supposer que les opérations en cause de la demanderesse soient des opérations de couverture, il y a interconnexion ou intégration suffisante avec son entreprise de production d'argent pour que les bénéfices résultant de ces opérations puissent être assimilés au revenu tiré de la même entreprise.

Je ne trouve pas convaincant l'argument avancé par la défenderesse pour justifier une interprétation restrictive des mots «revenus... tirés... de la pro-

minerals” as used in Regulation 1204(1). The cases cited for this interpretation deal with other legislative provisions and, while they are interesting, they do not resolve the matter. Moreover, this argument seems to me somewhat circular for it presupposes that the forward sales contracts and their settlement, and the payment by the refiner purchaser at prevailing market prices 60 days after delivery of the product by the plaintiff, were quite separate and unrelated activities in the plaintiff’s business. But whether that is the case is the issue here.

If one turns to Regulation 1204(1), I note that a fuller excerpt of the words used in defining “resource profits” than that offered by the defendant more fully represents the provision. Thus, these profits are defined, in part in paragraph (b), as “the amount . . . of the aggregate of . . . incomes . . . from the production in Canada of . . . metals or minerals” [to the primary metal stage]. The use of the words “aggregate” and “incomes”, and the implicit inclusion of “income . . . derived from transporting, transmitting or processing” [to the primary metal stage] in the case of metals or minerals under Regulation 1204(1)(b) which arises from Regulation 1204(3), both signify that income from “production” may be generated by various activities provided those are found to be included in production activities. Production activities yield no income without sales. Activities reasonably interconnected with marketing the product, undertaken to assure its sale at a satisfactory price, to yield income, and hopefully a profit, are, in my view, activities that form an integral part of production which is to yield income, and resource profits, within Regulation 1204(1).

Counsel for the plaintiff submitted that if the contracts with the refiner purchaser had provided an assured price for future deliveries of silver concentrate, income derived from such sales would clearly have been income from production. In the real world, purchasers of precious metal concentrates, them-

duction au Canada . . . de métaux ou de minéraux» figurant au paragraphe 1204(1). La jurisprudence citée à l’appui de cette interprétation portait sur d’autres dispositions législatives et, tout intéressante qu’elle soit, ne résout pas le point litigieux en l’espèce. De surcroît, cet argument me paraît plutôt oblique puisqu’il présuppose que les contrats de vente à terme et leur liquidation, ainsi que le paiement par la raffinerie acheteuse au prix du marché 60 jours après livraison du produit par la demanderesse, étaient des opérations tout à fait séparées et à part au sein de l’entreprise de cette dernière. Or cette question est justement au cœur du litige.

À la lecture du paragraphe 1204(1), je note qu’il serait plus fidèlement représenté par un extrait plus complet des mots servant à définir «bénéfices relatifs à des ressources» que l’extrait cité par la défenderesse. Ainsi, ces bénéfices sont définis, en partie à l’alinéa b), comme le «montant . . . de l’ensemble de . . . revenus . . . tirés . . . de la production au Canada . . . de métaux ou de minéraux» [jusqu’à un stade qui ne dépasse pas le stade du métal brut]. L’emploi des mots «ensemble» et «revenus», et l’inclusion implicite, par l’effet du paragraphe 1204(3), du «revenu . . . qui est le résultat du transport, du convoiement ou du traitement» [jusqu’à un stade qui ne dépasse pas celui du métal brut] pour ce qui est des métaux et minéraux visés à l’alinéa 1204(1)b), signifient l’un et l’autre que le revenu de «production» peut provenir de diverses activités à condition que celles-ci fassent partie intégrante des opérations de production. Or la production n’engendre d’elle-même aucun revenu s’il n’y a pas de vente. Les opérations qui peuvent raisonnablement être reliées à la commercialisation du produit et qui sont entreprises pour garantir que celui-ci soit vendu à un prix satisfaisant, pour produire un revenu avec espoir de bénéfices, sont à mes yeux des activités faisant partie intégrante de la production qui vise à rapporter un revenu et des bénéfices relatifs à des ressources au sens du paragraphe 1204(1) du Règlement.

L’avocat de la demanderesse soutient que si les contrats conclus avec la raffinerie acheteuse avaient prévu un prix garanti pour les livraisons futures de minerai d’argent enrichi, le revenu tiré de ces ventes aurait été de toute évidence un revenu tiré de la production. Dans les faits, les acheteurs de minerai enri-

selves facing a fluctuating market for their own product, do not contract to pay an assured price, for future delivery, divorced from the market price prevailing at the date of delivery. Here the plaintiff took the only course open to it to assure the price for future deliveries, by selling and settling forward sales contracts on the commodities market. That activity was hedging, minimizing the risk of loss on future sales by assuring a return at prices prevailing when the forward sales contracts were negotiated. That return was realized from the proceeds of sales to the refiner purchaser together with the gain or loss on settlement of future sales contracts.

I conclude that the price received by the plaintiff for the silver it produced was the sum of receipts from delivery of actual production and from settlement of forward sales contracts. The business of the plaintiff was silver production. In these circumstances where the plaintiff participated in forward sales contracts and settlements, however, as a hedge against price fluctuations in silver, and in which the commodity traded was silver futures, I do not conclude that the plaintiff was involved in futures speculation for investment purposes. There was a clear business purpose in its sales and settlement of silver futures contracts, a purpose integrated with its sales of product to yield income; the plaintiff was trying to obtain an assured price for the sale of the silver it produced. That activity was similar to the attempt of the taxpayer in *Tip Top Tailors, supra*, to obtain raw materials necessary to its business at an assured price.

Here the forward sales transactions were in respect of the same commodity as the plaintiff's production; both were, in my view, integral aspects of the plaintiff's business of producing silver, and returns from these activities were income from production of metals within Regulation 1204(1).

Finally, I find support for the conclusions expressed herein from the decision in *Atlantic Sugar Refineries*, a unanimous decision of the Supreme

chi de métal précieux, qui doivent faire face eux-mêmes à un marché changeant pour leur propre produit, ne s'engagent pas à payer un prix garanti pour les livraisons futures, indépendamment du prix ayant cours sur le marché à la date de livraison. En l'espèce, la demanderesse a pris la seule option possible pour s'assurer le prix des livraisons futures, en vendant et en liquidant des contrats de vente à terme. Il s'agit là d'une opération de couverture, visant à réduire au minimum les risques de perte sur les ventes futures en garantissant un revenu aux prix ayant cours à la date de la conclusion des contrats de vente à terme. Ce revenu était le produit des ventes à la raffinerie acheteuse, conjugué au bénéfice ou à la perte résultant de la liquidation des contrats de vente à terme.

Je conclus que le prix reçu par la demanderesse pour l'argent qu'elle produisait était la somme des montants reçus à la livraison de l'argent effectivement produit et à la liquidation des contrats de vente à terme. L'entreprise de la demanderesse consistait à produire de l'argent. Dans les cas où elle participait à la passation et à la liquidation de contrats de vente à terme à titre de couverture contre les fluctuations du prix de l'argent, la marchandise visée par ces contrats étant l'argent, je conclus qu'elle n'a pas effectué ces opérations à terme à titre de placements. La passation et la liquidation de contrats de vente à terme visaient un but indissociable de son entreprise, ce but étant intégré avec ses ventes au comptant du produit pour rapporter un revenu: elle ne faisait que se garantir un prix pour l'argent qu'elle produisait. Cette activité s'apparente à celle entreprise par la contribuable dans *Tip Top Tailors, précité*, pour s'assurer à un prix garanti les matières premières nécessaires à son entreprise.

En l'espèce, les contrats de vente à terme et la production de la demanderesse concernaient la même marchandise; l'une et l'autre activités faisaient, à mon avis, partie intégrante de son entreprise de production d'argent, et les bénéfices provenant de ces activités constituaient un revenu tiré de la production au sens du paragraphe 1204(1) du Règlement.

Enfin, les conclusions que je tire en l'espèce s'accordent avec la décision unanime de la Cour suprême du Canada dans *Atlantic Sugar Refineries*. Du fait

Court. The fact that in this case, the transactions were not isolated but a regular part of the plaintiff's practices, renders, in my view, the reasoning in *Atlantic Sugar Refineries* more, not less, persuasive in its application to the case before me.

Furthermore, this result corresponds to business practice and accounting principles, which, while not determinative of the taxation treatment of the plaintiff's income from production for the purposes of Regulation 1204, nevertheless reflect the reality of the taxpayer's actions. Wherever possible, the courts should attempt to interpret the statutory provisions of the *Income Tax Act* and Regulations in a manner taking into account that reality: see *McClurg v. Canada*, *supra*. Preventing a taxpayer from taking advantage of various markets in the marketing of its goods, unless required by the words of the legislation, would be unduly formalistic.

#### Conclusion

The plaintiff's appeal is allowed, to the extent that the gain from settlement of forward sales contracts for silver corresponds to the plaintiff's actual silver production for the 1980 taxation year.

The matter is referred back to the Minister of National Revenue for reconsideration and reassessment in accord with these reasons.

qu'en l'espèce, les opérations en cause n'étaient pas isolées mais faisaient partie intégrante des activités de la demanderesse, le raisonnement tenu dans cet arrêt est d'autant plus, et non pas moins, applicable à la cause en instance.

Qui plus est, cette solution correspond aux usages de ce secteur d'activité et aux principes comptables généralement reconnus, lesquels, s'ils ne sont pas déterminants du traitement fiscal, dans le cadre de l'article 1204 du Règlement, du revenu tiré par la demanderesse de la production, reflètent néanmoins la réalité des opérations de la contribuable. Dans la mesure du possible, les tribunaux doivent interpréter les dispositions législatives de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du Règlement à la lumière de cette réalité (voir *McClurg c. Canada*, précité). Ce serait faire preuve de rigorisme excessif que d'empêcher le contribuable de tirer profit de divers marchés dans la commercialisation de ses marchandises, à moins de disposition expresse de la loi à cet effet.

#### Conclusion

L'appel de la demanderesse est accueilli, dans la mesure où les bénéfices réalisés à la liquidation des contrats de vente à terme d'argent correspondent à sa production effective d'argent pour l'année d'imposition 1980.

L'affaire est renvoyée au ministre du Revenu national pour nouvel examen et nouvelle cotisation conformes aux présents motifs.

A-845-90

A-845-90

**Banco do Brasil S.A. (Appellant) (Defendant)****Banco do Brasil S.A. (appelante) (défenderesse)**

v.

c.

**Pan American Steamship Lines Inc. and Europe-Overseas Steamship Lines N.V. (Respondents) (Plaintiffs)**

a

**Pan American Steamship Lines Inc. et Europe-Overseas Steamship Lines N.V. (intimées) (demanderesses)***INDEXED AS: BANCO DO BRASIL S.A. v. ALEXANDROS G. TSAVLIRIS (THE) (C.A.)*

b

*RÉPERTORIÉ: BANCO DO BRASIL S.A. c. ALEXANDROS G. TSAVLIRIS (LE) (C.A.)*

Court of Appeal, Isaac C.J., Heald and Marceau JJ.A.—Vancouver, April 6; Ottawa, August 14, 1992.

c

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Heald et Marceau, J.C.A.—Vancouver, 6 avril; Ottawa, 14 août 1992.

*Maritime law — Torts — Appeal from Trial Division judgment awarding damages for wrongful interference with contracts relating to chartering of vessel and carriage of cargo — Owners failing to make mortgage payments when due — Ship time chartered to respondents — Bank threatening to arrest ship in Panama when informed of time charter and planned destinations — Ship arrested in Canada and sold under Court order — Respondents alleging refusal by Bank to permit voyage through Panama Canal on reasonable terms — Whether Bank's conduct negligence and wrongfully inducing breach of charterparties and bill of lading contracts — Trial Judge relying upon The Myrto case in concluding conduct actionable in Canada as tort if engaged in here — Tort of intimidation explained — Trial Judge erring in law in applying principles of The Myrto — Bank's conduct not actionable in Canada if engaged in here.*

d

*Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Appel contre un jugement de la Section de première instance qui a accordé des dommages-intérêts pour avoir entravé fautivement l'exécution de contrats relatifs à l'affrètement d'un navire et au transport de marchandises — Les propriétaires ont omis de faire les paiements hypothécaires en souffrance — Les intimées ont affrété le navire à terme — La Banque a menacé de saisir le navire lorsqu'elle a été informée de l'affrètement à terme et des destinations prévues — Le navire a été saisi au Canada et a été vendu conformément à une ordonnance de la Cour — Les intimées ont allégué que la Banque avait refusé de permettre la poursuite du voyage selon des conditions raisonnables par le canal de Panama — La conduite de la Banque constitue-t-elle un délit de négligence et une incitation fautive à rompre la charte-partie et les connaissements? — Le juge de première instance s'est fondé sur l'arrêt The Myrto pour conclure que les actes auraient donné ouverture à une poursuite délictuelle au Canada s'ils avaient été commis dans ce pays — Explication du délit d'intimidation — Le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a appliqué les principes de l'arrêt The Myrto — Les actes de la Banque ne donnaient pas ouverture à une poursuite au Canada s'ils avaient été commis dans ce pays.*

e

*Conflict of laws — Appeal from Trial Division decision awarding damages for breach of charterparties, bill of lading contracts — Whether appellant's conduct amounting to tort of negligence — Trial Judge applying choice of law rule — Rule generally applicable to foreign tort actions in Canada — Trial Judge's conclusion appellant's conduct actionable in Canada as tort if engaged in here based on principles of The Myrto — Facts in The Myrto different from those herein — Tort of intimidation defined — Author, case law considered — Tort of intimidation not to be determined solely on basis of principles in The Myrto — Appellant having legal right to arrest ship in default of mortgage payments — No intention of injuring respondents — No actionable wrong in Canada.*

f

*Conflit des lois — Appel contre la décision de la Section de première instance qui a accordé des dommages-intérêts pour violation des contrats de charte-parties et de connaissements — Les actes de l'appelante équivalaient-ils au délit civil de négligence? — Le juge de première instance a appliqué la règle relative au choix du droit — La règle est généralement applicable aux actions intentées au Canada et fondées sur des délits commis à l'étranger — La conclusion du juge de première instance que les actes de l'appelante donnent ouverture à une poursuite délictuelle au Canada s'ils avaient été commis dans ce pays était fondée sur les principes énoncés dans l'arrêt The Myrto — Les faits de l'arrêt The Myrto diffèrent de ceux de l'espèce — Définition du délit d'intimidation — Examen de la doctrine et de la jurisprudence — Le délit d'intimidation ne doit pas être déterminé uniquement sur le fondement des principes énoncés dans l'arrêt The Myrto — L'appelante avait juridiquement le droit de saisir le navire pour défaut des paie-*

g

h

i

j

This was an appeal from a judgment of the Trial Division awarding respondents damages for wrongful interference with contracts relating to the chartering of the vessel *Alexandros G. Tsavlis* and the carriage of its cargo. The owners of the *Alexandros* and its sister ship, the *Claire A. Tsavlis*, having failed to make payments due under a mortgage, the Bank to which it had been assigned enforced its rights as mortgagee by arresting the *Claire* and by threatening to do the same with respect to the *Alexandros*. Meanwhile, the respondents chartered the *Alexandros* on a time charter for a voyage from Europe to the west coast of the United States and Canada. After long and unsuccessful negotiations between the charterers and the Bank's representatives as to whether the Bank should forego its right to arrest the *Alexandros* in the Panama Canal, the respondents instructed the *Alexandros* to proceed around Cape Horn to Los Angeles. The day following her arrival in New Westminster, British Columbia, the ship was arrested and subsequently sold pursuant to a Court order. In the Trial Division, the respondents alleged, *inter alia*, that the Bank had refused to permit the voyage of the *Alexandros* to proceed on reasonable terms by transit through the Panama Canal and had, thereby, wrongfully induced breach of their charterparties and of the bill of lading contracts. The Trial Judge ruled in their favour. Upon appeal, the main issue was whether the Trial Judge erred in concluding that the Bank committed a tort against the respondents by disclosing to the owners that solicitors had been instructed to enforce the Bank's rights against the *Alexandros* at the earliest opportunity and then preparing to do so in Panama.

*Held*, the appeal should be allowed.

Confronted with an allegation of a foreign tort, the Trial Judge was required to decide first, the choice of law rule applicable and, secondly, whether the Bank's conduct rendered it liable to the respondents. Strayer J. applied the choice of law rule generally applicable to foreign tort actions in Canada. In concluding that the Bank's conduct would have been actionable in Canada as a tort, if engaged in here, he relied upon the principles of law laid down in *The Myrto*, which, according to His Lordship, reflected the maritime common law of both England and Canada.

Counsel for the parties were bound by their admissions of fact that the law of England is as stated in *The Myrto*. But as an admission of the state of the maritime common law of Canada, it is ineffective to bind the Federal Court which is free to determine the principles of Canadian law that govern the present case. None of the authorities cited in *The Myrto* supports the conclusion that there exists in England a special maritime tort of interference with contractual relations which differs in its constituent elements from that which exists under the general law of torts. Strayer J. found that the interference with contrac-

*ments hypothécaires — Aucune intention de nuire aux intimées — Aucune faute donnant ouverture à une poursuite au Canada.*

Il s'agit d'un appel interjeté contre un jugement de la Section de première instance, qui accordait aux intimées des dommages-intérêts pour avoir entravé fautivement l'exécution des contrats relatifs à l'affrètement du navire *Alexandros G. Tsavlis* et au transport de marchandises sur celui-ci. Les propriétaires de l'*Alexandros* et de son navire jumeau le *Claire A. Tsavlis* ont omis de faire les paiements hypothécaires en souffrance, et la banque créancière a fait valoir ses droits par la saisie du *Claire* et a menacé de faire la même chose à l'égard de l'*Alexandros*. Entre-temps, les intimées ont affrété l'*Alexandros* en vertu d'un affrètement à terme pour un voyage d'Europe vers la côte ouest des États-Unis et du Canada. Après de longues et infructueuses négociations entre les affréteurs et les représentants de la Banque au sujet de la renonciation par celle-ci à son droit de saisir l'*Alexandros* dans le canal de Panama, les intimées ont ordonné à l'*Alexandros* de passer par le cap Horn pour se diriger vers Los Angeles. Le lendemain de son arrivée à New Westminster (Colombie-Britannique), le navire a été saisi puis vendu conformément à une ordonnance de la Cour. En première instance, les intimées ont allégué, notamment, que la Banque avait refusé de permettre la poursuite du voyage de l'*Alexandros* selon des conditions raisonnables par le canal de Panama, incitant fautivement, par le fait même, à rompre leurs chartes-parties et les connaissements. Le juge de première instance a rendu jugement en leur faveur. En appel, la question principale était de savoir si le juge de première instance avait eu tort de conclure que l'appelante avait commis un délit contre les intimées en révélant aux propriétaires que des avocats avaient été mandatés pour faire valoir les droits de l'appelante à l'encontre de l'*Alexandros* dès que possible, puis en faisant des démarches en ce sens au Panama.

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

Vu l'allégation d'un délit commis à l'étranger, le juge de première instance devait décider premièrement quelle règle relative au choix du droit était applicable et deuxièmement si la conduite de la Banque engageait sa responsabilité envers les intimées. Le juge Strayer a appliqué la règle relative au choix du droit généralement applicable aux actions intentées au Canada et fondées sur des délits commis à l'étranger. Pour conclure que les actes de la Banque auraient donné ouverture à une poursuite délictuelle au Canada s'ils avaient été commis dans ce pays, il a invoqué les principes juridiques énoncés dans l'arrêt *The Myrto*, lesquels, selon le juge, représentaient la common law maritime en vigueur à la fois en Angleterre et au Canada.

Les avocats des parties étaient liés par leur admission de faits suivant laquelle les principes énoncés dans l'arrêt *The Myrto* représentent le droit d'Angleterre. Cependant, dans la mesure où cette admission porte sur l'état de la common law maritime du Canada, elle n'est pas opposable à la Cour fédérale à qui il est loisible de décider quels sont les principes de droit canadien applicables en l'espèce. Aucune des décisions citées dans l'arrêt *The Myrto* ne permet de conclure qu'il existe en Angleterre un délit maritime particulier d'entrave aux relations contractuelles qui diffère, de par ses éléments constitutifs,

tual relations consisted of threatened arrest and preparations to effect the arrest. In the law of torts, such conduct is best characterized as intimidation. The principles noted in *The Myrto* could not, by themselves, determine this case under the domestic law of England since neither *The Myrto* nor the authorities relied upon therein were concerned with facts similar to those in the case at bar.

In determining the common law of Canada on the tort of intimidation applicable to this case, the Federal Court must, in admiralty matters, consider only "Canadian maritime law" as defined in section 2 of the *Federal Court Act* and explained in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*

The Trial Judge erred in law in concluding that in Canada the tort of intimidation based on the Bank's conduct fell to be determined solely on the basis of the principles stated in *The Myrto*. Although those principles helped him in appreciating the limits on the Bank's rights as mortgagee if it chose to exercise its undoubted right to arrest the *Alexandros*, they were of no assistance in resolving the dispute as between the Bank and the respondents. There was no doubt that, by the law of the mortgage, the Bank had a legal right to arrest the *Alexandros*. The communication by the Bank of its intention to exercise its undoubted right of arrest and the taking of preparatory steps to effect such arrest in a jurisdiction that favoured its interest were not unlawful and an action based on those acts would not be maintainable in Canada. There was no evidence that the Bank intended to exercise its right of arrest with the intention of injuring the respondents. A mere threat by the Bank to exercise those rights without more would not, by the law of Canada, amount to an actionable wrong. Consequently, the Trial Judge erred in law in concluding that the conduct of the Bank would have been actionable in Canada, if engaged in here. Even if the Bank's conduct could be characterized as inducing a breach of contract, the principles laid down in *The Myrto* do not reflect the common law of Canada in this regard. While conduct which interferes with the performance of a contract, whether directly or indirectly, may be tortious if done deliberately and with knowledge of the existence of the contract, it will not be so if the conduct which induced the breach was "justified". The Bank's right to arrest the *Alexandros* having crystallized, it was justified in informing the respondents of its intention to arrest the ship and in taking steps to do so.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2.

du délit qui existe en vertu du droit général en matière délictuelle. Le juge Strayer a conclu que la menace de pratiquer une saisie et les démarches effectuées pour y donner suite constituaient une entrave aux relations contractuelles. Selon le droit des délits, il serait plus juste de qualifier ces actes d'intimidation. Les principes énoncés dans l'arrêt *The Myrto* ne permettaient pas à eux seuls de statuer en l'espèce selon le droit interne de l'Angleterre puisque ni l'arrêt *The Myrto*, ni la jurisprudence sur laquelle il s'appuie n'intéressait des faits semblables à ceux de l'espèce.

Aux fins de déterminer la common law canadienne relative au délit d'intimidation applicable en l'espèce, la Cour fédérale doit, en matière d'amirauté, uniquement tenir compte du «droit maritime canadien» tel que défini à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, à la lumière des explications données dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*.

Le juge de première instance a commis une erreur de droit en concluant qu'au Canada, le délit d'intimidation fondé sur les actes de la Banque devait être jugé uniquement à la lumière des principes énoncés dans l'arrêt *The Myrto*. Bien que ces principes l'aient aidé à déterminer les limites imposées aux droits de la Banque en tant que créancière hypothécaire si elle choisissait d'exercer son droit incontesté de saisir l'*Alexandros*, ils n'étaient d'aucun secours pour résoudre le litige qui opposait la Banque aux intimées. Il était indubitable qu'en vertu du droit régissant l'hypothèque, la Banque avait juridiquement le droit de saisir l'*Alexandros*. Il n'était pas illicite pour la Banque d'avoir communiqué son intention d'exercer son droit indubitable de saisie et d'avoir fait des démarches préparatoires en ce sens dans un ressort qui favorisait ses droits et une action fondée sur ces actes ne pourrait être accueillie au Canada. Il n'y avait aucune preuve selon laquelle la Banque aurait eu l'intention d'exercer son droit de saisie avec l'intention de nuire aux intimées. Le simple fait, pour la Banque, de menacer d'exercer ces droits, sans plus, ne constituerait pas, en droit canadien, une faute donnant ouverture à poursuite civile. Par conséquent, le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que les actes de la Banque auraient donné ouverture à une poursuite au Canada s'ils avaient été commis ici. Même si l'on pouvait qualifier les actes de la Banque d'incitation à rompre un contrat, les principes énoncés dans l'arrêt *The Myrto* ne reflètent pas la common law canadienne à cet égard. Bien que des actes qui entravent l'exécution d'un contrat, directement ou indirectement, puissent revêtir un caractère délictuel s'ils sont commis délibérément et si leur auteur connaissait l'existence du contrat, ce ne sera pas le cas si les actes qui ont incité à la rupture étaient «justifiés». Puisque le droit de la Banque de saisir l'*Alexandros* était devenu effectif, elle était justifiée d'informer les intimées de son intention de saisir le navire et de prendre les mesures à cet égard.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2.



## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Morgan v. Fry*, [1968] 2 Q.B. 710 (C.A.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Roman Corporation Ltd. et al. v. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd. et al.*, [1973] S.C.R. 820; (1973), 36 D.L.R. (3d) 413; *Central Canada Potash Co. Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42; (1978), 88 D.L.R. (3d) 609; [1978] 6 W.W.R. 400; 6 C.C.L.T. 265; 23 N.R. 481.

## DISTINGUISHED:

*The Myrto*, [1977] 2 Lloyd's Rep. 243 (Q.B.D. Adm. Ct.).

## REFERRED TO:

*De Mattos v. Gibson* (1859), 4 De G. & J. 276; 45 E.R. 108 (Rolls Ct.); *Collins v. Lamport* (1964), 11 L.T. 497 (Ch. D.); *The Innisfallen* (1866), L.R. 1 A. & E. 72; *Johnson v. Royal Mail Steam Packet Company* (1867), L.R. 3 C. P. 38; *Keith v. Burrows* (1877), L.R. 2 App. Cas. 636 (H.L.); *Cory, Brothers, and Co. v. Stewart* (1886), 2 T.L.R. 508 (C.A.); *The Blanche* (1888), 58 L.T. 592 (P.D. & Adm. Div.); *The Fanchon* (1880), 5 P. D. 173; *The Celtic King*, [1894] P. 175; *The Heather Bell*, [1901] P. 272 (C.A.); *Law Guarantee and Trust Society v. Russian Bank for Foreign Trade*, [1905] 1 K. B. 815 (C.A.); *The Manor*, [1907] P. 339 (C.A.); *The Lord Strathcona*, [1925] P. 143; *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129 (H.L.); *Greig v Insole*, [1978] 3 All E.R. 449 (Ch. D.); *Posluns v. Toronto Stock Exchange and Gardiner*, [1964] 2 O.R. 547; (1964), 46 D.L.R. (2d) 210 (H. Ct.).

## AUTHORS CITED

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1986.  
*Clerk & Lindsell on Torts*, 16th ed., London: Sweet & Maxwell, 1989.  
*Fridman on Torts*, London: Waterloo Publishers, 1990.

APPEAL from a judgment of the Trial Division ([1990] 3 F.C. 260) awarding damages for wrongful interference with contracts relating to the chartering of a vessel and the carriage of cargo. Appeal allowed.

## COUNSEL:

*David P. Roberts, Q.C.* and *R. M. Shore* for appellant (defendant).  
*Nils E. Daugulis* and *Daniel R. Bennett* for respondents (plaintiffs).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Morgan v. Fry*, [1968] 2 Q.B. 710 (C.A.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Roman Corporation Ltd. et autre c. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd. et autres*, [1973] R.C.S. 820; (1973), 36 D.L.R. (3d) 413; *Central Canada Potash Co. Ltd. et autre c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42; (1978), 88 D.L.R. (3d) 609; [1978] 6 W.W.R. 400; 6 C.C.L.T. 265; 23 N.R. 481.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*The Myrto*, [1977] 2 Lloyd's Rep. 243 (Q.B.D. Adm. Ct.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*De Mattos v. Gibson* (1859), 4 De G. & J. 276; 45 E.R. 108 (Rolls Ct.); *Collins v. Lamport* (1964), 11 L.T. 497 (Ch. D.); *The Innisfallen* (1866), L.R. 1 A. & E. 72; *Johnson v. Royal Mail Steam Packet Company* (1867), L.R. 3 C. P. 38; *Keith v. Burrows* (1877), L.R. 2 App. Cas. 636 (H.L.); *Cory, Brothers, and Co. v. Stewart* (1886), 2 T.L.R. 508 (C.A.); *The Blanche* (1888), 58 L.T. 592 (P.D. & Adm. Div.); *The Fanchon* (1880), 5 P. D. 173; *The Celtic King*, [1894] P. 175; *The Heather Bell*, [1901] P. 272 (C.A.); *Law Guarantee and Trust Society v. Russian Bank for Foreign Trade*, [1905] 1 K. B. 815 (C.A.); *The Manor*, [1907] P. 339 (C.A.); *The Lord Strathcona*, [1925] P. 143; *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129 (H.L.); *Greig v Insole*, [1978] 3 All E.R. 449 (Ch. D.); *Posluns v. Toronto Stock Exchange and Gardiner*, [1964] 2 O.R. 547; (1964), 46 D.L.R. (2d) 210 (H. Ct.).

## DOCTRINE

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1986.  
*Clerk & Lindsell on Torts*, 16th ed., London: Sweet & Maxwell, 1989.  
*Fridman on Torts*, London: Waterloo Publishers, 1990.

APPEL contre un jugement rendu par la Section de première instance ([1990] 3 C.F. 260) qui a accordé des dommages-intérêts pour entrave fautive à l'exécution de contrats relatifs à l'affrètement d'un navire et au transport de marchandises. Appel accueilli.

## AVOCATS:

*David P. Roberts, c.r.*, et *R. M. Shore* pour l'appelante (défenderesse).  
*Nils E. Daugulis* et *Daniel R. Bennett* pour les intimées (demanderesses).

## SOLICITORS:

*Campney & Murphy*, Vancouver, for appellant (defendant).

*Bull, Housser & Tupper*, Vancouver, for respondents (plaintiffs).

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

ISAAC C.J.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division, [1990] 3 F.C. 260, in two actions, T-1174-87 and T-1381-87 (tried together by order), awarding to the respondents damages (to be determined on a reference) against the appellant for wrongful interference with contracts relating to the chartering of the vessel, *Alexandros G. Tsavlis* and the carriage of cargo on that vessel.

By agreement, the actions were tried on the pleadings filed in action T-1381-87, an agreed statement of facts and evidence adduced at the trial.

The Facts

In 1974 Panalex Shipping Company ("Panalex") contracted with a Brazilian shipbuilder to construct the *Alexandros G. Tsavlis* (the "*Alexandros*") for a price which was secured by promissory notes and a first ship's preferred mortgage. The notes and mortgage were assigned to the appellant. The mortgage and assignment were registered in Greece and were governed by the laws of Greece.

At the same time, Panclaire Shipping Ltd. ("Panclaire"), a company associated with Panalex through the Tsavlis family, concluded a contract with the same shipbuilder to construct a sister ship, the *Claire A. Tsavlis* (the "*Claire*"). The appellant was also the holder of a marine mortgage on the *Claire*.

When construction was completed, both vessels were registered in Greece and sailed under the Greek flag.

Panalex made payments under the mortgage on the *Alexandros* up to and including May 18, 1981 and

## PROCUREURS:

*Campney & Murphy*, Vancouver, pour l'appelante (défenderesse).

*Bull, Housser & Tupper*, Vancouver, pour les intimées (demandresses).

*Voici la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Il s'agit d'un appel interjeté contre un jugement de la Section de première instance, [1990] 3 C.F. 260, dans deux actions, T-1174-87 et T-1381-87 (instruites ensemble en vertu d'une ordonnance); ce jugement condamnait l'appelante à payer aux intimées des dommages-intérêts (dont le montant devait être déterminé par renvoi) pour avoir entravé fautivement l'exécution des contrats relatifs à l'affrètement du navire *Alexandros G. Tsavlis* et au transport de marchandises sur ce navire.

D'un commun accord, les actions ont été instruites sur la foi des plaidoiries déposées dans l'action T-1381-87, d'un exposé conjoint des faits et de la preuve présentée à l'instruction.

Les faits

En 1974, Panalex Shipping Company («Panalex») a confié à un constructeur de navires brésilien la construction du navire *Alexandros G. Tsavlis* (l'«*Alexandros*»), moyennant un prix garanti par des billets à ordre et une hypothèque de premier rang sur le navire. Les billets et l'hypothèque ont été cédés à l'appelante. L'hypothèque et la cession ont été enregistrées en Grèce et elles étaient régies par les lois grecques.

À la même époque, Panclaire Shipping Ltd. («Panclaire»), une compagnie liée à Panalex par l'entremise de la famille Tsavlis, a conclu avec le même constructeur de navires un contrat pour la construction d'un navire jumeau, le *Claire A. Tsavlis* (le «*Claire*»). L'appelante était également la créancière d'une hypothèque maritime grevant le *Claire*.

Après qu'ils eurent été construits, les deux navires ont été immatriculés en Grèce et battaient pavillon grec.

Panalex a fait les paiements hypothécaires requis à l'égard de l'*Alexandros* jusqu'au 18 mai 1981, inclu-

went into default on November 18, 1981 by failing to make payments then due. A rescheduling of that mortgage debt was agreed to with the appellant on November 16, 1984, but Panalex defaulted two days later by failing to pay the amounts then due. The mortgage on the *Claire* was also in default.

Panalex made no payments under the mortgage on the *Alexandros* after November 18, 1984.

On January 10, 1986, Panalex proposed a further rescheduling of the mortgage debt. The appellant rejected this proposal on April 3, 1986, but did not communicate the rejection to Panalex until December 29, 1986, when it required Panalex to pay forthwith all amounts then outstanding.

From April 13, 1986 to January 13, 1987, the *Alexandros* was laid up in Greece. On December 8, 1986, the appellant instructed its London solicitors to commence inquiries as to the whereabouts of the *Alexandros*.

In January 1987, there was owing to the appellant in respect of each vessel an amount exceeding \$12,000,000. Under the terms of the mortgages and the law of Greece, the appellant's security became immediately enforceable.

On January 23, 1987, the respondent Pan American Steamship Lines Inc. chartered the *Alexandros* and sub-chartered it to the respondent Europe-Overseas Steamship Lines N.V. (collectively, the "charterers") on a time charter for one voyage from Europe to the west coast of the United States and Canada, carrying a cargo of steel products. The estimated date of arrival at its eventual destination in British Columbia was March 16, 1987. The value of the cargo was approximately (U.S.) \$12,000,000.

On January 26, 1987, the day after the charterers took delivery of the *Alexandros*, the appellant learned of the time charter and the planned destinations. The appellant also learned of the whereabouts of the *Claire*.

sivement; elle est devenue en état de cessation de paiement le 18 novembre 1981, ayant omis de payer les montants alors en souffrance. Un rééchelonnement de cette dette hypothécaire a été convenu avec l'appelante le 16 novembre 1984, mais Panalex a fait défaut deux jours plus tard, ayant omis de payer les montants alors en souffrance. La dette hypothécaire grevant le *Claire* a également fait l'objet d'une inexécution.

Panalex n'a fait aucun paiement hypothécaire à l'égard de l'*Alexandros* après le 18 novembre 1984.

Le 10 janvier 1986, Panalex a proposé un autre rééchelonnement de la dette hypothécaire. L'appelante a rejeté cette proposition le 3 avril 1986, mais ce n'est que le 29 décembre 1986 qu'elle a informé Panalex de sa décision, lorsqu'elle a exigé que celle-ci lui paie immédiatement tous les montants alors en souffrance.

Du 13 avril 1986 au 13 janvier 1987, l'*Alexandros* est resté désarmé en Grèce. Le 8 décembre 1986, l'appelante a demandé à ses avocats de Londres d'entreprendre des recherches pour savoir où se trouvait l'*Alexandros*.

En janvier 1987, l'appelante était créancière d'un montant supérieur à 12 000 000 \$ à l'égard de chaque navire. Conformément aux conditions hypothécaires et au droit grec, la garantie de l'appelante est devenue immédiatement exécutoire.

Le 23 janvier 1987, l'intimée Pan American Steamship Lines Inc. a affrété l'*Alexandros* et l'a sous-affrété à l'intimée Europe-Overseas Steamship Lines N.V. (collectivement appelées les «affréteurs»), en vertu d'un affrètement à terme, pour un voyage d'Europe vers la côte ouest des États-Unis et du Canada; le navire devait transporter une cargaison de produits d'acier. Il devait arriver à sa destination finale en Colombie-Britannique le 16 mars 1987. La valeur des marchandises s'élevait à environ 12 000 000 \$ U.S.

Le 26 janvier 1987, le lendemain du jour où les affréteurs ont pris livraison de l'*Alexandros*, l'appelante a été informée de l'affrètement à terme et des destinations prévues. L'appelante a également appris où se trouvait le *Claire*.

On February 12, 1987, the appellant directed that its London solicitors should be instructed to take action to seize both the *Claire* and the *Alexandros*, indicating that care should be taken to arrest the *Alexandros* in a jurisdiction which “also considers the interest of the Bank [appellant]”.

The *Alexandros* sailed on February 17, 1987 bound for the west coast discharge ports through the Panama Canal which was admitted to be the customary, most efficient, and least costly route for the carriage of goods by sea from Antwerp to Los Angeles.

On February 27, 1987, the *Claire* was arrested in Durban, South Africa in an action instituted by the appellant on its mortgage.

On the same day the London solicitors for the owners of the *Claire* and the *Alexandros* asked the appellant to release the *Claire*.

On March 2, the appellant’s London solicitors replied by telex which, with respect to the *Alexandros*, stated:

You will no doubt appreciate that our clients may also seek to enforce their rights against the “Alexandros G. Tsavlis”. We understand that this vessel is presently on a voyage carrying cargo to the U.S. West Coast. Our instructions are to enforce our client’s rights against this vessel at the earliest opportunity. It may, however, be the case that we can persuade our clients to defer from acting against the vessel until completion of the present employment. In order that we may take instructions on this question, we shall be grateful if you will provide full details of the present chartering arrangements for that vessel, including confirmation as to the identity of the charterer and advise as to the current obligations under bill of lading contracts and the order of rotation. [My emphasis.]

On March 3, 1987, a representative of the owners of the two vessels met in London with representatives of the appellant to discuss the release of the *Claire* and the appellant’s position *vis-à-vis* the *Alexandros*. The appellant’s representatives confirmed that the *Claire* would not be released. At that meeting and in a subsequent telephone conversation with the appellant’s London solicitor, the representative of the owners of the two vessels stated that unless the *Claire* was released, the appellant would not be allowed to

Le 12 février 1987, l’appelante a fait donner l’ordre à ses avocats de Londres de saisir le *Claire* et l’*Alexandros*, en précisant qu’ils devaient veiller à saisir le navire *Alexandros* dans un territoire [TRADUCTION] «où l’on tient également compte des intérêts de la Banque [appelante]».

Le 17 février 1987, l’*Alexandros* est parti à destination des ports de déchargement de la côte ouest; il devait passer par le canal de Panama qui, de l’aveu des parties, était le trajet habituel, le plus rapide et le moins coûteux pour le transport des marchandises par mer d’Anvers à Los Angeles.

Le 27 février 1987, le *Claire* a été saisi à Durban, en Afrique du Sud, dans le cadre d’une action hypothécaire intentée par l’appelante.

Le même jour, les avocats londoniens des propriétaires du *Claire* et de l’*Alexandros* ont demandé à l’appelante d’accorder mainlevée de la saisie du *Claire*.

Le 2 mars, les avocats londoniens de l’appelante ont répondu par télex, dans lequel ils affirmaient ce qui suit, au sujet de l’*Alexandros*:

[TRADUCTION] Vous comprendrez sans doute que notre cliente pourra également chercher à faire valoir ses droits à l’encontre de l’*Alexandros G. Tsavlis*. D’après nos renseignements, ce navire transporte actuellement des marchandises vers la côte ouest américaine. Selon les directives que nous avons reçues, nous devons faire valoir les droits de notre cliente à l’encontre de ce navire le plus tôt possible. Cependant, il se peut que nous puissions convaincre notre cliente de retarder toute mesure à l’encontre du navire jusqu’au terme du présent affrètement. Pour que nous puissions obtenir des directives sur cette question, nous vous saurions gré de fournir tous les détails sur les conditions actuelles d’affrètement de ce navire, y compris une confirmation de l’identité de l’affréteur; veuillez aussi nous informer des obligations actuellement stipulées dans les connaissements et de l’ordre de roulement. [C’est moi qui souligne.]

Le 3 mars 1987, un représentant des propriétaires des deux navires a rencontré les représentants de l’appelante à Londres pour discuter de la mainlevée de la saisie du *Claire* et de la position de l’appelante à l’égard de l’*Alexandros*. Les représentants de l’appelante ont confirmé que la saisie du *Claire* serait maintenue. À cette réunion et au cours d’une conversation téléphonique subséquente avec l’avocat londonien de l’appelante, le représentant des propriétaires des deux navires a affirmé que si une mainlevée de la saisie

arrest the *Alexandros* and mentioned the possibility that the *Alexandros* might be sent to Taiwan instead to be broken up for scrap.

On March 5, 1987, the representative of the owners telephoned the appellant's London solicitor and asked that the *Claire* be released. He was advised that the vessel would not be released and that it would be sold. He told the appellant's London solicitor that he "could forget" about the *Alexandros*.

On the same day, the appellant's London solicitor instructed lawyers in Panama to prepare documents for the arrest of the *Alexandros* and on March 6, 1987, he instructed them to make the arrest. The warrant for arrest was issued but never served, for reasons that will later appear.

On March 5, 1987, the owner of the *Alexandros* instructed that the vessel be stopped in international waters outside the Panama Canal.

On March 6, 1987, the owner sent a telex to the appellant proposing rescheduling of the mortgage debt. On the same day the owner also advised the charterers that he had received information that the appellant would arrest the *Alexandros* in the Panama Canal and had therefore directed the master to delay arrival at the Canal pending instructions from them.

The charterers' first instructions were that the *Alexandros* should proceed into the Canal immediately but the owners ignored those instructions.

By March 10, 1987, the charterers had reconsidered their position and instructed the *Alexandros* to remain outside the Panama Canal.

Thereafter, the owners and the charterers threatened the Bank with "multi-million dollar penal claims", "claims of catastrophic proportions" and the "beginning of an adventure, the consequences of which could not be grasped with any stretch of the [appellant's] imagination", if the appellant did not forego its right to arrest the *Alexandros* in the Pan-

n'était pas accordée à l'égard du *Claire*, l'appelante ne pourrait pas saisir le navire *Alexandros* et il a mentionné qu'il était possible que l'*Alexandros* soit plutôt envoyé à la démolition à Taiwan.

Le 5 mars 1987, le représentant des propriétaires a téléphoné à l'avocat londonien de l'appelante et a demandé que mainlevée de la saisie du *Claire* soit accordée. Le représentant a été informé que la saisie du navire serait maintenue et que celui-ci serait vendu. Il a dit à l'avocat londonien de l'appelante qu'il [TRADUCTION] «pouvait oublier» l'*Alexandros*.

Le même jour, l'avocat londonien de l'appelante a demandé à des avocats de Panama de préparer les documents de la saisie de l'*Alexandros* et, le 6 mars 1987, il leur a demandé de procéder à la saisie. Le mandat de saisie a été décerné mais il n'a jamais été signifié, pour des raisons qui seront énoncées plus loin.

Le 5 mars 1987, le propriétaire de l'*Alexandros* a ordonné que le navire soit stoppé dans les eaux internationales au large du canal de Panama.

Le 6 mars 1987, le propriétaire a envoyé un télex à l'appelante dans lequel il proposait le rééchelonnement de la dette hypothécaire. Le même jour, le propriétaire a également informé les affréteurs qu'il avait appris que l'appelante saisirait l'*Alexandros* dans le canal de Panama, de sorte qu'il avait demandé au capitaine de retarder l'arrivée au canal en attendant des directives de leur part.

Les affréteurs ont d'abord demandé que le navire *Alexandros* se rende immédiatement dans le canal mais les propriétaires n'ont pas donné suite à cette directive.

Le 10 mars 1987, les affréteurs étaient revenus sur leur décision et ils ont demandé que le navire *Alexandros* demeure au large du canal de Panama.

Par la suite, les propriétaires et les affréteurs ont menacé d'intenter [TRADUCTION] «des demandes pénales de plusieurs millions de dollars» et des [TRADUCTION] «demandes de proportions catastrophiques» contre la Banque, si l'appelante ne renonçait pas à son droit de saisir l'*Alexandros* dans le canal de Panama; ils ont en outre affirmé qu'une saisie mar-

ama Canal (Appeal Book, Vols. II and III of Common Appendix I, pages 365, 422, 436, 448).

Between March 10 and April 3, 1987 representatives of the charterers and the appellant attempted to negotiate the conditions under which the appellant would forego its right to arrest the *Alexandros* in the Panama Canal. Those negotiations broke down in early April 1987, over the following term of a draft agreement:

7. The Charterer undertakes for the Bank's benefit not to bring any claim against the Bank in any jurisdiction in respect of any alleged interference by the Bank with the performance of the Charterparty and the Bill of Lading contracts.

The appellant had insisted upon the inclusion of this term in the agreement, but the respondents refused to agree to it.

In the meantime, the owners' insurance on the *Alexandros* was cancelled as they refused to pay the premiums due. The appellant was obliged to purchase new insurance for the vessel. The appellant gave the respondents notice of assignment of earnings which it held, but the respondents ignored the notice and continued to pay hire to the owners.

On April 4, 1987, the respondents instructed the *Alexandros* to proceed around Cape Horn to Los Angeles. Pursuant to these instructions, the *Alexandros* circumnavigated South America and arrived in Los Angeles on May 15, 1987 where it completed discharging a consignment of cargo on May 19, 1987.

The *Alexandros* was arrested in Los Angeles at the instance of the appellant but was released pursuant to an agreement between the appellant and the respondents.

Thereafter the *Alexandros* proceeded to Oakland, Portland and Seattle, in the United States of America and to New Westminster, British Columbia, discharging cargo in each port.

querait [TRADUCTION] «le début d'une aventure dont [l'appelante] ne pouvait même pas imaginer les conséquences» (Dossier d'appel, vol. II et III de l'appendice commun I, pages 365, 422, 436 et 448).

*a*

Entre le 10 mars et le 3 avril 1987, des représentants des affréteurs et de l'appelante ont tenté de négocier les conditions dans lesquelles l'appelante renoncerait à son droit de saisir l'*Alexandros* dans le canal de Panama. Ces négociations ont été rompues au début d'avril 1987 au sujet de la condition suivante d'un projet d'entente:

*b*

[TRADUCTION] 7. L'affréteur s'engage, pour l'avantage de la Banque, à ne pas intenter d'action contre la Banque dans quelque territoire que ce soit à l'égard du fait que cette dernière aurait entravé l'exécution de la charte-partie et du connaissement.

*d*

L'appelante avait insisté pour que cette condition soit incluse dans l'entente, mais les intimées ont refusé d'y souscrire.

*e*

Entre temps, le contrat d'assurances des propriétaires à l'égard de l'*Alexandros* a été résilié puisqu'ils avaient refusé de payer les primes exigibles. L'appelante a été obligée de souscrire à un nouveau contrat d'assurances pour le navire et elle a donné aux intimées un avis de cession de créances en sa faveur; cependant, les intimées n'en ont pas tenu compte et elles ont continué de payer les frais d'affrètement aux propriétaires.

*f*

*g*

Le 4 avril 1987, les intimées ont ordonné au capitaine de l'*Alexandros* de passer par le cap Horn pour se diriger vers Los Angeles. Conformément à ces directives, l'*Alexandros* a contourné l'Amérique du Sud pour arriver à Los Angeles le 15 mai 1987, où le déchargement de marchandises en consignation s'est terminé le 19 mai 1987.

*h*

*i*

L'*Alexandros* a été saisi à Los Angeles à la demande de l'appelante, mais il a fait l'objet d'une mainlevée à la suite d'une entente conclue entre l'appelante et les intimées.

*j*

L'*Alexandros* s'est ensuite dirigé vers Oakland, Portland et Seattle, aux États-Unis, et vers New Westminster (Colombie-Britannique); des marchandises ont été déchargées à chacun de ces ports.

The vessel arrived in New Westminster on June 2, 1987, some two and one-half months after the original estimated day of arrival. On June 3, 1987, it was arrested and was subsequently sold pursuant to an order of this Court for (Canadian) \$3,722,100.

The respondents then commenced an action against the appellant alleging, *inter alia*, that the appellant had refused to permit the voyage of the *Alexandros* to be prosecuted on reasonable terms by transit through the Panama Canal, and had, thereby, wrongfully induced breach of their charterparties and of the bill of lading contracts.

The respondents claimed damages in respect of additional expenses to which they were put by reason of the delay and extra distance travelled in the voyage and by the settlement of claims against them by consignees or receivers because of the delay in delivery of cargo.

As already mentioned, the learned Trial Judge disposed of both actions by granting judgment for the charterers for damages suffered by them resulting from the breach of the charterparties and, in respect of the respondent, Europe-Overseas Steamship Lines N.V., resulting from the breach of its bill of lading contracts. He ordered, as the parties had agreed, that there should be a reference to ascertain damages.

#### Objections of the Appellant to the Judgment Appealed from

In his memorandum of fact and law, counsel for the appellant has stated his objections to the judgment appealed from as follows:

The learned trial judge erred in concluding that:

1. The Bank committed a tort against the charterers, in England, by disclosing to the owners that solicitors were instructed to enforce the Bank's rights against the vessel at the earliest opportunity and then preparing to do so in Panama.
2. The Bank's security was in no way impaired if the *Claire* was not released.
3. All of the costs incurred by the charterers in consequence of the delay and the vessel's circumnavigation of South

Le navire est arrivé à New Westminster le 2 juin 1987, quelque deux mois et demi plus tard que prévu. Le 3 juin 1987, le navire a été saisi puis vendu conformément à une ordonnance de cette Cour pour la somme de 3 722 100 \$ CAN.

Les intimées ont ensuite intenté une action contre l'appelante dans laquelle elles alléguaient notamment que l'appelante avait refusé de permettre la poursuite du voyage de l'*Alexandros* selon des conditions raisonnables par le canal de Panama, incitant fautivement, par le fait même, à rompre leurs chartes-parties et les connaissements.

Les intimées ont réclamé des dommages-intérêts à l'égard des frais supplémentaires qu'elles avaient dû engager en raison du retard et de la distance supplémentaire parcourue au cours du voyage et en raison du règlement des réclamations que leur avaient présentées les consignataires ou les destinataires à la suite de la livraison tardive des marchandises.

Comme il a déjà été mentionné, le juge de première instance a rendu jugement en faveur des affréteurs dans les deux actions au titre des dommages qu'ils avaient subis à la suite de la rupture des chartes-parties et, dans le cas de l'intimée Europe-Overseas Steamship Lines N.V., au titre des dommages subis à la suite de la violation de ses connaissements. Conformément à ce qui avait été convenu entre les parties, le juge a ordonné la tenue d'un renvoi pour liquider les dommages-intérêts.

#### Objections de l'appelante à l'encontre du jugement de première instance

Dans son exposé des faits et du droit, l'avocat de l'appelante a énoncé en ces termes ses objections à l'encontre du jugement de première instance:

[TRADUCTION] Le juge de première instance a eu tort de conclure ce qui suit:

1. la Banque avait commis un délit contre les affréteurs, en Angleterre, en révélant aux propriétaires que des avocats avaient été mandatés pour faire valoir les droits de la Banque à l'encontre du navire dès que possible, puis en faisant des démarches en ce sens au Panama;
2. la garantie de la Banque n'était nullement diminuée si la saisie du *Claire* était maintenue;
3. tous les frais qu'avaient dû engager les affréteurs en raison du retard et du fait que le navire avait contourné l'Amérique

America to avoid the jurisdiction of the Courts of Panama are recoverable from the Bank.

du Sud pour éviter de se trouver dans le ressort des tribunaux de Panama, pouvaient être recouvrés de la Banque.

I turn now to consider the first ground of objection.

J'examinerai d'abord le premier motif d'objection.

Whether the learned Trial Judge erred in concluding that the appellant committed a tort against the respondents, by disclosing to the owners that solicitors were instructed to enforce the appellant's rights against the *Alexandros* at the earliest opportunity and then preparing to do so in Panama.

<sup>a</sup> Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure que l'appelante avait commis un délit contre les intimées en révélant aux propriétaires que des avocats avaient été mandatés pour faire valoir les droits de l'appelante à l'encontre de l'*Alexandros* dès que possible, puis en faisant des démarches en ce sens au Panama?

### The Tort

The case pleaded against the appellant in paragraphs 25 to 27 of the statement of claim (Appeal Book, pages 10 and 11) was that the appellant had engaged in conduct outside Canada which amounted to the torts of negligence and wrongfully inducing breach of the charterparty and the bills of lading contracts.

### <sup>c</sup> Le délit

Dans l'action contre l'appelante, il était plaidé aux paragraphes 25 à 27 de la déclaration (Dossier d'appel, pages 10 et 11) que l'appelante, par les actes qu'elle avait posés à l'extérieur du Canada, avait commis le délit de négligence et le délit d'avoir incité fautivement à rompre la charte-partie et les connaissements.

In his reasons, the learned Trial Judge made no reference to the tort of negligence. He referred only to the tort of wrongfully inducing breach of contract, which he described as wrongful interference with contractual relations. The conduct of the appellant which he characterized as tortious is described in the following passage of his reasons [at pages 272-273] (Appeal Book, page 31):

<sup>e</sup> Dans ses motifs, le juge de première instance n'a pas mentionné le délit de négligence. Il a seulement mentionné le délit d'avoir incité fautivement à rompre un contrat, qu'il a décrit comme étant une entrave illicite aux relations contractuelles. La conduite de l'appelante qu'il qualifie de délictuelle est décrite dans le passage suivant de ses motifs [aux pages 272 et 273] (Dossier d'appel, page 31):

I am satisfied that if the acts of the Bank had been committed in Canada they would have amounted to a tort. The essential fact is that the Bank, knowing that the vessel was under charter and bound for the west coast of North America, made it impossible for the owner to perform the contract in a reasonable time and by the route that was commonly understood to be the intended route, by threatening, and preparing for, the arrest of the vessel in Panama. No doubt, *vis-à-vis* the owners, it had every right to enforce its mortgage by arrest at any time, the mortgage being badly in arrears. But the common law as expressed in *The "Myrto"* provides that if a mortgagee elects to exercise those mortgage rights at a time when the vessel is under contract, it will be answerable in tort to the other parties to such contract; this will be the case unless the mortgagee's intervention is justified because that contract impairs its security or because the owner is unwilling or unable to complete the contract. I am unable to conclude that either of those conditions applied here.

<sup>g</sup> Je suis convaincu que, si les actes de la Banque avaient été commis au Canada, ils auraient constitué un délit. L'élément essentiel est le fait que la Banque, sachant que ce navire faisait l'objet d'un affrètement aux fins d'un voyage vers la côte ouest de l'Amérique du Nord, a empêché le propriétaire de se conformer au contrat dans un délai raisonnable selon l'itinéraire initialement convenu, en menaçant de saisir le navire à Panama et en se préparant à le saisir. Il est indubitable que, vis-à-vis des propriétaires, elle avait le droit d'exiger le remboursement de son prêt en saisissant le navire en tout temps, en raison du grand retard dans le paiement des versements hypothécaires. Toutefois, selon la règle générale exprimée dans l'arrêt *The Myrto*, si le créancier hypothécaire décide de faire valoir les droits qui découlent de son hypothèque à un moment où le navire fait l'objet d'un contrat, il engagera par le fait même sa responsabilité sur le plan délictuel envers les autres parties à ce contrat, à moins que son intervention ne soit justifiée parce que le contrat en question diminue sa garantie ou parce que le propriétaire refuse ou est incapable de se conformer au contrat. Je ne puis en arriver à la conclusion que l'une ou l'autre de ces conditions existait en l'espèce.



He found that the tortious conduct had occurred in England [at pages 277-278] (Appeal Book, page 37):

Without attempting to define for all purposes the *locus* of such a tort, it appears to me that in this case it can be regarded as having been committed in London. It was in London on March 2, March 3, and March 5, that the Bank's London solicitors conveyed the threats to the owner's solicitors and to its representative, Mr. Tsavlis, that the Bank would arrest the *Alexandros* when it reached Panama. This was followed up by the London solicitors for the Bank issuing instructions to Panamanian lawyers on March 5 and 6 to prepare and then to file arrest documents in that country. The evidence indicates the probability, and this was not refuted, that the resulting decision on behalf of the owner to interrupt the voyage was taken by Mr. Tsavlis in London. The evidence also indicates that throughout this time the day-to-day decisions were being taken on behalf of the Bank by Coward Chance, their London solicitors, pursuant to very general instructions given on February 12th to take enforcement action against both the "Claire" and the "Alexandros". I believe these circumstances are sufficient to fix the *locus* of the tort as England. There are many other factors suggesting England as the dominant jurisdiction, were one to apply the test of the "proper law of the tort". Among these is the fact that the charterparties both provided for arbitration in London. I am not however adopting that approach.

Confronted with an allegation of a foreign tort, the learned Trial Judge was required to decide first, the choice of law rule applicable and, secondly, whether, applying the relevant law, the appellant's conduct rendered it liable to the respondents.

To answer the first question, the learned Trial Judge applied the choice of law rule generally applicable to foreign tort actions in Canada.<sup>1</sup> He stated, correctly, in my respectful view, that in order to maintain an action in Canada for a tort committed abroad, the respondents must prove to the requisite degree that the conduct of the appellant which was complained of

(a) would have been actionable as a tort in Canada according to Canadian law, if engaged in here, and

(b) was not justifiable by the law of the place where it was engaged in.

<sup>1</sup> See J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws* (2nd ed.), Butterworths, 1986.

Il a conclu que le délit avait été commis en Angleterre [aux pages 277 et 278] (Dossier d'appel, page 37):

Sans tenter de définir pour toutes les fins l'emplacement d'un tel délit, il me semble que, en l'espèce, on peut dire qu'il a été commis à Londres. C'est à Londres, les 2, 3 et 5 mars, que les avocats de Londres de la Banque ont fait savoir aux avocats du propriétaire et au représentant de celui-ci, M. Tsavlis, que la Banque saisirait le navire *Alexandros* lorsqu'il atteindrait Panama. À la suite de cette menace, les avocats de Londres de la Banque ont demandé aux avocats de Panama, les 5 et 6 mars, de préparer et déposer des documents de saisie dans ce pays-là. Selon la preuve, il est probable que la décision du propriétaire d'interrompre le voyage a été prise par M. Tsavlis à Londres, et cette probabilité n'a pas été réfutée. La preuve indique également que, pendant toute cette période-là, les décisions de chaque jour étaient prises au nom de la Banque par Coward Chance, ses avocats de Londres, conformément à des directives très générales données le 12 février à l'égard de la saisie des navires *Claire* et *Alexandros*. À mon avis, ces circonstances sont suffisantes pour dire que le délit a été commis en Angleterre. De nombreux autres facteurs tendent à indiquer que l'Angleterre est le territoire dominant, selon l'application du test de la «loi appropriée du délit». Parmi ces facteurs, mentionnons le fait que les deux contrats d'affrètement prévoyaient que l'arbitrage aurait lieu à Londres. Toutefois, je n'adopte pas ce raisonnement.

Vu l'allégation d'un délit commis à l'étranger, le juge de première instance devait décider premièrement quelle règle relative au choix du droit était applicable et deuxièmement si, eu égard au droit pertinent, la conduite de l'appelante engageait sa responsabilité envers les intimées.

Pour répondre à la première question, le juge de première instance a appliqué la règle relative au choix du droit généralement applicable aux actions intentées au Canada et fondées sur des délits commis à l'étranger<sup>1</sup>. Il a affirmé, à juste titre, à mon avis, que pour pouvoir avoir gain de cause dans une action intentée au Canada et fondée sur un délit commis à l'étranger, les intimées devaient prouver, selon la norme de preuve nécessaire, que les actes reprochés à l'appelante

a) auraient donné ouverture à une poursuite délictuelle au Canada conformément au droit canadien s'ils avaient été commis dans ce pays;

b) n'étaient pas justifiables selon le droit du lieu où ils ont été commis.

<sup>1</sup> Voir J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws* (2<sup>e</sup> éd.), Butterworths, 1986.

As I have indicated by reference to the passage quoted from his reasons (Appeal Book, page 31), he concluded that the conduct of the appellant which the respondents complained of would have been actionable in Canada as a tort, if engaged in here.

In reaching that conclusion, the learned Trial Judge relied upon and applied principles of law laid down in *The Myrto*,<sup>2</sup> which, he said, represented both the maritime common law of England and of Canada. His conclusion in this respect appears, from the following passage in his reasons, to have been influenced by the positions taken by counsel at trial. He stated [at page 270] (Appeal Book, page 29):

Counsel were unable to cite any Canadian cases on this subject. Instead, they agreed that the law of Canada and the law of England are the same, it being assumed that Canadian courts would follow maritime common law as it has developed in England. It was also common ground that the common law liability of a ship's mortgagee for interference in the performance of a contract made by a ship's owner for the employment of that ship, is defined in *The "Myrto"* case . . .

In argument before us Mr. Roberts for the appellant (who was not counsel at trial) denied that there was common ground at trial or that the principles laid down in *The Myrto* governed this case. Mr. Daugulis for the respondent (also not counsel at trial) contended that there was common ground. Indeed, in his memorandum of fact and law (Argument, paragraph 4, page 12) Mr. Daugulis states that "It was undisputed that *The Myrto* . . . is the modern, accurate statement of the law". He supported this assertion by reference to the testimony of two witnesses.

Absent a transcript of the argument at trial which would settle the dispute between counsel, I must accept the facts stated in the passage just quoted at face value. To the extent that it contains an admission by counsel for the parties that the principles stated in *The Myrto* represent the law of England, it is my opinion that counsel are bound by those admissions,

<sup>2</sup> [1977] 2 Lloyd's Rep. 243 (Q.B.D. Adm. Ct.), at pp. 253-254.

Comme je l'ai indiqué par le renvoi au passage tiré de ses motifs (Dossier d'appel, page 31), le juge de première instance a conclu que les actes de l'appelante que lui reprochaient les intimées auraient donné ouverture à une poursuite délictuelle au Canada s'ils avaient été commis dans ce pays.

Pour arriver à cette conclusion, le juge de première instance a invoqué et appliqué les principes juridiques énoncés dans l'arrêt *The Myrto*<sup>2</sup>, lesquels, a-t-il dit, représentaient la common law maritime en vigueur à la fois en Angleterre et au Canada. D'après le passage suivant de ses motifs, sa conclusion à cet égard semble avoir été influencée par les positions adoptées par les avocats à l'instruction. Il a affirmé ce qui suit [à la page 270] (Dossier d'appel, page 29):

Les avocats n'ont pu me citer de causes canadiennes traitant de cette question. Ils ont plutôt reconnu que le droit du Canada est le même que celui de l'Angleterre, si l'on présume que les tribunaux canadiens appliquent les règles de droit maritime qui ont été adoptées en Angleterre. Il a également été admis que la responsabilité en common law d'un créancier qui détient une hypothèque sur un navire et qui entrave l'exécution d'un contrat conclu par le propriétaire du navire en question relativement à l'utilisation de celui-ci a été définie dans l'arrêt *The Myrto* . . .

Dans son plaidoyer devant nous, M<sup>e</sup> Roberts, l'avocat de l'appelante (qui n'agissait pas à ce titre à l'instruction) a nié que les principes énoncés dans l'arrêt *The Myrto* étaient applicables en l'espèce ou qu'il y avait eu admission à cet égard à l'instruction. M<sup>e</sup> Daugulis, l'avocat de l'intimée (qui n'agissait pas non plus à ce titre à l'instruction) a prétendu qu'il y avait eu admission à cet égard. En effet, dans son exposé des faits et du droit (plaidoyer, paragraphe 4, page 12), M<sup>e</sup> Daugulis affirme qu' [TRADUCTION] «il était incontesté que l'arrêt *The Myrto* . . . représente l'énoncé moderne et exact du droit». Il a invoqué la déposition de deux témoins au soutien de cette assertion.

Vu qu'il n'existe aucune transcription du débat à l'instruction qui permette de régler le différend qui oppose les avocats, je dois accepter tels quels les faits énoncés dans le passage précité. Dans la mesure où ce passage renferme une admission des avocats des parties suivant laquelle les principes énoncés dans l'arrêt *The Myrto* représentent le droit d'Angleterre,

<sup>2</sup> [1977] 2 Lloyd's Rep. 243 (Q.B.D. Adm. Ct.), aux p. 253 et 254.

the law of England being a fact in issue like any other, the proof of which could be dispensed with by admission of the parties or their counsel. To the extent that it contains an admission respecting the state of the maritime common law of Canada, different considerations arise. The law of Canada was not a fact in issue in the case. It was an element in the case which the learned Trial Judge had sole responsibility to determine. It is true that counsel, by their research and submissions, could have assisted him in the discharge of that responsibility; but they could not, by their admission, relieve him of it. Consequently, I consider the admission contained in the passage just quoted as being an admission of fact that the law of England is as stated in *The Myrto*. Indeed that was the conclusion which the learned Trial Judge reached on conflicting expert evidence. As an admission of the state of the maritime common law of Canada, it is ineffective to bind this Court. In my opinion we are free, as the learned Trial Judge was, to determine the principles of Canadian law that govern this case, if we should determine that they differ from what was admitted or from the conclusion of the learned Trial Judge on the point.

Since the learned Trial Judge proceeded on the basis that the principles summarized in *The Myrto* represented the law of Canada, it might be helpful to consider that case at this point.

In *The Myrto*, the plaintiffs were merchant bankers. They held first and second mortgages on a vessel as security for loans made to the owners to pay the purchase price. The owners having defaulted on both mortgages, the plaintiffs commenced an action *in rem* for repayment of capital and interest thereunder. The plaintiffs arrested the vessel and, in the action, brought an interlocutory application for an order for appraisal and sale of the ship *pendente lite*. The charterers of the vessel intervened in the action and brought an interlocutory application for the release of the vessel from arrest, alleging that the “arrest of the

j’estime que les avocats sont liés par cette admission, puisque le droit d’Angleterre est un fait en cause au même titre que tout autre fait, dont il n’est pas nécessaire de faire la preuve lorsqu’il est admis par les parties ou par leurs avocats. Cependant, dans la mesure où ce passage renferme une admission relative à l’état de la common law maritime du Canada, d’autres considérations entrent en ligne de compte. Le droit du Canada n’était pas un fait en cause en l’espèce. Il s’agissait d’un élément de l’affaire sur lequel seul le juge de première instance était chargé de statuer. Il est vrai que les avocats, par leurs recherches et leurs arguments, auraient pu aider le juge à s’acquitter de cette responsabilité; cependant, ils ne pouvaient pas, par leur admission, l’en relever. Par conséquent, j’estime que l’admission renfermée dans le passage précité représente une admission du fait que l’état du droit d’Angleterre correspond à ce qui est énoncé dans l’arrêt *The Myrto*. En fait, le juge de première instance en a conclu ainsi après avoir entendu une preuve d’experts contradictoire. Cependant, cette admission n’est pas opposable à cette Cour dans la mesure où elle porte sur l’état de la common law maritime du Canada. À mon avis, il nous est loisible, comme il l’était au juge de première instance, de décider quels sont les principes de droit canadien applicables en l’espèce si nous devons conclure qu’ils ne correspondaient pas à ce qui a été admis ou à la conclusion du juge de première instance sur cette question.

Puisque le juge de première instance a rendu son jugement en tenant pour vrai que les principes résumés dans l’arrêt *The Myrto* représentaient le droit du Canada, il serait peut-être utile d’examiner maintenant cet arrêt.

Dans l’affaire *The Myrto*, les demandereses étaient des banques d’investissement. Elles étaient créancières d’hypothèques de premier et de second rang sur un navire pour garantir des prêts qu’elles avaient consentis aux propriétaires pour leur permettre d’acquitter le prix d’achat du navire. Les propriétaires ayant fait défaut de paiement sur les deux emprunts hypothécaires, les demandereses ont intenté une action réelle pour le remboursement du capital et des intérêts de ces emprunts. Les demandereses ont saisi le navire et, dans l’action, elles ont présenté une requête interlocutoire en vue d’obtenir

vessel by the bank was and continues to be an unlawful interference with their contractual rights”.

Both applications came on for hearing before Brandon J. (as he then was) who decided to hear and dispose of the charterers' application first because, in his view, the disposition of that application could render the bank's application moot.

In their application, the charterers contended that they were entitled in their own right and quite apart from any defences to the plaintiff's action that the owners might have, to prevent unlawful interference with their charterparty. In deciding that application Brandon J. cited a number of authorities<sup>3</sup> and purported to lay down the following principles of law which were said to have been established by them [at pages 253-254]:

(1) The owner is entitled, subject to one exception, to deal with the ship (and that includes employing her under a contract with a third party) in the same way as he would be entitled to do if the ship were not mortgaged.

(2) The one exception is that the owner is not entitled to deal with the ship in such a way as to impair the security of the mortgagee.

(3) Where the owner makes a contract with a third party for the employment of the ship, of such a kind and made or performable in such circumstances, that the security of the mortgagee is not impaired, and the owner is both willing and able to perform such contract, the mortgagee is not entitled, by exercising his rights under the mortgage, whether by taking possession, or selling, or arresting the ship in a mortgage

<sup>3</sup> *De Mattos v. Gibson* (1859), 4 De G. & J. 276 [45 E.R. 108 (Rolls Ct.)]; *Collins v. Lamport* (1964), 11 L.T. 497 (Ch. D.); *The Innisfallen* (1866), L.R. 1 A. & E. 72; *Johnson v. Royal Mail Steam Packet Company* (1867), L.R. 3 C. P. 38; *Keith v. Burrows* (1877), L.R. 2 App. Cas. 636 (H.L.); *Cory, Brothers, and Co. v. Stewart* (1886), 2 T.L.R. 508 (C.A.); *The Blanche* (1888), 58 L.T. 592 (P.D. & Adm. Div.); *The Fanchon* (1880), 5 P. D. 173; *The Celtic King*, [1894] P. 175; *The Heather Bell*, [1901] P. 272 (C.A.); *Law Guarantee and Trust Society v. Russian Bank for Foreign Trade*, [1905] 1 K. B. 815 (C.A.); *The Manor*, [1907] P. 339 (C.A.); and *The Lord Strathcona*, [1925] P. 143.

une ordonnance pour l'évaluation et la vente du navire en cours d'instance. Les affréteurs du navire sont intervenus dans l'action et ils ont présenté une requête interlocutoire pour obtenir la mainlevée de la saisie du navire, alléguant que [TRADUCTION] «la saisie du navire par la banque était, et continue d'être, une entrave illicite à leurs droits contractuels».

Les deux requêtes devaient être entendues devant le juge Brandon (tel était alors son titre) qui a décidé d'entendre et de juger d'abord la requête des affréteurs puisqu'à son avis, le jugement rendu sur cette requête pouvait rendre caduque la requête de la banque.

Dans leur requête, les affréteurs prétendaient qu'ils avaient eux-mêmes le droit, indépendamment de tout moyen de défense que pourraient avoir les propriétaires à l'encontre de l'action de la demanderesse, d'empêcher l'entrave illicite à leur charte-partie. En statuant sur cette requête, le juge Brandon a cité un certain nombre d'arrêts<sup>3</sup> et a prétendu poser les principes juridiques suivants qui, selon lui, avaient été établis dans cette jurisprudence [aux pages 253 et 254]:

[TRADUCTION] (1) Sauf dans un cas, le propriétaire a le droit d'utiliser le navire (y compris le droit de l'utiliser en vertu d'un contrat conclu avec un tiers) de la même façon qu'il le ferait si le navire n'était pas hypothéqué.

(2) La seule exception à cette règle est la suivante: le propriétaire n'a pas le droit d'utiliser le navire de façon à diminuer la garantie du créancier hypothécaire.

(3) Lorsque le propriétaire conclut un contrat avec un tiers relativement à l'utilisation du navire et que ce contrat est d'une nature telle ou qu'il est conclu ou exécutoire dans des circonstances telles que la garantie du créancier hypothécaire n'est pas diminuée, et que le propriétaire est désireux et en mesure d'exécuter ce contrat, le créancier hypothécaire ne peut, en exerçant les droits dont il dispose en vertu de l'hypothèque,

<sup>3</sup> *De Mattos v. Gibson* (1859), 4 De G. & J. 276 [45 E.R. 108 (Rolls Ct.)]; *Collins v. Lamport* (1964), 11 L.T. 497 (Ch. D.); *The Innisfallen* (1866), L.R. 1 A. & E. 72; *Johnson v. Royal Mail Steam Packet Company* (1867), L.R. 3 C. P. 38; *Keith v. Burrows* (1877), L.R. 2 App. Cas. 636 (H.L.); *Cory, Brothers, and Co. v. Stewart* (1886), 2 T.L.R. 508 (C.A.); *The Blanche* (1888), 58 L.T. 592 (P.D. & Adm. Div.); *The Fanchon* (1880), 5 P. D. 173; *The Celtic King*, [1894] P. 175; *The Heather Bell*, [1901] P. 272 (C.A.); *Law Guarantee and Trust Society v. Russian Bank for Foreign Trade*, [1905] 1 K. B. 815 (C.A.); *The Manor*, [1907] P. 339 (C.A.); et *The Lord Strathcona*, [1925] P. 143.

action in rem, to interfere with the performance of such contract.

(4) The mortgagee is, however, entitled to exercise his rights under the mortgage without regard to any such contract made by the owner with a third party for the employment of the ship in two cases:

- (a) where the contract is of such a kind, and/or is made or performable in such circumstances, that the security of the mortgage is impaired;
- (b) where, whether this is so or not, the owner is unwilling and/or unable to perform the contract.

(5) Where the mortgagee, by exercising his rights under the mortgage, interferes with a contract made by the owner with a third party for the employment of the ship in circumstances where he is not, in accordance with (3) and (4) above, entitled to do so, he commits a tort (or actionable wrong in the nature of a tort) against the third party.

(6) The remedies available to the third party against the mortgagee in respect of such tort or actionable wrong are as follows:

- (a) where the mortgagee interferes by taking possession or seeking to sell, an injunction restraining him from doing so;
- (b) where the mortgagee interferes by arresting the ship in a mortgage action in rem, an order for the release of the ship from arrest in such action;
- (c) further or alternatively to (a) or (b) above, damages.

(7) The question whether a particular contract made by the owner with a third party for the employment of the ship is of such a kind, and/or is made or performable in such circumstances, as to impair the security of the mortgagee, is a question of fact.

(8) It is open to a Court as a matter of law to find as a fact that a particular contract is made or performable in such circumstances as to impair the security of the mortgagee, if the evidence shows that the owner is impecunious, that he can only perform the voyage to which the contract relates, if at all, on credit, and that the ship is already subject to pressing liabilities and charges.

(9) The further question, whether the owner is willing and/or able to perform a particular contract, is also a question of fact.

Brandon J. dismissed the charterers' application, having found on the evidence before him, that the owners had dealt with the ship so as to impair the bank's security; that the owners, because of their overall financial condition, had become disabled from completing the voyage; and in any case, that it

entraver l'exécution de ce contrat, que ce soit en prenant possession du navire, en le vendant ou en le faisant saisir dans une action hypothécaire in rem.

(4) Toutefois, le créancier hypothécaire peut exercer ses droits qui découlent de l'hypothèque sans tenir compte du contrat que le propriétaire a conclu avec un tiers relativement à l'utilisation dudit navire dans deux cas:

- a) lorsque le contrat est d'une nature telle ou lorsqu'il est conclu ou exécutoire dans des circonstances telles que la garantie du créancier hypothécaire est diminuée;
- b) lorsque, que ce soit le cas ou non, le propriétaire ne désire pas exécuter le contrat ou est incapable de le faire.

(5) Lorsque, en exerçant ses droits qui découlent de l'hypothèque, le créancier hypothécaire entrave l'exécution d'un contrat conclu par le propriétaire avec un tiers relativement à l'utilisation du navire dans des circonstances où il n'est pas, suivant les paragraphes (3) et (4) qui précèdent, autorisé à le faire, il commet un délit (ou une faute de la nature d'un délit ouvrant droit à une poursuite) contre le tiers.

(6) Les recours dont le tiers dispose à l'encontre du créancier hypothécaire à l'égard de ce délit ou de cette faute ouvrant droit à une poursuite sont les suivants:

- a) lorsque le créancier hypothécaire prend possession du navire ou cherche à le vendre, une injonction lui interdisant de le faire;
- b) lorsque le créancier hypothécaire saisit le navire dans une action hypothécaire *in rem*, une ordonnance de mainlevée de la saisie du navire;
- c) en plus des recours prévus aux alinéas a) ou b) qui précèdent ou subsidiairement à ceux-ci, des dommages-intérêts.

(7) La question de savoir si un contrat donné que le propriétaire a conclu avec un tiers relativement à l'utilisation du navire est d'une nature telle ou est conclu ou exécutoire dans des circonstances telles qu'il diminue la garantie du créancier hypothécaire est une question de fait.

(8) Il est loisible à la Cour, comme question de droit, de déclarer qu'un contrat donné est conclu ou exécutoire dans des circonstances telles qu'il diminue la garantie du créancier hypothécaire, si la preuve indique que le propriétaire est nécessairement, qu'il peut faire à crédit seulement le voyage auquel le contrat se rapporte et que le navire fait déjà l'objet de lourdes dettes et charges.

(9) La question de savoir si le propriétaire est désireux ou en mesure d'exécuter un contrat donné est également une question de fait.

Le juge Brandon a rejeté la requête des affréteurs, ayant conclu, d'après la preuve dont il avait connaissance, que les propriétaires avaient utilisé le navire de manière à diminuer la garantie de la banque, que les propriétaires, vu leur situation financière globale, n'étaient plus en mesure de terminer le voyage et que

was inappropriate to exercise the court's discretion in their favour in the circumstances of that case.

In concluding that the conduct of the appellant in this case would have been actionable in Canada, if engaged in here, the learned Trial Judge purported to apply the third, fifth and sixth principles summarized in *The Myrto*, assuming that they represented the law of Canada on the subject.

Counsel for the appellant contends, both in his memorandum of fact and law and in oral argument before us, that the learned Trial Judge erred both in his assumption and in his conclusion. He says that the fifth principle stated in *The Myrto* stands alone in English and Canadian jurisprudence and is not supported by the authorities.

Counsel for the respondents both in his memorandum of fact and law and in oral argument assumed, as the learned Trial Judge did, that *The Myrto* stated the common law of Canada on the subject.

Having examined *The Myrto* and the authorities cited in it, I make the following observations. First, the facts of all those cases, including *The Myrto*, are different from those of the case before us. Secondly, none of the authorities cited in *The Myrto* supports the conclusion that there exists in England a special maritime tort of interference with contractual relations which differs in its constituent elements from that which exists under the general law of torts.

In this case, the learned Trial Judge found that the interference with contractual relations consisted of threatened arrest and preparations to effect the arrest. In the law of torts such conduct is best characterized as intimidation.

*Clerk & Lindsell on Torts*, 16th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1989), defines the tort of intimidation in the law of England as follows at page 828:

A commits a tort if he delivers a threat to B that he will commit an act, or use means, unlawful as against B, as a result of

de toute manière, il était inopportun que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire en leur faveur compte tenu des circonstances en l'espèce.

S'il a conclu que les actes commis par l'appelante en l'espèce auraient donné ouverture à une poursuite au Canada s'ils avaient été commis dans ce pays, c'est parce que le juge de première instance estimait que les troisième, cinquième et sixième principes résumés dans l'arrêt *The Myrto* s'appliquaient en l'espèce, vu qu'à son avis, ils représentaient le droit du Canada en la matière.

Dans son exposé des faits et du droit et dans son plaidoyer devant nous, l'avocat de l'appelante prétend que l'hypothèse de départ et la conclusion du juge de première instance étaient toutes deux erronées. Selon lui, le cinquième principe énoncé dans l'arrêt *The Myrto* fait figure d'exception en jurisprudence anglaise et canadienne et il n'est pas entériné dans d'autres arrêts.

Dans son exposé des faits et du droit et dans son plaidoyer, l'avocat des intimées a présumé, à l'instar du juge de première instance, que l'arrêt *The Myrto* exposait la common law canadienne en la matière.

Ayant examiné l'arrêt *The Myrto* et la jurisprudence qui y est citée, je voudrais formuler les observations suivantes. Premièrement, dans toutes ces affaires, y compris l'affaire *The Myrto*, les faits diffèrent de ceux en l'espèce. Deuxièmement, aucune des décisions citées dans l'arrêt *The Myrto* ne permet de conclure qu'il existe en Angleterre un délit maritime particulier d'entrave aux relations contractuelles qui diffère, de par ses éléments constitutifs, du délit qui existe en vertu du droit général en matière délictuelle.

En l'espèce, le juge de première instance a conclu que la menace de pratiquer une saisie et les démarches effectuées pour y donner suite constituaient une entrave aux relations contractuelles. Selon le droit des délits, il serait plus juste de qualifier ces actes d'intimidation.

Dans l'ouvrage *Clerk & Lindsell on Torts*, 16<sup>e</sup> éd. (Londres: Sweet & Maxwell, 1989), le délit d'intimidation en droit anglais est défini comme suit à la page 828:

[TRADUCTION] A commet un délit s'il menace B d'accomplir un acte ou de se servir d'un moyen illégal contre lui pour que B

which B does or refrains from doing some act which he is entitled to do, thereby causing damage either to himself or to C . . . . The tort, like the tort of procuring a breach of contract, is one of intention and the plaintiff, whether it be B or C, must be a person whom A intended to injure. [My emphasis.] [Footnotes omitted.]

The elements of the tort, first given recognition by the House of Lords in *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129, were explained in *Morgan v. Fry*, [1968] 2 Q.B. 710 (C.A.), where Lord Denning M.R. stated at page 724:

According to the decision in *Rookes v. Barnard* the tort of intimidation exists, not only in threats of violence, but also in threats to commit a tort or a breach of contract. The essential ingredients are these: there must be a threat by one person to use unlawful means (such as violence or a tort or a breach of contract) so as to compel another to obey his wishes: and the person so threatened must comply with the demand rather than risk the threat being carried into execution. In such circumstance the person damaged by the compliance can sue for intimidation.

In my opinion, it is clear from the foregoing that the principles noted in *The Myrto*, could not, by themselves, determine this case under the domestic law of England, since, as I have already indicated, neither *The Myrto* nor the authorities upon which it relies were concerned with facts such as those that confront us in this case. However, what is critical at this stage of the inquiry is not the state of the law of England, but the state of the law of Canada, since we are required to decide whether the learned Trial Judge was correct in his statement of the law of Canada. It would therefore be instructive to consider the common law of Canada on the law of the tort of intimidation.

#### The Common Law of Canada on the Tort of Intimidation

In determining the common law of Canada on the tort of intimidation applicable to this case I am not unmindful of the fact that in admiralty matters this Court must consider only "Canadian maritime law" as defined in section 2 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], as amended and explained in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752.

accomplisse un acte ou s'abstienne de l'accomplir alors qu'il a le droit de le faire, causant ainsi un dommage à lui-même ou à C . . . . À l'instar du délit qui consiste à inciter quelqu'un à rompre son contrat, il s'agit d'un délit d'intention et le demandeur, que ce soit B ou C, doit être une personne à qui A avait l'intention de nuire. [C'est moi qui souligne.] [Notes en bas de page omises.]

Les éléments du délit, reconnu pour la première fois par la Chambre des lords dans l'arrêt *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129, ont été expliqués dans l'arrêt *Morgan v. Fry*, [1968] 2 Q.B. 710 (C.A.), où le maître des rôles lord Denning, a affirmé ce qui suit à la page 724 :

[TRADUCTION] Selon l'arrêt *Rookes v. Barnard*, le délit d'intimidation existe non seulement lorsqu'il y a menaces de violence mais également lorsqu'il y a menaces de commettre un délit ou de rompre un contrat. En voici les éléments essentiels: il faut qu'une personne menace d'employer des moyens illégitimes (comme la violence, un délit ou une rupture de contrat) de manière à contraindre une autre à lui obéir et la personne menacée doit se conformer à la demande plutôt que de risquer qu'il soit donné suite à la menace. Dans une telle situation, la personne obligée de se conformer peut tenter une poursuite fondée sur l'intimidation.

À mon avis, il ressort clairement de ce qui précède que les principes énoncés dans l'arrêt *The Myrto* ne permettraient pas à eux seuls de statuer en l'espèce selon le droit interne de l'Angleterre puisque comme je l'ai déjà mentionné, ni l'arrêt *The Myrto*, ni la jurisprudence sur laquelle il s'appuie n'intéressait des faits semblables à ceux dont nous sommes saisis. Cependant, ce qui importe à ce stade de l'enquête n'est pas l'état du droit anglais, mais bien l'état du droit canadien, puisque nous sommes appelés à décider si le juge de première instance a correctement énoncé la règle de droit canadien. Il serait donc utile d'examiner la common law canadienne relative au délit d'intimidation.

#### La common law canadienne relative au délit d'intimidation

Aux fins de déterminer la common law canadienne relative au délit d'intimidation applicable en l'espèce, je tiens compte du fait qu'en matière d'amirauté, cette Cour doit uniquement tenir compte du «droit maritime canadien» tel que défini à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] et ses modifications, à la lumière des explications données dans l'arrêt *ITO—International Terminal Opera-*

The learned Trial Judge found that the appellant made it impossible for the owner to perform the contract in a reasonable time and by the route commonly understood to be the intended route, by threatening, and preparing for, the arrest of the *Alexandros* in Panama. He also found that the appellant's conduct was not justified since the appellant's security had not been impaired by the charterparty or its performance and that the owner was neither unwilling nor unable to complete the contract.

As I have already said, the conduct which the learned Trial Judge characterized as the tort of interference with contractual relations is, on the facts of this case, in reality, the tort of intimidation. The elements of that tort in Canadian law were described by Martland J., for the Court, in *Roman Corporation Ltd. et al. v. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd. et al.*, [1973] S.C.R. 820, at pages 829-830 as follows:

The appellants also make a claim in tort for intimidation. In order to succeed under this head, the facts relied upon by the appellants would have to disclose that they had sustained damage by reason of a threat, made by the respondents, of an unlawful act. [My emphasis.]

In that case, the Court held that a declaration of government policy made in good faith by a Minister of the Crown as part of his duty was not an unlawful act, even if a threat.

Five years later, in *Central Canada Potash Co. Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42, the Court again confronted the tort of intimidation. There it was alleged that a letter written by a public servant threatening the cancellation of a mining licence and a mineral lease unless the plaintiff observed production quotas set by provisions in a statute and regulations later declared *ultra vires* amounted to intimidation and entitled the plaintiff to damages as a result of reduction in production in conformance with the letter.

*tors Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752.

Le juge de première instance a conclu que le propriétaire avait été dans l'impossibilité d'exécuter le contrat dans un délai raisonnable et en suivant l'itinéraire que tous considèrent être l'itinéraire prévu du fait que l'appelante avait menacé de saisir l'*Alexandros* à Panama et avait fait des démarches en ce sens. Le juge a également conclu que les actes commis par l'appelante n'étaient pas justifiés, puisque sa garantie n'avait pas été diminuée par la charte-partie ou par l'exécution de celle-ci et puisqu'il n'y avait pas eu de refus ou d'incapacité de la part du propriétaire d'exécuter le contrat.

Comme je l'ai déjà dit, les actes que le juge de première instance a qualifiés de délit d'entrave aux relations contractuelles constituent, en réalité, eu égard aux faits en l'espèce, le délit d'intimidation. Les éléments de ce délit en droit canadien ont été décrits par le juge Martland, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Roman Corporation Ltd. et autre c. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd. et autres*, [1973] R.C.S. 820, aux pages 829 et 830:

Les appelants invoquent également un recours délictuel fondé sur l'intimidation. Pour avoir gain de cause sur ce chef, il faudrait que les faits invoqués par les appelants fassent voir qu'ils ont subi un dommage à cause d'une menace d'acte illicite faite par les intimés. [C'est moi qui souligne.]

Dans cet arrêt, la Cour a jugé que le fait, pour un ministre, d'avoir déclaré, de bonne foi, une politique du gouvernement dans le cadre de ses fonctions n'était pas un acte illicite, même s'il s'agissait d'une menace.

Cinq ans plus tard, dans l'arrêt *Central Canada Potash Co. Ltd. et autre c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42, la Cour a encore une fois statué sur le délit d'intimidation. Dans cette affaire, il était allégué qu'une lettre dans laquelle un fonctionnaire menaçait d'annuler une licence d'exploitation minière et un bail minier si la demanderesse ne se conformait pas à des quotas de production établis par des dispositions d'une loi et de règlements déclarés *ultra vires* par la suite constituait de l'intimidation qui donnait à la demanderesse le droit à des dommages-intérêts du fait qu'elle avait réduit la production conformément à la lettre.



The Court concluded that the public servant was not liable on the basis that the public servant had not used unlawful means and, in any event, an intent to injure had not been shown.

Martland J. writing for the Court expressed the conclusion at page 90 as follows:

This brings me to the latter portion of the definition of intimidation from Clerk & Lindsell [the definition quoted earlier in these reasons] which I have adopted. 'The tort is one of intention and the plaintiff, whether it be B or C, must be a person whom A intended to injure.' The authority for this statement is found by the authors in the judgments of Lord Devlin and Lord Evershed in the *Rookes* case, and I am in agreement with it. There is no evidence that the Deputy Minister intended to injure the appellant. The correspondence, and particularly the letter of September 20, 1972, make it clear that his purpose was to induce compliance with an existing legislative scheme.

Martland J. then considered the earlier decision of the Court in *Roman Corporation Ltd. et al. v. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd. et al., supra*, and expressly reaffirmed it.

The author of *Fridman on Torts*, London: Waterloo Publishers, 1990 notes that in Canada, the possibility of defending an action for intimidation by pleading justification has been accepted although the likelihood of it occurring is remote. He expressed the view as follows at pages 552-553:

What has happened in some, Canadian not English, cases is that the court has accepted the argument that the conduct of the defendant was not aimed at the plaintiff, nor designed to cause him injury *per se*. It was perpetuated, or proposed, for other, legitimate purposes, such as the promotion of Government policy, or the effectuation of legislation. It might be argued that this is a form of justification, in that conduct that injures, or might injure a plaintiff, to the knowledge of the defendant, may not be actionable if there is a valid reason why such conduct takes place. If this is correct, the situation with respect to intimidation may be analogous to that which obtains in cases of conspiracy. The main purpose or object of the combination is the test of liability in conspiracy. So, too, the main purpose of the alleged intimidation may be the test of whether the tort has been committed. A similarity would also exist between the tort of intimidation and that of procuring or inducing a breach of contract. In such instances, also, it may be possible for the defendant to justify what he has done, even if *prima facie* it is actionable. Such an attitude would make the law relating to these three distinct, but interrelated torts consistent. [Footnotes omitted.]

La Cour a conclu que le fonctionnaire n'était pas responsable puisqu'il n'avait pas employé de moyen illicite et parce que, de toute manière, l'intention de nuire n'avait pas été établie.

Le juge Martland, dans ses motifs rédigés au nom de la Cour, a conclu en ces termes à la page 90:

Ceci m'amène à la dernière partie de la définition de l'intimidation donnée par Clerk & Lindsell et à laquelle je souscris. [TRADUCTION] «Il s'agit d'un délit d'intention et le demandeur, que ce soit B ou C, doit être une personne à qui A avait l'intention de nuire». Les auteurs se fondent sur les jugements rendus par lord Devlin et lord Evershed dans *Rookes* et je fais mienne cette déclaration. Aucune preuve ne permet de dire que le sous-ministre avait l'intention de nuire à l'appelante. La correspondance échangée, et particulièrement la lettre du 20 septembre 1972, montre clairement qu'il cherchait à inciter l'appelante à se conformer au programme en vigueur.

Le juge Martland a ensuite examiné la décision antérieure de la Cour dans l'affaire *Roman Corporation Ltd. et autre c. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd. et autres*, précitée, et l'a expressément entérinée.

L'auteur de *Fridman on Torts*, London: Waterloo Publishers, 1990, note qu'au Canada, les tribunaux ont admis qu'il était possible de se défendre contre une action fondée sur l'intimidation en plaçant la justification, bien que cette situation soit peu susceptible de se produire. Il a exprimé ainsi cette opinion, aux pages 552 et 553:

[TRADUCTION] Dans certains jugements, canadiens et non anglais, les tribunaux ont accepté l'argument voulant que les actes du défendeur ne visaient pas le demandeur et n'étaient pas non plus destinés à lui nuire comme tel. Ils ont été commis ou projetés pour d'autres fins légitimes, par exemple, pour la promotion d'une politique du gouvernement ou la mise en œuvre d'une loi. On pourrait prétendre qu'il s'agit là d'une forme de justification puisque les actes qui nuisent à un demandeur, ou qui risquent de lui nuire, à la connaissance du défendeur, ne peuvent donner ouverture à une poursuite s'il existe une raison valable pour de tels actes. Si tel est le cas, la situation en matière d'intimidation peut être analogue à celle qui existe dans les affaires de complot. Le but ou l'objet principal de la coalition constitue le critère de responsabilité en matière de complot. Pareillement, le but principal de l'intimidation alléguée peut représenter le critère qui permette de déterminer si le délit a été commis. Il y aurait également une similitude entre le délit d'intimidation et celui qui consiste à inciter quelqu'un à rompre son contrat. Dans ces cas, également, le défendeur a peut-être la possibilité de justifier ce qu'il a fait même si, à première vue, ces actes donnent ouverture à une poursuite. Une telle solution concilierait le droit relatif à ces trois délits distincts, quoique intimement liés. [Notes en bas de page omises.]

Based upon the analysis in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, *supra*, I conclude that the foregoing represent the maritime common law of Canada to be considered and applied in deciding whether the appellant's conduct of which the respondents have complained in this case is actionable in Canada.

That the learned Trial Judge knew of the existence of this body of law is clear from the reference in his reasons to *Roman Corporation Ltd. et al. v. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd. et al.*, *supra*, and from the statement [at page 276] (Appeal Book, page 35):

Normally a threat is lawful or unlawful depending on whether the act threatened would itself be lawful or unlawful.

However, he was deflected from considering this body of law by the agreement of counsel "that *The Myrto* represents the law of Canada" [at page 277] (Appeal Book, page 36).

Based on his acceptance of that proposition, the learned Trial Judge felt constrained to decide the issue on that basis. He articulated the matter as follows [at page 277] (Appeal Book, pages 35-36):

Accepting, as counsel agree, that *The Myrto* represents the law of Canada and determining, as I must, whether if all the acts had been committed in Canada there would be liability in tort under the principles of *The Myrto*, I am unable to see why there would not. What *The Myrto* means is that in such circumstances the mortgagee is not entitled to enforce its security through arrest, at least not without incurring the risk of liability in tort to the charterers or others having contracts with the owner for the employment of the ship.

I am therefore satisfied that, had all the acts complained of occurred in Canada, there would have been liability in tort to the charterers for the increased costs flowing to them as a result of the interference with the normal course of the voyage which interference appears to have commenced, at the latest, on March 6. [Emphasis in original.]

In my respectful view, the learned Trial Judge erred in law in concluding that in Canada the tort of intimidation based on the appellant's conduct fell to

En me fondant sur mon analyse de l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, précité, je conclus que ce qui précède énonce la common law du Canada qu'il faut examiner et appliquer aux fins de décider si les actes de l'appelante dont les intimées se sont plaintes en l'espèce donnent ouverture à une poursuite au Canada.

Le juge de première instance connaissait l'existence de ces règles de droit, comme il ressort clairement du renvoi, dans ces motifs, à l'arrêt *Roman Corporation Ltd. et autre c. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd. et autres*, précité, et de l'affirmation suivante [à la page 276] (Dossier d'appel, page 35):

Habituellement, la légalité d'une menace dépend de la légalité de l'acte visé par la menace.

Cependant, il n'a pas tenu compte de ces règles de droit étant donné que les avocats avaient convenu «que l'arrêt *The Myrto* représente le droit au Canada» [à la page 277] (Dossier d'appel, page 36).

Vu qu'il avait accepté cette proposition, le juge de première instance s'estimait obligé de trancher le litige en ce sens. Il a exposé la question comme suit [à la page 277] (Dossier d'appel, pages 35 et 36):

Je reconnais, comme les avocats l'ont admis, que l'arrêt *The Myrto* représente le droit au Canada. Ma tâche consiste donc à déterminer si les actes auraient donné lieu à une responsabilité délictuelle suivant les principes de cet arrêt, s'ils avaient été commis au Canada, et je ne puis voir pourquoi cette responsabilité n'aurait pas existé. Ce que l'arrêt *The Myrto* signifie, c'est que, dans ces circonstances, le créancier hypothécaire n'a pas le droit de faire valoir sa garantie au moyen d'une saisie, ou que, du moins, il ne peut le faire sans courir le risque de se voir tenu responsable sur le plan délictuel envers les affrèteurs ou des tiers qui ont conclu un contrat avec le propriétaire à l'égard de l'utilisation du navire.

Je suis donc convaincu que, si tous les actes reprochés avaient été commis au Canada, ils auraient donné lieu à une responsabilité délictuelle envers les affrèteurs à l'égard des frais supplémentaires que ceux-ci ont dû engager en raison de l'entrave à la poursuite normale du voyage, laquelle entrave semble avoir débuté, au plus tard, le 6 mars. [Souligné dans le texte original.]

En toute déférence, j'estime que le juge de première instance a commis une erreur de droit en concluant qu'au Canada, le délit d'intimidation fondé sur

be determined solely on the basis of the principles stated in *The Myrto*.

Although those principles were of assistance to him in appreciating the limits on the appellant's rights as mortgagee if it chose to exercise its undoubted right to arrest the *Alexandros*, in my opinion, they were of no assistance in resolving the dispute in this case as between the appellant and the respondents.

There was no doubt that the appellant's mortgage was in default in substantial amounts and over an extended period. There was equally no doubt that, by the law of the mortgage, the appellant had a legal right to arrest the *Alexandros*. Can the communication by the appellant of its intention to exercise its undoubted right of arrest and the taking of preparatory steps to effect such arrest in a jurisdiction that favoured its interest be unlawful such that an action based on those acts be maintainable in Canada? In my respectful view, the law of Canada as I have explained it, mandates a negative response to the question.

It is not disputed that the appellant's right to arrest the *Alexandros* had crystallized at the time its solicitors indicated that it would exercise those rights. It is equally beyond dispute that in exercising those rights the appellant may be obliged in law to respect the contractual rights of the respondents. The record is bereft of any evidence that the appellant intended to exercise its right of arrest with the intention of injuring the respondents. In those circumstances, a mere threat by the appellant to exercise those rights without more would not, by the law of Canada, amount to an actionable wrong. Consequently, I conclude that the learned Trial Judge erred in law in concluding that the conduct of the appellant would have been actionable in Canada, if engaged in here.

But, even if the appellant's conduct could be characterized as inducing breach of contract, as it was by the learned Trial Judge, the principles laid down in *The Myrto* do not reflect the common law of Canada in this regard. While conduct which interferes with

les actes de l'appelante devait être jugé uniquement à la lumière des principes énoncés dans l'arrêt *The Myrto*.

Bien que ces principes l'aient aidé à déterminer les limites imposées aux droits de l'appelante en tant que créancière hypothécaire si elle choisissait d'exercer son droit incontesté de saisir l'*Alexandros*, à mon avis, ils n'étaient d'aucun secours pour résoudre le litige en l'espèce qui opposait l'appelante aux intimées.

Il n'y avait aucun doute que la créance hypothécaire de l'appelante faisait l'objet d'un défaut de paiement pour des montants importants et ce, depuis longtemps. Il était également indubitable qu'en vertu du droit régissant l'hypothèque, l'appelante avait juridiquement le droit de saisir l'*Alexandros*. Était-il illicite pour l'appelante d'avoir communiqué son intention d'exercer son droit indubitable de saisie et d'avoir fait des démarches préparatoires en ce sens dans un ressort qui favorisait ses droits, de sorte qu'une action fondée sur ces actes puisse être accueillie au Canada? À mon avis, vu le droit canadien tel que je l'ai expliqué, il y a lieu de répondre à cette question par la négative.

Il n'est pas contesté que le droit de l'appelante de saisir l'*Alexandros* était devenu effectif à l'époque où ses avocats ont fait savoir qu'elle exercerait ces droits. Il est également incontestable que dans l'exercice de ces droits, l'appelante peut être juridiquement obligée de respecter les droits contractuels des intimées. Il n'y a aucune preuve au dossier selon laquelle l'appelante aurait eu l'intention d'exercer son droit de saisie avec l'intention de nuire aux intimées. Dans cette situation, le simple fait, pour l'appelante, de menacer d'exercer ces droits, sans plus, ne constituerait pas, en droit canadien, une faute donnant ouverture à poursuite civile. Par conséquent, je conclus que le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que les actes de l'appelante auraient donné ouverture à une poursuite au Canada s'ils avaient été commis ici.

Cependant, même si l'on pouvait qualifier les actes de l'appelante d'incitation à rompre un contrat, comme l'a fait le juge de première instance, les principes énoncés dans l'arrêt *The Myrto* ne reflètent pas la common law canadienne à cet égard. Bien que des

performance of a contract, whether directly or indirectly, may be tortious if done deliberately and with knowledge of the existence of the contract, it will not be so if the conduct which induced the breach was "justified": *Greig v Insole*, [1978] 3 All E.R. 449 (Ch. D.), at page 491; *Posluns v. Toronto Stock Exchange and Gardiner*, [1964] 2 O.R. 547 (H. Ct.). Here, the appellant's right to arrest the *Alexandros* having crystallized, there can be no doubt, in my respectful view, that it was justified in informing the respondents of its intention to arrest the ship and in taking the steps necessary to effect such an arrest in Panama.

In view of this conclusion, I do not consider it necessary to deal with the other issues raised in this appeal.

#### Conclusion

Since I have decided that the learned Trial Judge was wrong in concluding that the conduct of the appellant constituted a tort actionable in Canada, if engaged in here, it follows that the respondents have not satisfied the first branch of the choice of law test, and that there was no actionable wrong in Canada for which the appellant could be found liable. As a result, the appeal is allowed with costs and the action is dismissed with costs.

HEALD J.A.: I agree.

MARCEAU J.A.: I agree.

actes qui entravent l'exécution d'un contrat, directement ou indirectement, puissent revêtir un caractère délictuel s'ils sont commis délibérément et si leur auteur connaissait l'existence du contrat, ce ne sera pas le cas si les actes qui ont incité à la rupture étaient «justifiés»: *Greig v Insole*, [1978] 3 All. E.R. 449 (Ch. D.) à la page 491; *Posluns v. Toronto Stock Exchange and Gardiner*, [1964] 2 O.R. 547 (H. Ct.). En l'espèce, puisque le droit de l'appelante de saisir l'*Alexandros* était devenu effectif, il est certain, à mon avis, qu'elle était justifiée d'informer les intimées de son intention de saisir le navire et de prendre les mesures nécessaires pour effectuer cette saisie au Panama.

Vu cette conclusion, j'estime qu'il ne m'est pas nécessaire de traiter les autres questions soulevées dans le présent appel.

#### Conclusion

Puisque j'ai décidé que le juge de première instance avait eu tort de conclure que les actes de l'appelante constituaient un délit donnant ouverture à une poursuite au Canada, s'ils avaient été commis ici, il s'ensuit que les intimées n'ont pas satisfait au premier élément du critère du choix du droit et que l'appelante ne pouvait être jugée responsable d'aucune faute donnant ouverture à une poursuite civile au Canada. En conséquence, l'appel est accueilli avec dépens et l'action est rejetée avec dépens.

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

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

A-240-90

**International Longshoremen's and Warehousemen's Union—Canada Area Locals 500, 502, 503, 504, 505, 506, 508, 515 and 519; every person ordinarily employed in longshoring or related operations at a port on the west coast of Canada and who is subject to the provisions of the *Maintenance of Ports Operations Act, 1986* (Appellants)**

v.

**Her Majesty the Queen (Respondent)**

*INDEXED AS: INTERNATIONAL LONGSHOREMEN'S AND WAREHOUSEMEN'S UNION—CANADA AREA LOCAL 500 v. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Heald, Décary and Létourneau J.J.A.—Vancouver, September 16, 17, 18; Ottawa, September 24, 1992.

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of association — Back-to-work legislation, Maintenance of Ports Operations Act, 1986 not violating Charter, s. 2(d) — Right to freedom of association under s. 2(d) protecting right to establish, belong to and maintain association, not right to strike or lockout or to bargain collectively — Adverse effects of constitutionalization of right to strike on social and legal fabric.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Back-to-work legislation, Maintenance of Ports Operations Act, 1986, prohibiting strike action, not violating Charter, s. 7 — Workers could exercise rights individually, but not assert individual rights collectively — Charter, s. 7 dealing with individual, not collective rights — S. 7 protecting interests properly and traditionally within domain of judiciary — Right to strike and Parliament's right to curtail it in public interest in appropriate circumstances never within domain of judiciary — Same reasoning applicable to determination of scope of freedom of association as related to right of union members to strike applies to determination of scope of right to liberty under s. 7 for same purpose — Act, s. 13 providing for possibility of imprisonment in default of payment of fine, creating strict liability offence — Not violating Charter, s. 7 — Rebuttable presumption public welfare offences strict liability offences unless clear indication intention to create absolute liability offence — Act creating regulatory scheme protecting public interest while new collective agreement negotiated, public welfare statute — Nothing in Act showing intent to create absolute liability offence.*

A-240-90

**Le Syndicat international des débardeurs et magasiniers—Canada, sections locales 500, 502, 503, 504, 505, 506, 508, 515 et 519; et toutes les personnes qui travaillent habituellement dans le domaine du débarquement et qui poursuivent des activités connexes à un port de la côte ouest du Canada et qui sont assujetties aux dispositions de la *Loi de 1986 sur les opérations portuaires* (appelants)**

c.

**Sa Majesté la Reine (intimée)**

*RÉPERTORIÉ: SYNDICAT INTERNATIONAL DES DÉBARDEURS ET MAGASINIERS—CANADA, SECTION LOCALE 500 c. CANADA (C.A.)*

Cour d'appel, juges Heald, Décary et Létourneau, J.C.A.—Vancouver, 16, 17, 18 septembre; Ottawa, 24 septembre 1992.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté d'association — La Loi de 1986 sur les opérations portuaires, relative au retour au travail, ne viole pas l'art. 2d) de la Charte — La liberté d'association garantie par l'art. 2d) protège le droit de créer une association, de la maintenir et d'en être membre, mais elle ne couvre pas le droit de faire la grève, de décréter un lock-out ou de négocier collectivement — Effets négatifs de la protection constitutionnelle du droit de grève sur l'édifice social et juridique.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — La loi sur le retour au travail, soit la Loi de 1986 sur les opérations portuaires, qui interdit de faire la grève, ne viole pas l'art. 7 de la Charte — Chaque travailleur est libre d'exercer ses droits individuellement, mais non de faire valoir collectivement ses droits individuels — L'art. 7 de la Charte vise les droits individuels et non les droits collectifs — Il protège les intérêts qui relèvent traditionnellement et à proprement parler du pouvoir judiciaire — Le droit de faire la grève et le droit du Parlement, dans des circonstances appropriées, de le restreindre dans l'intérêt public, n'ont jamais traditionnellement relevé du pouvoir judiciaire — Le raisonnement applicable pour établir les limites de la liberté d'association dans la mesure où elle est reliée au droit des syndiqués de faire la grève est le même quand il s'agit d'établir les limites du droit à la liberté en vertu de l'art. 7 à cette même fin — L'art. 13 de la Loi, qui rend possible la peine d'emprisonnement en cas d'omission de payer l'amende, crée une infraction de responsabilité stricte — Il ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la Charte — Il existe une présomption réfutable selon laquelle les infractions contre le bien-être public sont des infractions de responsabilité stricte à moins qu'il soit clairement indiqué qu'on entend en faire une infraction de responsabilité absolue*

— Une loi créant un régime de réglementation qui protège l'intérêt public au cours des négociations d'une nouvelle convention collective est une loi relative au bien-être public — Rien dans la Loi ne montre l'intention de créer une infraction de responsabilité absolue.

*Labour relations — Back-to-work legislation — Maintenance of Ports Operations Act, 1986 ending lockout, extending duration of collective agreement and ensuring resumption of work at west coast ports, not violating Charter, ss. 2(d), 7 — Act, s. 13, providing for possibility of imprisonment in default of payment of fine, strict liability offence — Not violating Charter, s. 7.*

This was an appeal from the trial judgment holding that the *Maintenance of Ports Operations Act, 1986*—except for the penalty provision—did not violate the Charter, paragraph 2(d) and section 7 and a cross-appeal from the finding that section 13 of the back-to-work legislation did violate Charter, section 7. The Act ended a lockout, extended the duration of the most recent collective agreement and ensured the resumption of work in the ports on the west coast of Canada. The Trial Judge found that section 13, which provided for the possibility of imprisonment in default of payment of a fine, created an absolute liability offence and therefore violated section 7. The appellants invited the Court to revisit four Supreme Court of Canada cases which held that the right to freedom of association under Charter, paragraph 2(d) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association, but does not extend to protection of the right to strike or lockout or to bargain collectively. It was submitted that every worker has a right to choose not to work except under terms and conditions he has agreed to and, if necessary to freely withdraw his labour upon expiry of his contract of employment. The union argued that by forcing longshoremen to work in a particular location on certain terms and conditions on pain of criminal conviction, substantial fines and the threat of imprisonment, the *Maintenance of Ports Operations Act, 1986* compelled them to return to work under terms and conditions that had been lawfully repudiated thereby infringing their right to liberty under section 7.

*Held*, the appeal should be dismissed; the cross-appeal should be allowed.

As to contravention of paragraph 2(d), there was no valid reason to revisit the four Supreme Court of Canada decisions by which this Court was bound. The constitutionalization of the right to strike would have adverse effects upon the Canadian social and legal fabric.

The purpose of the legislation was not to compel forced labour in violation of one's right to liberty under section 7. Under the Act, every worker remained free to exercise his or her rights individually. An employee could, without incurring penal sanctions, resign or retire, go on vacation or sick leave. Employees were merely prevented from resorting to collective action to assert their individual rights. Charter, section 7 deals

*a* *Relations du travail — Loi sur le retour au travail — La Loi de 1986 sur les opérations portuaires, qui a mis fin à un lock-out, a prolongé la durée de la convention collective et a fait en sorte que le travail dans les ports de la côte ouest reprenne, ne viole ni l'art. 2d) ni l'art. 7 de la Charte — L'art. 13 de la Loi, qui rend possible la peine d'emprisonnement en cas d'omission de payer l'amende, crée une infraction de responsabilité stricte — Il ne viole pas l'art. 7 de la Charte.*

Il s'agit d'un appel interjeté contre un jugement de la Section de première instance portant que la *Loi de 1986 sur les opérations portuaires*, à l'exception de la disposition pénale, ne viole ni l'alinéa 2d) ni l'article 7 de la Charte, et d'un appel incident interjeté contre la conclusion selon laquelle l'article 13 de la loi sur le retour au travail viole l'article 7 de la Charte. La Loi a mis fin à un lock-out, elle a prolongé la durée de la convention collective la plus récente et elle a fait en sorte que le travail dans les ports de la côte ouest du Canada reprenne. Le juge de première instance a conclu que l'article 13, qui rend possible la peine d'emprisonnement en cas d'omission de payer l'amende, crée une infraction de responsabilité absolue et viole par conséquent l'article 7. Les appelants ont invité cette Cour à revoir les quatre décisions de la Cour suprême du Canada selon lesquelles, si la liberté d'association prévue à l'alinéa 2d) de la Charte protège la liberté de créer une association, de la maintenir et d'en être membre, elle ne couvre pas le droit de faire la grève, de décréter un lock-out ou de négocier collectivement. On a soutenu que les travailleurs ont le droit de décider de ne travailler que selon des conditions qu'ils ont acceptées et, si nécessaire, de refuser librement de fournir leurs services à l'expiration de leur contrat de travail. Selon le syndicat, en forçant les débardeurs à exécuter leurs tâches dans un endroit particulier et selon certaines conditions sous peine de déclaration de culpabilité criminelle, d'amendes considérables et de possibilités d'emprisonnement, la *Loi de 1986 sur les opérations portuaires* les a contraints à retourner au travail selon des conditions qui ont été légalement répudiées, et elle a ainsi violé leur droit à la liberté garanti à l'article 7.

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté; l'appel incident doit être accueilli.

En ce qui concerne la violation de l'alinéa 2d), il n'y a aucune raison valable de revoir les quatre décisions de la Cour suprême du Canada par lesquelles cette Cour est liée. La protection constitutionnelle du droit de grève aurait des effets négatifs sur l'édifice social et juridique canadien.

La Loi ne visait pas à contraindre quiconque à travailler en violation de son droit à la liberté prévu à l'article 7. En vertu de la Loi, chaque travailleur demeurerait libre d'exercer ses droits individuellement. L'employé pouvait, sans encourir de sanctions pénales, démissionner ou prendre sa retraite, prendre un congé annuel ou un congé de maladie. Il était simplement interdit aux employés de recourir à un geste collectif pour faire

with individual rights, not collective rights such as the right of union members to strike. This approach was consistent with case law which has tended to see section 7 as protecting interests "that are properly and have been traditionally within the domain of the judiciary". The right to strike and the right of Parliament to curtail it in the public interest in appropriate circumstances had never been within the domain of the judiciary. This interpretation avoided "the pitfalls of judicial interference in general public policy". The reasoning applicable to a determination of the scope of freedom of association as it related to the right of union members to strike applied as well to the determination of the scope of the right to liberty under section 7 for that same purpose. Union members as a collective group cannot do indirectly under section 7 what they cannot do directly under paragraph 2(d).

Section 13 created a valid strict liability offence, which did not offend Charter, section 7. There is a rebuttable presumption that public welfare or regulatory offences are strict liability offences for which the common law defences of due diligence and reasonable mistake of fact are available, unless there is a clear indication from the legislature that it intends to make it an absolute liability offence. The back-to-work legislation was a public welfare statute which created a regulatory scheme protecting the public interest while a new collective agreement was being negotiated. There was nothing in the Act to show any intent to make section 13 an absolute liability offence.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(d), 7.

*Maintenance of Ports Operations Act, 1986*, S.C. 1986, c. 46, ss. 3, 5, 8, 12, 13.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. L.R. (2d) 97; 87 C.L.L.C. 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; (1987), 38 D.L.R. (4th) 249; 87 C.L.L.C. 14,022; 32 C.R.R. 114; [1987] D.L.Q. 230; 75 N.R. 161; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; (1987), 38 D.L.R. (4th) 277; [1987] 3 W.W.R. 673; 87 C.L.L.C. 14,023; [1987] D.L.Q. 233; 74 N.R. 321; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; [1990] N.W.T.R. 289; (1990), 72 D.L.R.

valoir leurs droits individuels. L'article 7 de la Charte vise les droits individuels et non les droits collectifs comme celui des syndiqués de faire la grève. Cette démarche était conforme à la jurisprudence qui tend à donner à l'article 7 le rôle de protecteur des intérêts «qui relèvent traditionnellement et à proprement parler du pouvoir judiciaire». Le droit de faire la grève et le droit du Parlement, dans des circonstances appropriées, de le restreindre dans l'intérêt public, n'ont jamais traditionnellement relevé du pouvoir judiciaire. Cette interprétation évite «les pièges d'une ingérence de l'appareil judiciaire dans le domaine public en général». Le raisonnement applicable pour établir les limites de la liberté d'association dans la mesure où elle est reliée au droit des syndiqués de faire la grève est le même quand il s'agit d'établir les limites du droit à la liberté en vertu de l'article 7 à cette même fin. Comme groupe, les syndiqués ne peuvent faire indirectement, en vertu de l'article 7, ce qu'ils ne peuvent faire directement en vertu de l'alinéa 2d).

L'article 13 crée une infraction valide de responsabilité stricte qui ne porte pas atteinte à l'article 7 de la Charte. Il existe une présomption réfutable selon laquelle les infractions contre le bien-être public et les infractions de nature réglementaire sont des infractions de responsabilité stricte auxquelles on peut opposer les défenses de common law de diligence raisonnable et d'erreur de fait raisonnable à moins que le législateur indique clairement qu'il entend en faire une infraction de responsabilité absolue. La loi sur le retour au travail est une loi relative au bien-être public créant un régime de réglementation qui protège l'intérêt public au cours des négociations d'une nouvelle convention collective. Rien dans la Loi ne montre la moindre intention de faire de l'article 13 une infraction de responsabilité absolue.

#### LOI 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, 2d), 7.

*Loi de 1986 sur les opérations portuaires*, S.C. 1986, ch. 46, art. 3, 5, 8, 12, 13.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS SUIVIES:

*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. L.R. (2d) 97; 87 C.L.L.C. 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; (1987), 38 D.L.R. (4th) 249; 87 C.L.L.C. 14,022; 32 C.R.R. 114; [1987] D.L.Q. 230; 75 N.R. 161; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; (1987), 38 D.L.R. (4th) 277; [1987] 3 W.W.R. 673; 87 C.L.L.C. 14,023; [1987] D.L.Q. 233; 74 N.R. 321; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; [1990] N.W.T.R. 289; (1990), 72

(4th) 1; [1990] 5 W.W.R. 385; 90 C.L.L.C. 14,031; 49 C.R.R. 193; 112 N.R. 269.

## APPLIED:

*R. v. Martin*, [1992] 1 S.C.R. 838; (1992), 7 O.R. (3d) 319; affg (1991), 2 O.R. (3d) 16; 63 C.C.C. (3d) 71; 43 O.A.C. 378 (C.A.); *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; [1990] 4 W.W.R. 481; (1990), 68 Man. R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 65; 77 C.R. (3d) 1; 109 N.R. 81; *R. on the information of Mark Caswell v. Corporation of City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; (1978), 85 D.L.R. (3d) 161; 40 C.C.C. (2d) 353; 7 C.E.L.R. 53; 3 C.R. (3d) 30; 21 N.R. 295; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; (1990) 67 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 39 O.A.C. 161; 106 N.R. 161.

## REFERRED TO:

*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *R. v. Desgagnes*, no. 27-11828-755, S.P. 1975, Montréal, not reported; *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1992] 2 F.C. 130 (C.A.); *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; (1991), 67 C.C.C. (3d) 193; 8 C.R. (4th) 145; *Strasser v. Roberge*, [1979] 2 S.C.R. 953; (1979), 103 D.L.R. (3d) 193; 40 C.C.C. (2d) 129; 79 C.L.L.C. 14,233; 29 N.R. 541; *Allard (Ghislain) and Ville de Montreal*, [1982] 2 Can. L.R.B.R. 8; 82 C.L.L.C. 14,171.

## AUTHORS CITED

Law Reform Commission of Canada, *Criminal Responsibility for Group Action* (Working Paper No. 16) Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1976.

APPEAL and cross-appeal from trial judgment, *International Longshoremen's and Warehousemen's Union—Canada Area Local 500 v. Canada*, [1990] 2 F.C. 449; (1990), 69 D.L.R. (4th) 85; 90 CLLC 14,014; 33 F.T.R. 161 (T.D.). Appeal dismissed, cross-appeal allowed.

## COUNSEL:

*P. Nicholas M. Glass* and *Mari A. Worfolk* for appellants.  
*Eric A. Bowie, Q.C.* and *Meg Kinnear* for respondent.

D.L.R. (4th) 1; [1990] 5 W.W.R. 385; 90 C.L.L.C. 14,031; 49 C.R.R. 193; 112 N.R. 269.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. c. Martin*, [1992] 1 R.C.S. 838; (1992), 7 O.R. (3d) 319; conf. (1991), 2 O.R. (3d) 16; 63 C.C.C. (3d) 71; 43 O.A.C. 378 (C.A.); *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; [1990] 4 W.W.R. 481; (1990), 68 Man. R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 65; 77 C.R. (3d) 1; 109 N.R. 81; *R. sur la dénonciation de Mark Caswell c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; (1978), 85 D.L.R. (3d) 161; 40 C.C.C. (2d) 353; 7 C.E.L.R. 53; 3 C.R. (3d) 30; 21 N.R. 295; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et des recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; (1990) 67 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 39 O.A.C. 161; 106 N.R. 161.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *R. v. Desgagnes*, no. 27-11828-755, C.S.P. 1975, Montréal, non publié; *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, [1992] 2 C.F. 130 (C.A.); *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; (1991), 67 C.C.C. (3d) 193; 8 C.R. (4th) 145; *Strasser c. Roberge*, [1979] 2 R.C.S. 953; (1979), 103 D.L.R. (3d) 193; 40 C.C.C. (2d) 129; 79 C.L.L.C. 14,233; 29 N.R. 541; *Allard (Ghislain) and Ville de Montreal*, [1982] 2 Can. L.R.B.R. 8; 82 C.L.L.C. 14,171.

## DOCTRINE

Commission de réforme du droit du Canada, *Responsabilité pénale et conduite collective* (Document de travail n° 16) Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1976.

APPEL et appel incident contre un jugement de première instance, *Syndicat international des débardeurs et magasiniers—Canada, section locale 500 c. Canada*, [1990] 2 C.F. 449; (1990), 69 D.L.R. (4th) 85; 90 CLLC 14,014; 33 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.). Appel rejeté, appel incident accueilli.

## AVOCATS:

*P. Nicholas M. Glass* et *Mari A. Worfolk* pour les appelants.  
*Eric A. Bowie, c.r.* et *Meg Kinnear* pour l'intimée.



## SOLICITORS:

*Swinton & Company*, Vancouver, for appellants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

LÉTOURNEAU J.A.:

Facts and Issues

This is an appeal from a judgment of the Trial Division [[1990] 2 F.C. 449] dealing with the constitutionality of the *Maintenance of Ports Operations Act, 1986*,<sup>1</sup> the so-called back-to-work legislation enacted by Parliament which put an end to a lockout and ensured that the work in the ports of the west coast of Canada would resume.

The appellants, the International Longshoremen's and Warehousemen's Union and persons ordinarily employed in longshoring or other related operations who were subject to the provisions of the Act, challenged the Act on the basis that it violated the constitutionally protected rights and freedoms guaranteed by paragraph 2(d) and 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]]. Paragraph 2(d) guarantees freedom of association and section 7 the 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.

The learned Trial Judge found that the back-to-work legislation did not violate paragraph 2(d) and section 7, except for the penalty provision found in section 13 of that legislation which he concluded was inconsistent with section 7 of the Charter and consequently of no force or effect.

On appeal to this Court, the appellants submit that the learned Trial Judge erred in holding that the Act did not violate paragraph 2(d) and section 7 of the

<sup>1</sup> S.C. 1986, c. 46.

## PROCUREURS:

*Swinton & Company*, Vancouver, pour les appelants.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.:

Les faits et les questions en litige

Le présent appel est interjeté contre un jugement de la Section de première instance [[1990] 2 C.F. 449] portant sur la constitutionnalité de la *Loi de 1986 sur les opérations portuaires*<sup>1</sup>, qu'on a appelée la loi sur le retour au travail adoptée par le Parlement pour mettre fin à un lock-out et pour faire en sorte que le travail dans les ports de la côte ouest du Canada reprenne.

Les appelants, le Syndicat international des débardeurs et magasiniers et les personnes qui travaillent habituellement dans le domaine du débardage et qui poursuivent des activités connexes et qui sont assujetties aux dispositions de la Loi, ont contesté celle-ci pour le motif qu'elle viole les droits et libertés protégés par la Constitution et garantis par l'alinéa 2d) et 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]]. L'alinéa 2d) garantit la liberté d'association alors que l'article 7 assure que chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Le juge de première instance a conclu que la loi sur le retour au travail ne viole ni l'alinéa 2d) ni l'article 7, à l'exception de la disposition pénale prévue à l'article 13 de cette Loi qui, selon lui, est inopérant en raison de son incompatibilité avec l'article 7 de la Charte.

En appel devant cette Cour, les appelants soutiennent que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la Loi ne viole ni l'alinéa 2d)

<sup>1</sup> S.C. 1986, ch. 46.

Charter. They also contend that the Trial Judge erred in severing section 13 from the rest of the Act, leaving the balance of the Act valid. In a cross-appeal, the respondent, Her Majesty the Queen, submits that the Trial Judge misconstrued the law in deciding that section 13 of the Act violated section 7 of the Charter because it created an offence of absolute liability with a possibility of imprisonment in default of payment of a fine. Alternatively, the respondent argues that if it did violate section 7, it could be saved under section 1 of the Charter as the legislation had a sufficiently important objective to override the rights in question. Furthermore, the respondent claims that the Trial Judge erred in law in awarding costs to the appellants who had lost on all the major issues but succeeded only on a minor point. Therefore, the respondent requests that it be granted costs in both Divisions of this Court.

Paragraph 2(d) of the Charter: the right to freedom of association and the right to collectively bargain and to strike

The appellants invited this Court to revisit the four decisions of the Supreme Court of Canada<sup>2</sup> which ruled that the right to freedom of association under paragraph 2(d) of the Charter, while it protects the freedom to establish, belong to and maintain an association, does not extend to the protection of the right to strike or lockout or to bargain collectively. They could not give any valid reasons or justifications for doing so. The Trial Judge rightly decided that he was unquestionably bound by those decisions of the Supreme Court of Canada. Likewise, this Court is similarly bound.

One needs only read the decision of the Supreme Court in the *Alberta Reference*, [1987] 1 S.C.R. 313, to be convinced of the tremendous impact the constitutionalization of the right to strike would have on our social and legal fabric. At pages 416-417, McIn-

ni l'article 7 de la Charte. Le juge de première instance, soutiennent-ils, a également commis une erreur en dissociant l'article 13 du reste de la Loi pour maintenir la validité de cette dernière. Dans un appel incident, l'intimée, Sa Majesté la Reine, soutient que le juge de première instance a mal interprété la loi en décidant que l'article 13 de celle-ci porte atteinte à l'article 7 de la Charte parce qu'il crée une infraction de responsabilité absolue ouvrant la voie à une peine d'emprisonnement en cas d'omission de payer l'amende. Subsidiairement, l'intimée soutient que s'il viole effectivement l'article 7, l'article 13 peut se justifier en vertu de l'article premier de la Charte, l'objectif de la Loi étant suffisamment important pour l'emporter sur les droits en question. En outre, soutient l'intimée, le juge de première instance a commis une erreur de droit en adjugeant les dépens aux appelants dont l'action a été rejetée sur toutes les questions principales à l'exception d'un seul point accessoire. Par conséquent, l'intimée demande les dépens dans les deux sections de cette Cour.

L'alinéa 2d) de la Charte: le droit à la liberté d'association et le droit de négocier collectivement et de faire la grève

Les appelants ont invité cette Cour à revoir les quatre décisions de la Cour suprême du Canada<sup>2</sup> selon lesquelles, si la liberté d'association prévue à l'alinéa 2d) de la Charte protège la liberté de créer une association, de la maintenir et d'en être membre, elle ne couvre pas le droit de faire la grève, de décréter un lock-out ou de négocier collectivement. Ils n'ont pu motiver ou justifier valablement cette demande. Le juge de première instance s'est à juste titre considéré incontestablement lié par ces décisions de la Cour suprême du Canada. Cette Cour l'est également.

Il suffit de lire la décision de la Cour suprême dans le *Renvoi de l'Alberta*, [1987] 1 R.C.S. 313, pour être convaincu des répercussions extraordinaires qu'une protection constitutionnelle du droit de grève aurait sur notre édifice social et juridique. Aux pages 416 et

<sup>2</sup> *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367.

<sup>2</sup> *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367.

tyre J., after having alluded to the chilling effect it could have on the development of labour relations and on the legislative development of the right itself, wrote:

To constitutionalize a particular feature of labour relations by entrenching a right to strike would have other adverse effects. Our experience with labour relations has shown that the courts, as a general rule, are not the best arbiters of disputes which arise from time to time. Labour legislation has recognized this fact and has created other procedures and other tribunals for the more expeditious and efficient settlement of labour problems. Problems arising in labour matters frequently involve more than legal questions. Political, social, and economic questions frequently dominate in labour disputes. The legislative creation of conciliation officers, conciliation boards, labour relations boards, and labour dispute-resolving tribunals, has gone far in meeting needs not attainable in the court system. The nature of labour disputes and grievances and the other problems arising in labour matters dictates that special procedures outside the ordinary court system must be employed in their resolution. Judges do not have the expert knowledge always helpful and sometimes necessary in the resolution of labour problems. The courts will generally not be furnished in labour cases, if past experience is to guide us, with an evidentiary base upon which full resolution of the dispute may be made. In my view, it is scarcely contested that specialized labour tribunals are better suited than courts for resolving labour problems, except for the resolution of purely legal questions. If the right to strike is constitutionalized, then its application, its extent, and any questions of its legality, become matters of law. This would inevitably throw the courts back into the field of labour relations and much of the value of specialized labour tribunals would be lost.

He went on further to say at pages 419-420:

A further problem will arise from constitutionalizing the right to strike. In every case where a strike occurs and relief is sought in the courts, the question of the application of s. 1 of the *Charter* may be raised to determine whether some attempt to control the right may be permitted. This has occurred in the case at bar. The section 1 inquiry involves the reconsideration by a court of the balance struck by the Legislature in the development of labour policy. The Court is called upon to determine, as a matter of constitutional law, which government services are essential and whether the alternative of arbitration is adequate compensation for the loss of a right to strike. In the *PSAC* case, the Court must decide whether mere postponement of collective bargaining is a reasonable limit, given the Government's substantial interest in reducing inflation and the growth in government expenses. In the *Dairy Workers* case, the Court is asked to decide whether the harm caused to dairy

417, après avoir fait allusion au risque que cette protection freine l'évolution des relations de travail et l'essor législatif du droit lui-même, le juge McIntyre a écrit:

Constitutionnaliser un aspect particulier des relations de travail par l'enchéassement du droit de grève aurait d'autres effets négatifs. Notre expérience en matière de relations de travail montre que les tribunaux, en règle générale, ne sont pas les meilleurs arbitres des différends qui peuvent surgir à l'occasion. La législation du travail a reconnu ce fait, en créant d'autres procédures et d'autres tribunaux en vue d'obtenir un règlement plus prompt et efficace des problèmes qui surviennent dans le domaine du travail. Souvent, les problèmes en matière de travail ne se résument pas à des questions juridiques. Des questions politiques, sociales et économiques dominent fréquemment les conflits de travail. La création par voie législative de conciliateurs, de conseils d'arbitrage, de commissions des relations du travail et de tribunaux du travail a permis, dans une large mesure, de répondre à des besoins auxquels ne pouvait satisfaire le système judiciaire. La nature des conflits de travail, des griefs et des autres problèmes qui surgissent dans ce domaine, commande le recours à des procédures spéciales, en dehors du système judiciaire ordinaire, pour les résoudre. Les juges n'ont pas les connaissances spécialisées toujours utiles et parfois nécessaires pour résoudre les problèmes en matière de travail. Les tribunaux en général ne disposent pas dans ces affaires, si l'expérience passée peut nous guider, d'un fondement probatoire qui puisse permettre de résoudre complètement le différend. À mon avis, il n'est guère contesté que les tribunaux spécialisés en matière de relations de travail sont mieux équipés que les tribunaux judiciaires pour résoudre les problèmes en matière de travail, sauf s'il s'agit de questions purement juridiques. Si le droit de grève est constitutionnalisé, alors son application, sa portée et toutes questions relatives à sa légalité deviennent des questions de droit. Cela aurait inévitablement pour effet de relancer les tribunaux judiciaires dans le domaine des relations de travail et de faire perdre aux tribunaux spécialisés en relations de travail une grande partie de leur utilité.

Aux pages 419 et 420, il a ajouté:

Un autre problème se posera si le droit de grève est constitutionnalisé. Chaque fois qu'une grève se produit et qu'on s'adresse aux tribunaux, la question de l'application de l'article premier de la *Charte* peut être soulevée pour savoir s'il peut être permis de tenter jusqu'à un certain point de contrôler l'exercice de ce droit. C'est ce qui s'est produit en l'espèce. Une analyse en vertu de l'article premier comporte le réexamen par une cour de l'équilibre établi par le législateur lors de l'élaboration de sa politique ouvrière. On demande à la Cour de déterminer, selon le droit constitutionnel, quels services gouvernementaux sont essentiels et si la solution de l'arbitrage compense adéquatement la perte du droit de grève. Dans l'affaire *AFPC*, la Cour doit décider si le simple report de la négociation collective constitue une limite raisonnable, compte tenu de l'intérêt substantiel du gouvernement à juguler l'inflation et la croissance de ses dépenses. Dans l'affaire des *Travailleurs*

farmers through a closure of the dairies is of sufficient importance to justify prohibiting strike action and lockouts. None of these issues is amenable to principled resolution. There are no clearly correct answers to these questions. They are of a nature peculiarly apposite to the functions of the Legislature. However, if the right to strike is found in the *Charter*, it will be the courts which time and time again will have to resolve these questions, relying only on the evidence and arguments presented by the parties, despite the social implications of each decision. This is a legislative function into which the courts should not intrude. It has been said that the courts, because of the *Charter*, will have to enter the legislative sphere. Where rights are specifically guaranteed in the *Charter*, this may on occasion be true. But where no specific right is found in the *Charter* and the only support for its constitutional guarantee is an implication, the courts should refrain from intrusion into the field of legislation. That is the function of the freely-elected Legislatures and Parliament.

This is just as true now as it was five years ago. In the case at bar, considerable time, effort and expense was spent on determining, in application of section 1 of the *Charter*, whether Parliament's intervention was justified in the economic context which prevailed at the time. Expert evidence including macro- and micro-assessment of the economic impact of the work stoppage was introduced. Evidence was given as to the impact of the stoppage on Canadian producers, transporters and shippers, on Canada's international competitiveness, on Canada's credibility on the national and international markets, to name but a few issues. Real and speculative evidence of a conflicting nature was adduced as to the extent of the damages caused and as to the damages that would likely have resulted had there been no immediate legislative intervention. I shudder at the thought that any significant labour dispute necessitating a swift intervention from Parliament in the public interest would have to be settled through endless proceedings in a judicial forum.

Section 7 of the Charter: the right to liberty and the right to strike

In analyzing section 7 of the *Charter*, the Trial Judge adopted the procedure followed by Dickson C.J. in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, to determine the scope of freedom of expression mandated by paragraph 2(b) of the

*de l'industrie laitière*, on demande à la Cour de déterminer si le préjudice causé aux producteurs laitiers par la fermeture des usines laitières est suffisamment important pour justifier l'interdiction des grèves et des lock-out. Aucune de ces questions ne peut faire l'objet d'une solution fondée sur des principes. Il n'y a pas de réponse qui soit manifestement exacte à ces questions. Elles sont d'une nature particulièrement appropriées aux fonctions qu'exerce le législateur. Mais si le droit de grève se trouvait dans la *Charte*, il appartiendrait aux tribunaux de les résoudre à chaque fois, en ne se fondant que sur les preuves et les arguments offerts par les parties, en dépit des répercussions sociales de chaque décision. C'est là une fonction du législateur dans laquelle les tribunaux devraient éviter de s'ingérer. On a dit que les tribunaux, en raison de la *Charte*, devront s'engager dans le domaine législatif. Lorsque des droits sont expressément garantis par la *Charte*, il peut arriver que cela soit vrai. Mais lorsqu'aucun droit spécifique ne se trouve dans la *Charte* et que le seul fondement de sa garantie constitutionnelle est implicite, les tribunaux devraient s'abstenir d'intervenir dans le domaine législatif. C'est là le rôle des assemblées législatives et du Parlement librement élus.

Cela demeure vrai aujourd'hui comme il y a cinq ans. En l'espèce, on a consacré beaucoup de temps, d'effort et d'argent pour déterminer, en vertu de l'article premier de la *Charte*, si l'intervention du Parlement était justifiée compte tenu du contexte économique de l'époque. On a produit une preuve d'expert incluant une évaluation macro-économique et micro-économique des répercussions de l'arrêt de travail. On a également présenté une preuve portant sur les répercussions de l'arrêt à l'égard, pour n'énumérer que quelques éléments, des producteurs, des transporteurs et des expéditeurs canadiens, de la compétitivité du Canada sur le plan international et de la crédibilité du Canada sur les marchés nationaux et internationaux. On a produit des éléments de preuve matériels et théoriques divergents quant à l'étendue des dommages causés et à ceux qui auraient vraisemblablement résulté sans une intervention législative immédiate. Je frémis à l'idée qu'il faille régler les conflits de travail importants qui nécessitent, au nom de l'intérêt public, une intervention rapide du Parlement, au moyen de procédures sans fin devant les tribunaux.

L'article 7 de la Charte: le droit à la liberté et le droit de faire la grève

Dans son analyse de l'article 7 de la *Charte*, le juge de première instance a adopté la procédure suivie par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, pour établir les limites de la liberté d'expression

Charter. On this basis, the learned Trial Judge ruled that the right to strike does not fall within the purview of "life, liberty and security of the person" found in section 7.

The appellants submitted at the hearing that the issue in the case and under section 7 is not only the right to strike as the Trial Judge put it, but also the right of every individual or worker to freely exercise a choice not to work except under terms and conditions he has agreed to and, if necessary, to freely withdraw his labour upon expiry of his contract of employment. To put it another way, an individual should not be compellable, under the threat of penal sanctions, to go to work at a time, at a place and under terms imposed by Parliament when he has democratically rejected those terms. A person's right to liberty under section 7, they argued, is infringed by a law that forces that person to go back to work under terms and conditions that have been lawfully repudiated. According to the appellants' contention, the *Maintenance of Ports Operations Act, 1986* did nothing less than that. It forced each longshoreman to perform work in a particular location on certain terms and conditions on pain of criminal conviction, substantial fines and the threat of imprisonment. The appellants' contention calls for an interpretation of the Act and the purpose sought by Parliament in enacting it.

The key provisions are sections 3, 5, 8 and 12 of the Act which read:

3. On the coming into force of this Act,

(a) each company shall forthwith resume longshoring and related operations at ports on the west coast of Canada; and

(b) every person who is ordinarily employed in longshoring or related operations at a port on the west coast of Canada and who, on December 30, 1985, was bound by the collective agreement to which this Act applies shall, when so required, return forthwith to the duties of his employment.

garantie à l'alinéa 2d) de la Charte. De ce fait, le juge de première instance a statué que le droit de faire la grève ne fait pas partie du droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» reconnu à l'article 7.

À l'audience, les appelants ont soutenu que la question en cause en l'espèce et à l'article 7 ne se résume pas au droit de faire la grève comme l'a soutenu le juge de première instance, mais elle couvre également le droit des individus ou travailleurs d'exercer librement le choix de ne travailler que selon des conditions qu'ils ont acceptées et, si nécessaire, de refuser librement de fournir leurs services à l'expiration de leur contrat de travail. En d'autres termes, on ne devrait pouvoir contraindre un individu, sous la menace de sanctions pénales, à se présenter au travail au moment, à l'endroit et conformément à des conditions établies par le Parlement alors qu'il a démocratiquement rejeté ces conditions. Le droit à la liberté garanti à l'article 7, soutiennent-ils, est violé lorsqu'une loi force quelqu'un à retourner au travail selon des conditions qui ont été légalement répudiées. Selon les appelants, c'est ce que la *Loi de 1986 sur les opérations portuaires* a fait. Elle a contraint tous les débardeurs à exécuter leurs tâches dans un endroit particulier et selon certaines conditions sous peine de déclaration de culpabilité criminelle, d'amendes considérables et de possibilités d'emprisonnement. La prétention des appelants requiert que l'on interprète la Loi et l'objectif visé par le Parlement lorsqu'il a adopté celle-ci.

Les dispositions clés de la Loi sont les articles 3, 5, 8 et 12, ainsi libellés:

3. Dès l'entrée en vigueur de la présente loi:

a) les sociétés sont tenues de reprendre immédiatement le débardage et les opérations connexes dans les ports de la côte ouest du Canada;

b) les personnes employées ordinairement au débardage ou à des opérations connexes dans un port de la côte ouest du Canada, qui, le 30 décembre 1985, étaient liées par la convention collective visée par la présente loi, sont tenues de reprendre immédiatement leur travail lorsqu'on le leur demande.

5. The term of the collective agreement to which this Act applies is extended to include the period beginning on January 1, 1986 and ending on the day on which a new collective agreement entered into between the parties thereto in amendment or revision thereof comes into effect, or on December 31, 1988, whichever is the earlier.

a

8. During the term of the collective agreement to which this Act applies, as extended by section 5,

b

(a) no company shall declare or cause a lockout;

(b) no person who is an officer or representative of the union shall declare or authorize a strike against a company; and

c

(c) no person who is bound by the collective agreement to which this Act applies shall participate in a strike against a company.

d

12. Nothing in this Act shall be deemed to limit or restrict the rights of the parties to the collective agreement to which this Act applies to agree to vary or amend any of the provisions of the agreement as amended pursuant to this Act, other than a provision relating to the term of the agreement, and to give effect thereto.

e

I note in passing that section 12 maintained the right of the appellants, as a result of collective bargaining, to vary or amend the collective agreement. Section 5 extended the terms of the agreement until a set date or a new agreement is reached. Section 8 forbade the employer to declare a lockout and a member of the union to go on strike.

f

It appears from a reading of these sections that the purpose of the Act was to terminate an ongoing lockout, to extend the duration of the most recent collective agreement, to ensure that the employees who were out as a result of the lockout would come back to work and to prevent future lockouts or strikes.

h

As attractive as the appellants' argument may be, there is a short answer to it. The purpose of the legislation was not to compel forced labour in violation of one's right to liberty under section 7 of the Charter. Under the Act, every worker remained free to exercise his or her rights individually and there is evidence that some did just that. For instance, an

i

j

5. La durée de la convention collective visée par la présente loi est prolongée à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1986 jusqu'à ce qu'une nouvelle convention collective visant à la remplacer ou à la réviser soit conclue entre les parties, ou au plus tard jusqu'au 31 décembre 1988.

8. Pendant la durée de la convention collective visée par la présente loi et prolongée par l'article 5:

a) il est interdit à une société de déclarer ou de causer un lock-out;

b) il est interdit aux dirigeants et aux représentants du syndicat de déclarer ou de causer une grève à l'égard d'une société;

c) il est interdit aux personnes liées par la convention collective de participer à une grève à l'égard d'une société.

12. La présente loi n'a pas pour effet de restreindre le droit des parties à la convention collective visée par la présente loi de s'entendre pour en modifier toute disposition déjà modifiée par cette loi, à l'exception de celle qui porte sur sa durée, et de donner effet à la modification.

Je remarque en passant que l'article 12 maintient le droit des appelants, à la suite d'une négociation collective, de modifier la convention collective. L'article 5 prolonge la durée de la convention jusqu'à une date établie ou jusqu'à ce qu'une nouvelle convention soit conclue. L'article 8 interdit à l'employeur de déclarer un lock-out et au syndiqué de participer à une grève.

Il ressort de la lecture de ces articles que la Loi visait à mettre fin à un lock-out, à prolonger la durée de la convention collective la plus récente, à faire en sorte que les employés qui ne travaillaient pas en raison du lock-out retournent au travail et à éviter des lock-out ou des grèves dans l'avenir.

Aussi intéressante que la prétention des appelants puisse être, on peut y apporter une réponse bien simple. La Loi ne visait pas à contraindre quiconque à travailler en violation de son droit à la liberté prévu à l'article 7 de la Charte. En vertu de la Loi, chaque travailleur demeurait libre d'exercer ses droits individuellement et, selon la preuve, c'est ce que certains

employee could, without incurring penal sanctions, resign or retire, go on vacation or on sick leave or fail to show up at work for a valid reason.<sup>3</sup> He or she had the liberty to individually exercise his or her rights under the contract, including the right to terminate it. Section 5 of the Act, as already mentioned, extended the terms of the agreement until a set date or until a new agreement was reached. What the employees could not do, however, is to resort to a collective action, namely a strike, in order to collectively assert their individual rights. The legislation allowed for an individual action to be taken in conformity with the agreement but not for a collective strike action. To put it another way, the Act did not deprive the workers of their individual rights; it temporarily suspended their right to collectively exercise them by way of a collective work stoppage.

Here again it is worth quoting from the *Alberta Reference* case where McIntyre J., at pages 410-411, stressed the fundamental difference between what I would call an individual and a collective cessation of work. He wrote:

The second reason is simply that there is no analogy whatever between the cessation of work by a single employee and a strike conducted in accordance with modern labour legislation. The individual has, by reason of the cessation of work, either breached or terminated his contract of employment. It is true that the law will not compel the specific performance of the contract by ordering him back to work as this would reduce "the employee to a state tantamount to slavery" (I. Christie, *Employment Law in Canada* (1980), p. 268). But, this is markedly different from a lawful strike. An employee who ceases work does not contemplate a return to work, while employees on strike always contemplate a return to work. In recognition of this fact, the law does not regard a strike as either a breach of contract or a termination of employment. Every province and the federal Parliament has enacted legislation which preserves the employer-employee relationship during a strike (see *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, as amended, s. 107(2); *Labour Relations Act*, R.S.A. 1980 (Supp.), c. L-1.1, as amended, s. 1(2); *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, as

<sup>3</sup> See ss. 11.01 and 21.03(6) of the Collective Agreement and Vol. 1 of the Proceedings, at pp. 146-147; for an example of impunity in such circumstances, see the case of *R. v. Desgagnes*, Sessions of the Peace, Montréal, no. 27-11828-755, 1975 where a longshoreman charged with having participated in a strike was acquitted because he had reported himself sick in conformity with the prescriptions of the collective agreement that had been extended by a back-to-work legislation.

ont fait. Ainsi, l'employé pouvait, sans encourir de sanctions pénales, démissionner ou prendre sa retraite, prendre un congé annuel ou un congé de maladie ou ne pas se présenter au travail pour un motif valable<sup>3</sup>. Il avait la liberté d'exercer individuellement ses droits en vertu du contrat, dont celui d'y mettre fin. L'article 5 de la Loi, je le répète, prolongeait la durée de la convention jusqu'à une date établie ou jusqu'à ce qu'une nouvelle convention soit conclue. Toutefois, il était interdit aux employés de recourir à un geste collectif, soit une grève, pour faire valoir collectivement leurs droits individuels. Si la Loi permettait le recours à une action individuelle conforme à la convention, elle ne permettait pas une grève collective. En d'autres termes, la Loi ne privait pas les travailleurs de leurs droits individuels; elle suspendait temporairement leur droit de les exercer collectivement au moyen d'un arrêt de travail collectif.

Ici encore, il convient de reproduire un passage du *Renvoi de l'Alberta* dans lequel le juge McIntyre, aux pages 410 et 411, souligne la différence fondamentale entre ce que j'appellerais un arrêt de travail individuel et un arrêt de travail collectif. Il a écrit ceci:

La seconde raison est simplement qu'il n'y a aucune analogie entre un arrêt de travail par un seul employé et une grève faite conformément à la législation moderne en matière de travail. L'individu a, par son arrêt de travail, rompu son contrat de travail ou y a mis fin. Il est vrai que la loi ne forcera pas l'exécution en nature du contrat en lui ordonnant de retourner au travail, car cela abaisserait [TRADUCTION] «l'employé à un état équivalent à l'esclavage» (I. Christie, *Employment Law in Canada* (1980), à la p. 268). Mais, il y a là une différence marquée par rapport à une grève licite. L'employé qui cesse de travailler n'envisage pas un retour au travail, alors que les grévistes envisagent toujours un retour au travail. Reconnaisant ce fait, la loi ne considère pas la grève comme une rupture de contrat ni comme une cessation d'emploi. Chaque province et le Parlement fédéral ont adopté une mesure législative qui préserve le rapport employeur-employé au cours d'une grève (voir *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1 et ses modifications, par. 107(2); *Labour Relations Act*, R.S.A. 1980 (Supp.), chap. L-1.1 et ses modifications, par. 1(2); *Labour*

<sup>3</sup> Voir les art. 11.01 et 21.03(6) de la convention collective et le vol. 1 des actes de procédure, aux p. 146 et 147; pour un exemple d'impunité dans de telles circonstances, voir l'arrêt *R. v. Desgagnes*, Sessions de la paix, Montréal, n° 27-11828-755, 1975, dans lequel un débardeur accusé d'avoir participé à une grève a été acquitté parce qu'il s'est prévalu d'un congé de maladie en conformité avec les dispositions de la convention collective dont la durée avait été prolongée par une loi sur le retour au travail.

amended, s. 1(2); *The Labour Relations Act*, S.M. 1972, c. 75, as amended, s. 2(1); *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, as amended, s. 1(2); *The Labour Relations Act*, 1977, S.N. 1977, c. 64, as amended, s. 2(2); *The Trade Union Act*, S.N.S. 1972, c. 19, as amended, s. 13; *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, as amended, s. 1(2); *Labour Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. L-1, as amended, s. 8(2); *Labour Code*, R.S.Q. 1977, c. C-27, as amended, s. 110; and *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, as amended s. 2(f); and see *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609). Moreover, many statutes provide employees with reinstatement rights following a strike (Ontario, *Labour Relations Act*, s. 73; Quebec, *Labour Code*, s. 110.1; Manitoba, *The Labour Relations Act*, s. 11; and see *Canadian Air Line Pilots' Ass'n and Eastern Provincial Airways Ltd.* (1983), 5 CLRBR (NS) 368) and in the province of Quebec the employer is expressly prohibited from replacing employees who are lawfully on strike (s. 109.1).

Modern labour relations legislation has so radically altered the legal relationship between employees and employers in unionized industries that no analogy may be drawn between the lawful actions of individual employees in ceasing to work and the lawful actions of union members in engaging in a strike.

In my respectful view, section 7 of the Charter deals with individual rights, not collective rights such as the right of union members to strike. I am also mindful of Chief Justice Dickson's words in the *Alberta Reference* case, at page 367, that "There is no individual equivalent to a strike. The refusal to work by one individual does not parallel a collective refusal to work". In the context of the negotiation of a labour agreement, the individual rights of the members of a union are exercised, discussed and expanded in a collective process which, by necessity, is subject to a set of different rules to ensure its proper functioning. The individual members delegate the exercise of their rights to the collective bargaining unit with the possibility, if need be, of resorting to a collective action such as a strike. I believe the learned Trial Judge was right in his conclusion that the *Maintenance of Ports Operations Act, 1986* did not violate section 7 of the Charter by reason that it prohibited the appellants from taking strike action, be it in the form of collectively refusing to resume work pursuant to the cessation of the lockout or going on a strike proper at a later date.

*Code*, R.S.B.C. 1979, chap. 212 et ses modifications, par. 1(2); *The Labour Relations Act*, S.M. 1972, chap. 75 et ses modifications, par. 2(1); *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, chap. I-4 et ses modifications, par. 1(2); *The Labour Relations Act*, 1977, S.N. 1977, chap. 64 et ses modifications, par. 2(2); *The Trade Union Act*, S.N.S. 1972, chap. 19 et ses modifications, art. 13; *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, chap. 228 et ses modifications, par. 1(2); *Labour Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. L-1 et ses modifications, par. 8(2); *Code du travail*, L.R.Q. 1977, chap. C-27 et ses modifications, art. 110; et *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, chap. T-17 et ses modifications, al. 2f); voir aussi *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] R.C.S. 609). En outre, de nombreuses lois accordent aux employés le droit à la réintégration à la suite d'une grève (Ontario, *Loi sur les relations de travail*, art. 73; Québec, *Code du travail*, art. 110.1; Manitoba, *The Labour Relations Act*, art. 11; voir aussi *Canadian Air Line Pilots' Ass'n and Eastern Provincial Airways Ltd.* (1983), 5 CLRBR (NS) 368) et, dans la province de Québec, il est expressément interdit à l'employeur de remplacer ses employés licitement en grève (art. 109.1).

La législation moderne en matière de relations de travail a modifié d'une manière à ce point radicale les relations juridiques entre employés et employeurs dans les industries syndiquées qu'aucune analogie n'est possible entre les actes licites d'un employé, pris individuellement, qui cesse de travailler et les actes licites de syndiqués qui font la grève.

À mon humble avis, l'article 7 de la Charte vise les droits individuels et non les droits collectifs comme celui des syndiqués de faire la grève. En outre, je n'oublie pas les commentaires du juge en chef Dickson dans le *Renvoi de l'Alberta*, à la page 367, selon lequel «Il n'y a pas d'équivalent individuel à une grève. Le refus de travailler par un individu ne correspond nullement à un refus collectif de travailler». Dans le contexte de la négociation d'une convention de travail, les droits individuels des syndiqués sont exercés, négociés et élargis grâce à un processus collectif nécessairement assujéti à un ensemble de règles différentes qui assurent son bon fonctionnement. Les syndiqués délèguent l'exercice de leurs droits à une unité de négociation collective et ils ont la possibilité, le cas échéant, de recourir à un geste collectif comme la grève. À mon avis, le juge de première instance a conclu à juste titre que la *Loi de 1986 sur les opérations portuaires* ne viole pas l'article 7 de la Charte parce qu'elle interdit aux appellants de faire la grève, que ce soit en refusant collectivement de retourner au travail conformément à l'arrêt du lock-out ou en déclenchant une grève proprement dite ultérieurement.



Let me add that the approach I am taking to section 7 is consistent with the case law where the tendency is to see section 7 as protecting interests "that are properly and have been traditionally within the domain of the judiciary . . . . The common thread that runs throughout s. 7 and ss. 8-14 is the involvement of the judicial branch as guardian of the justice system" (per Lamer J., as he then was, in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at pages 1173-1174).

I am satisfied that the right to strike and the right of Parliament to curtail it in the public interest in appropriate circumstances have never been traditionally within the domain of the judiciary. This interpretation of section 7 avoids what my colleague MacGuigan J.A. called "the pitfalls of judicial interference in general public policy" (see *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1992] 2 F.C. 130 (C.A.), at page 158). This is even more obvious in a case like the one at bar where the back-to-work legislation involved important social, political and economic considerations with national and international ramifications which, I am convinced beyond any doubt, were never intended to be discussed under the right to individual liberty found in section 7.

I believe the appellants are trying to do under section 7, i.e., under the cover of the right to liberty, what they cannot do under paragraph 2(d), i.e., under freedom of association. As attractive as the arguments of the appellants may be, they purposely ignore the reality of the collective process of which the right to strike is an important feature. I agree with a submission made by counsel for the respondent that the thrust of the reasoning applicable to paragraph 2(d) to determine the scope of freedom of association as it related to the right of union members to strike applies as well to the determination of the scope of the right to liberty under section 7 for that same purpose. Union members as a collective group cannot do

Permettez-moi d'ajouter que ma démarche à l'égard de l'article 7 est conforme à la jurisprudence qui tend à donner à l'article 7 le rôle de protecteur des intérêts «qui relèvent traditionnellement et à proprement parler du pouvoir judiciaire . . . [L]e dénominateur commun de l'art. 7 et des art. 8 à 14 est l'intervention de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire» (motifs du juge Lamer, maintenant juge en chef, dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, aux pages 1173 et 1174).

Je suis convaincu que le droit de faire la grève et le droit du Parlement, dans des circonstances appropriées, de le restreindre dans l'intérêt public, n'ont jamais traditionnellement relevé du pouvoir judiciaire. Cette interprétation de l'article 7 évite ce que mon collègue le juge MacGuigan, J.C.A., a appelé «les pièges d'une ingérence de l'appareil judiciaire dans le domaine de l'ordre public en général» (voir *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, [1992] 2 C.F. 130 (C.A.), à la page 158). Cela est d'autant plus évident dans un cas comme l'espèce où la loi sur le retour au travail soulève d'importantes considérations d'ordre social, politique et économique qui entraînent des ramifications sur le plan national et international. Je suis convaincu hors de tout doute que l'on n'a jamais eu l'intention de discuter de ces considérations dans le contexte du droit à la liberté individuelle prévu à l'article 7.

Je crois que les appelants tentent de faire en vertu de l'article 7, c'est-à-dire sous le couvert du droit à la liberté, ce qu'ils ne peuvent faire en vertu de l'alinéa 2d), c'est-à-dire sous le couvert de la liberté d'association. Aussi intéressantes qu'elles puissent être, les prétentions des appelants font intentionnellement abstraction de la réalité de la démarche collective dont le droit de faire la grève est un élément important. Je conviens avec l'avocat de l'intimée que l'effet du raisonnement applicable à l'alinéa 2d) pour établir les limites de la liberté d'association dans la mesure où elle est reliée au droit des syndiqués de faire la grève est le même quand il s'agit d'établir les limites du droit à la liberté en vertu de l'article 7 à cette même

indirectly under section 7 what they cannot do directly under paragraph 2(d).

Section 7 of the Charter, section 13 of the impugned Act and the invalidity of that penal provision

In his judgment, the learned Trial Judge concluded that the penal provision found in section 13 of the *Maintenance of Ports Operations Act, 1986* created an absolute liability offence with the possibility of imprisonment in default of payment of the fine and as a result violated section 7 of the Charter. He also came to the conclusion that it could not be saved under section 1, but that it could be severed from the rest of the Act. He ruled that section 13 of the Act was of no force or effect.

Subsection 13(1) of the Act reads:

13. (1) Where an individual, the union or a company contravenes any provision of this Act, the individual, union or company, as the case may be, is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable, for each day or part of a day during which the offence continues, to a fine

(a) subject to paragraph (b), of not less than \$500 and not more than \$1,000, in the case of an individual who is convicted of the offence;

(b) of not less than \$10,000 and not more than \$50,000 where, in the case of an individual who is convicted of the offence, the individual was an officer or representative of the union or of the company and the offence was committed while the individual was acting in that capacity; or

(c) of not less than \$20,000 and not more than \$100,000, in the case of a company or the union that is convicted of the offence.

I have omitted subsections 2 and 3 as they are not in issue.

At the time of writing his reasons, the learned Trial Judge did not have the benefit of the decisions of the Supreme Court of Canada in *R. v. Martin*, [1992] 1 S.C.R. 838; affg (1991), 2 O.R. (3d) 16 (C.A.) and in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154.

As a result of the *Sault Ste. Marie* case (*R. on the information of Mark Caswell v. Corporation of City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299) and the *Martin* case (*supra*), there is a presumption that public welfare offences or regulatory offences are strict liability offences for which the common law defences

fin. Comme groupe, les syndiqués ne peuvent faire indirectement, en vertu de l'article 7, ce qu'ils ne peuvent faire directement en vertu de l'alinéa 2d).

L'article 7 de la Charte, l'article 13 de la Loi contestée et la nullité de la disposition pénale

Dans son jugement, le juge de première instance a conclu que la disposition pénale contenue à l'article 13 de la *Loi de 1986 sur les opérations portuaires*, qui crée une infraction de responsabilité absolue et rend possible la peine d'emprisonnement en cas d'omission de payer l'amende, viole l'article 7 de la Charte. Selon lui, cet article ne peut se justifier en vertu de l'article premier, mais il peut être dissocié du reste de la Loi. Il a jugé inopérant l'article 13 de la Loi.

Paragraphe 13(1) de la Loi est ainsi libellé:

13. (1) L'individu, le syndicat ou la société qui contrevient à la présente loi est coupable d'une infraction punissable par procédure sommaire et encourt, pour chacun des jours au cours desquels se commet ou se continue l'infraction :

a) sous réserve de l'alinéa b), dans le cas d'un individu, une amende de 500 \$ à 1 000 \$;

b) dans le cas d'un dirigeant ou d'un représentant d'une société ou du syndicat, une amende de 10 000 \$ à 50 000 \$ si l'infraction a été commise alors que l'individu agissait dans l'exécution de ses fonctions;

c) dans le cas d'une société ou du syndicat, une amende de 20 000 \$ à 100 000 \$.

J'ai omis les paragraphes 2 et 3 qui ne sont pas en litige.

Au moment où il a prononcé ses motifs, le juge de première instance ne bénéficiait pas des arrêts *R. c. Martin*, [1992] 1 R.C.S. 838; confirmant (1991), 2 O.R. (3d) 16 (C.A.) et *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, de la Cour suprême du Canada.

Depuis les arrêts *Sault Ste-Marie (R. sur la dénonciation de Mark Caswell c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie)*, [1978] 2 R.C.S. 1299) et *Martin* (précité), il existe une présomption selon laquelle les infractions contre le bien-être public et les infractions de nature réglementaire sont des infractions de res-

of due diligence and reasonable mistake of fact are available. This presumption can be displaced but it requires a clear indication from the legislature that it intends to make it an absolute liability offence. The Ontario Court of Appeal went further and decided that even if an offence appears to have the hallmarks of an absolute liability offence, it should be construed as an offence of strict liability to avoid conflict with the Charter (*R. v. Martin, supra*). This has the obvious advantage of sustaining the validity of a law while at the same time granting fairness to an accused.

Looking at the back-to-work legislation as a whole and specifically at section 13, I have no hesitation in concluding that the impugned statute is a public welfare statute, that it creates a regulatory scheme protecting the public interest while a new collective agreement is negotiated and, therefore, that the offence created by section 13 is a strict liability offence. It fits the underlying rationale given by the Law Reform Commission of Canada (*Criminal Responsibility for Group Action*, Working Paper No. 16, 1976, at page 12) and adopted by Mr. Justice La Forest in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at page 511:

[The regulatory offence] is not primarily concerned with values, but with results. While values necessarily underlie all legal prescriptions, the regulatory offence really gives expression to the view that it is expedient for the protection of society and for the orderly use and sharing of society's resources that people act in a prescribed manner in prescribed situations . . . The object is to induce compliance with rules for the overall benefit of society.

There is nothing at all in the Act which shows any intent whatsoever from Parliament to make it an absolute liability offence. Indeed, offences similar in nature to section 13 have been categorized as strict liability offences (*Strasser v. Roberge*, [1979] 2 S.C.R. 953; *Allard (Ghislain) and Ville de Montreal*, [1982] 2 Can. L.R.B.R. 8).

ponsabilité stricte auxquelles on peut opposer les défenses de common law de diligence raisonnable et d'erreur de fait raisonnable. Cette présomption ne peut être écartée que si le législateur indique clairement qu'il entend en faire une infraction de responsabilité absolue. La Cour d'appel de l'Ontario est allée plus loin lorsqu'elle a décidé que bien qu'une infraction paraisse renfermer toutes les caractéristiques d'une infraction de responsabilité absolue, elle doit être interprétée comme une infraction de responsabilité stricte afin d'éviter un conflit avec la Charte (*R. c. Martin*, précité). Cette interprétation comporte l'avantage certain de maintenir d'une part la validité d'une loi et d'autre part l'équité envers l'accusé.

L'étude de l'ensemble de la loi sur le retour au travail et particulièrement l'article 13 me permet de conclure sans hésiter qu'il s'agit d'une loi relative au bien-être public créant un régime de réglementation qui protège l'intérêt public au cours des négociations d'une nouvelle convention collective et, par conséquent, que l'infraction créée à l'article 13 est une infraction de responsabilité stricte. Elle correspond au principe fondamental énoncé par la Commission de réforme du droit du Canada (*Responsabilité pénale et conduite collective*, Document de travail n° 16, 1976, à la page 12) et adopté par le juge La Forest dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la page 511:

[Dans le cas de l'infraction de nature réglementaire], il ne s'agit pas cette fois de respecter les valeurs, mais d'obtenir des résultats. Bien que les «valeurs» soient nécessairement à la base de toute prescription d'ordre juridique, c'est à l'occasion des infractions réglementaires que se développe l'optique suivant laquelle il est pratique pour la protection de la société et l'utilisation et le partage ordonné de ses ressources, que les gens agissent d'une certaine manière dans des situations déterminées . . . Le but est d'inciter la population à se conformer aux règlements pour le bien général de la société.

Absolument rien dans la Loi ne montre la moindre intention du Parlement d'en faire une infraction de responsabilité absolue. En fait, certaines infractions semblables, en nature, à l'article 13 ont été qualifiées d'infractions de responsabilité stricte (*Strasser c. Roberge*, [1979] 2 R.C.S. 953; *Allard (Ghislain) and Ville de Montreal*, [1982] 2 Can. L.R.B.R. 8).

I am also fortified in my conclusion by the fact that in the *Martin* case already cited, the Ontario Court of Appeal, later affirmed by the Supreme Court of Canada, found that the disputed provision was one creating a strict liability offence notwithstanding that there was one other provision which expressly contained a defence of due diligence. Griffiths J.A. for the Court held, in application of the presumptions in *Sault Ste. Marie*, that the express provision of due diligence in one section did not manifest an intent of the legislature to preclude raising the defence under another. There is no ambiguity of this kind in the *Maintenance of Ports Operations Act, 1986*. In my view, section 13 creates a valid offence, one of strict liability which does not offend section 7 of the Charter. Having so found, it becomes unnecessary to deal with the issues of justification under section 1 and severance.

#### Conclusion

I would dismiss the appeal and I would allow the cross-appeal. The respondent should be entitled to her costs in the appeal both here and in the Trial Division. The respondent should also be entitled to her costs of the cross-appeal in this Court.

HEALD J.A.: I concur.

DÉCARY J.A.: I concur.

Je suis également renforcé dans mon opinion par le fait que, dans l'arrêt *Martin*, précité, confirmé ensuite par la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la disposition contestée créait une infraction de responsabilité stricte malgré l'existence d'une autre disposition prévoyant expressément la défense de diligence raisonnable. Au nom de la Cour d'appel, le juge Griffiths a conclu, en appliquant les présomptions établies dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, que la mention expresse de la défense de diligence raisonnable dans un article ne traduisait pas l'intention du législateur d'écarter cette défense dans un autre article. La *Loi de 1986 sur les opérations portuaires* ne comporte aucune ambiguïté semblable. À mon avis, l'article 13 crée une infraction valide de responsabilité stricte qui ne porte pas atteinte à l'article 7 de la Charte. Compte tenu de cette conclusion, je n'ai pas à me prononcer sur les questions de la justification en vertu de l'article premier et de la dissociation.

#### Conclusion

Je suis d'avis de rejeter l'appel et d'accueillir l'appel incident. L'intimée devrait avoir droit à ses dépens de l'appel en l'espèce et dans la Section de première instance. Elle devrait également avoir droit à ses dépens de l'appel incident dans cette Cour.

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

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

T-1160-92

T-1160-92

**Merck & Co. Inc., Merck Frosst Canada Inc. and Yamanouchi Pharmaceutical Co. Ltd. (Plaintiffs)**

**Merck & Co. Inc., Merck Frosst Canada Inc. et Yamanouchi Pharmaceutical Co. Ltd. (demandereses)**

v.

a

c.

**Interpharm Inc., Allen Barry Shechtman, Bernard Sherman, Northam Medication Service Inc., Inter-American Office Service Inc., Medicine Club of America Inc., Leonard Clayman, Bluma Clayman, 643402 Ontario Limited and Medichem Inc. (Defendants)**

b

**Interpharm Inc., Allen Barry Shechtman, Bernard Sherman, Northam Medication Service Inc., Inter-American Office Service Inc., Medicine Club of America Inc., Leonard Clayman, Bluma Clayman, 643402 Ontario Limited et Medichem Inc. (défenderesses)**

*INDEXED AS: MERCK & CO. v. INTERPHARM INC. (T.D.)*

c

*RÉPERTORIÉ: MERCK & CO. c. INTERPHARM INC. (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Giles A.S.P.—Toronto, September 14 and 18, 1992.

Section de première instance, protonotaire adjoint Giles—Toronto, 14 et 18 septembre 1992.

*Barristers and Solicitors — Implied undertaking of confidentiality — Motion to remove Gowling, Strathy & Henderson as solicitors for plaintiffs — While enforcing Anton Pillar type order when acting for another plaintiff in another patent infringement action, Gowling may have obtained information about defendants' operations useful to plaintiffs herein — Information so obtained subject to implied undertaking of confidentiality — Whether solicitor should be removed if might or could wrongfully deploy information subject to undertaking — Motion dismissed — Cases dealing with solicitor and client privilege not applicable as no solicitor and client relationship between defendants and Gowling, merely implied obligation on Gowling — Implied undertaking of confidentiality of insufficient public interest, when balanced against right of party to choose own solicitors and public interest in efficient administration of justice, to require Court to disqualify any solicitor who might wrongly deploy information subject to undertaking — Solicitor who fails to observe undertaking subject to citation for contempt — Implied undertaking restrains what solicitor does with information, but cannot prevent solicitor from retaining it in his mind — So long as existence and content of any disclosure not disclosed outside firm, retaining counsel having experience of similar cases in interest of efficient administration of justice.*

d

*Avocats et procureurs — Engagement tacite de discrétion — Requête visant à faire déclarer Gowling, Strathy & Henderson inhabile à continuer à représenter les demandereses — À l'occasion de l'exécution d'une ordonnance de type Anton Pillar pour le compte d'une autre demanderesse dans une autre affaire de contrefaçon, Gowling aurait été en mesure d'apprendre sur les activités des défenderesses des renseignements qui pourraient être utiles aux demandereses dans la présente espèce — Les renseignements ainsi appris seraient régis par un engagement tacite de discrétion — Faut-il déclarer inhabile l'avocat qui pourrait communiquer à mauvais escient des renseignements régis par un tel engagement? — Requête rejetée — Les jugements concernant le secret professionnel des avocats ne s'appliquent pas, car Gowling est lié aux défenderesses, non pas par des rapports d'avocat à client, mais par une obligation tacite — L'intérêt public que représente l'engagement tacite, quand on le met sur la balance à l'opposé de celui que représentent le droit d'une partie de choisir son propre avocat et la bonne administration de la justice, n'est pas assez lourd pour qu'on exige des tribunaux qu'ils déclarent inhabile tout avocat qui pourrait communiquer à mauvais escient des renseignements régis par un tel engagement — L'avocat qui viole l'engagement s'expose à être poursuivi pour outrage au tribunal — L'engagement tacite limite l'usage qu'un avocat peut faire des renseignements appris, mais il ne peut pas l'empêcher de les retenir dans son esprit — Il est dans l'intérêt supérieur de la bonne administration de la justice de retenir les services d'avocats qui ont déjà plaidé des causes semblables, à condition toutefois que les renseignements qui leur ont été révélés et leur existence ne soient pas divulgués à l'extérieur de leur cabinet.*

e

f

g

h

i

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

LOIS ET RÈGLEMENTS

*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663.*

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

j

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## DISTINGUISHED:

*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; 121 N.R. 1.

## CONSIDERED:

*Eli Lilly and Co. v. Interpharm Inc.* (1992), 42 C.P.R. (3d) 4 (F.C.T.D.); *Crest Homes Plc. v. Marks*, [1987] A.C. 829 (H.L.); *Spiliada Maritime Corpn. v. Cansule Ltd.*, [1987] A.C. 460 (H.L.); *Home Office v. Harman*, [1983] 1 A.C. 280 (H.L.).

## REFERRED TO:

*Bibby Bulk Carriers Ltd. v. Cansulex Ltd.*, [1989] Q.B. 155.

MOTION by defendants to remove Gowling, Strathy & Henderson as solicitors for plaintiffs. Motion dismissed.

## COUNSEL:

*Gordon F. Henderson, Q.C.* for plaintiffs.

*Harry B. Radomski* for defendants.

## SOLICITORS:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for plaintiffs.

*Goodman & Goodman*, Toronto, for defendants.

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

GILES A.S.P.: The motion before me was for an order removing Gowling, Strathy & Henderson (hereinafter "Gowling's") as solicitors for the plaintiffs. The principal ground was based on the fact that Gowling's had acted for the plaintiffs ("Eli Lilly") in *Eli Lilly and Co. v. Interpharm Inc.* (1992), 42 C.P.R. (3d) 4 (F.C.T.D.), an action by Eli Lilly against some of the defendants in this case and others for infringement of patents of certain drugs, not at issue in this case, allegedly infringed in the same manner as a patent at issue in this case has allegedly been infringed. In the course of prosecuting the Eli Lilly action an Anton Pillar type of order was obtained and in the course of enforcing that order the solicitors for Eli Lilly would have obtained information about the operations of these defendants which would possibly

## JURISPRUDENCE

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*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; 121 N.R. 1.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Eli Lilly and Co. c. Interpharm Inc.* (1992), 42 C.P.R. (3d) 4 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Crest Homes Plc. v. Marks*, [1987] A.C. 829 (H.L.); *Spiliada Maritime Corpn. v. Cansulex Ltd.*, [1987] A.C. 460 (H.L.); *Home Office v. Harman*, [1983] 1 A.C. 280 (H.L.).

## DÉCISION CITÉE:

*Bibby Bulk Carriers Ltd. v. Cansulex Ltd.*, [1989] Q.B. 155.

REQUÊTE des défenderesses visant à faire déclarer Gowling, Strathy & Henderson inhabile à continuer à représenter les demandereses. Requête rejetée.

## AVOCATS:

*Gordon F. Henderson, c.r.* pour les demandereses.

*Harry B. Radomski* pour les défenderesses.

## PROCUREURS:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour les demandereses.

*Goodman & Goodman*, Toronto, pour les défenderesses.

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

LE PROTONOTAIRE ADJOINT GILES: La requête dont je suis saisi vise à obtenir une ordonnance déclarant le cabinet d'avocats Gowling, Strathy & Henderson (ci-après désigné «Gowling») inhabile à continuer à représenter les demandereses. Elle se fonde principalement sur le fait que Gowling avait représenté les demandereses («Eli Lilly») dans l'affaire *Eli Lilly and Co. c. Interpharm Inc.* (1992), 42 C.P.R. (3d) 4 (C.F. 1<sup>re</sup> inst). Dans l'affaire citée, Eli Lilly poursuivait plusieurs sociétés, dont certaines des défenderesses dans la présente espèce, pour contrefaçon relativement à certains brevets pharmaceutiques qui ne sont pas en cause dans la présente espèce, contrefaçon qui serait semblable à celle qui aurait été commise relativement à un brevet en litige dans la présente espèce. Au cours de cette poursuite, une

be of use to the plaintiffs in this action. The information so obtained would be subject to an implied undertaking of confidentiality. The moving defendants argue that to allow solicitors who are subject to such an implied undertaking to act for another party in whose favour they might deploy (to use a neutral term) the information was to risk bringing justice into disrepute and for that reason counsel sought to persuade me that Gowling's should be ordered removed as solicitors for the plaintiffs. I dismissed the motion for reasons given from the bench but indicated that if counsel requested, I would give brief written reasons, which on request I now do.

Counsel pressed me to analogize to those cases where solicitors were removed for being in a position of possibly being able to infringe solicitor and client privilege. In those cases cited the solicitor of a client had become or was associated with the solicitor for a party with opposing interests to the client. In this case there is no suggestion that any member of the plaintiffs' legal firm ever entered into a solicitor and client relationship with the defendants or any of them. While there is no allegation of any use of the information subject to the implied undertaking by the particular member of the firm acting for the plaintiffs, nor even of any transmission of that information by other members of the firm who acted for Eli Lilly to the member who is acting for these plaintiffs, neither is there any evidence of any chalkline, cone of silence or any other steps being taken to attempt to ensure that the particular members of the firm who acted for Lilly do not communicate with the members of the firm acting for the plaintiffs. Should I have found that the principles in the solicitor and client cases applied, and that therefore there was an onus on the plaintiffs' solicitors to prove an absence of possible conflict, I would have been required by *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235 to order the solicitors removed because there is no evidence whatsoever to prove that a breach of the undertaking could not have taken place.

ordonnance de type Anton Pillar a été obtenue et, à l'occasion de son exécution, les avocats d'Eli Lilly auraient été en mesure d'apprendre sur les activités des défenderesses des renseignements qui pourraient être utiles aux demandereses dans la présente espèce. Les renseignements ainsi appris seraient régis par un engagement tacite de confidentialité. Les défenderesses qui m'ont présenté leur requête soutiennent qu'en permettant aux avocats liés par un tel engagement tacite de représenter une autre partie en faveur de laquelle ils pourraient communiquer (pour employer un terme neutre) les renseignements appris risque de ternir la réputation de la justice. Pour cette raison, leur avocat a tenté de me persuader d'ordonner que Gowling soit déclaré inhabile à continuer à représenter les demandereses. J'ai rejeté la requête en donnant oralement mes motifs à l'audience, mais j'ai indiqué que si l'avocat des défenderesses le demandait, je donnerais brièvement mes motifs par écrit, ce que je fais maintenant à sa demande.

L'avocat m'a prié de faire l'analogie avec des affaires dans lesquelles des avocats ont été déclarés inhabiles parce qu'ils se trouvaient dans une situation où ils risquaient de violer leur secret professionnel. Dans ces affaires, l'avocat d'un client a par la suite, soit représenté lui-même, soit travaillé pour le cabinet qui représentait une partie ayant des intérêts opposés à ceux dudit client. En l'espèce, rien n'indique qu'un membre du cabinet d'avocats des demandereses a jamais eu des rapports d'avocat à client avec l'une ou l'autre des défenderesses. Alors que personne n'a allégué que le membre du cabinet d'avocats qui représente les demandereses aurait utilisé les renseignements régis par un engagement tacite ou même que d'autres membres du cabinet d'avocats qui avaient représenté Eli Lilly lui auraient transmis de tels renseignements, rien n'indique non plus qu'on avait tracé une ligne à la craie, édifié un cône de silence ou pris d'autres mesures pour veiller à ce que les membres du cabinet d'avocats qui avaient représenté Lilly ne communiquent pas avec ceux qui représentent les demandereses. Si j'avais conclu que les principes établis par les jugements cités concernant le secret professionnel des avocats s'appliquaient à l'espèce et, par voie de conséquence, qu'il incombait aux avocats des demandereses de prouver qu'il ne pouvait y avoir incompatibilité, je serais obligé, aux termes de l'arrêt *Succession MacDonald*

Solicitor and client privilege is one of the basic principles which permit the operation of our justice system and public confidence in it. In order to support the public interest in the inviolability of the solicitor and client relationship the courts have imposed great inconvenience and have overridden without question personal rights such as the right of a person to choose his own counsel. In this case there is no suggestion that a lawyer who once acted for the defendant is now with the plaintiffs' firm. There is no suggestion of a solicitor and client relationship having been established between the defendants and anyone at Gowling's. The public interest in solicitor and client relationship is not engaged.

In my view the implied undertaking would be most impractical if it resulted in an ability to remove from a case any solicitor who was bound by an implied undertaking. The implied undertaking is not of sufficient public interest when balanced against the right of a party to choose his own solicitors and the public interest in the efficient administration of justice to require the Court to disqualify any solicitor who might wrongly deploy information subject to the undertaking. If a solicitor fails to observe the undertaking the remedy is to cite him for contempt, not to remove him.

A lawyer who takes cases regularly must have acquired a great deal of information subject to implied undertakings. In these days of specialized education and long work hours for junior lawyers, it is possible that a significant percentage of a lawyer's general knowledge will have been acquired in his practice of law, there having been little other opportunity for him to acquire the same. It is equally possible that a large portion of that general knowledge will be subject to implied undertakings. If the defendants' submissions are correct, few lawyers who have been called for any length of time will be able to take part in litigation. It is to be remembered that the undertaking is to the Court and is not limited to deploying

*c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, de déclarer les avocats inhabiles parce qu'absolument rien ne prouve qu'une violation de l'engagement n'aurait pu se produire.

*a*

Le secret professionnel des avocats est l'un des principes fondamentaux qui permettent à notre justice de bien fonctionner et d'inspirer confiance au public. Par souci pour l'intérêt public que représente l'inviolabilité de ce secret, les tribunaux ont imposé de grands inconvénients et ont écarté catégoriquement des droits individuels tels que celui d'une personne de choisir son propre avocat. En l'espèce, rien n'indique qu'un avocat qui a naguère représenté une défenderesse travaille aujourd'hui pour le cabinet d'avocats représentant les demandereses. Rien n'indique que des rapports d'avocat à client s'étaient établis entre les défenderesses et quiconque travaillant pour Gowling. L'intérêt public que représente le secret professionnel des avocats n'est pas en jeu.

J'estime que l'engagement tacite serait tout à fait irréaliste s'il permettait de déclarer inhabile à représenter d'autres clients tout avocat qui y est tenu. L'intérêt public que représente l'engagement tacite, quand on le met sur la balance à l'opposé de celui que représentent le droit d'une partie de choisir son propre avocat et la bonne administration de la justice, n'est pas assez lourd pour contraindre les tribunaux à déclarer inhabile tout avocat qui pourrait communiquer à mauvais escient des renseignements régis par un tel engagement. Si un avocat viole l'engagement, il convient de le poursuivre pour outrage au tribunal et non de le déclarer inhabile.

Un avocat qui a une nombreuse clientèle doit nécessairement apprendre beaucoup de renseignements régis par des engagements tacites. À une époque où les avocats doivent, en début de carrière, faire des études spécialisées et travailler de longues heures, il est possible qu'une proportion notable de leurs connaissances générales soit acquise dans l'exercice de leur profession, connaissances qu'ils auraient peu d'occasions d'acquérir dans d'autres circonstances. Il est également possible qu'une majeure partie de ces connaissances générales soit régie par des engagements tacites. Si l'on accepte la thèse des défenderesses, il y aura peu d'avocats ayant quelque expérience qui pourront continuer à prendre part à



information in cases involving one or more of the same parties.

Counsel were unable to cite any case where the question of whether a solicitor should be removed who might or could wrongfully deploy information subject to the undertaking was considered. There are however a number of cases where it is hard to conceive that if there were any such general principle that it would not have been considered. In *Crest Homes Plc. v. Marks*, [1987] A.C. 829 (H.L.) (case in which it is noted that the implied undertaking applies to information acquired as the result of an Anton Pillar type of order) the plaintiff alleged that the defendants had taken plans from the plaintiff. The defendants were ordered to surrender all such plans. A certain number of plans were surrendered. The plaintiff then commenced another action. The defendants in the second action included the defendants in the first action. An Anton Pillar type of order was obtained in the second action and a considerable number of plans were obtained which it was alleged ought to have been produced in response to the order in the first case. The report I have cited is of a motion to be released from the implied undertaking so that the information obtained as a result of the second order could be used in connection with contempt proceedings with regard to the first order. It is apparent that the use that is restricted by the implied undertaking does not include retaining the information in the brain or files of the lawyers so that it may be deployed for purposes such as considering the same when deciding whether contempt proceedings might be appropriate and indicating that a motion should be made to release the information from the implied undertaking so that it may be used in contempt proceedings.

Another set of circumstances in which I find it difficult to believe that disqualification of solicitors, because of the existence of an implied undertaking,

des procès. Il ne faut pas oublier que l'engagement de l'avocat est un engagement envers les tribunaux et ne se limite pas à la communication de renseignements dans les procès où une ou plusieurs parties sont d'anciens clients.

L'avocat des défenderesses n'a pas pu me citer un seul jugement où la question de savoir s'il fallait déclarer inhabile un avocat qui pourrait ou pouvait communiquer à mauvais escient des renseignements régis par l'engagement a été examinée. Il existe cependant plusieurs jugements dans lesquels il serait étonnant que, en supposant qu'un tel principe général existe, la question n'ait pas été examinée. Dans l'arrêt *Crest Homes Plc. v. Marks*, [1987] A.C. 829 (H.L.) (où le tribunal a fait remarquer que l'engagement tacite s'appliquait à des renseignements obtenus en conséquence d'une ordonnance de type Anton Pillar), la demanderesse soutenait que les défenderesses lui avaient pris des plans. Le tribunal a ordonné aux défenderesses de restituer les plans; un certain nombre d'entre eux ont été remis. La demanderesse a intenté alors un autre procès. Au nombre des défenderesses dans ce deuxième procès se trouvaient les défenderesses dans le premier procès. La demanderesse a obtenu une ordonnance de type Anton Pillar dans le deuxième procès et a pu reprendre possession d'un grand nombre de plans qui, selon elle, auraient dû être restitués lors de l'exécution de l'ordonnance obtenue dans le premier procès. L'arrêt que j'ai cité concerne une requête visant à libérer l'avocat de son engagement tacite afin que les renseignements obtenus en conséquence de la deuxième ordonnance puissent servir dans une poursuite pour outrage au tribunal relativement à la première ordonnance. Il est manifeste que les restrictions imposées par l'engagement tacite ne s'étendent pas à la rétention des renseignements dans le cerveau ou les classeurs des avocats et que ces renseignements peuvent être communiqués afin qu'ils puissent servir, notamment, à déterminer s'il convient d'intenter une poursuite pour outrage au tribunal et de présenter une requête visant à libérer l'avocat de son engagement tacite pour que les renseignements puissent être utilisés dans une poursuite pour outrage au tribunal.

Un autre arrêt où je trouve étonnant que la question de savoir s'il fallait déclarer les avocats inhabiles en raison de l'existence d'un engagement tacite de dis-

would not have been considered if there were such a principle is "the *Spiliada*" (*Spiliada Maritime Corpn. v. Cansulex Ltd.*, [1987] A.C. 460 (H.L.)). The *Spiliada* was one of a fleet of ships allegedly damaged by being loaded in Vancouver, British Columbia with allegedly damp sulphur. The ships had different owners, flew different flags, were bound to different foreign ports and apparently employed different types of bills of lading. However, their owners employed the same firm of English solicitors. Prior to the commencement of the *Spiliada* action a plaintiff had commenced an action with respect to damage allegedly done by damp sulphur to the ship *Cambridgeshire* by the same defendant as appears in the *Spiliada* action. After the *Cambridgeshire*, cases with respect to the *Artemis*, the *Semiramis* and possibly several other ships were commenced. Before the *Spiliada* case reached the House of Lords, it appears from the report of that case that 15 lawyers from the same firm with 75 files were deployed on similar cases. It is not clear how many ships were actually involved or how many cases. The House of Lords decision in the *Spiliada* was reported in 1987. In 1989 a dispute involving "the *Cleanthes*" was proceeding to arbitration. Again, damp sulphur loaded in Vancouver was involved. A motion was brought to release from the undertaking implied in the *Cambridgeshire*, a scientific report on the effect of damp sulphur on mild steel ("the mild steel report") (see *Bibby Bulk Carriers Ltd. v. Cansulex Ltd.*, [1989] Q.B. 155). It is quite apparent that the implied undertaking with regard to the mild steel report came into existence before the commencement of the *Spiliada* and continued in existence until after the House of Lords decision in the *Spiliada*. The motion for release of the mild steel report was not successful but it is quite apparent that the fact of the existence of the report must have been in the minds of the solicitors and have been there since they acted for the owners of the *Cambridgeshire*. The *Spiliada* deals with an order for service *ex juris*. There is no mention in the report of the case that the matter of the existence of an implied undertaking was even considered. However, in that the mild steel report would appear necessarily most relevant to any action involving the alleged damage by damp sulphur to the hull of a ship, I do not consider it possible that if there were any principle that solicitors restrained by an implied

création n'ait pas été examinée, en supposant qu'un tel principe existe, est l'arrêt «*Spiliada*» (*Spiliada Maritime Corpn. v. Cansulex Ltd.*, [1987] A.C. 460 (H.L.)). Le *Spiliada* est l'un de plusieurs navires qui auraient été endommagés parce qu'on les aurait chargés de soufre humide à Vancouver (Colombie-Britannique). Les navires appartenait à des propriétaires différents, battaient des pavillons différents, se dirigeaient vers des ports étrangers différents et employaient apparemment des types différents de connaissements. Par contre, leurs propriétaires étaient représentés par le même cabinet d'avocats anglais. Avant le commencement du procès *Spiliada*, une demanderesse avait intenté un procès au sujet des dommages qui auraient été causés au navire *Cambridgeshire* par la même défenderesse dans le procès *Spiliada* en raison du chargement de soufre humide. Après le procès *Cambridgeshire*, d'autres procès concernant l'*Artemis*, le *Semiramis* et peut-être plusieurs autres navires ont été intentés. Avant que le procès *Spiliada* parvienne jusqu'à la Chambre des lords, il semble, d'après le compte rendu de cette affaire, que le même cabinet aurait commis 15 avocats avec 75 dossiers pour s'occuper d'affaires semblables. On ne sait pas le nombre exact des navires en cause ni celui des procès. L'arrêt de la Chambre des lords dans l'affaire *Spiliada* a été publié en 1987. En 1989, un litige concernant le «*Cleanthes*» était en instance d'arbitrage. Il s'agissait encore là de soufre humide chargé à Vancouver. Une requête était déposée en vue d'obtenir que soit libérée de l'engagement tacite pris dans l'affaire *Cambridgeshire* une étude scientifique sur l'effet du soufre humide sur l'acier doux («l'étude sur l'acier doux») (voir *Bibby Bulk Carriers Ltd. v. Cansulex Ltd.*, [1989] Q.B. 155). Il est manifeste que l'engagement tacite au sujet de l'étude sur l'acier doux existait déjà avant le procès *Spiliada* et qu'il restait en vigueur après sa conclusion à la Chambre des lords. La requête visant la communication de l'étude sur l'acier doux n'a pas été accueillie, mais il est manifeste que les avocats devaient connaître l'existence de cette étude puisqu'ils représentaient les propriétaires du *Cambridgeshire*. L'affaire *Spiliada* concernait une ordonnance autorisant la signification à l'extérieur du ressort de la Cour. Il n'y aucune mention dans le compte rendu de l'affaire que la question de l'existence d'un engagement tacite ait été même examinée. Cependant, vu que l'étude sur l'acier doux

undertaking should be removed, that Lord Goff would have indicated that it was in the best interests of justice that the same firm of solicitors be used in the *Spiliada* as had been used in the earlier cases. One of the principal reasons for Lord Goff finding that England was the *forum conveniens* for the *Spiliada*, was that the same firm of solicitors could be used if the case were tried in England. I think it is worth quoting from the speech of Lord Goff where he points out the advantages of using the similar case educated solicitors [at pages 485-486].

I believe that anyone who has been involved, as counsel, in very heavy litigation of this kind, with a number of experts on both sides and difficult scientific questions involved, knows only too well what the learning curve is like; how much information and knowledge has to be, and is, absorbed, not only by the lawyers but really by the whole team, including both lawyers and experts, as they learn about the interrelation of law, fact and scientific knowledge, having regard to the contentions advanced by both sides in the case, and identify in their minds the crucial matters on which attention has to be focused, why these are the crucial matters, and how they are to be assessed. The judge in the present case has considerable experience of litigation of this kind, and is well aware of what is involved. He was, in my judgment, entitled to take the view (as he did) that this matter was not merely of advantage to the shipowners, but also constituted an advantage which was not balanced by a countervailing equal disadvantage to Cansulex; and (more pertinently) further to take the view that having experienced teams of lawyers and experts available on both sides of the litigation, who had prepared for and fought a substantial part of the *Cambridgeshire* action for Cansulex (among others) on one side and the relevant owners on the other, would contribute to efficiency, expedition and economy—and he could have added, in my opinion, both to assisting the court to reach a just resolution, and to promoting a possibility of settlement, in the present case. This is not simply a matter, as Oliver L.J. suggested, of financial advantage to the shipowners; it is a matter which can, and should, properly be taken into account, in a case of this kind, in the objective interests of justice.

Before leaving the sulphur fleet I should perhaps note that the solicitor seeking release from the implied undertaking in *Bibby* were the solicitors act-

semble nécessairement très pertinente à l'égard de tout procès portant sur des dommages qu'aurait causés le soufre humide à la coque des navires, je doute fort, en supposant qu'il existe un principe voulant que les avocats tenus par un engagement tacite soient déclarés inhabiles, que le lord juge Goff eût indiqué qu'il était dans l'intérêt supérieur de la justice de permettre que le même cabinet d'avocats qui avait agi dans les procès antérieurs puisse agir dans le procès *Spiliada*. L'un des principaux motifs qu'a donnés le lord juge Goff pour statuer que dans l'affaire *Spiliada* le *forum conveniens* serait l'Angleterre était le fait que le même cabinet d'avocats pouvait être retenu si le procès se déroulait devant un tribunal anglais. J'estime qu'il vaut la peine de citer un extrait de son discours dans lequel il mentionnait les avantages de pouvoir utiliser des avocats qui avaient déjà plaidé des causes semblables [aux pages 485 et 486].

[TRADUCTION] Je crois que quiconque ayant plaidé dans un procès extrêmement complexe comme celui-ci, avec de nombreux experts dans les deux camps et de difficiles questions scientifiques à examiner, sait parfaitement l'aspect de la courbe d'apprentissage ainsi que la quantité de renseignements et de connaissances qui sont et doivent être assimilées, non seulement par les avocats, mais vraiment par tous les membres de l'équipe, y compris les experts, lorsqu'ils apprennent l'interaction du droit, des faits et des connaissances scientifiques, compte tenu des arguments avancés par les deux camps, et que leur esprit relève les questions cruciales auxquelles il faut consacrer une attention particulière, reconnaît pourquoi ce sont des questions cruciales et découvre la façon de les évaluer. En l'espèce, le juge a une expérience considérable des procès de ce genre et est parfaitement conscient des problèmes en cause. À mon avis, il pouvait légitimement estimer (comme il l'a fait) que non seulement la chose était avantageuse pour les propriétaires des navires, mais aussi que c'était un avantage qui n'entraînait pas un désavantage correspondant pour Cansulex. Il pouvait aussi légitimement estimer (de manière plus pertinente) qu'en l'espèce il serait plus efficace, plus expéditif et plus économique pour la justice—à mon avis, il aurait pu ajouter que cela aiderait le tribunal à trouver une juste solution au litige et favoriserait un éventuel règlement du différend—d'avoir dans les deux camps des équipes expérimentées d'avocats et d'experts qui avaient déjà préparé et défendu une bonne partie du procès *Cambridgeshire* pour le camp Cansulex (et d'autres clients) et pour le camp des propriétaires. Il ne s'agit pas simplement, comme l'a indiqué le lord juge Oliver, d'un avantage financier pour les propriétaires de navires; c'est une chose dont le tribunal, dans un procès comme celui-ci, peut et doit tenir compte dans l'intérêt objectif de la justice.

Avant de quitter l'affaire de la flotte chargée de soufre, je devrais peut-être mentionner que l'avocat qui demandait à être libéré de l'engagement tacite

ing for the owners of the *Cleanthes*, surely circumstances in which a motion to remove might have been expected if any such thing were usual.

In my view cases dealing with solicitor and client privilege do not apply to situations where solicitor and client privilege is not involved but implied obligations bind a solicitor. Next it is my view that the implied undertaking restrains what a solicitor does with the information but cannot prevent the solicitor from retaining it in his mind.

I believe the undertaking has been given its widest scope in *Home Office v. Harman*, [1983] 1 A.C. 280 (H.L.).

There the undertaking was held infringed by the lawyer supplying the information to a newspaper reporter in the apparent hope that the material would be used to aid an activist group for which she was also a lawyer. When criticizing the lawyer the House of Lords made no suggestion that there was anything improper in her acting for both clients. What was improper was the use she made of the information. In my view so long as the content of any disclosure and perhaps even its very existence are not disclosed outside the firm it is in the best interests of the efficient administration of justice that counsel be retained who have had the educational experience of participating in similar cases. I would therefore on general principles dismiss the motion.

In *MacDonald Estate v. Martin*, as I understand the reasons of the majority, it was held that when seeking to determine the applicability of solicitor and client privilege each case must be decided on its own facts. While I have concluded that solicitor and client privilege principles are not applicable to this case, if I should have considered this case on a subjective basis I note the following: this motion arises because this defendant fears that this counsel might use information supplied by the defendant under compulsion. That information must be of one or both of two basic kinds: either information relevant to the issues in this case or information irrelevant to the issues in this case. If the information is irrelevant the contempla-

pris dans l'affaire *Bibby* représentait les propriétaires du *Cleanthes*. Ce sont là des circonstances qui auraient dû donner vraisemblablement lieu à une requête visant à le déclarer inhabile si une telle déclaration était normale.

À mon avis, les jugements concernant le secret professionnel des avocats ne s'appliquent pas aux cas où l'avocat est lié, non pas par le secret professionnel, mais par des obligations tacites. D'autre part, j'estime que l'engagement tacite limite l'usage qu'un avocat peut faire des renseignements appris, mais il ne peut pas l'empêcher de les retenir dans son esprit.

Je crois que l'arrêt *Home Office v. Harman*, [1983] 1 A.C. 280 (H.L.) a donné à l'engagement sa plus grande portée.

Dans cette affaire, le tribunal a statué que l'avocate avait violé son engagement lorsqu'elle avait communiqué à un journaliste des renseignements qui, espérait-elle vraisemblablement, pourraient aider un groupe d'activistes qui avaient aussi retenu ses services. En critiquant l'avocate, la Chambre des lords n'a pas dit que c'était irrégulier de sa part de représenter à la fois ses deux clients. Ce qui était irrégulier, c'était l'usage qu'elle avait fait des renseignements. À mon avis, il est dans l'intérêt supérieur de la bonne administration de la justice de retenir les services d'avocats qui ont déjà plaidé des causes semblables, à condition toutefois que les renseignements qui leur ont été révélés, et peut-être leur existence même, ne soient pas divulgués à l'extérieur de leur cabinet. Par conséquent, je rejetterais la requête pour des principes généraux.

Selon l'arrêt *Succession MacDonald c. Martin*, si je comprends bien les motifs de l'opinion majoritaire, lorsqu'il s'agit de décider si le secret professionnel des avocats s'applique, il faut juger chaque cas en examinant les faits de l'espèce. Alors que j'ai conclu que les principes du secret professionnel des avocats ne s'appliquent pas à la présente espèce, voici les observations que je ferais si j'avais à examiner subjectivement cette affaire. Cette requête est présentée par la défenderesse qui craint que l'avocat utilise des renseignements qu'elle a fournis sous la contrainte. Les renseignements en cause doivent appartenir à l'une ou l'autre de deux catégories fondamentales: ou ils sont pertinents à l'égard des questions en litige en

tion of it within the law firm will do the defendant no harm. If, as is unfortunately not unknown in cases in this Court, the law firm attempts to plead or introduce in evidence irrelevant information, the defendant has remedies available in the Rules [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] to strike irrelevant pleadings or to request a judge to ignore irrelevant evidence or prohibit its introduction and in addition can presumably move for contempt. If the information is relevant the defendant will have to disclose it either in its affidavit of documents or in its oral discovery. The potential mischief in the case of relevant material is then that the solicitors might disclose it in that short period of time between the institution of the action and discovery. Against this mischief, of what I will call possible mistiming, I have to weigh such factors as the plaintiffs' right to choose their own counsel and the interests of justice in efficiency, savings in costs and savings in time. When so phrased the subjective decision is quite obviously in favour of the solicitors continuing to act. In my view, therefore, both the objective and subjective considerations require that this motion be dismissed.

ORDER:

Motion dismissed.

l'espèce ou ils ne le sont pas. S'ils ne sont pas pertinents, leur examen au sein du cabinet d'avocats ne causera aucun tort à la défenderesse. Si le cabinet d'avocats essaie de les utiliser dans ses conclusions ou dans sa preuve, comme cela arrive malheureusement parfois devant cette Cour, les Règles [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] offrent à la défenderesse des moyens de recours pour radier ces conclusions ou pour demander au juge de ne pas tenir compte de cette preuve ou de ne pas la recevoir, sans compter qu'elle peut vraisemblablement demander que l'avocat soit condamné pour outrage au tribunal. Si les renseignements sont pertinents, la défenderesse sera tenue de les déclarer, soit dans son affidavit relatif aux documents, soit pendant l'interrogatoire préalable. Le tort qui risque d'être causé si les renseignements sont pertinents, c'est que les avocats pourraient les divulguer pendant le bref intervalle de temps entre l'introduction de l'instance et l'interrogatoire préalable. Pour contrebalancer ce tort, résultant de ce que j'appellerais un déphasement possible, je dois prendre en considération des facteurs tels que le droit des demanderesse de choisir leur propre avocat et l'intérêt d'une justice efficace, rapide et économique. Compte tenu de ces paramètres, la décision subjective penche manifestement en faveur du maintien des avocats. Par conséquent, j'estime que les considérations tant objectives que subjectives exigent que la requête soit rejetée.

ORDONNANCE:

La requête est rejetée.

T-1155-92

**J.G. Morgan Development Corporation**  
(Applicant)

v.

**Minister of Public Works, 926260 Ontario Ltd., Thomas N. Hammond & Associates Ltd., Cohole Development Corporation, Clifford O.O/A Ventures 2000 & Grant Development Corporation and Garth Aselford Developments Limited & J. Walton Developments Limited (Respondents)**

*INDEXED AS: J.G. MORGAN DEVELOPMENT CORP. v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS) (T.D.)*

Trial Division, Denault J.—Ottawa, June 29 and September 30, 1992.

*Crown — Contracts — Leased accommodation — Tenders — Lowest bidder on second tender process unable to post required security bond — Department of Public Works contracting with second lowest bidder without resorting to third tender process as more than one year passed since beginning of process — Unsuccessful bidder's motion for certiorari denied for undue delay (3 months) in bringing motion and as granting motion would prejudice DPW and contractor — Court without jurisdiction to review DPW's decision to award contract as contract not negotiated pursuant to powers conferred by Act of Parliament but to powers incidental to Crown's inherent right to contract and following principles of agency — Inherent right to contract recognized by doctrine and case law in Canada and other common law jurisdictions.*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Department of Public Works inviting bids for contract to lease office space — Lowest bidder on second tender process unable to post required security bond — DPW contracting with second lowest bidder without resorting to third tender process as more than one year passed since beginning of process — Certiorari denied for undue delay in bringing motion and as granting motion would prejudice DPW and contractor — Issue of Court's jurisdiction to review decision to award contract under tender not resolved as contract not awarded pursuant to tender process but as result of direct negotiations — Court without jurisdiction to review DPW's decision to award contract as contract negotiated pursuant to powers incidental to Crown's inherent right to contract and not, as required for jurisdiction under Federal Court Act, pursuant to powers conferred by or under Act of Parliament — Exception to obligation to use*

T-1155-92

**J.G. Morgan Development Corporation**  
(requérante)

a c.

**Ministre des Travaux publics, 926260 Ontario Ltd., Thomas N. Hammond & Associates Ltd., Cohole Development Corporation, Clifford O.O/A Ventures 2000 & Grant Development Corporation et Garth Aselford Developments Limited & J. Walton Developments Limited (intimés)**

*RÉPERTORIÉ: J.G. MORGAN DEVELOPMENT CORP. c. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Denault—Ottawa, 29 juin et 30 septembre 1992.

*Couronne — Contrats — Locaux loués — Appel d'offres — Le plus bas soumissionnaire lors du second appel d'offres était incapable de fournir le cautionnement exigé — Le ministère des Travaux publics a contracté avec le soumissionnaire qui s'était classé deuxième sans lancer un troisième appel d'offres étant donné que plus d'une année s'était écoulée depuis le début du processus — La requête en certiorari du soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue est rejetée en raison du retard excessif (3 mois) dans la présentation de sa requête et parce que le fait d'accueillir la requête causerait un préjudice au Ministère et à l'entrepreneur — La Cour n'a pas compétence pour contrôler la décision par laquelle le Ministère a attribué le marché, étant donné que le marché n'a pas été négocié en vertu de pouvoirs prévus par une loi fédérale mais en vertu de pouvoirs accessoires au droit inhérent de contracter de la Couronne et suivant les principes du mandat — Le droit inhérent de contracter est reconnu par la doctrine et la jurisprudence au Canada et dans d'autres territoires de common law.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Le ministère des Travaux publics a lancé un appel d'offres en vue de la conclusion d'un marché portant sur la location de bureaux — Le plus bas soumissionnaire lors du second appel d'offres était incapable de fournir le cautionnement exigé — Le Ministère a contracté avec le soumissionnaire qui s'était classé deuxième sans lancer un troisième appel d'offres étant donné que plus d'une année s'était écoulée depuis le début du processus — La requête en certiorari est rejetée à cause d'un retard excessif dans la présentation de la requête et parce que le fait d'accueillir la requête causerait un préjudice au Ministère et à l'entrepreneur — La question de la compétence de la Cour pour contrôler la décision d'attribuer le marché à la suite de l'appel d'offres n'est pas résolue, étant donné que le marché n'a pas été attribué dans le cadre d'un appel d'offres mais à la suite de négociations directes — La*

*tender process in conformity with Government Contract Regulations where, given nature of work, not in public interest to solicit bids — Given all circumstances herein, not in public interest to engage in another tender process — Presence of exceptional circumstance set out in Government Contract Regulations, s. 6 taking negotiations outside ambit of Regulations and into Crown's inherent right to contract, over which Court without judicial review jurisdiction — Motion dismissed without costs as permitted Court to clarify issue of jurisdiction.*

*Construction of statutes — Government Contract Regulations, s. 6 — Difference between French, English texts noted — English text speaking of "nature of the work": French text "nature du marché" — "Marché" defined therein as "construction, goods or service contract" or "lease" — In context, "work" much broader than "contract" — Interpretation issue not resolved as raised by Court, not counsel.*

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4).*

*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).*

*Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 41.*

*Government Contract Regulations, SOR/87-402, ss. 5, 6.*

*Public Works Act, R.S.C., 1985, c. P-38.*

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Verreault (J.E.) & Fils Ltée v. Attorney General (Quebec)*, [1977] 1 S.C.R. 41; (1975), 57 D.L.R. (3d) 403; 5 N.R. 271; *Attorney General of Quebec v. Labrecque et al.*, [1980] 2 S.C.R. 1057; (1980), 81 CLLC 14,119.

##### REFERRED TO:

*Hawker Pacific Pty Ltd v Freeland* (1983), 52 ALR 185 (F. Ct. Aust.).

*Cour n'a pas compétence pour contrôler la décision par laquelle le Ministère a attribué le marché, étant donné que le marché a été négocié en vertu de pouvoirs accessoires au droit inhérent de contracter de la Couronne et non en vertu de pouvoirs prévus par une loi fédérale, ainsi que l'exige la Loi sur la Cour fédérale pour que la Cour fédérale ait compétence — L'exception à l'obligation de lancer un appel d'offres est conforme au Règlement sur les marchés de l'État dans les cas où la nature du marché est telle qu'un appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public — Compte tenu de l'ensemble des circonstances en cause en l'espèce, lancer un autre appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public — La présence de l'une des circonstances exceptionnelles énoncées à l'art. 6 du Règlement sur les marchés de l'État soustrait les négociations du champ d'application du Règlement et les fait relever du droit inhérent de contracter de la Couronne, sur lequel la Cour n'est pas compétente pour exercer un contrôle judiciaire — La requête est rejetée sans frais, étant donné qu'elle a permis à la Cour de clarifier la question de sa compétence.*

*Interprétation des lois — Art. 6 du Règlement sur les marchés de l'État — La Cour constate une différence entre la version française et la version anglaise — Le texte anglais parle de «nature of the work», tandis que le texte français parle de «nature du marché» — Le terme «marché» y est défini comme étant un «marché de travaux publics», un «marché de fournitures», un «marché de services» ou un «bail» — Dans ce contexte, le terme «work» est beaucoup plus large que le terme «contract» — La question d'interprétation n'est pas résolue étant donné qu'elle a été soulevée par la Cour et non par les avocats.*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod., *idem*, art. 4).*

*Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 41 (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 50 (ann. II, item 11)).*

*Loi sur les travaux publics, L.R.C. (1985), ch. P-38.*  
*Règlement sur les marchés de l'État, DORS/87-402, art. 5, 6.*

*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (éditée par DORS/92-43, art. 19).*

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Verreault (J.E.) & Fils Ltée c. Procureur général (Québec)*, [1977] 1 R.C.S. 41; (1975), 57 D.L.R. (3d) 403; 5 N.R. 271; *Procureur général du Québec c. Labrecque et autres*, [1980] 2 R.C.S. 1057; (1980), 81 CLLC 14, 119.

##### DÉCISION MENTIONNÉE:

*Hawker Pacific Pty Ltd v Freeland* (1983), 52 ALR 185 (F. Ct. Aust.).

## AUTHORS CITED

- Dussault, René and Borgeat, Louis. *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed., vol. 1, Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.
- Griffith, J. A. G. and H. Street. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed., London: Pitnam Publishing, 1963.
- Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1989.

APPLICATION for *certiorari* quashing a decision of the Minister of Public Works to award a contract for leased accommodation. Application dismissed.

## COUNSEL:

- Martin W. Mason* for applicant.
- Peter M. Southey* for respondent Minister of Public Works.
- James H. Smellie* for respondents.

## SOLICITORS:

- Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for applicant.
- Deputy Attorney General of Canada* for respondent Minister of Public Works.
- Osler, Hoskin & Harcourt*, Ottawa, for respondents.

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

DENAULT J.: The applicant seeks an order by way of *certiorari* quashing the decision of the Minister of Public Works to award a contract for leased accommodation to numbered company 926260 Ontario Ltd. The contract was for the lease of office space in Kirkland Lake, Ontario, which was to be occupied by the Department of Veterans Affairs.

This motion was heard on an urgent basis on June 29, 1992. The urgency was due to the fact that 926260 Ontario Ltd. (hereinafter 926260) had already engaged in steps towards the execution of its contract.

I rejected the applicant's motion for *certiorari* on the grounds that there was undue delay by the applicant in bringing the motion and that the issuance of

## DOCTRINE

- Dussault, René et Borgeat, Louis, *Traité de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., tome 1, Presses de l'Université Laval, 1984.
- Griffith, J. A. G and H. Street, *Principles of Administrative Law*, 3rd ed., London: Pitnam Publishing, 1963.
- Hogg, Peter W., *Liability of the Crown*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1989.

DEMANDE en bref de *certiorari* annulant la décision par laquelle le ministre des Travaux publics a attribué un marché portant sur des locaux loués. Requête rejetée.

## AVOCATS:

- Martin W. Mason* pour la requérante.
- Peter M. Southey* pour l'intimé, le ministre des Travaux publics.
- James H. Smellie* pour les intimés.

## PROCUREURS:

- Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour la requérante.
- Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé, le ministre des Travaux publics.
- Osler, Hoskin & Harcourt*, Ottawa, pour les intimés.

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

LE JUGE DENAULT: La requérante sollicite un bref de *certiorari* annulant la décision par laquelle le ministre des Travaux publics a attribué à la compagnie à matricule 926260 Ontario Ltd. un marché relatif à la location de bureaux. Le marché portait sur la location de bureaux situés à Kirkland Lake, en Ontario, qui devaient être occupés par le ministère des Anciens combattants.

La présente requête a été entendue d'urgence le 29 juin 1992. L'urgence s'expliquait par le fait que 926260 Ontario Ltd. (ci-après appelée 926260) avait déjà pris des mesures en vue d'exécuter son marché.

J'ai rejeté la requête en bref de *certiorari* de la requérante au motif que celle-ci avait tardé de façon excessive à présenter la requête et que le prononcé



such an order under the circumstances would prejudice both Public Works Canada and 926260.

During the course of the proceedings, counsel for Public Works Canada (hereinafter PWC) took issue with this Court's jurisdiction to entertain an order for *certiorari* in this case. Given my decision to reject the motion on the ground of undue delay, it was not necessary for me to deal with the merits of his objection at that time and I indicated to counsel that I would provide more detailed written reasons on the issue of this Court's jurisdiction at a later date.

### BACKGROUND

In December of 1990, the respondent companies were invited by PWC to submit bids for the contract to lease office space for the Department of Veterans Affairs (hereinafter DVA). One of the conditions required of tenderers was to provide "proof of correct zoning" and the closing date for bids was January 3, 1991.

However, the evidence discloses that none of the respondent companies were in a position to satisfy this condition and consequently PWC disqualified each of them.

On February 1, 1991, PWC called upon the same respondent companies to submit new tenders again with proof of correct zoning. This second tender process specified that the respondents had to provide proof of correct zoning by March 31, 1991. On request from the respondent companies PWC later agreed to extend this date to May 31. The date was again extended on a few occasions and finally, on June 21, 1991, the contract was awarded to Cohole Development Corporation (hereinafter Cohole). The net present value of all four bids are as follows:

Cohole Development Corporation	\$9.3 million
926260 Ontario Limited	\$10.2 million
Thomas N. Hammond & Associates Ltd.	\$10.8 million

d'une telle ordonnance causerait dans les circonstances un préjudice tant à Travaux publics Canada qu'à 926260.

Au cours de l'instance, l'avocat de Travaux publics Canada (ci-après appelé TPC) a contesté la compétence de la Cour pour prononcer une ordonnance de bref de *certiorari* dans la présente affaire. Compte tenu de ma décision de rejeter la requête pour des motifs ayant trait au retard excessif, il ne m'a pas été nécessaire d'examiner le bien-fondé de son objection à ce moment-là et j'ai précisé à l'avocat que je fournirais plus tard des motifs écrits plus détaillés sur la question de la compétence de la Cour.

### GENÈSE DE L'INSTANCE

En décembre 1990, les compagnies intimées ont été invitées par TPC à présenter des soumissions relativement à un marché de location de bureaux pour le ministère des Anciens combattants (ci-après appelé MAC). Une des conditions exigées des entreprises concurrentes était de fournir une «preuve de conformité de zonage», et la date limite de présentation des soumissions a été fixée au 3 janvier 1991.

La preuve révèle toutefois qu'aucune des compagnies intimées n'était en mesure de satisfaire à cette condition et, en conséquence, TPC a rejeté la soumission de chacune d'entre elles.

Le 1<sup>er</sup> février 1991, TPC a invité les mêmes compagnies intimées à soumettre de nouvelles propositions ainsi qu'une preuve de conformité de zonage. Il était précisé dans ce second appel d'offres que les intimées devaient fournir une preuve de conformité de zonage au plus tard le 31 mars 1991. À la demande des compagnies intimées, TPC a par la suite accepté de repousser cette date au 31 mai. Cette échéance a été repoussée à nouveau à quelques reprises et, finalement, le 21 juin 1991, le marché a été attribué à Cohole Development Corporation (ci-après appelée Cohole). La valeur nette actuelle des quatre offres était la suivante:

Cohole Development Corporation	9,3 millions \$
926260 Ontario Limited	10,2 millions \$
Thomas N. Hammond & Associates Ltd.	10,8 millions \$

J.G. Morgan Development Corporation \$12.6 million

On June 28, the unsuccessful bidders, including the applicant, were informed of the decision and their security deposits were returned to them.

On November 27, 1991, it became clear to PWC that Cohole would be unable to post the \$2,000,000 security bond required under the contract and as a result, PWC was forced to terminate the contract.

Following this decision, PWC entered into direct negotiations with 926260 which had been the second lowest bidder in the second tender process of February 1, 1991. On December 12, 1991, the applicant was expressly advised that these direct negotiations had been entered into.

PWC enquired as to whether 926260 was able to perform the contract pursuant to the same terms and conditions as stated in its previous bid. After having received the proper assurances, PWC awarded the contract to 926260 on February 25, 1992.

The applicant was informed shortly thereafter of this decision. Notwithstanding the fact that it knew of these contractual negotiations as of December 1991 and was later promptly informed of the ultimate decision, it waited until May 21, some three months later, to bring its motion for *certiorari*. For the reasons expressed earlier, this motion was rejected on the grounds that there was undue delay on the part of the applicant and that granting the order in the circumstances would prejudice both PWC and 926260. It is important to underline that the only transaction which was in issue here was the contract awarded to 926260, the calls to tender of December 1990 and February 1991 were not here in question.

### ISSUES

I shall deal with the contest to this Court's jurisdiction raised by counsel for PWC. Counsel submits that there are two questions which this Court must determine:

J.G. Morgan Development Corporation 12,6 millions \$

Le 28 juin, les entreprises dont l'offre n'avait pas été retenue, y compris la requérante, ont été informées de la décision et la garantie qu'elles avaient déposée leur a été remise.

Le 27 novembre 1991, il est devenu évident pour TPC que Cohole serait incapable de fournir le cautionnement de 2 000 000 \$ exigé aux termes du marché et TPC a par conséquent été forcé de résilier le marché.

À la suite de cette décision, TPC a engagé des négociations directes avec 926260, le soumissionnaire qui s'était classé deuxième lors du second appel d'offres du 1<sup>er</sup> février 1991. Le 12 décembre 1991, la requérante a été expressément avisée que les négociations directes en question avaient été entamées.

TPC s'est renseigné pour savoir si 926260 était en mesure d'exécuter le marché selon les mêmes modalités que celles qu'elle avait énoncées dans son offre antérieure. Après avoir obtenu les assurances voulues, TPC a attribué le marché à 926260 le 25 février 1992.

La requérante a été informée peu de temps après de cette décision. Malgré le fait qu'elle était au courant de ces négociations contractuelles en décembre 1991 et qu'elle a été par la suite promptement informée de la décision finale, elle a attendu au 21 mai, quelque trois mois plus tard, pour présenter sa requête en bref de *certiorari*. Pour les motifs déjà exposés, cette requête a été rejetée au motif que la requérante avait tardé de façon excessive à présenter sa requête et que le prononcé d'une telle ordonnance causerait dans les circonstances un préjudice tant à TPC qu'à 926260. Il importe de souligner que la seule opération qui était en litige en l'espèce était le marché attribué à 926260. L'appel d'offres de décembre 1990 et celui de février 1991 n'étaient pas en litige en l'espèce.

### QUESTIONS EN LITIGE

J'examinerai l'exception soulevée par l'avocat de TPC pour contester la compétence de notre Cour. L'avocat prétend que notre Cour doit trancher deux questions:

1. Does this Court have jurisdiction to judicially review the decision of the Minister of Public Works to award a contract under a tender?

2. Does this Court have jurisdiction to judicially review the decision of the Minister of Public Works to contract directly with a third party?

Obviously the first question is predicated on the assumption that the contract awarded to 926260 was offered pursuant to the tender process. I believe that assumption is wrong. The evidence clearly shows that the second tender process was closed at the moment when the contract was awarded to Cohole and that no other call to tender was issued. The contract awarded to 926260 was awarded as a result of direct negotiations between both parties.

I agree that in contacting the second lowest bidder from the second tender process it might be said that there is the appearance that the tender process was on-going, however, in examining the more objective evidence, it is clear that that process had come to an end much earlier and that the negotiation leading to 926260's contract constituted a very separate process. The first question thus becomes purely hypothetical and it is not necessary for the Court to deal with it at this time.

Therefore, the only remaining question is whether it was open to PWC to enter into direct negotiations with 926260 and if so, whether the decision to award the contract to 926260 is one which can be reviewed by this Court.

### RESPONDENT'S ARGUMENT

The respondent [PWC] argues that in evaluating bids and recommending a bid to the Treasury Board, the Minister is acting on behalf of the Queen's Privy Council and for the benefit of the Crown at large and not pursuant to any specific statutory power accorded by Parliament. Indeed, the respondent argues that neither the *Public Works Act*, R.S.C., 1985, c. P-38 nor the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 and the *Government Contract Regulations*

1. La Cour a-t-elle compétence pour procéder au contrôle judiciaire de la décision du ministre des Travaux publics d'attribuer un marché à la suite d'un appel d'offres?

2. La Cour a-t-elle compétence pour procéder au contrôle judiciaire de la décision du ministre des Travaux publics de contracter directement avec un tiers?

De toute évidence, la première question est basée sur la supposition que le marché attribué à 926260 a été offert dans le cadre de l'appel d'offres. J'estime que cette supposition est erronée. Il ressort à l'évidence de la preuve que le second appel d'offres était terminé au moment où le marché a été attribué à Cohole et qu'aucun autre appel d'offres n'a été lancé. Le marché attribué à 926260 a été attribué par suite des négociations directes entamées entre les deux parties.

Je conviens que le fait qu'on a communiqué avec le soumissionnaire qui s'est classé deuxième lors du second appel d'offres permettrait de dire qu'il semble que le processus d'appel d'offres était en cours, mais en examinant les éléments de preuve plus objectifs, il est évident qu'on avait mis fin à ce processus beaucoup plus tôt et que les négociations débouchant sur l'attribution du marché à 926260 constituaient un processus très distinct. La première question devient donc purement hypothétique et il n'est pas nécessaire pour la Cour de l'examiner à ce moment-ci.

Par conséquent, la seule question qu'il nous reste à examiner est celle de savoir s'il était loisible à TPC d'entamer des négociations directes avec 926260 et, dans l'affirmative, si la décision d'attribuer le marché à 926260 est susceptible de faire l'objet d'un contrôle de la part de notre Cour.

### THÈSE DE L'INTIMÉ

L'intimé [TPC] fait valoir qu'en évaluant les soumissions et en recommandant une soumission au Conseil du trésor, le ministre agit au nom du Conseil privé de la Reine et au profit de la Couronne en général et non en vertu d'un pouvoir législatif précis accordé par le législateur fédéral. En fait, l'intimé prétend que ni la *Loi sur les travaux publics*, L.R.C. (1985), ch. P-38, ni la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, ni le *Règlement*

(SOR/87-402), confer an authority or capacity on the Crown to contract and therefore, the power to do so is reposed in the Governor in Council. That being the case, the respondent submits that this Court cannot review the decision to contract under section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)] because according to subsection 2(1) [as am. *idem*, s. 1] of the Act, the Minister does not come within the definition of “federal board, commission or other tribunal” in that it is not a “body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament”. [Underlining added.]

### ANALYSIS

I have reviewed the legislation to which counsel refers and I am unable to find an express grant of authority to contract. In *Verreault (J.E.) & Fils Ltée v. Attorney General (Quebec)*, [1977] 1 S.C.R. 41, the question of whether, in the absence of any statutory restriction, a minister is capable of contracting in the name of the government was raised. Mr. Justice Pigeon adopted this passage from Griffith and Street, *Principles of Administrative Law* [at pages 269-270] as the correct statement of the law [at page 47]:

It is submitted that the law is as follows: a contract made by an agent of the Crown acting within the scope of his ostensible authority is a valid contract by the Crown . . .

Then he made the following comments [at page 47]:

Her Majesty is clearly a physical person,<sup>1</sup> and I know of no principle on the basis of which the general rules of mandate,

<sup>1</sup> Professor Hogg in *Liability of the Crown*, 2nd ed. (1989, Carswell), at chapter 8 takes some issue with the “monarch as a natural person” concept and suggests that it would be more “realistic to think of each government representing the Crown as a common law corporation with all the powers of a natural person to enter into contracts” [at pp. 163-164]. See also Dussault & Borgeat, *Administrative Law: A Treatise*, (1985), vol. 1, part one, at pp. 54-55. This dispute however has no determinative effect on the conclusion in the present case.

*sur les marchés de l'État* (DORS 87/402) ne confère à la Couronne le pouvoir ou la capacité de contracter et que, en conséquence, le pouvoir de le faire appartient au gouverneur en conseil. Dans ces conditions, l'intimé prétend que notre Cour ne peut contrôler en vertu de 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)] la décision de contracter parce que le ministre ne répond pas à la définition d'«office fédéral» contenue au paragraphe 2(1) [mod., *idem*, art. 1] de la Loi parce qu'il ne constitue pas un «Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale». [Soulignements ajoutés.]

### ANALYSE

J'ai examiné les dispositions législatives citées par l'avocat et je suis incapable d'y trouver une attribution expresse du pouvoir de contracter. Dans l'arrêt *Verreault (J.E.) & Fils Ltée c. Procureur général (Québec)*, [1977] 1 R.C.S. 41, la question de savoir si, en l'absence d'une restriction législative, un ministre est capable de contracter au nom du gouvernement a été soulevée. Le juge Pigeon a considéré que le passage suivant de l'ouvrage de Griffith et Street, *Principles of Administrative Law* [aux pages 269 et 270], constituait un énoncé exact du droit [à la page 47]:

[TRADUCTION] Nous estimons que la vraie règle est la suivante: Un contrat signé par un représentant du gouvernement agissant dans les limites de son mandat apparent est un contrat valide obligeant le gouvernement . . .

Il a ensuite fait les observations suivantes [à la page 47]:

[TRADUCTION] Sa Majesté est évidemment une personne physique<sup>1</sup>, et je cherche en vain le principe d'après lequel les

<sup>1</sup> Au chapitre 8 de son ouvrage *Liability of the Crown*, 2<sup>e</sup> éd. (1989, Carswell), le professeur Hogg s'en prend quelque peu au concept du [TRADUCTION] «monarque considéré comme une personne physique» et laisse entendre qu'il serait plus [TRADUCTION] «réaliste de penser que chaque État représente la Couronne en tant que personne morale qui est reconnue en common law et qui est dotée de tous les pouvoirs de contracter que possède une personne physique» [aux p. 163 et 164]. Voir aussi Dussault & Borgeat, *Traité de droit administratif*, (1984), tome I, partie 1, aux p. 67 à 69. Ce différend n'a cependant pas d'effet déterminant sur l'issue de la présente cause.

including those of apparent mandate, would not be applicable to her.

In *Attorney General of Quebec v. Labrecque et al.*, [1980] 2 S.C.R. 1057, Mr. Justice Beetz followed much the same reasoning and concluded that it is an aspect of the rule of law that the Crown is a Sovereign, a physical person who, in addition to the prerogative, enjoys a general capacity to contract in accordance with the rule of ordinary law.

It is worth noting that this principle recognizing that there is an inherent right to contract has been recognized in other common law jurisdictions.<sup>2</sup>

Therefore, in concluding the contract with 926260, PWC was, following the principles of agency, agent for the Crown and the contract entered into is binding upon the Crown.

This right to contract however is subject to restrictions. The Governor in Council has enacted regulations that direct the conduct of its agents in certain situations.

The *Government Contract Regulations* which were enacted pursuant to section 41 of the *Financial Administration Act* provide the instructions upon which government contracts are to be negotiated. Sections 5 and 6 of the Regulations provide as follows:

*Bids*

5. Before any contract is entered into, the contracting authority shall solicit bids therefor in the manner prescribed by section 7.

6. Notwithstanding section 5, a contracting authority may enter into a contract without soliciting bids where

- (a) the need is one of pressing emergency in which delay would be injurious to the public interest;
- (b) the estimated expenditure does not exceed

- (i) \$30,000,
- (ii) \$100,000, where the contract is for the acquisition of architectural, engineering and other services required in

<sup>2</sup> *Hawker Pacific Pty Ltd v Freeland* (1983), 52 ALR 185 (F. Ct. Aust.), at p. 189, where Fox J. stated:

The power to contract is an inherent prerogative or governmental power . . . .

règles générales du mandat, y compris celles du mandat apparent, ne lui seraient pas applicables.

Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Labrecque et autres*, [1980] 2 R.C.S. 1057, le juge Beetz a suivi essentiellement le même raisonnement et a conclu qu'un des aspects du principe de la primauté du droit veut que la Couronne soit un Souverain, une personne physique qui, en plus de bénéficiaire de la prérogative royale, jouit d'une capacité générale de contracter conformément aux principes généraux du droit.

Il vaut la peine de noter que d'autres territoires de common law ont souscrit à ce principe, qui reconnaît l'existence d'un droit inhérent de contracter<sup>2</sup>.

Par conséquent, en concluant le marché avec 926260, TPC était, suivant les principes du mandat, mandataire de la Couronne, et le marché qui a été conclu lie la Couronne.

Ce droit de contracter est cependant soumis à des restrictions. Le gouverneur en conseil a pris des règlements qui règlent la conduite de ses mandataires dans certaines situations.

Le *Règlement sur les marchés de l'État* qui a été pris en application de l'article 41 [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 50 (ann. II, item 11)] de la *Loi sur la gestion des finances publiques* prévoit les directives qui doivent être suivies pour la négociation des marchés de l'État. Voici le texte des articles 5 et 6 du Règlement:

*Appel d'offres*

5. Avant la conclusion d'un marché, l'autorité contractante doit lancer un appel d'offres de la façon prévue à l'article 7.

6. Malgré l'article 5, l'autorité contractante peut conclure un marché sans lancer d'appel d'offres dans les cas suivants:

- a) les cas d'extrême urgence où un retard serait préjudiciable à l'intérêt public;
- b) les cas où le montant estimatif de la dépense ne dépasse pas selon le cas:

- (i) 30 000 \$,
- (ii) 100 000 \$, s'il s'agit d'un marché portant sur la prestation de services d'ingénieurs ou d'architectes ou

<sup>2</sup> *Hawker Pacific Pty Ltd v Freeland* (1983), 52 ALR 185 (F. Ct. Aust.), à la p. 189 dans lequel le juge Fox a déclaré:

[TRADUCTION] Le pouvoir de contracter est une prérogative ou un pouvoir gouvernemental inhérent . . . .

respect of the planning, design, preparation or supervision of the construction, repair, renovation or restoration of a work, or

iii) \$100,000, where the contract is to be entered into by the member of the Queen's Privy Council for Canada responsible for the Canadian International Development Agency and is for the acquisition of architectural, engineering or other services required in respect of the planning, design, preparation or supervision of an international development assistance program or project;

(c) the nature of the work is such that it would not be in the public interest to solicit bids; or

(d) only one person is capable of performing the contract.

I should want to point out that there is a difference in the French and English texts in regards to paragraph 6(c). While the English text speaks of "nature of the work" the French text speaks of *nature du marché*. This latter term is defined in the Regulations as is the term "contract" in English. The term "work" as in "nature of the work" however is not defined.

This of course raises questions with respect to statutory interpretation. The term contract which appears as the equivalent of *marché* is defined as being (a) a construction contract; (b) a goods contract; (c) a service contract or (d) a lease. The legislator however chose the term "work" in drafting paragraph 6(c). Had the term "nature of the contract" been used instead of "nature of the work" the interpretation may have been different. However, in choosing the term "work", the legislator is taken to have intended that term to be used. Neither counsel raised this point and no representations were made and as a result I shall not deal with this question further except to say that the term "work" in this context is much broader than the term "contract".

Before discussing whether or not the decision made by PWC is reviewable I would think that an enquiry should be made to determine whether there was compliance with the provisions of the Regulations.

d'autres services nécessaires à la planification, à la conception, à la préparation ou à la surveillance de la construction, de la réparation, de la rénovation ou de la restauration d'un ouvrage,

(iii) 100 000 \$, s'il s'agit d'un marché que doit conclure le membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada responsable de l'Agence canadienne de développement international et qui porte sur la prestation de services d'ingénieurs ou d'architectes ou d'autres services nécessaires à la planification, à la conception, à la préparation ou à la surveillance d'un programme ou projet d'aide au développement international;

c) les cas où la nature du marché est telle qu'un appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public;

d) les cas où le marché ne peut être exécuté que par une seule personne.

Je tiens à souligner qu'il existe une différence entre le texte français et le texte anglais de l'alinéa 6c). Le texte anglais parle de *nature of the work*, tandis que le texte français parle de «nature du marché». Ce dernier terme est, comme le terme anglais *contract*, défini dans le Règlement. Le terme *work* que l'on trouve dans l'expression *nature of the work* n'est cependant pas défini.

Cela soulève évidemment des questions d'interprétation législative. Le terme anglais *contract*, qui est l'équivalent de «marché», est défini comme étant l'un des marchés suivants: a) un marché de travaux publics (*construction contract*); b) un marché de fournitures (*goods contract*); c) un marché de services (*service contract*); d) un bail (*lease*). Le législateur a cependant choisi le terme anglais *work* en rédigeant l'alinéa 6c). S'il avait employé l'expression *nature of the contract* au lieu de l'expression *nature of the work*, l'interprétation aurait pu être différente. Mais, en choisissant le terme *work*, le législateur est réputé avoir voulu que ce terme soit employé. Aucun des avocats n'a soulevé ce point et aucune observation n'a été formulée à cet égard; en conséquence, je ne traiterai pas davantage de cette question, si ce n'est que pour ajouter que le terme *work* dans ce contexte est beaucoup plus large que le terme *contract*.

Avant d'aborder la question de savoir si la décision prise par TPC peut ou non faire l'objet d'un contrôle, j'estime qu'il y a lieu de vérifier si les dispositions du Règlement ont été respectées.

There can be no doubt that there is a duty to solicit bids unless it can be shown by the contracting authority that one of the exceptions of section 6 exists. In the present case, PWC argues that considering the nature of the work it was not practicable nor was it in the public interest to engage a third tender process. This argument is founded on paragraph (c) of section 6.

It is important at this stage to consider all the circumstances concerning the nature of the work in order to appreciate whether the public interest required a different approach than the one provided for in the Regulations.

As stated earlier, the first call to tender was made in December of 1990 and had to be cancelled on the grounds that none of the respondent companies satisfied the express condition with respect to zoning. In February of 1991, PWC tried again to solicit bids, the due date for bids was extended on a few occasions and finally, some 5 months after the first call to tender was made, the contract was awarded. PWC was again confronted with problems and consequently had to terminate the contract at the end of November 1991. This represented close to a one-year delay in concluding a contract.

I agree that the subsequent decision by PWC to contact the company that had submitted the second lowest bid in the previous tender process and to contract directly with it was motivated by the need to get the project under way therefore making up for a considerable loss of time and expense. Given all of these circumstances, I am of the view that it was not in the public interest to engage in yet another tender process.

The subsequent direct negotiations with 926260 were conducted pursuant to the Crown's inherent right to contract and not pursuant to the *Government Contract Regulations* and this is a critical point in terms of this Court's jurisdiction.

With the introduction of the *Government Contract Regulations* the Governor in Council chose to define

Il est indubitable que l'autorité contractante est tenue de lancer un appel d'offres à moins qu'elle puisse démontrer que l'une des exceptions énumérées à l'article 6 existe. En l'espèce, TPC fait valoir que, compte tenu de la nature du marché, il n'était pas réalisable de lancer un troisième appel d'offres et que cela ne servait pas l'intérêt public. Ce moyen est tiré de l'alinéa 6c).

Il est important à cette étape-ci d'examiner toutes les circonstances relatives à la nature du marché pour déterminer si l'intérêt public exigeait une approche différente de celle qui est prévue par le Règlement.

Comme je l'ai déjà précisé, le premier appel d'offres a été lancé en décembre 1990 et a dû être annulé au motif qu'aucune des compagnies intimées ne satisfaisait à la condition expressément énoncée au sujet du zonage. En février 1991, TPC a de nouveau essayé de lancer un appel d'offres, la date d'échéance pour la présentation des offres a été reportée à plusieurs reprises et finalement, quelque cinq mois après la date du premier appel d'offres, le marché a été attribué. TPC a de nouveau été confronté à certains problèmes et a par conséquent été forcé de résilier le marché à la fin de novembre 1991. Cela représentait un retard de près d'un an dans la conclusion du marché.

Je conviens que la décision subséquente de TPC d'entrer en communication avec la compagnie qui avait soumis la deuxième offre la plus basse lors de l'appel d'offres précédent et de conclure un marché directement avec elle était motivée par le besoin de mettre le projet en branle et de rattraper ainsi les pertes considérables de temps et d'argent. Compte tenu de toutes ces circonstances, je suis d'avis qu'il n'était pas dans l'intérêt public de lancer un autre appel d'offres.

Les négociations directes qui ont par la suite eu lieu avec 926260 ont été entamées en vertu du pouvoir inhérent de contracter que possède la Couronne et non en vertu du *Règlement sur les marchés de l'État*. C'est là un élément critique en ce qui concerne la compétence de notre Cour.

En prenant le *Règlement sur les marchés de l'État*, le gouverneur en conseil a choisi de définir la con-

the conduct required of its "agents" (otherwise referred to as the contracting authorities) when seeking to contract. These Regulations only operate to direct the conduct where the contracting authority actually solicits bids. However, when, as is the case here, the contracting authority does not engage in that process because of the existence of one or several of the exceptional circumstances found in section 6 of the Regulations, the subsequent contractual negotiations are undertaken pursuant to the Crown's inherent right to contract. In other words, the presence of one of the exceptional circumstances takes the subsequent contractual negotiations outside the ambit of the Regulations and the negotiations are thus viewed from the point of view of the Crown's inherent right to contract.

In this situation, the Court must refer to section 18 and section 2 of the *Federal Court Act* which provide as follows:

18. (1) Subject to section 28, the Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal . . . .

2. (1) . . .

"federal board, commission or other tribunal" means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown . . . .

It might be argued that the two tender processes were entered into by a "person . . . exercising . . . powers conferred by . . . an Act of Parliament" and are therefore open to judicial review however, as I indicated earlier this is a question which must be left to some other more appropriate time.

What can be said is that the subsequent negotiations and the final decision to award the contract to 926260 were not pursuant to powers conferred by an Act of Parliament but rather were incidental to the Crown's inherent right to contract.

duite exigée de ses «mandataires» (autrement qualifiés d'autorités contractantes) lorsque ceux-ci cherchent à contracter. Le Règlement en question n'a pour effet de régler la conduite de l'autorité contractante que lorsque celle-ci lance effectivement un appel d'offres. Toutefois, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'autorité contractante n'engage pas ce processus à cause de l'existence de l'une ou de plusieurs des circonstances exceptionnelles énumérées à l'article 6 du Règlement, les négociations contractuelles subséquentes sont entamées en vertu du droit inhérent de contracter de la Couronne. En d'autres termes, la présence de l'une des circonstances exceptionnelles soustrait les négociations contractuelles subséquentes du champ d'application du Règlement et les négociations sont alors envisagées du point de vue du droit inhérent de contracter de la Couronne.

Dans la présente situation, la Cour se doit de citer les articles 18 et 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui disposent:

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour:

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral . . .

2. (1) . . .

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale . . .

On pourrait prétendre que les deux appels d'offres ont été lancés par une «personne . . . exerçant . . . des pouvoirs prévus par une loi fédérale» et qu'ils peuvent par conséquent faire l'objet d'un contrôle judiciaire mais, comme je l'ai déjà dit, c'est là une question qui doit être laissée en suspens pour être abordée à un moment plus propice.

Ce que l'on peut dire, c'est que les négociations subséquentes et la décision finale d'attribuer le marché à 926260 n'étaient pas fondées sur des pouvoirs prévus par une loi fédérale mais plutôt qu'elles étaient accessoires au droit inhérent de contracter de la Couronne.



For the aforementioned reasons, I find that this Court does not have jurisdiction to review PWC's decision to award the contract to 926260. I would add that had my decision on this point been different I would have had no difficulty in finding that PWC acted fairly towards all parties during the entire period in question. <sup>a</sup>

During the hearing on June 29, counsel for the respondent asked that the motion be rejected with costs. I indicated at that time that I would make a finding on this question concurrent with reasons on the issue of jurisdiction. Rule 1618 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)] provides that no order for costs will be made with respect to a request for judicial review unless the Court is satisfied that special reasons exist for granting the order. Although this motion was dismissed on the grounds of undue delay and in that connection the respondent might be entitled to costs, the motion did allow this Court to clarify certain aspects with respect to its jurisdiction in these matters and as a result I would dismiss the motion without costs to the Minister of Public Works. <sup>b</sup>

Par ces motifs, je conclus que notre Cour n'a pas compétence pour contrôler la décision par laquelle TPC a attribué le marché à 926260. J'ajouterais que si ma décision sur ce point avait été différente, je n'aurais pas eu de difficulté à conclure que TPC a agi équitablement envers toutes les parties au cours de toute la période en question.

Au cours de l'audience du 29 juin, l'avocat de l'intimé a demandé que la requête soit rejetée avec dépens. J'ai précisé alors que je formulerais une conclusion sur cette question en même temps que j'énoncerais les motifs relatifs à la question de la compétence. La Règle 1618 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19)] prévoit qu'il n'y a pas de frais à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire, à moins que la Cour ne soit convaincue qu'il existe des raisons spéciales d'accorder l'ordonnance. Bien que la présente requête ait été rejetée en raison d'un retard excessif et qu'à cet égard, l'intimé pourrait avoir droit aux dépens, la requête autorisait bel et bien la Cour à clarifier certains aspects relativement à sa compétence sur ces questions et, en conséquence, je suis d'avis de rejeter la requête sans frais pour le ministre des Travaux publics. <sup>c</sup>  
<sup>d</sup>  
<sup>e</sup>

A-919-91  
**Thomas Fuller Construction Co., (1958) Limited**  
*(Plaintiff) (Appellant)*

v.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada**  
*(Defendant) (Respondent)*

*INDEXED AS: THOMAS FULLER CONSTRUCTION Co., (1958)*  
*LTD. v. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Marceau J.A.—Ottawa, October 6,  
 1992.

*Contracts — Contractor suing Crown for damages caused by delays of two construction projects — Agreements purporting to authorize contractor to sue on behalf of subcontractors — Appeal from Trial Division order finding litigation agreements invalid as offending laws of champerty and maintenance — Trial Judge not properly seized of matter as Crown's motions not supported by Court Rules — Order purposeless in that, even if agreements declared null and void, contractor could still contend that liable under own contract with subcontractors — Leave to amend also useless as no amendment now required — Appeal allowed.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
 CONSIDERED

*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 341(b), 419(1),* g  
 474(1)(a).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

*Flexi-Coil Ltd. v. F.P. Bourgault Industries Air Seeder* h  
*Division Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 154; 123 N.R. 235  
 (F.C.A.); *Berneche v. Canada*, [1991] 3 F.C. 383; (1991),  
 133 N.R. 232 (C.A.).

APPEAL from Trial Division order ([1992] 1 F.C. 512) declaring litigation agreements between contractor and subcontractors invalid as offending laws of champerty and maintenance. Appeal allowed.

A-919-91  
**Thomas Fuller Construction Co., (1958) Limited**  
*(demanderesse) (appelante)*

a c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada**  
*(défenderesse) (intimée)*

*RÉPERTORIÉ: THOMAS FULLER CONSTRUCTION Co., (1958)*  
*LTD. c. CANADA (C.A.)*

Cour d'appel, juges Marceau, J.C.A.—Ottawa, le 6  
 octobre 1992.

*Contrats — Un entrepreneur a intenté une action en dommages-intérêts contre la Couronne par suite des retards dans la réalisation de deux projets de construction — Ententes devant autoriser l'entrepreneur à intenter des actions au nom des sous-traitants — Appel interjeté de l'ordonnance par laquelle la Section de première instance a déclaré inopérantes les ententes en cas de litige parce qu'elles allaient à l'encontre des règles du soutien d'une partie ou du pacte de quota litis — Le juge de première instance n'était pas dûment saisi de la question, puisque les requêtes de la Couronne ne reposaient sur aucune règle de la Cour — L'ordonnance était inutile en ce sens que, même si les ententes étaient déclarées nulles et de nul effet, l'entrepreneur pourrait toujours prétendre qu'il était responsable en vertu de son propre contrat avec les sous-traitants — L'autorisation de modifier est également inutile puisqu'aucune modification ne s'impose à ce stade — Appel* e  
*accueilli.* f

LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles*  
 341(b), 419(1) et 474(1)(a).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS CITÉES:

*Flexi-Coil Ltd. c. F.P. Bourgault Industries Air Seeder*  
*Division Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 154; 123 N.R. 235  
 (C.A.F.); *Berneche c. Canada*, [1991] 3 C.F. 383; (1991),  
 133 N.R. 232 (C.A.).

APPEL de l'ordonnance ([1992] 1 C.F. 512) par laquelle la Section de première instance a déclaré inopérantes les ententes en cas de litige conclues entre un entrepreneur et des sous-traitants puisqu'elles allaient à l'encontre des règles du soutien d'une partie ou du pacte de *quota litis*. Appel accueilli.

## COUNSEL:

*P. Donald Rasmussen and Ernest S. J. Schmidt*  
for plaintiff (appellant).

*J. Grant Sinclair, Q.C. and Robert P. Hynes* for  
defendant (respondent). <sup>a</sup>

## SOLICITORS:

*Rasmussen, Starr & Ruddy*, Ottawa, for plaintiff  
(appellant). <sup>b</sup>

*J. Grant Sinclair, Q.C.*, Toronto, and *Deputy  
Attorney General of Canada* for defendant  
(respondent).

*The following are the reasons for judgment of the  
Court delivered orally in English by* <sup>c</sup>

MARCEAU J.A.: We are all of the view that the order  
of the Trial Division [[1992] 1 F.C. 512] under attack <sup>a</sup>  
in this appeal cannot be allowed to stand.

Two different motions are disposed of by the order,  
each one relating to a separate action. These two <sup>e</sup>  
actions brought by Thomas Fuller Construction  
against the Crown are in respect of two distinct con-  
struction contracts. Fuller claims compensation under <sup>f</sup>  
each contract for damages suffered by it as a result of  
delays caused by the Crown. In the course of the  
examination for discovery, it was revealed that a por-  
tion of the damages claimed in each action related <sup>g</sup>  
to losses sustained by Fuller's subcontractors result-  
ing from the same delays. It came to light that, prior  
to launching its actions, Fuller signed agreements with <sup>h</sup>  
a number of its subcontractors. Under the agreements,  
Fuller acknowledged the validity of the subcontractors'  
claims and agreed to pursue an action against the Crown  
in excess of, but including, the amount of the subcon-  
tractors' claims set out in the agreements. The subcon-  
tractors agreed to provide evidence and assistance to  
Fuller in its prosecution and to pay a proportionate  
share of the costs of the action. In addition, the sub-  
contractors agreed to accept, in full satisfaction <sup>i</sup>  
of any claim which they might have against Fuller,  
the amount recovered by Fuller in respect of these  
damages in Fuller's action against the Crown. The  
agreements also provide for division of a successful  
judgment if the allocation is not clear from the <sup>j</sup>  
judgment, and for dealing with a contingency

## AVOCATS:

*P. Donald Rasmussen et Ernest S. J. Schmidt*  
pour la demanderesse (appelante).

*J. Grant Sinclair, c.r. et Robert P. Hynes* pour la  
défenderesse (intimée).

## PROCUREURS:

*Rasmussen, Starr & Ruddy*, Ottawa, pour la  
demanderesse (appelante).

*J. Grant Sinclair, c.r.*, Toronto, et *le sous-procu-  
reur général du Canada* pour la défenderesse  
(intimée).

*Ce qui suit est la version française des motifs du  
jugement de la cour prononcés à l'audience par*

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Nous sommes tous  
d'avis que l'ordonnance de la Section de première  
instance [[1992] 1 C.F. 512] attaquée dans le présent  
appel ne saurait être confirmée.

L'ordonnance a tranché deux requêtes différentes,  
chacune se rapportant à une action distincte. Ces  
deux actions intentées par Thomas Fuller Construc-  
tion contre la Couronne portent sur deux contrats de  
construction distincts. Fuller réclame une indemnité  
en vertu de chaque contrat pour le préjudice qu'elle a  
subi par suite des retards causés par la Couronne. Il  
ressort de l'interrogatoire préalable qu'une partie des  
dommages-intérêts réclamés dans chaque action se  
rapportait à des pertes subies par les sous-traitants de  
Fuller en raison des mêmes retards. Il appert que,  
avant d'intenter ses actions, Fuller avait conclu des  
ententes avec certains de ses sous-traitants. En vertu  
de ces ententes, Fuller reconnaissait la validité des  
prétentions des sous-traitants, et elle a convenu d'in-  
tenter une action contre la Couronne pour un montant  
supérieur à celui de leurs réclamations mentionné  
dans les ententes mais qui le comprendrait. Les sous-  
traitants se sont engagés à aider Fuller, à lui fournir  
des éléments de preuve dans sa poursuite et à payer  
leur part des frais et dépens de l'action. En outre, les  
sous-traitants ont convenu d'accepter, en règlement  
intégral de toute réclamation qu'ils pourraient avoir  
contre Fuller, le montant recouvré par cette dernière  
relativement à ces dommages-intérêts réclamés dans  
l'action intentée par Fuller contre la Couronne. Les  
ententes prévoient également le partage des dom-

offer for settlement which is accepted by some but not all of the claimants.

The Crown brought a motion in action T-1416-87 for an order that the so-called litigation agreements that Fuller had entered into with its subcontractors be declared void and struck down as offending the laws of maintenance and champerty. The Crown brought a motion in action T-1036-87 for an order for judgment dismissing the part of Fuller's claim against the Crown relating to the losses sustained by the subcontractors. In both motions, there was also a request for leave to amend the statement of defence so as to plead nullity of the agreements if the main relief sought were refused.

By order of the Associate Chief Justice, the two motions were consolidated and submitted together for adjudication. They were then disposed of by a single order. This is, of course, the order under appeal. By this order, the learned Trial Judge determined first that Fuller could not assert as its own claims of its subcontractors against the Crown, in the absence of privity or liability between the subcontractors and the Crown; he then addressed the litigation agreements and found that they were tantamount to assignments of a bare right to sue which offend the laws of champerty and maintenance. The conclusion was that these agreements were invalid.

We are of the view that the Trial Judge could not make the order that he made first because he was not properly seized of the question of law that he purported to determine and second because his determination was purposeless.

The Judge was not properly seized of the matter because the two motions were not supported by any rule of the Court. Rule 474(1)(a) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] which permits the Court to determine a preliminary question of law relevant to the decision of the matter was not applicable since

mages-intérêts advenant que le jugement leur soit favorable, si celui-ci ne prévoit pas une claire répartition, et un arrangement au cas où une offre de règlement serait acceptable selon certains réclamants et  
 a rejetée par d'autres.

Dans son action portant le numéro du greffe T-1416-87, la Couronne a introduit une requête visant à obtenir une ordonnance qui déclarerait nulles les prétendues ententes en cas de litige que Fuller avait conclues avec ses sous-traitants et qui les radierait parce qu'elles contrevenaient aux règles du soutien d'une partie ou du pacte de *quota litis*. Dans son action portant le numéro du greffe T-1036-87, la Couronne a introduit une requête visant à obtenir un jugement qui rejeterait la partie de la réclamation présentée par Fuller contre la Couronne relativement aux pertes subies par les sous-traitants. Dans les deux requêtes, elle a également demandé l'autorisation de modifier la défense de manière à plaider la nullité des ententes au cas où la principale réparation sollicitée serait refusée.

Par ordonnance du juge en chef adjoint, les deux requêtes ont été réunies pour faire l'objet d'une même décision. Une seule ordonnance les a donc tranchées. C'est là, bien entendu, l'ordonnance dont appel. Par cette ordonnance, le juge de première instance a tout d'abord statué que Fuller ne pouvait faire siennes les demandes présentées par ses sous-traitants contre la Couronne, en l'absence d'un lien ou d'une obligation entre lesdits sous-traitants et cette dernière; il a alors abordé les ententes en cas de litige et conclu qu'elles équivalaient à des cessions d'un simple droit de poursuivre qui allaient à l'encontre des règles du soutien d'une partie ou du pacte de *quota litis*. Il a donc conclu à l'invalidité de ces ententes.

Nous estimons que le juge de première instance ne pouvait rendre l'ordonnance qu'il a rendue, tout d'abord parce qu'il n'était pas dûment saisi de la question de droit qu'il voulait trancher et, en deuxième lieu, parce que sa décision était inutile.

Le juge n'était pas dûment saisi de la question parce que les deux requêtes ne reposaient sur aucune règle de la Cour. La Règle 474(1)a [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] qui permet à la Cour de statuer sur un point de droit préliminaire qui peut être pertinent pour trancher la question ne s'appli-

the validity of the "litigation agreements", the question of law seen by the Judge, was, in no way, raised by the pleadings and, in any event, could not be seen as a pure question of law based on undisputed facts the resolution of which would eliminate the need for a trial or a substantial part of it (see the judgment of this Court in *Berneche v. Canada*, [1991] 3 F.C. 383). Rule 419(1) which permits the Court to strike out all or part of a pleading obviously did not apply either since there was no allegation in the statement of claim to strike. And Rule 341(b) which allows for judgment of any matter in respect of which the only evidence consists of documents, was no more applicable, the Court having held over and over again that it is necessary for a determination under that Rule that no relevant facts be in controversy and the law be so clear that there would be no need for a trial (see *Flexi-Coil Ltd. v. F.P. Bourgault Industries Air Seeder Division Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 154 (F.C.A.)).

As for the lack of purpose in the order, suffice it to say that even if the "litigation agreements" are declared null and void, this will not prevent Fuller from contending that it is liable under its own contract with the subcontractors and that liability entails a certain amount of loss to Fuller. Whether or not such contention will be successful or even receivable in the factual circumstances of the case is not a matter before this Court at this time.

We have no difficulty agreeing with counsel for the Crown that the case is a very complex one but that is no reason to try to deal with it piece by piece and at a moment in the proceedings when the pieces are not even identified and put together.

There is finally the alternative relief sought by both motions of an order granting leave to amend. We consider, and counsel agree, that this is also useless, no amendment being required at this time.

The appeal will therefore be granted and the order of the Trial Division will be set aside. The judgment

quait pas, puisque la validité des «ententes en cas de litige», la question de droit vue par le juge, n'a nullement été soulevée dans les actes de procédure et, en tout état de cause, ne pouvait être considérée comme une pure question de droit reposant sur des faits incontestés et dont le règlement éliminerait la nécessité d'un procès ou d'une partie importante de celui-ci (voir l'arrêt rendu par cette Cour dans l'affaire *Berneche c. Canada*, [1991] 3 C.F. 383). À l'évidence, la Règle 419(1) qui autorise la Cour à ordonner la radiation de tout ou partie d'une plaidoirie ne s'appliquait pas non plus puisqu'aucune allégation de radiation ne figurait dans la déclaration. Et la Règle 341(b) qui permet un jugement sur toute question au sujet de laquelle la seule preuve est constituée par des documents ne s'appliquait plus, puisque la Cour a statué à maintes reprises qu'il importe, en vue d'un jugement sous le régime de cette Règle, qu'aucun fait pertinent ne soit contesté et que la loi soit si claire qu'il n'y ait pas lieu à procès (voir *Flexi-Coil Ltd. c. F.P. Bourgault Industries Air Seeder Division Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 154 (C.A.F.)).

Pour ce qui est de l'inutilité de l'ordonnance, il suffit de dire que même si les «ententes en cas de litige» sont déclarées nulles et de nul effet, cela n'empêchera pas Fuller de prétendre qu'elle est responsable, en vertu de son propre contrat, envers les sous-traitants et que la responsabilité lui cause une certaine perte. Qu'une telle prétention soit accueillie ou même recevable dans la situation factuelle de l'espèce n'est pas une question dont est saisie cette Cour à ce stade.

Nous sommes volontiers d'accord avec l'avocat de la Couronne pour dire que l'espèce est très complexe, mais ce n'est pas là une raison pour la trancher point par point et à un moment des procédures où les points ne sont même pas relevés et rassemblés.

Il reste à trancher en dernier lieu la question de la réparation subsidiaire sollicitée dans les deux requêtes, c'est-à-dire une ordonnance portant autorisation de modifier. Nous considérons, et les avocats en conviennent, que cela est également inutile, puisqu'aucune modification ne s'impose à ce stade.

L'appel sera donc accueilli et l'ordonnance de la Section de première instance sera infirmée. Puisque

being based on a point not raised in the factums,  
there shall be no order as to costs.

le jugement repose sur un point qui n'a pas été sou-  
levé dans les mémoires, il n'y aura pas lieu à adjudi-  
cation des dépens.

A-1071-91	A-1071-91
<b>Attorney General of Quebec</b> ( <i>Intervener/Mis en cause</i> )	<b>Procureur général du Québec</b> ( <i>intervenant/mis en cause</i> )
and	a et
<b>Eastmain Band et al.</b> ( <i>Applicants/Respondents</i> )	<b>La Bande d'Eastmain et autres</b> ( <i>requérants/intimés</i> )
and	et
<b>Raymond Robinson et al.</b> ( <i>Respondents/Mis en cause</i> )	<b>Raymond Robinson et autres</b> ( <i>intimés/mis en cause</i> )
and	b et
<b>Hydro-Québec</b> ( <i>Intervener/Applicant</i> )	<b>Hydro-Québec</b> ( <i>intervenante/requérante</i> )
<i>INDEXED AS: EASTMAIN BAND v. CANADA (FEDERAL ADMINISTRATOR) (C.A.)</i>	<i>RÉPERTORIÉ: BANDE D'EASTMAIN c. CANADA (ADMINISTRATEUR FÉDÉRAL) (C.A.)</i>
Court of Appeal, Décary J.A.—Ottawa, September 24 and 25, 1992.	d Cour d'appel, juge Décary, J.C.A.—Ottawa, 24 et 25 septembre 1992.
<i>Practice — Evidence — Judicial notice — Application to delete two documents from statement of facts and law in case on appeal — First document, extract from Canada Gazette, Part I, not covered by Canada Evidence Act, s. 18 or Statutory Instruments Act allowing judicial notice — No authority for broadening concept of judicial notice — Document admissible only if granted upon application under R. 1102 — Second document, extract from House of Commons Debates containing Minister's speech — Evidentiary value of statements in parliamentary debates varies depending on speaker, context — Parliamentary debates admissible not to interpret statutory provision but to determine which of two interpretations more consistent with Parliamentary intent — Application allowed in part.</i>	e <i>Pratique — Preuve — Connaissance d'office — Demande visant à radier deux documents de l'exposé des faits et du droit dans l'espèce — Le premier document, un extrait de la Partie I de la Gazette officielle du Canada, n'est pas visé par l'art. 18 de la Loi sur la preuve au Canada ni par la Loi sur les textes réglementaires permettant la connaissance d'office — Absence d'autorité qui permettrait d'élargir le concept de connaissance judiciaire — Le document est admissible seulement si la demande fondée sur la Règle 1102 est accueillie — Le second document est un extrait des débats de la Chambre des communes contenant le discours du ministre — La valeur probante des déclarations faites en Chambre varie selon l'auteur, le contexte — Les débats parlementaires sont admissibles non pas pour interpréter une disposition législative mais pour déterminer laquelle de deux interprétations répond le mieux à l'intention du législateur — Demande accueillie en partie.</i>
<i>Construction of statutes — Inclusion in case on appeal of Minister's speech in debate on amendments to Fisheries Act as recorded in House of Commons Debates — Whether admissible to indicate malaise Parliament seeking to remedy or inadmissible as of limited evidentiary value — Court may consider parliamentary debates not to interpret statute but to determine which of two interpretations more consistent with parliamentary intent — Interpretation Act, s. 12 requiring court to give every enactment such liberal construction as best ensures attainment of objects.</i>	h <i>Interprétation des lois — Inclusion dans l'instance en appel du discours du ministre prononcé lors du débat entourant les modifications apportées à la Loi sur les pêcheries tel qu'il a été rapporté dans les débats de la Chambre des communes — Il s'agit de savoir s'il est admissible pour vérifier le malaise auquel le Parlement voulait remédier, ou irrecevable en raison de sa faible valeur probante — La Cour peut tenir compte des débats parlementaires non pas pour interpréter une loi mais pour déterminer laquelle de deux interprétations répond le mieux à l'intention du législateur — L'art. 12 de la Loi d'interprétation demande à la cour d'interpréter tout texte de la manière la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.</i>

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 18.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 1102.  
*Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14 (as am. by S.C. 1976-77, c. 35).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.  
*Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22, s. 9(1).  
*Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2, s. 8(2)(d).  
*Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31.  
*Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

- Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Taylor*, [1987] 3 F.C. 593; (1987), 37 D.L.R. (4th) 577; 9 C.H.R.R. D/4929; 29 C.R.R. 222; 78 N.R. 180 (C.A.);  
*Neill v. Calgary Remand Centre* (1990), 109 A.R. 231; [1991] 2 W.W.R. 352; 78 Alta L.R. (2d) 1 (C.A.).

## REFERRED TO:

- Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; (1976), 68 D.L.R. (3d) 452; 9 N.R. 541; *Highway Victims Indemnity Fund v. Gagné et al.*, [1977] 1 S.C.R. 785; (1975), 10 N.R. 435; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; (1981), 123 D.L.R. (3d) 554; 37 N.R. 158; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; (1984), 47 Nfld & P.E.I.R.; 8 D.L.R. (4th) 1; 139 A.P.R. 125; 53 N.R. 268; *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697; (1984), 35 Alta L.R. (2d) 97; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Edmonton Liquid Gas v The Queen*, [1984] CTC 536; (1984), 84 DTC 6526; 56 N.R. 321 (F.C.A.); *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *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.); *Thomson v. Canada*, [1988] 3 F.C. 108; (1988), 50 D.L.R. (4th) 454; 31 Admin. L.R. 14; 84 N.R. 169 (C.A.); *Vaillancourt v. Deputy M.N.R.*, [1991] 3 F.C. 663; [1991] 2 C.T.C. 42; (1991), 91 DTC 5408 (Eng.); (1991), 91 DTC 5352 (Fr.) (C.A.); *Glynos v. Canada*, [1992] 3 F.C. 691 (C.A.); *Tschritter v. Sohn, Harrison and Bistritz* (1989), 94 A.R. 304; (1989), 57 D.L.R. (4th) 579; [1989] 4 W.W.R. 175; 65 Alta L.R. (2d) 289; 19 R.F.L. (3d) 1 (C.A.).

## AUTHORS CITED

- Canada Gazette* Part I, August 31, 1991, at p. 2874.  
 Côté, P.A. *Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Cowansville, Yvon Blais, 1991.

## LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 18.  
*Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), art. N-22, art. 9(1).  
*Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31.  
*Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, ch. O-2, ch. 8(2)d).  
*Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14 (mod. par S.C. 1976-77, ch. 35).  
*Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 1102.

## c JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Taylor*, [1987] 3 C.F. 593; (1987), 37 D.L.R. (4th) 577; 9 C.H.R.R. D/4929; 29 C.R.R. 222; 78 N.R. 180 (C.A.); *Neill c. Calgary Remand Centre* (1990), 109 A.R. 231; [1991] 2 W.W.R. 352; 78 Alta L.R. (2d) 1 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

- Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; (1976), 68 D.L.R. (3d) 452; 9 N.R. 541; *Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile c. Gagné et autres*, [1977] 1 R.C.S. 785; (1975), 10 N.R. 435; *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; (1981), 123 D.L.R. (3d) 554; 37 N.R. 158; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; (1984), 47 Nfld & P.E.I.R.; 8 D.L.R. (4th) 1; 139 A.P.R. 125; 53 N.R. 268; *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697; (1984), 35 Alta L.R. (2d) 97; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Edmonton Liquid Gas c La Reine*, [1984] CTC 536; (1984), 84 DTC 6526; 56 N.R. 321 (C.A.F.); *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *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.); *Thomson c. Canada*, [1988] 3 C.F. 108; (1988), 50 D.L.R. (4th) 454; 31 Admin. L.R. 14; 84 N.R. 169 (C.A.); *Vaillancourt c. Sous-ministre M.R.N.*, [1991] 3 C.F. 663; [1991] 2 C.T.C. 42; (1991), 91 DTC 5408 (Eng.); (1991), 91 DTC 5352 (Fr.) (C.A.); *Glynos c. Canada*, [1992] 3 C.F. 691 (C.A.); *Tschritter c. Sohn, Harrison et Bistritz* (1989), 94 A.R. 304; (1989), 57 D.L.R. (4th) 579; [1989] 4 W.W.R. 175; 65 Alta L.R. (2d) 289; 19 R.F.L. (3d) 1 (C.A.).

## DOCTRINE

- Gazette du Canada*, partie I, 31 août 1991, à la p. 2874.  
 Côté, P.A. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, (Qué.), Éditions Yvon Blais, 1990.



*House of Commons Debates*, Vol. vi, 2nd Sess., 30th Parl., at pp. 5667 *et seq.*

APPLICATION for order deleting two documents from statement of facts and law in case on appeal and alternatively for leave to submit additional evidence. Application allowed in part.

COUNSEL:

*Jean-François Jobin*, for Attorney General of Quebec.

*Franklin Gertler* and *Kathleen Lawand* for the Eastmain Band et al.

*Jean-Marc Aubry*, Q.C. and *René LeBlanc* for Raymond Robinson et al.

*Georges Emery*, Q.C. and *Michel Yergeau* for Hydro-Québec.

SOLICITORS:

*Bernard, Roy & Associés*, Montréal, for Attorney General of Quebec.

*Hutchins, Soroka & Dionne*, Montréal, and *O'Reilly, Mainville*, Montréal, for the Eastmain Band et al.

*Deputy Attorney General of Canada* for Raymond Robinson et al.

*Desjardins, Ducharme*, Montréal, and *Lavery, de Billy*, Montréal, for Hydro-Québec.

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

DÉCARY J.A.: The applicant Hydro-Québec, the intervener in the case on appeal, is asking that two documents having tabs 3 and 4 be deleted from the statement of facts and law of the respondents the Eastmain Band et al., and alternatively, if this application is denied, that it be given leave to submit additional evidence.

The two documents in question, which are:

(1) an extract from the *House of Commons Debates* for May 16, 1977, namely the speech of Hon. Roméo LeBlanc, Minister of Fisheries and the Environment. (Tab 4);

(2) an extract from Part I of the *Canada Gazette* dated August 31, 1991, at page 2874, which is [TRANSLATION] "concerning an application by

*Débats de la Chambre des communes*, vol. vi, 2<sup>e</sup> sess., 30<sup>e</sup> Lég., aux p. 5667 et s.

DEMANDE d'ordonnance visant à retirer de l'exposé des faits et du droit deux documents dans le dossier sous appel et, subsidiairement, à obtenir l'autorisation de faire une preuve additionnelle. Demande accordée en partie.

AVOCATS:

*Jean-François Jobin*, pour le procureur général du Québec.

*Franklin Gertler* et *Kathleen Lawand* pour la bande d'Eastmain et autres.

*Jean-Marc Aubry*, c.r. et *René LeBlanc* pour Raymond Robinson et autres.

*Georges Emery*, c.r. et *Michel Yergeau* pour Hydro-Québec.

PROCUREURS:

*Bernard, Roy & Associés*, Montréal, pour le procureur général du Québec.

*Hutchins, Soroka & Dionne*, Montréal, et *O'Reilly, Mainville*, Montréal, pour la bande d'Eastmain et autres.

*Le sous-procureur général du Canada*, pour Raymond Robinson et autres.

*Desjardins, Ducharme*, Montréal, et *Lavery, de Billy*, Montréal, pour Hydro-Québec.

*Voici les motifs de l'ordonnance et l'ordonnance rendus en français par*

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: La requérante, Hydro-Québec, intervenante dans le dossier sous appel, demande que soient retirés de l'exposé des faits et du droit des intimés, la Bande d'Eastmain et al., deux documents qui y sont joints aux onglets 3 et 4 et, alternativement, si cette requête était refusée, que permission lui soit donnée de faire une preuve additionnelle.

Les deux documents en question, qui sont:

1) l'extrait des *Débats de la Chambre des communes* en date du 16 mai 1977, à savoir le discours de l'honorable Roméo LeBlanc, ministre des Pêches et de l'Environnement. (onglet 4);

2) un extrait de la Partie I de la *Gazette du Canada* en date du 31 août 1991, à la page 2874, qui est «relatif à une autorisation demandée par Hydro-

Hydro-Québec to put a ferry cable over the Eastmain River, pursuant to the provisions of s. 9(1) of the *Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22". (Tab 3);

Québec pour passer un bac transbordeur en travers de la rivière Eastmain, le tout conformément aux dispositions de l'article 9(1) de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. 1985, c. N-22». (onglet 3);

were attached to the respondents' submission without the latter asking this Court for authorization to do so, saying that in their opinion these documents are among those of which the Court may take judicial notice.

ont été joints au mémoire des intimés sans que ces derniers ne demandent à cette Cour l'autorisation de ce faire, se disant d'avis que ces documents sont de ceux dont la Cour peut prendre connaissance d'office.

I will first deal with the leave sought by Hydro-Québec and mentioned in Part I of the *Canada Gazette*. Counsel for the respondents admitted that this was not a document covered by section 18 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, which allows judicial notice to be taken of "Acts of Parliament", nor is it a document covered by the *Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22, which allows judicial notice to be taken of a series of documents produced by the federal government. However, he submitted that the Court should itself supplement this legislation and add anything which from a reliable source can easily be a matter of general knowledge, and the *Canada Gazette* is clearly a reliable source which anyone can consult at will. Learned counsel could cite no authority in support of his argument, and I know of none that would allow me to thus broaden the concept of "judicial knowledge", which has already been sufficiently compromised by lawyers and the courts.

Je traiterai d'abord de l'autorisation demandée par Hydro-Québec et dont fait état la Partie I de la *Gazette du Canada*. Le procureur des intimés reconnaît qu'il ne s'agit pas d'un document visé à l'article 18 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, lequel permet que soient admises d'office «les lois fédérales», non plus que d'un document visé par la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22, laquelle permet que soient admises d'office une série de documents émanant de l'administration fédérale. Il soumet toutefois que la Cour devrait d'elle-même compléter ces prescriptions législatives et y ajouter tout ce qui peut, à partir d'une source fiable, devenir facilement de connaissance générale, la *Gazette du Canada* étant de toute évidence une source fiable que chacun peut consulter à sa guise. Le savant procureur n'a pu citer d'autorité à l'appui de sa prétention, et je n'en connais aucune, qui me permettrait d'élargir à ce point le concept de «connaissance judiciaire» déjà suffisamment galvaudé par les plaideurs et les tribunaux.

The document in question, the existence of which I would not myself have suspected or known of and which I would in no way have been likely to consult myself—and that in practical terms is essentially what "judicial knowledge" is—could only become part of the record if an application to file further evidence was made under Rule 1102 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] and, of course, allowed. As my brother Mahoney J.A. pointed out in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Taylor*, [1987] 3 F.C. 593 (C.A.), at page 608, a case in which a party also sought, following the publication of a Supreme Court decision subsequent to the judgment *a quo*, to enter new evidence in the record,

Le document en question, dont je n'aurais d'aucune façon soupçonné ou connu de moi-même l'existence ou que je n'aurais d'aucune façon été porté à consulter de moi-même—et c'est cela, au fond, en termes pratiques, la «connaissance d'office»—, ne pouvait faire partie du dossier que si demande de dépôt d'une preuve nouvelle était faite selon la Règle 1102 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], et, bien sûr, accueillie. Ainsi que le rappelait mon collègue le juge Mahoney, J.C.A., dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Taylor*, [1987] 3 C.F. 593 (C.A.), à la page 608, une affaire où, là aussi, une partie avait cherché, suite à la publication d'un arrêt de la Cour suprême posté-

The Rules provide means for this Court to receive evidence. The means do not include bootlegging evidence in the guise of authorities.

In my opinion, therefore, tab 3 attached to the respondents' statement of fact and law should be deleted therefrom as well as the reference made to that tab in paragraph 97 of the said statement.

I will now deal with the speech made by Hon. LeBlanc in the 1977 debate on the adoption of amendments to the *Fisheries Act* [R.S.C. 1970, c. F-14 as am. by S.C. 1976-77, c. 35].

Relying on a number of decisions by the Supreme Court of Canada<sup>1</sup> counsel for the Attorney General of Quebec, who supported the applicant's position, invited the Court simply to refuse to admit the speech in question in view of its limited evidentiary value, as in his view the Supreme Court would do.

Counsel for the respondents, relying on a number of decisions of this Court<sup>2</sup> as well as two recent decisions of the Alberta Court of Appeal,<sup>3</sup> on the contrary invited the Court to refer to the speech to verify the "malaise" which Parliament sought to remedy by adopting the amendments to the *Fisheries Act*.

<sup>1</sup> *Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 387 *et seq.*; *Highway Victims Indemnity Fund v. Gagné et al.*, [1977] 1 S.C.R. 785, at p. 792; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 721 *et seq.*; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, at p. 315 *et seq.*; *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697, at p. 711 *et seq.*; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 504 *et seq.*

<sup>2</sup> *Edmonton Liquid Gas Ltd. v The Queen*, [1984] CTC 536 (F.C.A.), at pp. 546-547; *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346 (C.A.), at p. 355 *et seq.*; *Canada (Attorney General) v. Young*, [1989] 3 F.C. 647 (C.A.), at p. 657, to which I would add *Thomson v. Canada*, [1988] 3 F.C. 108 (C.A.), at p. 132 *et seq.*; *Vaillancourt v. Deputy M.N.R.*, [1991] 3 F.C. 663 (C.A.), at p. 673 and *Glynos v. Canada*, [1992] 3 F.C. 691 (C.A.).

<sup>3</sup> *Tschritter v. Sohn, Harrison and Bistriz* (1989), 94 A.R. 304 (C.A.), at pp. 308-312, reasons of Hetherington J.A.; *Neill v. Calgary Remand Centre* (1990), 109 A.R. 231 (C.A.), at pp. 233-237.

rieurement à la décision attaquée, à glisser une preuve nouvelle au dossier,

Les Règles prévoient des moyens de permettre à la Cour de recevoir des éléments de preuve. Ces moyens ne comprennent pas la réception irrégulière d'éléments de preuve sous le couvert de sources juridiques . . .

Je serais donc d'avis que soient retirés de l'exposé des faits et de droit des intimés, l'onglet 3 qui y est joint ainsi que la référence qui est faite à cet ongle a au paragraphe 97 dudit exposé.

Je traiterai maintenant du discours prononcé par le ministre LeBlanc lors du débat entourant, en 1977, l'adoption de modifications à la *Loi sur les pêcheries*, [S.R.C. 1970, ch. F-14 mod. par S.C. 1976-77, ch. 35].

S'appuyant sur de nombreux arrêts de la Cour suprême du Canada<sup>1</sup>, le représentant du procureur général du Québec, qui appuie la position de la requérante, a invité la Cour à tout simplement juger irrecevable le discours en question, vu sa faible valeur probante, comme le ferait, à son avis, la Cour suprême.

Le procureur des intimés, s'appuyant sur de nombreux arrêts de cette Cour<sup>2</sup> ainsi que sur deux arrêts récents de la Cour d'appel de l'Alberta<sup>3</sup>, invite au contraire la Cour à référer au discours pour vérifier le «malaise» auquel le Parlement voulait remédier en adoptant les modifications à la *Loi sur les pêcheries*.

<sup>1</sup> *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, à la p. 387 *et s.*; *Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile c. Gagné et autres*, [1977] 1 R.C.S. 785, à la p. 792; *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, à la p. 721 *et s.*; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, à la p. 315 *et s.*; *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697, à la p. 711 *et s.*; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 504 *et s.*

<sup>2</sup> *Edmonton Liquid Gas Ltd c La Reine*, [1984] CTC 536 (C.A.F.), aux p. 546 *et* 547; *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346 (C.A.), à la p. 355 *et s.*; *Canada (Procureur général) c. Young*, [1989] 3 C.F. 647 (C.A.), à la p. 657, auxquels j'ajouterais *Thomson c. Canada*, [1988] 3 C.F. 108 (C.A.), à la p. 132 *et s.*; *Vaillancourt c. Sous-ministre M.R.N.*, [1991] 3 C.F. 663 (C.A.), à la p. 673 *et* *Glynos c. Canada*, [1992] 3 C.F. 691 (C.A.).

<sup>3</sup> *Tschritter v. Sohn, Harrison et Bistriz* (1989), 94 A.R. 304 (C.A.), aux p. 308 à 312, motifs de madame le juge d'appel Hetherington; *Neill c. Calgary Remand Centre* (1990), 109 A.R. 231 (C.A.), aux p. 233 à 237.

I feel it is possible to reconcile these two apparently contradictory lines of authority as follows. When the Court has to interpret a particular provision it should not, in principle, take parliamentary debates into account. However, if the Court comes to the conclusion that the provision is open to two equally valid interpretations, then and then only can it consult parliamentary debates, not in order to interpret the provision but to determine which of the two interpretations is more consistent with the stated intent of Parliament, and by so doing to adopt one rather than the other.

It is a different matter to determine what expresses the legislative intent in parliamentary debates. It is clear that the evidentiary value of the statements in the House fluctuates according to the quality of the speaker, the time at which the statements are made and the context in which they are made. I adopt in this regard the observations of Kierans J.A. in *Neill*, *supra*, note 3, at page 234:

Am I in breach of the rule against reference to **Hansard** debate as an interpretive aid? That rule was recently reconsidered by Hetherington, J.A., in her concurring Reasons in **Tschritter v. Sohn, Harrison and Bistriz**, . . . and she questioned the continuing need for it.

For the purposes of this case, I need not go so far as she, in that case, proposed. I refer only to a Ministerial statement on introduction of a Bill. I need not, therefore, challenge totally the first reason for the rule, which is that interpretive statements by an individual member reflect only that member's view and are irrelevant. The statement is not just the view of one member, it is a statement of policy by the Government that introduced the Bill. This is particularly useful to the courts in an age when, as Lord Denning observed in **Escoigne Properties Ltd. v. Inland Revenue Commissioners**, [1958] A.C. 549, at 566 (H.L.), ". . . there are no preambles or recitals to give guidance".

It seems to me that this is the only solution by which the Court can carry out the duty imposed on it by the very wording of section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, to give every enactment "such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects". In any case, this is not such an extraordi-

Ces deux courants jurisprudentiels d'apparence contradictoire me paraissent pouvoir se réconcilier comme suit. Lorsqu'elle est appelée à interpréter une disposition particulière, la Cour ne doit pas, en principe, tenir compte des débats parlementaires. Si toutefois la Cour en arrive à la conclusion que la disposition est susceptible de deux interprétations aussi valables l'une que l'autre, alors, et alors seulement pourra-t-elle consulter les débats parlementaires et ce, non pas pour interpréter la disposition, mais pour déterminer laquelle des deux interprétations est la plus compatible avec l'intention avouée du législateur et pour, de ce fait, retenir celle-ci plutôt que celle-là.

C'est autre chose que de déterminer ce qui, dans les débats parlementaires, exprime l'intention du législateur. Il est clair que la valeur probante des déclarations faites en Chambre fluctue selon la qualité de l'auteur, le moment auquel les déclarations sont faites et le contexte dans lequel elles sont faites. Je fais miens, à cet égard, les propos du juge d'appel Kerans, dans *Neill*, *supra*, note 3, à la page 234:

[TRADUCTION] Ai-je violé la règle interdisant de se référer au **Hansard** pour faciliter l'interprétation? La règle en question a été réexaminée dernièrement par Madame la juge d'appel Hetherington dans ses motifs concordants rendus dans l'affaire **Tschritter v. Sohn, Harrison et Bistriz**, . . . et elle a mis en doute la nécessité de la conserver.

Aux fins du présent litige, il ne m'est pas nécessaire d'aller aussi loin qu'elle l'a proposé dans l'affaire susmentionnée. Je ne fais que mentionner la déclaration d'un ministre lors de la présentation d'un projet de loi. Je n'ai donc pas besoin de contester entièrement la première raison d'être de la règle qui veut que les déclarations interprétatives faites par un député ou un ministre particulier ne reflètent que son opinion et sont sans importance. Ces déclarations ne reflètent pas seulement l'opinion de leur auteur, elles constituent aussi des déclarations de principe de la part du gouvernement qui a présenté le projet de loi. Cela est particulièrement utile aux tribunaux à un moment où comme Lord Denning l'a constaté dans **Escoigne Properties Ltd. v. Inland Revenue Commissioners**, [1958] A.C. 549 à la page 566 (H.L.), [Traduction] « . . . il n'y a pas de préambules ou d'exposés pour nous guider ».

Cette solution, me semble-t-il, est la seule qui permette à la Cour de donner effet à l'obligation qui est sienne, de par les termes mêmes de l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, d'interpréter tout texte «de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet». Cette solution, par ailleurs, n'est pas si

nary solution. The superseded *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2, required in paragraph 8(2)(d) that where there are two different versions of the same provision preference should be given to the version that “according to the true spirit, intent and meaning of the enactment, best ensures the attainment of its objects”. It is well settled that though the new *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, did not reproduce this rule of interpretation, it is only a codification of unwritten law which thus resumes its rightful place.<sup>4</sup> It seems to me eminently desirable for the Court, in choosing between two possible interpretations, to adopt the one which better corresponds to the spirit and intent of the legislature.

I recognize that the dividing line, which is clear on paper, is in practice more uncertain. It may be that when the courts are venturing into a grey area, their temerity will generally be offset by the lack of evidentiary force they accord to the debates under consideration. Everything is a question of degree and of common sense. It would not be prudent to erect absolute theoretical boundaries which would not stand up to case-by-case reality.

I share the view of Prof. Côté, that:

In Canadian case law, the exclusionary rule is increasingly questioned, and not all judges seem convinced of the wisdom of rejecting such evidence. . . . As we shall see, these cases are increasingly frequent, to such an extent that we may ask whether the exclusionary rule is becoming the exception. [*Supra*, note 4, at pp. 357-358.]

In both theory and principle, parliamentary history is inadmissible, absent a constitutional context, for the purpose of interpreting a specific provision of an enactment. However, this principle is riddled with derogations and exceptions to such a point that we may ask whether it is on its last legs, if not completely finished.

Frequently the principle is simply ignored by the court. These derogations would undoubtedly have less weight were it not for the fact that they occasionally find themselves cited in decisions of the Supreme Court of Canada. [*Supra*, note 4, at p. 364.]

In the case at bar the extract from the speech set out by the respondents at tab 4 of their statement of

<sup>4</sup> See *Glynos*, *supra*, note 2; P.A. Côté, *Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Cowansville, Yvon Blais, 1991, at pp. 273-274.

étrangère à nos mœurs. La défunte *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, ch. O-2, en son alinéa 8(2)d, exigeait qu’en présence de deux versions différentes d’une même disposition, préséance soit donnée à celle qui, «selon l’esprit, l’intention et le sens véritables du texte, assure le mieux la réalisation de ses objets». Il est acquis que même si la nouvelle *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31 n’a pas reproduit cette règle d’interprétation, celle-ci ne constituait qu’une codification du droit non écrit, lequel se trouve ainsi à reprendre la place qui était sienne<sup>4</sup>. Qu’entre deux interprétations possibles la Cour puisse retenir celle qui répond le mieux à l’esprit et à l’intention du législateur, m’apparaît éminemment souhaitable.

Je reconnais que la ligne de démarcation, qui est claire sur papier, se fait plus confuse en pratique. Il arrive que les tribunaux s’aventurent en zone grise, auquel cas leur témérité sera généralement compensée par le peu de force probante qu’ils accorderont aux débats sous étude. Tout est question de degré et de bon sens. Il ne serait pas sage d’ériger en absolu des frontières théoriques qui ne résisteraient pas à la réalité du cas par cas.

Je partage l’avis du professeur Côté, selon qui:

Dans la jurisprudence canadienne, la règle de l’exclusion paraît aujourd’hui de plus en plus remise en cause, et on perçoit dans les arrêts que tous les juges ne sont pas entièrement convaincus de l’opportunité d’écarter ce genre de preuve. . . . Ces arrêts, comme on le verra, se font aujourd’hui de plus en plus nombreux, tant et si bien qu’on peut se demander si la règle d’exclusion n’est pas en passe de devenir l’exception. [*Supra*, note 4, aux p. 406 et 407.]

En théorie et en principe, les travaux préparatoires ne sont pas admissibles lorsqu’il s’agit, en dehors de tout contexte constitutionnel, d’interpréter une disposition précise d’un texte législatif. Toutefois, ce principe apparaît à ce point miné par les derogations et grugé par les exceptions qu’on peut se demander s’il n’est pas, en pratique, en voie d’extinction.

Il arrive fréquemment que le principe soit tout simplement ignoré par le tribunal. Ces derogations auraient sans doute moins de poids si elles ne se trouvaient pas, à l’occasion, dans des arrêts de la Cour suprême du Canada. [*Supra*, note 4, aux p. 414 et 415.]

En l’espèce, l’extrait du discours qu’ont reproduit les intimés à l’onglet 4 de leur exposé des faits et du

<sup>4</sup> Voir *Glynos*, *supra*, note 2; P.A. Côté, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990, aux p. 305 et 306.

facts and law was given by the responsible Minister when the bill was tabled in the House. It is not my function at this stage to decide whether the Court may wish to refer to it or to determine its evidentiary value, if any. All I am deciding here is that the respondents were entitled in paragraph 159 of their statement of facts and law to ask the Court to take judicial knowledge of it and to set it out in tab 4.

#### ORDER

The intervener's application is allowed in part and the Court orders that tab 3 of the respondents' statement of facts and law be deleted from the record and the reference thereto in paragraph 97 of the said submission be struck out. There will be no award of costs.

droit, a été prononcé par le ministre responsable, au moment de la présentation du projet de loi en Chambre. Il ne m'appartient pas, à ce stade, de décider si la Cour voudra y référer ni de déterminer sa valeur probante, si tant est qu'il en ait une. Tout ce que je décide, ici, c'est que les intimés avaient le droit, au paragraphe 159 de leur exposé des faits et du droit, d'inviter la Cour à en prendre connaissance d'office et de le reproduire à l'onglet 4.

#### ORDONNANCE

La requête de l'intervenante est accueillie en partie et il est ordonné que l'onglet 3 de l'exposé des faits et du droit des intimés soit retiré du dossier et que soit effacée la référence qui est faite à cet onglet au paragraphe 97 dudit mémoire. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those not selected for full-text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ACCESS TO INFORMATION

Application to strike request to inspect documents under Access to Information Act, s. 71—Purpose of s. 71 to permit access upon request by visiting office of Department—Parliament clearly contemplating two kinds of requests: one under Access to Information Act in writing, another by visiting premises and seeking documentation there—Second kind of request without advance notice, therefore without written request—Inappropriate to strike instant application for absence of written request—Application dismissed—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 71.

WELLS V. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT) (T-152-91, Jerome A.C.J., order dated 28/2/92, 4 pp.)

## CITIZENSHIP

### KNOWLEDGE REQUIREMENTS

Appeal from refusal of citizenship based on inadequate knowledge of one of Canada's official languages and of responsibilities and privileges of citizenship—Citizenship Judge further finding nothing justifying recommendation to Minister to grant citizenship on compassionate grounds—Although appellant still unable to demonstrate adequate levels of knowledge at appeal, new medical evidence filed as to mental state, illiteracy, learning disability—Since arrival in Canada in 1986 as landed immigrant with parents, acted as their housekeeper—As able to communicate only in spoken Arabic, limited exposure to either official language, cultural, social and political institutions—Only security that provided to her by family, all Canadian citizens—Exceptional case meriting consideration on humanitarian grounds—Referred back to Citizenship Judge for reconsideration in light of Court's observations—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5.

DAIFALLAH (RE) (T-724-91, Joyal J., judgment dated 20/5/92, 4 pp.)

Appeal from Citizenship Judge's decision denying grant of citizenship for insufficient knowledge of Canada and of responsibilities and privileges of citizenship—Appellant taking great pains to study and learn materials provided to citizenship candidate, since appearing before Citizenship Judge—Obvious appellant now understanding Canadian society and responsibil-

## CITIZENSHIP—Continued

ities and privileges of citizenship—Requirements of Citizenship Act, s. 5(1)(e) met—Appeal allowed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(e).

SAPANA (RE) (T-1144-91, Rouleau J., judgment dated 11/6/92, 3 pp.)

### RESIDENCY REQUIREMENTS

Appeal from refusal of citizenship for failure to meet residency requirements in Citizenship Act, s. 5(1)(c)—Appellant physically present in Canada for only 136 days during four years immediately preceding application—Wife owner of doughnut franchise in Edmonton—Wife and four children Canadian citizens residing in Canada—No family in Hong Kong, but cousins and in-laws in Canada—Lengthy absences from Canada necessary to supervise business interests, particularly export-import business in Hong Kong—Lives in apartment owned by company in Hong Kong—Also travels elsewhere for short periods of time—Prior to acquisition of doughnut franchise and home in B.C., Hong Kong home sold and 200 cartons of furniture and personal belongings shipped to Canada—Hong Kong office building and stock exchange licence also sold—Holding B.C. driver's licence, Canadian social insurance number and health care card—Pays no income tax in Canada—Appellant arguing should not be required to divest himself of business interests to become Canadian citizen—Appeal dismissed—In holding no intention to make Canada place of permanent residence in near future, Citizenship Judge not misapprehending test—Stressing appellant not owning business here, not making contribution to Canada as landed immigrant, visited Canada for short periods of time for personal reasons, had not made Canada place where "regularly, normally or customarily" lives—Evidence justifying conclusions—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5.

LAW (RE) (T-1604-91, Reed J., judgment dated 22/5/92, 5 pp.)

Appeal from non-approval by Citizenship Judge of appellant's citizenship application—Whether appellant satisfied residency requirements under Citizenship Act, s. 5(1)(c)—Appellant immigrating to Canada in 1967—Marrying Canadian citizen and living in Quebec until 1982 when whole family moved to Greece for duration of husband's contract—Family returning to Canada in 1990 as husband's contract not

**CITIZENSHIP—Concluded**

renewed for another term—Numerous factors weighing heavily in appellant's favour—Time spent by applicant outside Canada should be taken into account in calculating period of three years of residence required for granting application for citizenship—Residency requirements of s. 5(1)(c) met—Appeal allowed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c).

KAVADIAS (RE) (T-2902-91, Pinard J., judgment dated 11/5/92, 7 pp.)

**CIVIL CODE**

Application based on Civil Code of Lower Canada, art. 2091 appealing from decision of Senior Prothonotary—Real estate at issue seized by Crown on October 25, 1990—Caisse populaire de Sillery registered hypothec on said property on January 21, 1991—Property sold by Court on March 20, 1991 and proceeds of sale subject to collocation—Senior Prothonotary dismissed Crown's appeal objecting to participation of Caisse populaire in distribution of proceeds of sale—Purpose of art. 2091 to protect interest of creditor who seizes property against any interest brought forward before Court sale held—Caisse populaire de Sillery knew of registration of seizure at time it registered its claim and had to be aware right uncertain—Seizure followed by judicial expropriation in due form pursuant to requirements of art. 2091—Privilege of Caisse populaire thus rendered of no effect—Appeal allowed—Civil Code of Lower Canada, arts. 2090, 2091.

DOMINIQUE BOIVIN ET ASSOCIÉS INC. (RE) (ITA-4264-90, Joyal J., order dated 8/6/92, 5 pp.)

**CONTRACTS**

Action for reimbursement of \$3,000 in respect of three musical works for which plaintiff claimed to have composed words and music—If right to be enforced, litigant must not only allege facts in statement of claim but must prove facts supporting action—Only evidence provided by plaintiff his own testimony—Did not prove composed songs, whether words or music, himself, or contract ever signed—Did not prove any fact alleged, therefore not entitled to any of remedies sought—Action dismissed.

MANDUNGU v. CLOUTIER (T-2584-91, Denault J., judgment dated 22/5/92, 4 pp.)

**CRIMINAL JUSTICE**

Action for declaration Minister of Justice not properly considering request for mercy pursuant to Criminal Code, s. 617—Plaintiff convicted of numerous counts of rape, attempted rape and indecent assault, declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate period of detention—Appeals from convictions dismissed for want of prosecution—Successive

**CRIMINAL JUSTICE—Concluded**

Ministers of Justice refusing to exercise powers granted under Criminal Code, s. 617—Plaintiff alleging convictions based upon fabricated and perjured evidence wrongly identifying him as perpetrator of crimes—Alleging conspiracy to fabricate evidence, particularly photograph taken at police line-up, which plaintiff alleges was doctored—Alleging Ministers erred in not reviewing new evidence of fabricated evidence, in not allowing oral representations on applications for mercy and in not obtaining and considering transcripts from trial and sentencing hearing—Action dismissed—While s. 617 permitting Minister to order new trial or hearing, plaintiff seeking *mandamus* ordering Minister to properly review application for mercy, declaration conviction and detention unlawful and remedies under Charter, s. 24—Ministerial decisions under s. 617 reviewable—Review of transcripts of trial, preliminary enquiry and sentencing proceeding and blow-ups of allegedly altered photograph disclosing complaints unfounded—Plaintiff contradictory and inconsistent as to participation in line-up—No charges laid as result of line-up—Crown not using photograph at trial, but plaintiff introducing it and claiming it was fabricated—Unable to produce any expert opinion photograph fabricated and not crucial piece of evidence at trial—No evidence supporting allegation reviews of applications for mercy not properly conducted—Ministers not obliged to review material not submitted by applicant—Transcripts undercut, rather than support, plaintiff's case—*Wilson v. Minister of Justice*, [1983] 2 F.C. 379 (T.D.); [1985] 1 F.C. 586 (C.A.) and *R. v. Wilson* (1987), 46 Man. R. (2d) 169 (C.A.) holding duty of fairness not breached by not allowing s. 617 applicant to make oral representations—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 24—Criminal Code, R.S.C., 1970, c. C-34, ss. 617, 688.

HENRY v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE) (T-995-85, Reed J., judgment dated 15/5/92, 9 pp.)

**CROWN****CONTRACTS**

Contract for construction of access road and parking lots at Les Forges du St-Maurice National Historic Park in Trois-Rivières, Quebec—Plaintiff claimed sum of \$141,785.40 because of problems it encountered in carrying out said contract, and interest of \$11,991.02—Clear plaintiff encountered major problems on parking lot—Under contract entitled to be compensated for damage incurred in instant case—Entitled to receive \$18,813 for extra work on bus parking lot necessitated by presence of black earth—Also entitled to claim \$1,785.11 for work done on access road—On soil conditions, error in benchmark or unforeseen level of bus parking lot and considerable cutting necessitated by black earth, no serious contradictions in testimony of various witnesses—On remainder, costs submitted by plaintiff based in large part on figures which defendant's officials in position to observe or verify—Defen-



**CROWN—Concluded**

dant must therefore reimburse plaintiff \$139,469 plus interest and costs.

MASSICOTTE ET FILS LTÉE V. CANADA (T-2576-89, Joyal J., judgment dated 22/5/92, 38 pp.)

Action for judgment annulling defendants' second call for tenders and reinstating first call for tenders—Minister of Public Works calling for bids for construction of space agency in Saint-Hubert, Quebec—Six building contractors invited to bid for project—New sales tax in place in Quebec as of July 1, 1992—Plaintiff writing to Minister asking for clarification on how Quebec's new "TVQ" sales tax would affect cost of project—Confusion in mind of plaintiff's representatives—Minister advising each bidding company of intention to call for new bids—First call for tenders, art. 11 clearly stating defendant not bound to accept any or all of tenders—Defendant's belief confusion existed among most of bidding parties with regard to TVQ tax enough to refuse all bids and ask for new bids—Defendant must ensure information given understood by parties making bid—Invitation to tender to sign contract put out by defendant—One contract formed, not two—Action dismissed.

ELLIS-DON CONSTRUCTION LTD. V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS) (T-777-92, Teitelbaum J., judgment dated 16/4/92, 13 pp.)

**ESTOPPEL**

Application for *certiorari* to quash refusal of Acting Mining Recorder to record claims submitted for recording pursuant to Yukon Quartz Mining Act, and *mandamus* requiring recording of claims—S. 42(1) requiring applicant for recording to provide affidavit in Form 1 in respect of full claim and in Form 2 in respect of fractional claim, containing paragraph stating to best of knowledge and belief ground within boundaries of claim unrecorded by any other person as mineral claim—Applicant seeking to claim irregular shaped open ground less than 1,500 feet in dimension between other claims—Deliberately staked so as to overlap claims on either side to avoid inadvertently leaving open ground unstaked because of difficulties of precise measurement—Applied for full claim using Form 1—Before recording claims, Mining Recorder ordered inspection—Inspector's report indicating applicant's claim overlapped claims in good standing and recording refused—Advised to stake as fractional claims—Applicant not having opportunity to respond to inspector's report prior to refusal to record—No appeal from such decisions—Common practice before and after incident to accept and record claims which, while submitted as full claims on Form 1, were fractional claims—Also evidence such claims accepted for recording even though posts placed on another's claims—S. 43 gives Mining Recorder sufficient discretion to record claims involving overlapping if staked as nearly as possible in manner prescribed, honest attempt to comply with all provisions of Act, and non-observance of recording formalities not calculated to mislead—Application for *certiorari* allowed—(1) Procedure followed not meeting common law requirements of fairness—Incumbent on Acting Mining Recorder to give applicant

**ESTOPPEL—Concluded**

opportunity to respond to concerns raised by inspection report—(2) Respondents should be estopped from relying on strict technical requirements of Act when requirements commonly and lawfully waived by Mining Recorder in past in exercise of discretion—Conditions for promissory estoppel well established: *W. and R. Plumbing & Heating Ltd. v. R.*, [1986] 2 F.C. 195 (T.D.)—Mining Recorder, by routinely accepting over-staking and filing of what are really fractional claims as full claims, in effect promising to prospecting community claims staked in this way will not be rejected, but will be subject of favourable exercise of s. 43(1) discretion—Applicant relied on representation and suffered detriment when Acting Mining Recorder suddenly applied strict letter of Act without benefit of discretion typically exercised under s. 43(1)—Although not precluded from changing practice and not exercising s. 43 discretion in same way, incumbent on Mining Recorder to make reasonable efforts to bring to attention of prospectors intention to require strict and literal compliance with Act and not to waive requirements in future, given past practice—Yukon Quartz Mining Act, R.S.C., 1985, c. Y-4, ss. 12, 16, 17, 39, 42, 43—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

AURCHEM EXPLORATION LTD. V. CANADA (T-290-92, Strayer J., order dated 12/5/92, 11 pp.)

**EXPROPRIATION**

Action to recover compensation resulting from expropriation by Crown of 19.92 hectares of land—Lot bought by plaintiff in 1978 for \$75,000 to exploit gravel and sand pit—In April 1986 Minister of Public Works informed plaintiff of intent to expropriate northwest portion of said lot—In May 1987 plaintiff signed document accepting \$65,000 offer made by Minister of Public Works, reserving its right to claim additional compensation for expropriated right—Argued amount so offered and accepted did not correspond to fair value of expropriated portion of gravel-rich land—Plea of prescription raised by defendants inadmissible as acceptance not communicated to maker of offer before latter received document in question on May 5, 1987—Fundamental rule as to expropriation compensation stated in Expropriation Act, s. 24(2) and applies to determining value of expropriated right—Only unexpropriated part of land purchased by plaintiff in 1978 for commercial exploitation of gravel and sand pit exploited, commencing in spring 1983—Expropriated part of land never exploited—Of three techniques generally recognized in real estate appraisal, namely parity, revenue and cost techniques, only parity involves direct evidence—When sufficient comparable information exists, parity technique best able to establish market value—Four analyses made by defendant's appraiser, based on only seven transactions instead of twelve, give average price of \$2,840 per hectare, which means total price of \$56,572 for expropriated land of 19.92 hectares—Market value of expropriated property on August 20, 1986 \$76,500 under Act—Preferable to consider as comparable transactions only Nos. 2, 4, 10, 17, 20, 33 and 34, provided all appropriate adjustments made to them—Compensation to which plaintiff entitled on critical date of August 20, 1986 strictly market value of expropriated property, namely

**EXPROPRIATION—Concluded**

\$76,500—As plaintiff already paid sum of \$65,000, entitled to residue of \$11,500—Expropriation Act, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 16, ss. 24(2), 29(1)(a)(ii).

TEKMIN V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS)  
(T-856-88, Pinard J., judgment dated 8/5/92, 15 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Application for *certiorari* and *mandamus* against Canadian Human Rights Commission decision inquiry into complaint not warranted—Applicant worked for Wardair for 13 years as flight attendant—Applied in 1987 and 1988 to Canadian Airlines International but refused job—Applicant, 47 years old, alleging age discrimination—Filing complaint with CHRC May 6, 1988—After unsuccessful conciliation, Commission declining to appoint tribunal June 14, 1991—Whether Commission observing rules of procedural fairness—Investigation long and complicated due to applicant's delay in filing—Decision under Canadian Human Rights Act, s. 44(3)(b)(i) not required to be made judicially: *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada* (Canadian Human Rights Commission), [1989] 2 S.C.R. 879—Duty of fairness requiring Commission inform parties of substance of evidence—Commission exercised discretionary power reasonably, in good faith, without reference to extraneous considerations—Applicant waited too long to attack decision—Application dismissed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 44(3)(b)(i) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64).

SULLIVAN V. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION)  
(T-350-92, Pinard J., order dated 7/5/92, 9 pp.)

**IMMIGRATION**

Appeal from Refugee Division decision—Conclusions of tribunal not unreasonable—Connection between incidents related by claimant as basis for fear and danger to him as member of certain family group not established—Appeal dismissed.

HERNANDEZ V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-24-90, Marceau J.A., judgment dated 14/5/92, 2 pp.)

Appeal from decision of Immigration and Refugee Board—Board failing to give claimant "reasonable opportunity" to make representations—Claimant's request for extension of time to prepare submissions never dealt with—Date for claimant's submissions not fixed—No chance for claimant to put his case—Appeal allowed.

NIEDZIALKOWSKI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-531-90, Hugessen J.A., judgment dated 25/5/92, 2 pp.)

Appeal from Refugee Division decision—Despite few apparent contradictions, hesitations or vague statements by

**IMMIGRATION—Continued**

claimant, members of tribunal could not treat testimony as a whole as testimony of liar—Did not take into account evidence, including irrefutable documentary evidence, which could support claims might be subject to real danger of persecution in his country because of nationality, family and social group of which member—Appeal allowed.

DJAMA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-738-90, Marceau J.A., judgment dated 5/6/92, 2 pp.)

Appeal from Refugee Division decision—Documentary evidence and additional information, which panel obtained of its own accord after hearing closed, influenced deliberations and conclusions—Obtained evidence without offering parties possibility of re-opening hearing to receive it formally and permit rebuttal or submissions at open hearing—Application of *Lawal v. Canada* (Minister of Employment and Immigration), [1991] 2 F.C. 404 (C.A.)—Appeal allowed.

YOUSUF V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-823-90, Marceau J.A., judgment dated 5/6/92, 2 pp.)

Appeal from decision of Immigration and Refugee Board—No reviewable error of law or jurisdiction committed by Board in receiving and relying on evidence of Corporal Ditchfield—Board entitled to hear and act on it if found to be relevant, credible and trustworthy—Appeal dismissed.

HUANG V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1052-90, Hugessen J.A., judgment dated 28/5/92, 1 p.)

**DEPORTATION**

Application for leave to apply for stay and to stay exclusion order pending determination of earlier application for leave to seek judicial review of Minister's decisions to enforce exclusion order earlier made and refusing application for landing on humanitarian and compassionate grounds—In August 1991 applicant, citizen of Somalia, determined not to be Convention refugee—Department subsequently finding insufficient grounds for positive humanitarian and compassionate decision—Leave to appeal that decision denied—On review, headquarters upholding recommendation—Applicant advised in January exclusion order to be executed—Applicant to be removed to U.S.A.—Applicant filing further materials in support of claim for humanitarian and compassionate review pursuant to Immigration Act, s. 114(2), but Department still holding insufficient humanitarian and compassionate grounds—Test set out in *Toth v. Canada* (Minister of Employment and Immigration), [1989] 1 F.C. 535 (C.A.) applied in considering application for stay—Application dismissed—Application for stay not raising serious issue to be tried—No unfairness in process of considering humanitarian and compassionate grounds—Applicant's perception of unfairness arising from timing of various issues pure speculation as only evidence before Court indicating applicant's submissions and material on file fully considered—No evidence of "boiler plate" responses or restrictive guidelines concerning dealings with refugee applicants from Somalia: *Pavlov v. Canada* (Minister of Employment and

## IMMIGRATION—Continued

*Immigration*), [1992] 2 F.C. 289 (T.D.) distinguished—No evidence of failure to consider applicant's submissions nor that irrelevant factors considered when decisions made—Lack of written confirmation of Court's decision when acknowledged to have been communicated by telephone not raising serious issue—No evidence of irreparable harm as applicant to be deported to U.S.A. where can remain for 3-6 months and from which, if not granted asylum will be deported to safe country—Absent serious issue and without evidence of irreparable harm, no reason to stay process which Minister has responsibility to pursue under public policy set out in statutes and regulations—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19), 114(2).

QAWDAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-130, MacKay J., order dated 22/4/92, 9 pp.)

Application for stay of execution of departure order—Applicants all children of one family and German citizens—No credible basis found for Convention refugee claims—Departure notices issued by panel constituted under Immigration Act—Court having jurisdiction to consider application by virtue of Federal Court Act—Application herein interrelated with application for leave to commence proceedings for judicial review under Act, s. 18.1—In application for stay, test whether serious issue to be tried, irreparable harm suffered by applicant if order not granted and balance of convenience favouring granting of order—Serious issues raised on face of application for leave—No irreparable harm occasioned to applicants by non-intervention of Court to stay proceedings—Departure notice not depriving applicants of any right nor resulting in irreparable harm—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

DUGONITSCH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-224, MacKay J., order dated 10/4/92, 8 pp.)

Appeal from Immigration Appeal Board decision respondent remained permanent resident and having jurisdiction to entertain appeal—Matter dealt with as though Immigration Act applicable as it stood when respondent returned to Canada in 1986, not when admitted and left in 1960's—Error of law as held in *Allen v. Minister of Manpower and Immigration*, [1979] 1 F.C. 243 (C.A.)—Respondent, while legally landed in Canada, never acquired Canadian domicile nor right to come into Canada as permanent resident without ministerial authorization—Immigration Appeal Board wrong in concluding having jurisdiction to entertain respondent's appeal—Appeal allowed.

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) V. MEDAWI (A-373-89, Mahoney J.A., judgment dated 27/5/92, 3 pp.)

## PRACTICE

Application for stay of removal inquiry before adjudicator pending outcome of judicial review of decision of credible basis panel—Applicant informed panel at hearing of intention to make preliminary constitutional argument delay in violation

## IMMIGRATION—Continued

of Charter, s. 7—Panel finding no credible basis without hearing constitutional argument—Panel holding applicant required by Federal Court Act s. 57, in force February 1, 1992, to serve notice on Attorney General of intention to raise constitutional issue—Whether Court having jurisdiction to grant stay where application for leave to apply for judicial review not yet heard—Jurisdiction to make interim orders under s. 18.2 not limited by need to apply for leave—Court having discretion to order stay where arguable issue raised by application for leave but application would be moot without stay—Whether procedural requirement of s. 57 applying to proceeding commenced before coming into force serious issue—Tribunal's hearing not yet concluded—Tribunal still able to hear constitutional issues, applicant still could serve notice on Attorney General—Refusal to hear could be subject to review if and after occurs—No irreparable harm if stay not granted—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 57 (as am. *idem*, s. 19).

HOSEIN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-187, MacKay J., order dated 18/3/92, 9 pp.)

Application for stay of execution of departure notice—Notice issued and delivered April 7, 1992—Adjudicator not informing applicant of right to seek judicial review of notice, contrary to Immigration Regulations, s. 36(1)(b)—Applicant taking no steps to challenge departure notice until six days preceding scheduled departure—Application for leave to seek judicial review and application for stay filed two days prior to departure—Application dismissed—No irreparable harm if applicant returns to Argentina pending disposition of application—Also refused on ground of delay—As no material filed to justify delay in obtaining legal advice, Court justified in refusing extraordinary procedure of urgent hearing—Such last-minute applications leaving counsel for respondent little time to receive instructions on facts of situation—Delay in making such applications detract from, rather than enhance, likelihood of success—Immigration Regulations, SOR/78-172, s. 36(1)(b) (as am. by SOR/89-38, s. 15; 89-245, s. 1).

VACCARINO V CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-778, Strayer J., order dated 9/6/92, 3 pp.)

Appeal from Trial Division decision on leave application—Court of Appeal without jurisdiction to hear such appeal—Power to stay removal order being integral to jurisdiction to entertain leave application, decision re stay likewise not appealable—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.2(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 54).

RAMNARINE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-453-92, Mahoney J.A., judgment dated 4/5/92, 2 pp.)

## REFUGEE STATUS

Appellant, citizen of Guatemala, claiming Convention refugee status on basis of political opinion, membership in social group—Personal Information Form (PIF) on table during hear-

**IMMIGRATION—Continued**

ing and referred to in some questions put to appellant—Refugee Division finding appellant not credible based on perceived inconsistencies, not put to appellant, between PIF, which was not in evidence, and appellant's *viva voce* testimony—Appeal based on improper use of PIF—PIF required by Immigration Act, s. 45(2) and Immigration Regulations, 1978, s. 35.1 to be filed by every Convention refugee claimant with adjudicator at inquiry before evidence received—Appeal allowed—PIF may not be judicially noticed—No legislative provision deeming PIF in evidence in proceeding before Refugee Division—Although Refugee Division may take judicial notice of facts that may be generally noticed and of other generally recognized facts and information or opinion within its specialized knowledge pursuant to Immigration Act, s. 68(4), contents of PIF, being personal to claimant, not such evidence—In these circumstances, PIF not within s. 68(3), permitting Refugee Division to receive and base decision on "evidence adduced in the proceedings"—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 45(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14), 68 (as am. *idem*, s. 18)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 35.1 (as enacted by SOR/89-38, s. 14)—Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/89-103 s. 8(c)(i).

AQUINO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-344-89, Mahoney J.A., judgment dated 4/6/92, 3 pp.)

Appeal from Refugee Division decision concluding appellant not Convention refugee—Bulk of Appeal Book comprised of material generated in application for leave to appeal—Duplication of material before Refugee Division—Much of it not existing when impugned decision made—Not material described in R. 1305—Should not have been sent to Registry pursuant to R. 1306(1)(a)—No error by Refugee Division—Appeal dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1305, 1306(1)(a).

MOTAGHI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-355-89, Mahoney J.A., judgment dated 26/5/92, 2 pp.)

Appeal from Convention Refugee Determination Division's conclusion claimant not Convention refugee—Conclusion contrary to claimant's evidence—"No case" meaning no conviction—Tribunal misconceiving said evidence—Appeal allowed.

WU V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-369-89, Mahoney J.A., judgment dated 25/5/92, 2 pp.)

Convention Refugee Determination Division finding appellant lacking credibility—Documentary evidence showing Guatemala having perhaps worst human rights record in Americas and much of death squad activities directed against students, particularly at claimant's university, and even against non-leader students—Board's inferences claimant not leader and not presenting evidence about activities of death squads contrary to documentary evidence—Claimant known active member of perceived anti-government group—Claimant not revealing threats to other members of group as afraid of informers, and not telling mother and sister because women—Board commenting if protective of emotional security not rea-

**IMMIGRATION—Concluded**

sonable to believe would continue activity threatening lives—Such gratuitous counsel of cowardice as only standard of behaviour not objective reflection of Board—Same true of Board's conclusion would expect person to go in hiding in country with human rights record such as Guatemala—Board based decision on erroneous findings of fact made in perverse or capricious manner under Immigration Act, s. 82.3—Appeal allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 82.3 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 55).

GIRON V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-387-89, MacGuigan J.A., judgment dated 28/5/92, 4 pp.)

Appeal from Immigration and Refugee Board decision determining appellant not Convention Refugee—Board concluding risks upon returning to Sri Lanka real and oppressive—Board wrong in saying appellant not having objective fear of persecution for reasons of race—Appeal allowed.

VEERAVAGU V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-630-89, Hugessen J.A., judgment dated 27/5/92, 2 pp.)

Application to set aside decision of Refugee Division—Applicant found to be credible witness—Tribunal bound to acknowledge evidence to support reasonability of applicant's subjective fear—Evaluation and weighing of evidence by tribunal beyond boundaries fixed by law—Application allowed.

WILLIAMS V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1295-91, Marceau J.A., judgment dated 12/5/92, 2 pp.)

Appeal from Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division decision appellants not Convention refugees—Refugee Division indicating no credible basis for claim pursuant to Immigration Act, s. 69.1(12)—S. 82.3(1) providing no appeal lies to Federal Court of Appeal if Refugee Division, pursuant to s. 69.1(12), indicating no credible basis for claim—Judge granting leave overlooking application of s. 82.3—Appellants failing to show Court having jurisdiction to entertain appeal—Notice of appeal struck out—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 69.1(12) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), 82.3(1) (as enacted *idem*, s. 19).

TELLEZ V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-187-92, Mahoney J.A., order dated 9/4/92, 2 pp.)

**INCOME TAX****NON-RESIDENTS**

Actions to set aside tax assessments for non-resident tax for plaintiff's 1987, 1988 and 1989 taxation years—Plaintiff British Columbia corporation engaged in forestry business—Barges rented by plaintiff from Norsk Pacific Steamship Company Ltd. (Norsk), corporation incorporated in Bahamas resident in United States during years under appeal—Plaintiff

**INCOME TAX—Concluded**

withholding 10% tax on rental payment, in accordance with Canada-U.S. tax convention provisions applicable to U.S. residents—Tax assessed against plaintiff for failure to remit non-resident tax, as M.N.R. considering Norsk not resident of U.S.A.—Rental payments made by plaintiff to Norsk “rent, royalty or similar payment” subject to 25% Canadian withholding tax under Income Tax Act—Whether Norsk “resident” of United States by virtue of Canada-United States Tax Convention Act, 1984—Norsk’s liability to tax in U.S.A. matter of U.S. law—Convention to be regarded as law of U.S.A.—At common law, meaning of foreign law (i.e. U.S. law) question of fact—Norsk foreign corporation in U.S.A. and liable to income tax there as domestic corporation—Fact Norsk’s head office and place of management in U.S.A. prime criterion for determining whether carrying on trade or business in United States—Not necessary to be resident for corporation to qualify as resident under treaty—Corporation may be “resident” within Convention’s meaning if liable to tax in U.S.A. under U.S. law—“By reason of” in Convention, art. IV.1 key expression deliberately less narrowly specific than “on the strict basis of” or “with regard only to [those criteria] and none other” or “literally and exclusively on the basis of”—Expression “by reason of [the stated criteria] or any other criterion of a similar nature” should be read in rational, purposeful sense—Strict interpretation of tax conventions repudiated by jurisprudence—Liberal interpretation must be normally imparted to exempting provision of international taxation convention—“Place of management” in art. IV.1 being another “criterion of a similar nature” i.e. place of trade or business—Norsk “resident” of U.S.A. within meaning of Convention, art. IV.1 as liable to tax under U.S. law by reason of place of management or place of conducting trade or business in U.S.A.—Actions allowed—Canada-United States Tax Convention Act, 1984, S.C. 1984, c. 20, Schedule I, art. IV.1.

CROWN FOREST INDUSTRIES LTD. v. CANADA (T-2342-90, T-2343-90, T-2344-90, Muldoon J., judgment dated 2/4/92, 13 pp.)

**PRACTICE**

Motion to strike statement of claim—Principal action for declaration and injunction against collection action—Minister issued assessment in March, 1985, instituted collection proceedings in July, 1985—Taxpayer not filing notice of objection—Since Act expressly providing for appeal from assessments, no jurisdiction to entertain application for review under Federal Court Act, s. 18: *The Queen et al. v. Optical Recording Laboratories Inc.* (1990), 90 DTC 6647 (F.C.A.)—Application allowed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 29 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 12).

BRL BIOMEDICAL LTD. v. CANADA (T-1206-91, Giles A.S.P., order dated 1/5/92, 3 pp.)

**JUDICIAL REVIEW**

S. 28 application to review Tax Court decision—Issue before Tax Court whether 68 named individuals employees or independent contractors—Taxpayer calling five as witnesses—Five witnesses held to be contractors—Judge finding insufficient evidence to make determination about 63 others—Evidence before Judge upon which could have made determination required—Refusal to decide issue declining jurisdiction—Application granted.

MIRACLE JANITOR SERVICE CO. v. M.N.R. (A-500-90, Isaac C.J., judgment dated 14/5/92, 2 pp.)

Application pursuant to Federal Court Act, s. 28—Impossible to say arbitrator interpreted evidence in unreasonable manner in deciding as he did—Had power to award respondent Tristram lump sum of \$800 as costs—Application dismissed.

EMERY WORLDWIDE V. TRISTAM (A-76-91, Pratte J.A., judgment dated 31/3/92, 2 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Application to vacate decision of CLRB certifying respondent Canadian Union of Public Employees (“CUPE”) as bargaining agent for longshoremen in ports of Trois-Rivières and Bécancour—Originating notice filed by applicant (TPQ) pursuant to Federal Court Act, s. 28 against Board’s order—On account of privative clause contained in Canada Labour Code, s. 22, Court can only intervene if Board “failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction”—Applicant submitted three reasons for vacating Board’s order—First reason: Board exceeded jurisdiction by not analyzing appropriateness of proposed bargaining unit—Court cannot impose requirements not imposed by legislation and substitute own discretion for Board’s—Investigation conducted not elaborate—Applicant had opportunity to present arguments—Disputed decision not so brief no reasons given—Board simply did not accept TPQ’s arguments—Second reason: Board exceeded jurisdiction by allowing application for certification made against agent appointed by employers, rather than employers themselves—Maritime Employers’ Association (MEA) not strictly speaking “employer” within meaning of Code, s. 3(1)—Certification granted under Code, s. 34 covers “two or more employers” who are employers of employees in sector whose rights affected by certification—Board committed patently unreasonable error of law in conferring on agent status of employer which it ought not to have for purposes of certification application—Third reason: Board failed to exercise jurisdiction when, once certification granted, did not order employers to appoint agent—Code, s. 34 sets up three-stage procedure—In case at bar, Board made only one order, certifying bargaining agent, and simply stated in “whereas” MEA “remains agent appointed by majority of the employers”—Argument of administrative convenience cannot be relied on to justify practice followed by Board—Practice inconsistent with Code and infringes most fundamental rules of natural justice—Order can only be made to employers themselves individually—Two orders should have been made—Application allowed—Canada

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 3(1), 22, 34—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

TERMINAUX PORTUAIRES DU QUÉBEC INC. v. CANADIAN UNION OF PUBLIC EMPLOYEES (A-178-91, Décaré J.A., judgment dated 16/4/92, 15 pp.)

**MARITIME LAW****CONTRACTS**

Application for injunction to require delivery of cargo to plaintiff, application by defendant to set aside arrest of vessel—Parties entered into contract in 1989 concerning fishing licences and disposition of catch—Plaintiff alleging defendant sold and about to sell catch to third party in breach of contract—Defendant averring fundamental breach—Affidavit to lead warrant averring cash advances, but not that they were unpaid—Ships and perishable cargo under arrest—Court empowered to make order for disposal of perishable goods under arrest—Warrant not issued for damages for breach of contract—Cargo ordered delivered to plaintiff, going price paid into Court—Ships ordered released from arrest—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1007(4).

BRITISH COLUMBIA PACKERS LTD. v. BOLD PERFORMANCE (THE) (T-752-92, Collier J., orders dated 2/4/92 and 3/4/92, 7 pp.)

**NATIVE PEOPLES****LANDS**

Application for interlocutory injunction preventing execution of leases until issues raised in statement of claim adjudicated—Leases of surrendered reserve property as cottage lots unchanged since 1971—Following expiry of term of former leases, all parties indicating desire to enter new leases—While discussions to create new 20-year leases proceeding, defendant drafting new lease which plaintiffs allege inadequate re: right of cottagers to negotiate fair market rental, ingress and egress to beach, right of first refusal—Other issues including whether defendant obliged to produce appraisals, whether defendant authorized to impose deadline for execution of leases—Application allowed—Serious legal questions to be tried—As to balance of convenience, since cottage owners have erected structures which are not easily moved, more appropriate to maintain *status quo*—These issues significant to other Bands as well—Short delay only slight inconvenience to defendant—Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6.

SAUGEEN COTTAGERS ORGANIZATION INC. v. CANADA (T-515-92, Jerome A.C.J., order dated 2/6/92, 4 pp.)

**OFFICIAL LANGUAGES**

Application to extend time within which to commence proceedings—Official Languages Act, s. 77(2) limiting time to bring application under s. 77(1) to sixty days after results of investigation of complaint by Commissioner reported to complainant—Complaint to Commissioner of Official Languages dated February 21, 1990—Notice of results of Commissioner's investigation dated March 14, 1991 received March 23, 1991—Time to commence proceedings expired May 22, 1991—On June 21, 1991 plaintiff, representing himself, filing notice of motion to extend time within which to commence proceedings—Delay explained by fact plaintiff representing self and thought time requirements only running during working days—Application dismissed—March 14 letter clearly indicating plaintiff had 60 days from date received letter to commence proceedings—Court's discretion to extend time to commence proceedings under s. 77 to be exercised in judicious manner—Must provide valid reason for not commencing legal proceedings within prescribed time limits—Although plaintiff not lawyer, well learned individual who should have understood letter advising him he had 60 days from date of receipt thereof to commence proceedings, failing which should have consulted attorney—Even if time limit referring to working days, plaintiff outside time limit of June 14, 1991—If application granted, defendants prejudiced as would have to defend action at considerable cost—Justice better served by not allowing present application as s. 77 must be given some meaning—To allow application because plaintiff not understanding March 14 letter rendering s. 77 meaningless—Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 77.

ÉTIENNE v. CANADA (T-1622-91, Teitelbaum J., order dated 19/5/92, 7 pp.)

**PATENTS****PRACTICE**

Application for order prohibiting Commissioner of Patents from issuing interim or compulsory licence to respondent Novopharm Ltd.—Application also asking Commissioner to give more credence to affidavit material submitted by applicant with regard to appropriate royalty payable by licensee to patentee—Orders requested despite Commissioner's statutory duty not yet performed and decision with respect to applications not yet rendered—Applicant research-based corporation developing, manufacturing and marketing human medicines—Patent obtained in 1979 for fluoxetine, successful antidepressant known as Prozac—Respondent Novopharm pharmaceutical company selling pharmaceutical products pursuant to compulsory licences granted by Commissioner—Applying for compulsory licence to sell Prozac on December 20, 1990—Royalty proposed by Novopharm to be fixed as "sum equal to 4% of selling price of medicine in dosage form"—Commissioner of Patents consistently considering 4% to be appropriate royalty—Case law relied upon by applicant irrelevant—Cases relating to decisions already made by Commissioner—No decision rendered by Commissioner herein, either authorizing or rejecting licence—Administrative decision normally unassailable under usual judicial tests—Court having no jurisdiction to prohibit

**PATENTS—Concluded**

Commissioner from carrying out duties imposed on him by statute—Applications dismissed as premature—Long standing battle between drug firms and Commissioner of Patents over appropriate royalty to be paid a patentee—Court of Appeal has often suggested Commissioner not bound by 4% “rule”, but to no avail—Perhaps directive from Minister or Parliament would result in system for determining royalties applicant would consider more equitable—Matter worthy of increased costs though not on solicitor-client basis—Entire case abuse of process and futile—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 39 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 14).

ELI LILLY AND CO. V. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS) (T-3109-91, Rouleau J., order dated 15/4/92, 16 pp.)

**PENITENTIARIES**

Application for order requiring respondents to comply with times set by Commissioner’s Directive for treatment of transfer requests—Directive requiring determination within 45 days—Commissioner’s Directives not law but directions to employees as to manner of carrying out duties—Only duty that of fair and even-handed administration.

KELLY V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T-2984-91, Joyal J., order dated 6/5/92, 3 pp.)

**PRACTICE****COSTS**

Taxation on party and party basis pursuant to defendant’s motion to strike out statement of claim—Plaintiff challenged each of items in bill of costs presented by defendant, except disbursements—Only item 3 allowed in full—Fees set at \$375 and disbursements at \$65.58—While accessible, Court not free of charge and at this point no way of being exempted from paying costs awarded by Court—Costs taxed and allowed at \$440.58.

CHAPERON V. CANADA (T-2327-91, Bonin T.O., taxation dated 21/2/92, 3 pp.)

**DISCOVERY***Production of Documents*

Motion by plaintiff in trade marks action motion be heard *in camera*, portions of documents to be produced be designated secret, earlier stay be lifted upon production of documents not designated secret—Earlier orders requiring production, staying proceedings pending production, requiring *ex parte* order of Court to designate documents or portion as secret—Documents on licensing agreement between Miller and Carling O’Keefe—Motion heard *in camera* because of sensitivity of documents—Deletions including royalties, renewal and termination dates, sales forecasts—Deletions necessary due to sensitive nature of

**PRACTICE—Continued**

material—Portions clearly irrelevant to issues in case—Application allowed.

MOLSON BREWERIES V. LABATT BREWING CO. (T-724-92, Cullen J., order dated 28/4/92, 6 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS***Reversal or Variation*

Application by defendant to vary order documents be made secret only by *ex parte* order of Court to stipulate no relevant document be designated, reasons be given for designation—Applicant not coming within R. 337(5)(b) as order made exactly what intended, no matter omitted or overlooked—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 337(5)(b).

MOLSON BREWERIES V. LABATT BREWING CO. (T-724-92, Cullen J., order dated 23/4/92, 4 pp.)

Application under R. 330 to annul final judgment herein—R. 330 applying to orders made on applications and motions, not to final judgments of Court—Court *functus officio*, without jurisdiction to entertain application herein—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 330.

LABRIE V. UNIFORMES TOWN & COUNTRY INC. (A-80-89, Décaré J.A., order dated 3/6/92, 3 pp.)

**PLEADINGS***Motion to Strike*

Statement of claim seeking 50 million dollars “for fees not paid to the plaintiff by defendant for his involvement in ... drug operations” and 179,000 dollars as reimbursement for expenses—Defendant seeking order striking statement of claim or requiring plaintiff to amend statement of claim or further and better particulars—Plaintiff obliged in law to tell defendant basis of claim and details enabling defendant to know case it must face and plead to—Onus on plaintiff to make case in statement of claim based upon knowledge at his disposal—To strike statement of claim would do injustice to plaintiff’s belief having cause or causes of action—As more specifics required, plaintiff to file amended statement of claim—Defendant to have 20 clear days from service thereof to file statement of defence—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

LENHARDT V. CANADA (ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) (T-320-92, Cullen J., order dated 20/5/92, 7 pp.)

Motion to strike statement of defence on grounds discloses no reasonable defence, immaterial and redundant, scandalous, frivolous or vexatious, prejudicial or embarrassing to fair trial, abuse of process—Motion dismissed, but portions of certain paragraphs struck out with leave to file amended statement of defence.

SAMSONITE CANADA INC. V. COSTCO WHOLESALE CORP. (T-500-92, Giles A.S.P., order dated 2/6/92, 4 pp.)

**PRACTICE—Continued****STAY OF PROCEEDINGS**

Application by plaintiff for stay pending outcome of action between same parties in British Columbia Supreme Court—Action brought six years ago—Action in B.C. commenced three months ago—Crown Liability and Proceedings Act, s. 21(2) providing no jurisdiction in court of province to entertain proceedings where action pending in Federal Court—Burden on applicant to prove a) continuance of action would work injustice, and b) stay would not cause injustice to other party: *Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare) et al.* (1987), 12 F.T.R. 34 (F.C.T.D.)—Not shown interests of justice better served if proceedings not continued—Application dismissed—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 21(2) (as am by S.C. 1990, c. 8, s. 28).

MUCHALAHT INDIAN BAND V. CANADA (T-2283-86, Pinard J., order dated 7/5/92, 3 pp.)

No formal application yet made to Canadian Pension Commission to determine plaintiff's entitlement to award—Letter of Deputy Chairman of Commission not decision or adjudication having "full and unrestricted power and authority and exclusive jurisdiction" pursuant to Pension Act, ss. 12, 14 to deal with and adjudicate matter—Application allowed—No action lies against Crown where pension paid or payable under Pension Act or any other federal Acts—In interest of justice to stay proceedings pending formal application to Commission and final determination and adjudication of Commission thereon—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, ss. 12 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 37, s. 6), 14 (as am. by S.C. 1990, c. 43, s. 4), 79, 111—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 20), 9—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50(1)(b)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 474(1)(a).

KING V. CANADA (T-1437-91, Pinard J., order dated 13/5/92, 2 pp.)

Novopharm, not party to present application for *mandamus*, applying to stay proceedings pending outcome of appeal from dismissal of application to be added as intervenor—Contending vital commercial interests will be affected if application for *mandamus* successful and regulatory environment affecting bioavailability testing in support of Canadian new drug applications thereby substantially changed—Application dismissed—Principles to be considered in deciding whether in interest of justice to grant stay of proceedings enunciated in *Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy* (1987), 17 C.P.C. (2d) 262 (F.C.T.D.)—Not clear case for exercising discretion to grant stay—Refusal of stay not causing injustice to Novopharm in oppressive or vexatious sense—If *mandamus* granted issues sought to be resolved by Novopharm by appeal to Court of Appeal not rendered moot as Court of Appeal can provide for exercise of right to intervene by appeal or otherwise of any order made in relation to *mandamus* application—Application for *mandamus* not causing injustice or oppressive or vexatious to interests of Novopharm as Apotex not seeking to control processes of Minister and department, except to extent seeks compliance with public duty imposed by law, owed to Apotex and allegedly refused by Minister—Grant of stay working injustice on Apotex by postponing right to seek judicial review

**PRACTICE—Concluded**

of decision said to constitute refusal to discharge duty imposed by law—Applicant not meeting onus of establishing in interest of justice to stay proceedings—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.

APOTEX INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1877-91, MacKay J., order dated 1/6/92, 5 pp.)

Application by defendant for stay of proceedings on ground Motions Judge failing to comply, in order of April 22, 1992 lifting stay, with order of April 14, 1992 imposing stay—Whether Motions Judge *functus* to vary order—Challenge to order should go to Court of Appeal, not Trial Judge—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50(3).

MOLSON BREWERIES V. LABATT BREWING CO. (T-724-92, Rouleau J., order dated 1/5/92, 2 pp.)

**VARIATION OF TIME**

Interlocutory motion for extension of time to file reply and joinder of issue or amendment to statement of claim—Application allowed with costs in cause—Court cannot make substantial findings on interlocutory motion—All issues pleaded by applicant should be aired in Court at full trial—Even if respondent would have applied to strike statement of claim had it contained allegations now in reply, such application may not have been granted, as must be clear no cause of action in allegations pleaded—In B.C. case wherein Minister asked to apply statute with regard to cross-border shopping, Strayer J. holding Minister having discretion—Wording in Customs Act and Excise Act almost identical—Applicant to file amended statement of claim containing allegation in its reply to which respondent entitled to file amended statement of defence.

WEA MUSIC OF CANADA LTD. V. CANADA (T-1532-89, Teitelbaum J., order dated 4/6/92, 4 pp.)

Application to extend deadline imposed by Federal Court Immigration Rules, s. 12(1) for service on respondent of applicant's application for leave to appeal—Party having acted with diligence will usually be granted extension of time for serving document, if applies for it—Applicant in case at bar acted promptly and extension application granted—Federal Court Immigration Rules, SOR/89-26, s. 12(1) (as am. by SOR/91-698, s. 10).

DHILLON V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-A-2342, Décaré J.A., order dated 28/5/92, 4 pp.)

**PUBLIC SERVICE****APPEALS**

S. 28 application against Appeal Board decision to maintain recommendation applicant be released from position on grounds of incompetence—Applicant invoking breach of natural justice as Appeal Board not realizing applicant's representative wholly incompetent—Proposition having no foundation



**PUBLIC SERVICE—Concluded**

in fact—Applicant's evidence incoherent and unconvincing—Application dismissed.

CYRUS V. CANADA (MINISTER OF HEALTH AND WELFARE)  
(A-223-91, Hugessen J.A., judgment dated 28/5/92, 2 pp.)

**TERMINATION***Probation*

Action in damages for unjust dismissal—Plaintiff, formerly chauffeur, transferred laterally into clerical job in March 1983, while on sick leave, beginning work on December 19, 1983—Initially informed no probation period—Letter confirming in position without competition sent January 17, 1985, stating subject to probation—Plaintiff replying probation ended seven months earlier—Performance awful: employee not having requisite literacy, booking inordinate periods of sick leave—On September 30, 1985, informed being released on probation—Whether plaintiff on probation at time of release—Whether action brought out of time—Whether Court having jurisdiction in claim for damages after adjudication—Although original exemption from probationary requirement valid, exemption revoked with consent of plaintiff—Plaintiff lazy malingerer, not on good terms with supervisor—Because action in damages, subject to two-year limitation period for delicts—Court not having jurisdiction to hear case where statutory remedy specifically provided, except by way of judicial review—Action dismissed—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35 s. 96(3).

GAGNÉ V. CANADA (DEPARTMENT OF VETERANS AFFAIRS)  
(T-2412-88, Teitelbaum J., judgment dated 2/4/92, 46 pp.)

**RCMP**

Appeal from order ([1991] 1 F.C. 226 (T.D.)) of judge designated by Federal Court Chief Justice pursuant to Canada Evidence Act, s. 38(1)—Matter of academic interest as complainant adopting position taken by Commission—Provisions of Canada Evidence Act, ss. 37 and 38, properly understood and applied by designated judge—Appeal dismissed—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37, 38.

RANKIN (RE) (A-847-90, Hugessen J.A., judgment dated 2/6/92, 2 pp.)

**TRADE MARKS****EXPUNGEMENT**

Motion to expunge respondent's trade mark registration No. 364,401—Applicant corporation manufacturing and selling roofing products and related materials—Respondent corporation distributing and selling light bulbs in packaging—In expungement proceedings, confusion or likelihood of confusion must exist between applicant's trademark and respondent's registered trademark—Neither existence nor likelihood

**TRADE MARKS—Concluded**

of confusion established herein—No similarity between roofing products manufactured and sold by applicant and light bulbs sold by respondents—Parties' wares unlikely to be offered for sale to consumers in competitive circumstances—Motion dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 6(2), (5).

TAMKO ASPHALT PRODUCTS, INC. V. TAMKO, INC.  
(T-1239-91, Jerome A.C.J., order dated 8/4/92, 4 pp.)

Appeal from trial judgment allowing appeal from decision of Registrar of Trade Marks expunging registration for trade mark "club" pursuant to Trade-marks Act, s. 45—Appeal dismissed—No manifest error in concluding respondent showing first use in Canada—No error of law in relying on partly hearsay evidence tending to establish respondent's wares available and offered for sale on commercial basis during entire period during which no actual sales took place—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 45.

JOHN LABATT LTD. V. MOLSON COMPANIES LTD.  
(A-1144-88, Hugessen J.A., judgment dated 4/6/92, 2 pp.)

**PRACTICE**

Appeal from order of Associate Senior Prothonotary permitting cross-examination on affidavit regarding orientation and configuration of cutter heads in respondent's triple-headed rotary shavers—Application to expunge respondent's trade marks for use in association with triple-headed rotary shaver from register on grounds not proper subject-matter of trade mark as "functional" in nature and no longer distinctive—Applicants filing affidavit of industrial designer stating equilateral triple-headed configuration best functional design—Respondent filing affidavit configuration neither only nor best configuration—Trade-marks Act, s. 59(3) providing application under s. 57, commenced by filing of originating notice of motion, shall be heard and determined summarily on evidence adduced by affidavit unless court otherwise directs—Cross-examination not allowed unless ambiguity in affidavits or some reason to conclude would provide evidence required for proper disposition of application—R. 704(7) requiring leave to cross-examine on affidavit—Party seeking leave to cross-examine must show special circumstances for requiring cross-examination—In determining whether to grant leave to cross-examine, following principles considered: cross-examination should not be permitted in areas within knowledge of cross-examining party; cross-examination under R. 704 should not become examination for discovery; cross-examination might be permitted in areas of ambiguity and to establish bias of expert—Appeal dismissed—Possible orientations and configurations of three cutting heads relevant and material to allegation equilateral configuration not best arrangement—Scope of permissible areas of cross-examination sufficiently narrow to preclude discovery—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 704(7)—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 57, 58, 59(3).

REMINGTON RAND CORP. V. PHILIPS ELECTRONICS N.V.  
(T-1695-91, Rouleau J., order dated 11/5/92, 8 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Application to set aside decision by Tax Court of Canada pursuant judge to Unemployment Insurance Act—Applicant right to say Trial Judge exceeded jurisdiction by ruling on merits of appeals, as appeals brought after deadline allowed for purpose by Act, s. 70(1) had expired—Deadline strict and proceeding begun after it has expired can only be struck out, unless extension previously granted—Neither of two agreements concluded by respondent with forestry businesses could have created employer-employee relations between parties—

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—  
Concluded**

Trial Judge misunderstood meaning of, or misapplied, tests generally used by courts to distinguish contract of service from contract for services—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 70(1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. VAILLANCOURT  
(A-639-91, Marceau J.A., judgment dated 14/5/92, 3 pp.)

# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those not selected for full-text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports. 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.*

## ANIMALS

Application, in principal action for prerogative relief, for stay of respondent's order for destruction of applicant's herd as diseased—Not giving rise to irreparable harm not compensable in damages—Respondents presumed to be acting in good faith in proper exercise of statutory powers—Public interest should prevail—Application dismissed.

FUNDY DEER FARMS LTD. v. CANADA (DIRECTOR, ANIMAL HEALTH, ATLANTIC REGION, AGRICULTURE CANADA) (T-1618-92, Joyal J., order dated 13/7/92, 2 pp.)

## ARMED FORCES

Application for *certiorari* to quash release from Canadian Armed Forces on grounds respondent failed to give applicant opportunity to be heard in breach of duty of fairness and failed to put applicant on recorded warning or counselling or probation before releasing him and therefore lacked jurisdiction to make decision to release—Capt. Lawrence officer in charge of applicant's unit under command of Lt.-Col. Noonan—In May 1987, Noonan, aware of applicant's numerous attitudinal problems, had recorded warning (administrative measure to deal with member whose performance or conduct not acceptable) levied against applicant by Lawrence removed from file after meeting with both—At further meeting warned applicant future divergence would result in recorded warning and career action—After applicant refused to take Physical Education and Recreation Instructor training he had requested, Noonan considered sending applicant to psychiatrist, but applicant saw psychiatrist on own—Psychiatrist reported significant deterioration of applicant's psychiatric condition and recommended further tests—Tests indicating no psychiatric disability and that behavioural aberrations secondary to personality style—In October 1987 Lieut. Morgan appointed as applicant's Assisting Officer—Shortly thereafter Noonan receiving memorandum from Lawrence recommending applicant's compulsory release—Morgan indicating willingness to take applicant permanently into unit, but Noonan of view applicant's good behaviour temporary and history of aggressive, belligerent behaviour detrimental to unit's good order—Noonan giving Morgan reasons for recommending release after preparing report for Base commander DeQuetteville, responsible for making final decision to discharge—On earlier application, Cullen J. granted *certiorari*, based on DeQuetteville's breach

## ARMED FORCES—Continued

of procedural fairness in failing to allow applicant and Morgan to make representations before making final decision—Noonan found to be unbiased and fair—Court of Appeal setting aside trial judgment on basis DeQuetteville should have been joined as party to defend propriety of procedure adopted, and joined him—Application allowed—(1) Court has jurisdiction pursuant to Federal Court Act, s. 17(5)—(2) Recorded warning or counselling and probation not necessary before making order to release applicant—Canadian Forces Administrative Order providing "Normally, an R.W. and C. & P. should precede any recommendation for release that is based on a member's shortcomings"—Use of "normally" indicating not mandatory—Given long record of aggressive and threatening conduct, repeated warnings and counselling about conduct, disregard of duties, financial problems, assaults on and insults to female member of Forces, threatening to go to media with complaints about officers, normal procedure ineffective—(3) Queen's Regulations and Orders (QR&O), s. 15.01 requiring release of officers and men in accordance with that article and table—Applicant released pursuant to item 5(f) of table as "unsuitable for service"—Administrative Order CFAO 15-2 in table 2 providing base commander or C.O. release authority where corporals and privates, having nine years or less of service, released pursuant to item 5(f)—S. 10 thereof providing designated release authority not permitted to delegate such authority—DeQuetteville had to make decision applicant "because of factors within his control, develops personal weaknesses or behaviour or has domestic or other personal problems that seriously impair usefulness to or impose excessive burden on the Canadian Forces"—Involves conclusions of fact going to merits of allegations against applicant leading to recommendation of discharge—DeQuetteville read Noonan's memorandum principally to determine whether proper in circumstances to dispense with formal counselling, not whether he should make recommendation for release—(4) Noonan conducted thorough investigation, listened to representations of applicant and Morgan, but had already decided to recommend release—Noonan dealt fairly with applicant who was given full opportunity to present arguments before recommendation to DeQuetteville—Not yielding to persuasion not indication of unfairness, provided permitted and listened to representations—(5) Applicant not attempting to communicate with DeQuetteville after aware of Noonan's recommendation, although favourable factors could have been brought to his attention—DeQuetteville not obliged to invite representations—Upon

**ARMED FORCES—Concluded**

review by Chief of Defence staff, DeQuetteville's recommendation for release sustained—Despite good grounds for release, applicant succeeding in these proceedings on ground of procedural unfairness in DeQuetteville's failure to allow applicant to make representations before making final decision—National Defence Act, R.S.C., 1985 c. N-5—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(5).

DIOTTE v. CANADA (T-233-89, Walsh D.J., order dated 26/5/92, 20 pp.)

**CITIZENSHIP**

Appeal from Citizenship Court decision dismissing appellant's citizenship application on ground appellant convicted of offence pursuant to Citizenship Act, s. 29(2)—Conviction took place between date of citizenship application and date person would otherwise be granted citizenship pursuant to Act, s. 22(2)(b)—Document filed by appellant not clearly indicating acquittal on appeal concerning 1984 conviction—Appeal dismissed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 22(2)(b), 29(2).

KATTOUS (RE) (T-2354-91, Dubé J., judgment dated 21/7/92, 3 pp.)

**KNOWLEDGE REQUIREMENTS**

Appeal from decision of Citizenship Judge refusing citizenship—Decision based on residency, but appellant also not satisfying knowledge requirements—Citizenship appeal trial *de novo*—Appellant having no knowledge of official languages, not acquiring any since hearing—Knowing nothing about Canada except "the weather is good"—Appeal dismissed.

LUK (RE) (T-1704-91, Teitelbaum J., judgment dated 29/6/92, 5 pp.)

Appeal from refusal to grant citizenship based on inadequate knowledge of responsibilities and privileges of citizenship—Citizenship appeal trial *de novo*—Facts changed since date of first hearing: appellant now meeting knowledge requirements—Appeal allowed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1),(3),(4).

BRILHANTE (RE) (T-2204-91, Teitelbaum J., judgment dated 15/6/92, 3 pp.)

**RESIDENCY REQUIREMENTS**

Appeal from refusal to grant citizenship based on failure to meet residency requirements—Citizenship Act, s. 5(1)(c) requiring at least three years of residence in Canada during four years preceding date of application—Citizenship Judge finding appellant short by 387 days—Appellant came to Canada as landed immigrant with wife and two daughters on November 25, 1987—Purchased home in February 1988—Had agreed to stay on in Hong Kong job until September 1989 to train replacement—Absent from Canada extensively during two-year period to fulfil obligation—In Hong Kong for 5 to 10 weeks and in Canada for 2 to 4 weeks—Maintained Canadian

**CITIZENSHIP—Concluded**

bank account since December 1987—Wife and children living in Canada since February 1988—Applicant living with them when in Canada periodically until September 1989 and continually since then except for three one-week visits to Hong Kong—Filed Canadian income tax returns since 1988—Included in provincial health care plan and had social insurance number since December 1987—No firm arrangement to continue working for same employer in Canada until few months before coming to Canada in September 1989—Citizenship Judge assessed number of days appellant not physically present in Canada compared to accumulation of three years required for residency in Canada, and then considered whether factors warranting approval of application despite "shortfall" in number of days required by statute—Primary emphasis on number of days appellant not physically present in Canada—Appeal allowed—Recent cases indicating physical presence in Canada not sole test for residency under s. 5(1)(c)—Test now applicable requires assessment of whether citizenship applicant established and maintained residence in Canada for accumulated period of three years in four years preceding application, despite any temporary absences from country—Statute not permitting off-setting of any "shortfall" of residency requirements in light of other factors—Once residence established, physical presence in country, though important, not essential for every day of required three years provided absence from country not such that considered to interrupt established pattern of residence and clear intention to reside and centralize ordinary mode of living in Canada—Citizenship Judge ought to have determined whether appellant established and then maintained for requisite period residence in Canada—Appellant established residence in Canada not later than February 1988 when he and family returned to Canada and occupied new home—Absences not demonstrating any interruption of residence or of continuing intention to reside in Canada—Having established substantial form of pied-à-terre in Canada in 1988, appellant thereafter considered particular place as home and any absence as temporary—Meets residency requirements—Cases relied upon by Citizenship Judge for general statements of principle without adequate reference to facts—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c)

FERREIRA (RE) (T-2080-91, MacKay J., judgment dated 9/6/92, 13 pp.)

**CONTRACTS**

Parties entering into joint venture to buy and process salmon—Respondent advancing funds for purchase of fish at sea—Appellant purchasing and processing fish on its ship, *Nicolle N*—Net profit after costs deducted to be split—Appellant to decide on purchase price—Respondent able to set ceiling price if, in its discretion, believing price on fishing grounds such that no profit on re-sale—Respondent to use best efforts to obtain highest market price for fish—1988 fishing season promising at outset, declining sharply to produce 16% less than forecast—Appellant exceeding ceiling—Ceiling raised by agreement to U.S. \$1.50—Appellant purchasing at prevailing price of U.S. \$1.85—Whether respondent acting within contract in setting ceiling—Whether Trial Judge erred in finding appellant

**CONTRACTS—Concluded**

converted money and fish—Trial Judge finding appellants using respondent's money to purchase fish for own account—Appellate court to interfere with finding of fact only where palpable and overriding error: *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, [1990] 3 S.C.R. 191—Trial Judge accepting evidence of respondent's expert on conversion under law of Alaska—Appellant alleging respondent's agent acting, rather, on own account in setting ceiling price—Issue not specifically pleaded, not properly before Trial Judge, cannot be raised in Court of Appeal—Whether discretion to set ceiling to be exercised on objective or subjective grounds—Subjective decision where, as here, not based on objective measurement but involving judgment—No persuasive evidence respondent exercising judgment in bad faith—Appeal dismissed.

SHIBAMOTO & Co. v. NICOLLE N (THE) (A-343-91, Stone J.A., judgment dated 22/5/92, 24 pp.)

Defendants appealing damages award in action for conversion and breach of contract—Trial Judge holding (1) plaintiff entitled to deduct importer's commissions; (2) plaintiff not required to pay defendant actual tender fees incurred; (3) plaintiff not required to pay defendant Alaska fish tax; (4) plaintiff obtained best price possible for fish delivered by defendant under agreement; (5) plaintiff did not fail to mitigate damages—Contract providing for importer's commission, alluding to actual out-of-pocket costs—Evidence to support interpretation plaintiff entitled to deduct commission without evidence actually paid out—Trial Judge right to find defendant adequately recompensed for tendering costs by advances—No evidence plaintiff having paid defendant for fish tax and quantum of fish tax owing ascertainable on reference to prothonotary—Open to Trial Judge to dismiss defendant's evidence on fish prices, as relating to asking, not sales prices, different grades, different dates—Plaintiff having removed roe technicians from defendant's vessel, incurred loss from cost of paying them, when work remaining—Whether plaintiff thereby failing in duty to mitigate—Upon breach by defendant, plaintiffs not obliged to carry on with contract but entitled to repudiate and sue for damages—No duty to mitigate—Appeal allowed as to Alaska fish tax.

SHIBAMOTO & Co. v. NICOLLE N (THE) (A-1085-91, MacGuigan J.A., judgment dated 22/5/92, 10 pp.)

**CROWN****TORTS**

Action for general, punitive and exemplary damages as compensation for assault inflicted upon inmate by guards during ambulance trip to hospital after hostage-taking incident during which plaintiff threatened to murder hostage (shops instructor) with scissors and actually cut hostage's ear—Guards beat inmate around abdomen, kidneys and testicles while lying naked, but for blanket, strapped to gurney—One guard discharged, but reinstated by Public Service Staff Relations Board although not at full salary—Other guards fined—Defendant admits liability—No marks or permanent physical injury as result of assault—Plaintiff alleging enduring psycho-

**CROWN—Continued**

logical harm from infliction of brief pain and intimidating tactics of defendant's employees—Afraid to leave cell in Special Handling Unit to which transferred and where most dangerous criminals detained because afraid if dispute with other inmate guards would not protect him—Experienced nightmares about assault—Afraid whenever sees or hears ambulance—Nightmares continuing after release, causing him to commit "break and entry" and revocation of parole—Principles in *LeBar v. Canada*, [1989] 1 F.C. 603 (C.A.) apply—Although Crown's servants' misconduct can be "amply abusive" without malice, presence of malice increasing any award of exemplary or punitive damages—Court finding direct, advertent malice on part of Crown's employees—Also finding after hostage-taking plaintiff scalded by remorse at own stupidity in attempting hostage-taking, beset by some guilt but mostly fear of repercussions of having cut hostage's ear while holding him hostage and filled with supercharged loathing of prison guards whose "arrogant" demeanor and attitudes were stated reason for embarking on escapade of guaranteed failure—Strains credibility that "lost faith" in Correctional Service personnel given stated reasons for hostage-taking—Any traumatic neurosis, paranoia, nightmares suffered self-inflicted with little attributable to mistreatment in ambulance—General damages of \$1,200 for temporary, but intensive physical pain awarded—As to psychological trauma, largely caused by plaintiff's own guilt and seething, but as minor trauma caused by defendant's servants, \$2,400 awarded—Defendant's servants' unprofessional lack of self-discipline, brutality, thuggery and wilful malice demand punitive or exemplary damages—Defendant submitting punitive damages should not be assessed in cases involving vicarious liability because punishes wrong person, i.e. employer, not one who committed assault—Best rationale for inflicting punitive damages on innocent employer that employer will "be encouraged to chastise his employee himself": *Cooper-Stephenson and Saunders Personal Injury Damages in Canada* Toronto: Carswell Co. Ltd., 1981—Defendant submitting as guards already disciplined, punitive damages unnecessary—Apparently degree of self-restraint and professionalism needed to avoid or never even to contemplate such brutal misbehaviour not sufficiently inculcated upon perpetrators of assault indicating poor selection, training—Crown Liability Act and case law require punitive damages—Act making Crown liable in tort for damages in respect of tort committed by servant—No exemption therein for punitive and exemplary damages—"Government must and will obey the law is a first principle of our Constitution": *LeBar v. Canada*—Outrageous or oppressive conduct on part of Government more serious than similar conduct by corporations or individuals "for the servants of the government are also the servants of the people and the use of their power must always be subordinate to their duty of service"—*LeBar* awarding \$10,000 against Correctional Service as deterrent—Because lesson promulgated in *LeBar* not learned, Court raising award in this case to \$16,000 punitive damages—Crown Liability Act, R.S.C., 1985, c. C-38, ss. 3, 10.

PEETERS v. CANADA (T-973-86, Muldoon J., judgment dated 1/6/92, 25 pp.)

Action for damages arising from boating accident on Trent-Severn Waterway—Defendant's servants operate locks—

**CROWN—Continued**

Plaintiffs entered lock and tied up at blue line waiting to be allowed through—After 20-minute wait in rain plaintiff, Leduc, went to lockmaster's office where saw two employees eating lunch and demanded to be put through immediately—Evidence Leduc and lock employees angry after confrontation—Plaintiffs alleging lock employee opened valve too fast creating rush of water which struck wall with unusual force and moved quickly to boat with such turbulence ropes torn from plaintiffs' hands—Plaintiff, Huffman, fell, bruising ribcage and bending side windshield frame, which subsequently caused windshield to break—Plaintiffs not negligent in manner in which held ropes—Usual to open valve gradually so flow causes as little turbulence as possible—Staff at locks responsible for ensuring boaters pass safely through locks—Lock employees 100% liable for plaintiffs' injuries and damage to boat window—Tortfeasor takes victims as finds them and amount of damage suffered due to negligence depends on characteristics and constitution of victim: *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock and Engineering Co. Ltd. (The Wagon Mound)*, [1961] A.C. 388 (P.C.)—Although wrongdoer must pay for consequences of injuring vulnerable people, actual cost of doing so less than would be for injuring in same way person not overly susceptible to injury: Linden, A. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988 at page 325—Both plaintiffs had pre-existing conditions which were exacerbated by accident—Huffman's arthritis aggravated for few months after accident—General damages for pain, suffering, loss of enjoyment of life assessed at \$3,000—Leduc suffered injuries to left elbow and wrist and continued to have weakness in arm and grip—General damages for pain, suffering, loss of enjoyment of life assessed at \$5,000—Specific damages for cost of repairing boat's windscreen set at \$100—Pre-judgment interest from August 1987 and post-judgment from date of judgment to date of payment awarded—Plaintiffs awarded costs—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8)—Courts of Justice Act, S.O. 1984, c. 11.

HUFFMAN v. CANADA (T-2351-87, Cullen J., judgment dated 14/7/92, 28 pp.)

Action in damages for personal injuries suffered when plaintiff knocked off breakwater owned, maintained for navigation, by defendant—Breakwater accessible to public, much used by pedestrians—No railing—Vertical drop on both sides to tide-washed rocks 5 metres below—Plaintiff strolling on breakwater at night in late December—Individual stranger to both parties wantonly, without warning or provocation, body-checking plaintiff off breakwater onto rocks—Assailant abandoning injured man, unconscious, partly submerged, stealing and eventually destroying by fire plaintiff's automobile—Plaintiff rescued, taken to hospital—Assailant having long record of violent crime, sentenced to five years' imprisonment—Plaintiff obtaining judgment against assailant for \$60,000 without prospect of collection—Whether Crown liable as occupier for failing to erect railing, prevent public access, post warning signs—Railings not normal feature of breakwaters for practical reasons—No efficient means of prohibiting pedestrian access—Random violence in public place not hazard against which sign could be posted—Review of cases on occupiers' liability—Old common law distinction between invitees and licensees having

**CROWN—Concluded**

practically disappeared—Duty of care to prevent foreseeable harm—Occupier not insurer—Event causing injuries not foreseeable—Action dismissed.

JAMES V. CANADA (T-771-90, Walsh D.J., judgment dated 25/5/92, 23 pp.)

**EXPROPRIATION**

Two vacant parcels of 22.4 and 2.8 acres near St. John's, Newfoundland—Originally part of 100-acre dairy farm—Crown entered upon lands in 1957 to test soil, survey land and cut timber, but official expropriation not until 1967—In 1960 plaintiff permitted cutting of timber and road construction—After completing road, Crown erected gate preventing owners access over considerable parcel of property and landlocking small parcel—Right to compensation for expropriation not guaranteed constitutionally, but developed through statutory interpretation based on presumption in favour of compensation placing owner in same financial position as if no expropriation—Under 1952 Expropriation Act not required to pay any compensation until final award determined either through negotiation or adjudication—Normal practice for Crown to initiate action to have compensation adjudicated, but if failed to act, owner could commence petition of right—Required owners to assume burden of seeking compensation—Award of interest should be calculated as of date Crown took possession—Court can award interest from date of taking of possession in 1957—Market value of land as of expropriation in 1967 \$21,660 (including compensation for landlocked parcel)—Compensation awarded in amount of \$21,660 plus simple interest at rate of 5% per annum from 1967—1952 Act limiting interest rates to 5% simple interest—\$35,000 and interest at 5% from date of judgment awarded for injurious affection, inconvenience, gate removal costs, interest on outstanding sum from 1957 to 1967 awarded—Although delays unjustifiable, within ambit of law at time of expropriation—Expropriation Act, R.S.C. 1952, c. 106—Expropriation Act, R.S.C. 1970, c. E-21—Petition of Right Act, R.S.C. 1952, c. 210.

CANADA v. EUSTACE (T-1662-91, Rouleau J., judgment dated 16/6/92, 8 pp.)

**PRACTICE**

Application under Expropriation Act, s. 18, for determination respecting state of title to expropriated lands and land covered by water located at Louisbourg, Cape Breton County, Nova Scotia—Lands comprising three parcels on north side of Louisbourg harbour, required by Federal Crown for harbour improvements, expropriated on January 22, 1990—Immediately before expropriation, title to parcel 1 vested in Her Majesty the Queen in right of the Province of Nova Scotia—Title to parcel 2 vested in fee simple in estate or in heirs of George D. Lewis immediately before expropriation—At date of expropriation, title to parcel 3 vested in Isaac Howard Cann, as residuary devisee of estate of Lewis Henry Cann—In addition to parcel 3, Isaac Howard Cann also, at date of expropriation, owner, as residuary devisee of estate of Lewis Henry Cann, of

## EXPROPRIATION—Concluded

portion of parcel 1 as described in expropriation documents and plan—Expropriation Act, R.S.C., 1985, c. E-21, s. 18.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. NOVA SCOTIA (T-48-91, MacKay J., determination dated 16/4/92, 13 pp.)

## HUMAN RIGHTS

Application to review and set aside Human Rights Tribunal decision termination of employment of respondent, Niles, for alcohol dependence constituted violation of Canadian Human Rights Act, s. 7(a) and CN not establishing actions justified by *bona fide* occupational requirement (BFOR)—Niles suspended on August 2, 1984—Employed as Industrial Development Officer requiring meetings with customers and potential customers to generate business—Suspension letter referring to absence from work for 29 days since January 1984 without medical certificates and unsatisfactory job performance—Niles admitted himself to alcohol and drug dependency clinic for eight-day program and shortly thereafter entered 28-day course—Counsellors recommended regular attendance at A.A. meetings and counselling sessions, taking prescribed anti-abuse medication, involvement in sports and communal activities, but Niles not following recommendations—Letters from counsellor, wife and wife's pastor submitted to meet CN's requirement of "tangible evidence" (written proof from respectable people in community) problem under control before would lift suspension—CN not satisfied serious effort at rehabilitation and terminated employment March 7, 1985—Application allowed and matter referred back to differently constituted Tribunal—(1) Palpable and overriding error requiring Court's intervention as Tribunal stated expert testimony "in part suggested" vital need for after-care—Tribunal largely ignored testimony of two highly qualified experts Niles not rehabilitated at time of dismissal since not seriously participating in after-care, vital part of rehabilitation, notwithstanding abstinence—*Workmen's Compensation Board et al. v. Greer*, [1975] 1 S.C.R. 347, wherein Ritchie J. stated Court not as reluctant to interfere with inferences drawn from conflicting professional opinions as with findings based on direct factual evidence, applied—Expert evidence impels conclusion prescribed after-care essential precondition to rehabilitation—(2) Tribunal erred in finding CN failed to properly follow own policies as ignored totality of relevant evidence—CN's Policy and Authority on Problem Drinking and Alcoholism requiring affected employee to accept conditions related to program of rehabilitation, and if refuses to cooperate, removal from employment to be considered where continuing deterioration in performance; where employee unwilling to acknowledge problem, removal from service determined in accordance with established procedures dealing with control of work performance; CN to attempt to correct deficiencies in work performance, attendance or conduct of unsatisfactory employee before results in disciplinary action—Niles aware of CN's assistance program for alcoholics—Agreed to attend A.A. meetings, but failed to do so at which point becoming employee refusing to cooperate and employer entitled to consider removal under policy—Niles aware of policy guidelines requiring acceptance of conditions—(3) Tribunal erred in undertaking analysis as to whether CN

## HUMAN RIGHTS—Concluded

policy constituted BFOR—Distinction between direct and adverse effect discrimination in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, referred to—Where rule discriminates directly, can only be justified by statutory equivalent of BFOR; where rule has adverse discriminatory effect should consider whether employer could have accommodated employee adversely affected without undue hardship: *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489—Alleged discrimination herein adverse effect discrimination and issue whether employee could have been accommodated without undue hardship—BFOR irrelevant—In deciding CN failed to accommodate Niles, Tribunal ignored CN's tolerance of 29 days' absenteeism, damage to company vehicle and action to suspend rather than dismiss—CN's duty to accommodate satisfied—Tribunal not adequately distinguishing employer's discrimination based on alcoholism and dismissal for substandard job performance as consequence of alcoholism—Tribunal erred in focusing on period after suspension and CN'S failure to assess employee after attempted rehabilitation and in failing to consider all of evidence of accommodation through entire time period from late 1983 to dismissal—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 7.

CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. NILES (A-481-91, Heald J.A., judgment dated 2/7/92, 26 pp.)

## IMMIGRATION

Application for *certiorari* to quash decision rejecting application for non-immigrant visa to come to Canada as temporary worker under Foreign Domestic Movement Program (F.D.M. Program)—Applicant from Nigeria—Employed since 1987 as housegirl-nanny in Nigeria—Adeoshuns, Canadian citizens living in Calgary, required full-time live-in nanny, preferably familiar with own African cultural roots to care for three young children—Heard of applicant from friends and offered her job under F.D.M. Program—Visa officer who interviewed applicant concluded experience limited, reactions to emergencies inadequate, candidate for exploitation—Application rejected based on insufficient domestic experience, familiarity with modern household amenities, proficiency in either French or English—Applicant alleging decision in error, contrary to duty of fairness and rules of natural justice as visa officer failed to properly interview applicant and inquire into experience as domestic, and not considering ability to function in job in Canada with intended employer of same cultural background—Scope of review of Federal Court Act, s. 18 requiring either error of law apparent on face of record or breach of duty of fairness—Immigration Act, s. 8(1) putting onus on applicant to satisfy visa officer meets criteria for admission to Canada established by Immigration Regulations, 1978 ss. 18, 20—Pursuant to Ministry's Immigration Manual applicant must show (1) evidence of either formal training in domestic and/or child care field or minimum of one year's experience as full-time paid domestic; (2) ability to communicate orally and in writing in either English or French; and (3) ability to meet Canadian immigration character and health requirements—Application dismissed—Interview not perfunctory, but *bona fide* inquiry

## IMMIGRATION—Continued

into applicant's past experience—Applicant not meeting onus of establishing qualified under program—Visa officer not obliged to contact employer for verification or clarification of facts—Applicant not appearing to know functions of vacuum cleaner, washer, blender—English weak—Law requires ability to speak English or French well enough to answer phone, handle emergencies—Visa officer fully and properly assessed applicant's suitability—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 8—Immigration Regulations, 1978, SOR/72-172, ss. 18 (as am. by SOR/89-80, s. 1), 20—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. 7, s. 18.

BALOGUN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-4-92, Rouleau J., order dated 16/6/92, 7 pp.)

## DEPORTATION

Application to stay deportation order pending disposition of application for leave to obtain judicial review—Applicant, Panamanian citizen, filing claim for refugee status—Unmarried, residing with parents who had preceded her to Canada and made similar refugee claims, and not having work permit—Applicant's credible basis hearing adjourned to await outcome of father's claim—Credible basis of father's claim conceded—Father's application for permanent residence included applicant as dependant—Upon resumption of hearing, applicant found not to have credible basis for refugee claim and deportation order issued—Applicant alleging unfairness at credible basis hearing—Relying on doctrine of legitimate expectation since case presentation officer allegedly indicated if any other person in her family found to have credible basis to make refugee claim, would concede credible basis to applicant—Application allowed—Discretion to stay deportation order prior to grant of leave to commence s. 18 application should not be exercised except where special and compelling circumstances: *Hamilton v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 1 F.C. 3 (T.D.)—*Kerrutt v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. D-44 (T.D.) holding inconvenience not constituting irreparable harm—According to transcript, case presenting officer stated "if members of the family had been adjudicated on, might have made it easier for [him] to maybe concede credible basis"—Any misunderstanding resulting from ambiguous statements of case presenting officer, subsequently explained, cannot give applicant any rights which would not otherwise have had—Acceptance of another relative as refugee merely one factor to be considered, but not creating any inherent right to similar treatment—Each individual must be examined on basis of facts pertaining to him—Material in application for leave to review examined to determine whether serious issue to be tried—Statements in affidavit as to fear of persecution from remnants of Noriega regime subjective—Determination of that issue matter for s. 18 hearing—Although inconvenient for applicant to be separated from family and to deal with appeals from Panama, not irreparable harm: *Kerrutt*—Balance of inconvenience favouring applicant, but statute requiring deportation without undue delay when ordered and public interest in enforcing law—Danger of creating precedent that on any application for

## IMMIGRATION—Continued

leave to obtain judicial review, no deportation should be ordered, and unfairness of dealing with deportation order before hearing on another application considered—Deportation order stayed for one month to enable leave application to be disposed of—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 46.01 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14), 82.1 (as enacted *idem*, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 54)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

CORTEZ V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-177, Walsh D.J., order dated 23/4/92, 12 pp.)

Motion to stay proceedings (execution of exclusion order) until motion for leave decided—First-tier panel finding no credible basis for Convention refugee claim and issuing exclusion order against applicant March 16, 1992—Applied for leave to commence proceedings for judicial review March 23—Memorandum of fact and law filed June 18—Applicant notified June 8 required to leave on June 24—Motion dismissed—Assuming serious issues to be tried, applicant not showing irreparable harm if returned to Argentina (not establishing will suffer physical harm or persecution)—Balance of convenience favouring Minister and public in carrying out exclusion order.

BUSSOLOTTI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-247, Collier J., order dated 23/6/92, 4 pp.)

Applications to amend originating s. 28 notices and applications to stay execution of exclusion orders made against each applicant following negative determination at conclusion of credible basis hearing—Applicants obtaining leave to institute s. 28 proceedings against that determination and filing originating notices under s. 28—Neither applications for leave nor originating notices attacking exclusion order, without which Court lacking jurisdiction to grant stay—Applications to amend granted as no prejudice to respondent from amendment—Following amendment, stay of execution of exclusion orders granted—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).

AKYAMPONG V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-533-91, Hugessen J.A., order dated 27/3/92, 2 pp.)

OKYERE-ANTWI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-413-92, Hugessen J.A., order dated 27/3/92, 2 pp.)

## PRACTICE

Application for *certiorari* to quash visa officer's decision rejecting application for permanent residence—Applicant receiving 67 out of 70 points required for landing—9 points of possible 12 awarded for education factor—High school in Taiwan ending after 9 years, followed by college—Respondent's policy to award points for education up to end of secondary school only—Applicant having 9 years' primary and high school, 5 years' college—Officer having duty to consider



## IMMIGRATION—Continued

applicant's submission entitled to maximum units of assessment—Application allowed.

YANG V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1595-91, Jerome A.C.J., order dated 17/7/92, 3 pp.)

Motions for *certiorari* to quash denial of permanent residence applications of applicant Yeung (T-35-92), Bachoo (T-2606-91) and Kwon (T-2607-91) and for *mandamus* to consider and process said applications—Minister of Employment and Immigration setting occupational demand for all occupations to zero as of January 30, 1991, being temporary measure to assist in clearing up backlog in system—Yeung's application for permanent residence refused as completed after January 30, 1991—Other applications refused for insufficient number of units of assessment—Reduction of occupational assessment for all occupations to zero bringing into play Immigration Regulations, 1978, s. 11(2)—Immigration officer prevented from issuing immigrant visa whether to independent applicant or to applicant under assisted relative provision—In Bachoo and Kwon applications herein, motion seeking order applications not be paper screened as independent applications without taking into consideration assisted relative undertaking—Occupational demand varying from time to time according to country as a whole—"Locking in" policy applicable only when occupational units for applicant's occupation reduced to zero and not merely to 1—Department no longer willing to "lock in" points as of date of initial application, as occupational demand reduced for all occupations to zero—Issue related to applicability to visa applications already been made and requirements for them completed—Date of application and not of assessment must be taken into consideration to determine number of points to be awarded—Case law considered—With respect to assisted relative applications, visa officer cannot issue visa until reception of undertaking—Even if administrative decision, breach of fairness if assessment not made on basis of date of original application and payment of fee, whether independent application or assisted relative application—Motions allowed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 11(2) (as am. by SOR/85-1038, s. 6; SOR/91-433, s. 5).

YEUNG V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-35-92, T-2606-91, T-2607-91, Walsh D.J., order dated 2/4/92, 18 pp.)

## REFUGEE STATUS

Application to stay credible basis hearing into refugee status based on supposition decision will be unfavourable and will have adverse emotional and financial consequences—Stay not to be granted based on speculation as to outcome of hearing—Inadequate evidence of irreparable harm—No emergency justifying stay—Delay in bringing motion—Application denied.

MARAJ V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-595, Collier J., order dated 22/6/92, 3 pp.)

Refugee Division finding claimant's testimony inconsistent with documentary evidence—Noting authorities not likely to

## IMMIGRATION—Continued

seek claimant who was not leader at demonstrations, but merely part of large crowd—Also noting claimant unlikely to be arrested because businessman, unlike most detainees who were academics, and no "wholesale arrests" of demonstrators at Guangzhou—Doubting claimant's evidence "posse of representatives" of three arms of government "descended on the claimant's home" to deliver summons, particularly when claimant "fortuitously neither at home nor at his place of work" because if authorities so eagerly sought claimant, could have awaited his return to apprehend him—Appeal allowed and matter returned to differently constituted Board for rehearing—Finding of lack of credibility based on problems internal to claimant's testimony more insulated from appellate review than finding of implausibility based only on extrinsic criteria: *Giron v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (A-387-89, MacGuigan J.A., judgment dated 28/5/92, 4 pp.)—Board's finding of lack of credibility based almost entirely on extrinsic criteria involving drawing of inferences subject to challenge—As Board must have considered other grounds for disbelieving claimant less significant, attempt to defend decision based on evidence other than that relied upon by Board failed—Language of decision gratuitous though indicated cast of collective mind—Conclusions disputable and contradict or ignore evidence in record—Appellant feared persecution not only because of participation in demonstrations, but because contributed financially to demonstrators' cause, videotaped and distributed television broadcasts from Hong Kong, six similarly situated friends arrested and disappeared, authorities actually came for him and after went into hiding continued to pursue him through family and closed business—Board facing little of appellant's real case except in light of judgment that, if story true, authorities would have waited his return to apprehend him—Board's judgment may involve imposition of western concepts on subtle oriental totalitarianism—Whether correct to interpret Chinese law enforcement in light of more linear western model, when social control exercised by Chinese state omnipresent, through co-opting of vigilance of citizens generally.

YE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-711-90, MacGuigan J.A., judgment dated 24/6/92, 4 pp.)

Appeal from decision of Refugee Division "claimant did not prove the existence of . . . reasonable fear of persecution"—Immigration Act, s. 69.1(11) requiring Refugee Division to "give written reasons" for any decision against claimant—Reasons must be sufficiently clear, precise and intelligible claimant may know why claim failed—Reasons given by Refugee Division herein not meeting criteria—Appeal allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 69.1(11) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

MEHTERIAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-717-90, Hugessen J.A., judgment dated 17/6/92, 2 pp.)

Appeal from Refugee Division's decision appellants not Convention refugees—Appellants Tamils from Sri Lanka—Continuing warfare in Sri Lanka notwithstanding departure of Indian Peace-keeping Force—Appeal allowed—No evidence supporting Board's conclusion fear of outbreak of hostilities

**IMMIGRATION—Concluded**

speculative—Respondent admitting Board's statement no evidence before it of violence or persecution against Tamils not sustainable—Claimant's return to Sri Lanka explained by need to care for mother—Board should rarely assert no subjective element in fear of persecution where no general issue of credibility—Board failed to consider all of evidence.

SHANMUGARAJAH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-609-91, MacGuigan J.A., judgment dated 22/6/92, 3 pp.)

**INCOME TAX**

Deduction and withholding requirements—Appeal from Tax Court's dismissal of appeal from assessment—Plaintiff, construction contractor, sub-contracted drywall work on hotel project to Aproz—In April 1985 Aproz unable to meet payroll liability for salary or wages—Plaintiff owed Aproz \$155,000 under sub-contract—In order for construction to proceed plaintiff paid amounts due by Aproz to its employees and reduced amount due to Aproz—Aproz providing unsigned cheques with employees' names and amounts on them and pay stubs, from which plaintiff able to issue own cheques—Amount received by each employee equivalent to net wage—Plaintiff not withholding source deductions for unemployment insurance, Canada Pension Plan contributions and income tax deductions—Plaintiff assessed on basis paid salary or wages to Aproz's employees and failed to remit to Receiver General amounts on account of U.I. premiums, C.P.P. contributions and income tax, contrary to Income Tax Act, s. 153—Whether payments by plaintiff to Aproz's employees salary, or monies owing to Aproz and paid to employees at Aproz's direction—Action dismissed—S. 153 silent as to whether payor employer—If person or company paying "salary or wages or other remuneration", must deduct or withhold required amount—Plaintiff assumed Aproz's responsibility to pay full wages owing to prevent disruptions at work site—Knew it was paying wages—Deduction owing for income tax indicated on pay stubs—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 153(1) (as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 62; 1980-81-82-83, c. 109, s. 19; c. 140, s. 104; 1985, c. 45, s. 87), 227(8) (as am. by S.C. 1984, c. 45, s. 89), (9) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 123; 1984, c. 45, s. 89).

MOLLENHAUER V. M.N.R. (T-1485-89, Teitelbaum J., judgment dated 30/6/92, 10 pp.)

**INCOME CALCULATION**

Appeal from reassessment including refund of sales tax in 1982 income—From 1977 to 1980 and in 1982 plaintiff deducting federal sales tax which it had paid in respect of sanitary napkins—Both Tariff Board and Federal Court of Appeal declaring sanitary napkins exempt from federal sales tax as articles of clothing—Sales tax subsequently refunded—Audit resulting in refund occurring in December 1981, although

**INCOME TAX—Continued**

requisition for refund cheque and cheque itself dated January 4, 1982—Plaintiff's 1982 taxation year ending January 3, 1982—In computing income for tax purposes, but before consulting counsel, plaintiff including refund in 1982 and 1983 income—Federal sales tax included in price of sanitary napkins—Determination of whether refund constitutes income depends upon particular facts—Best to make determination based on "practical and business point of view" i.e. consider "business context" in which sales tax paid and in which refund made and received—Appeal dismissed in so far as refund constitutes income, but allowed as refund not properly included in 1982 taxation year—(1) Sales tax refund constituting income as linked to income earning process from business, although not strictly linked to business of manufacturing and distributing health care products as not derived from manufacture of goods—Price of products included federal sales tax and plaintiff credited amount passed on to customers to calculation of gross income—From practical business point of view, plaintiff reduced profit by claiming deductions in respect of sales tax paid and refund included as receivable and adjusted retained earnings (basically accumulated profits)—*Mohawk Oil Co. v. Canada*, [1992] 2 F.C. 285 (C.A.) (settlement for breach of contract not taxable as akin to windfall) distinguished as here no question of whether refund of sales tax qualified as windfall—Circumstances surrounding refund must be viewed in light of business context in which made and received, before proper determination can be made if payment or refund income for tax purposes—(2) Refund not properly included in plaintiff's 1982 taxation year—Plaintiff not having existing right to refund at time of Tariff Board and F.C.A. judgments, as merely declaratory decisions, not referring to quantum of refund—Should have been included in plaintiff's 1983 taxation year as exercise of discretion under Excise Tax Act not completed until plaintiff's 1983 taxation year—Substantive elements of exercise of power to issue cheque (requisition, issuance and signature, and delivery) occurring January 4, 1982 (plaintiff's 1983 taxation year)—Full and complete ministerial discretion not occurring once conditions of Excise Tax Act, s. 44 met—Plaintiff could not expect full right to refund until full and complete ministerial discretion met—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 9—Excise Tax Act, R.S.C. 1979, c. E-13, s. 44.

JOHNSON & JOHNSON INC. V. CANADA (T-1280-87, Cullen J., judgment dated 8/6/92, 16 pp.)

Appeal from trial judgment dismissing appeal from Tax Court decision dismissing appeal from assessments for 1976, 1977 and 1979—Taxpayer's records in disarray—Auditor concluded appellant negligent in keeping of records—Prepared net worth statement—On basis of evidence, Minister entitled to rely on Income Tax Act, s. 152(4)—Also required to have regard to s. 152(7), creating presumption s. 152 assessment valid—Not rebuttable by proof amount differs from that supplied by taxpayer—Trial Judge correctly holding presumption as to validity of Minister's assessments not rebutted by evidence—Appeal allowed only to extent of concessions in statement of defence not to uphold penalties and taxpayer entitled

## INCOME TAX—Continued

to non-capital loss carry back to be applied to 1979 taxation year—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 152(4),(7).

MORROW V. CANADA (A-245-89, Heald J.A., judgment dated 30/6/92, 5 pp.)

*Deductions*

Respondent shareholder in corporation carrying on laundry business and in corporation carrying on land development business—Laundry business dissolved due to financial difficulties after five years—Respondent paid his share of bank loan guaranteed by him personally and deducted full amount as bad debt from 1980 income—During same five-year period land development business purchased lots with bank loans, built and sold houses—Proceeds of sales used to repay bank loans—Following corporate financial difficulties, bank called on respondent's guarantee—In order to pay his share of bank loan (\$245,700) respondent borrowed \$230,700—Deducted \$245,700 in 1980 as bad debt, and interest expenses during 1981-1984—Also deducted in 1980 another shareholder's share of loan he had been required to pay—At same time owned other vacant land, but always sold for profit in undeveloped state—Actively involved in running of both businesses—In concluding losses deductible as business losses and interest payments deductible under s. 20(1)(c), Trial Judge followed *Cull, P.J. v. The Queen* (1987), 87 DTC 5322 (F.C.T.D.)—Whether losses properly characterized as business or investment losses—Appeal allowed—Acquisition of corporate shares investment of capital in business enterprise: *Irrigation Industries Limited v. The Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 346—Rebuttable presumption transaction of capital nature—Intention of taxpayer at time of acquisition of shares determinative—Trial Judge overly influenced by Crown's admission respondent, in relation to other adventures, trader in real estate—Respondent's use of corporate structure for these two ventures requiring consideration independent of other activities—Even if *Cull* correctly decided (*Christie A.C.J.T.C.* refused to follow it in *K. J. Beamish Construction Co. Ltd. v. Minister of National Revenue* (1990), 90 DTC 1584 (T.C.C.)), in light of factual differences, proceeding by analogy inadequate method of fact-finding, particularly in face of factual presumption—Clear and strong finding necessary—Given duration of ventures, and continual purchases of new lots for development and placing of additional mortgages, both ventures genuine investments with view to making profits, not ventures in trade for purpose of profit on resale—As not making explicit findings of fact, Court of Appeal free to make findings Trial Judge should have made—Facts not reversing presumption transaction capital because not consistent with intention of selling for profit as soon as possible, but point to simple intention to carry on business—Losses on capital account—In relation to interest payments "in absence of an express statutory allowance, interest payable on capital indebtedness is not deductible as an income expense": *Canada Safeway Limited v. The Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 717—Indirect purpose of preserving income producing assets not qualifying as purpose to produce income: *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32—Interest payments here to protect balance of personal real estate interests—No expectation of income from loan to corporation since loan

## INCOME TAX—Continued

written off as bad debt day advanced—Borrowings to preserve assets not borrowings to earn income—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 3 (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 1; c. 42, s. 1), 18(1)(a),(b), 20(1)(c),(3)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(b)(i).

MANDRYK V. CANADA (A-1-89, MacGuigan J.A., judgment dated 21/4/92, 14 pp.)

Appeal from judgment of Trial Division allowing Crown's appeal from Tax Court decision overturning reassessments—Taxpayers purchasing insolvent company from New Brunswick Industrial Finance Board for \$1—Board agreeing, with proviso taxpayers operate company, to sell to taxpayer debt instruments of company with face amount of \$5,000,000, together with interest accrued, for \$10—Taxpayer including \$38,335 accrued interest as income, deducting like amount—Whether deduction under s. 20(14)(b) contingent on transferor including interest in income—Board immune from taxation—In analyzing tax consequences of taxing provision, necessary to determine purpose of provision and commercial reality of transaction—Purpose of s. 20(14) to apportion interest between transferor and transferee where debt obligation transferred between interest dates, to avoid double taxation—Interest accruing after transfer date ordinarily taxable in hands of transferee—Board not receiving payment of interest accrued before transfer—Objective of taxpayers not to purchase accrued interest by investing in debt obligation, but to take control of, turn around company in distress, save jobs in community—S. 20(14)(b) not intended to apply to such situation—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(14)(b).

ANTOSKO V. CANADA (A-103-90, Stone J.A., judgment dated 2/7/92, 12 pp.)

TRZOP V. CANADA (A-104-90, Stone J.A., judgment dated 2/7/92, 2 pp.)

TRZOP V. CANADA (A-105-90, Stone J.A., judgment dated 2/7/92, 2 pp.)

*Income or Capital Gain*

Appeals from reassessments of 1985 and 1986 returns treating gains from disposition of shares as income—Plaintiff Darch's husband financial consultant engaged in advising companies on raising debt capital—Retained to find inactive company on Vancouver Stock Exchange without significant assets or liabilities for Golconda Minerals N.L. of Australia to take over as investment vehicle to raise money in Canada for gold mining operations in U.S.A.—Found Cannon Minerals Ltd.—Golconda acquiring 1,273,000 common shares in Cannon—Plaintiffs agreed to pay \$2.18 per share for 150,000 shares and entering option agreements to acquire further 70,000 shares at 80 cents per share within 60 days of date of agreement—After public announcement Golconda acquiring Cannon and would be "vending in" to Cannon its U.S. gold properties, price of Cannon shares increasing rapidly—Readily foreseeable share prices would rise at time plaintiffs entered agreements—Plaintiffs using bridge financing to get 75,000 shares released to each of them on October 4, 1985—Same day each sold 40,000 shares at \$4.40 per share—Proceeds suffi-

**INCOME TAX—Concluded**

cient to repay loan—Between October 17 and 31, plaintiffs each sold further 35,000 shares—Using proceeds, exercised options to acquire further 70,000 shares which steadily sold until, by April 1986, holdings reduced to nil—Plaintiffs deducting profits as capital gains—Whether series of transactions characterized as investments with proceeds being capital gain or adventure in nature of trade—Appeals dismissed—Plaintiffs not discharging onus of establishing dealings investment and not adventure in nature of trade—Knowledge and intention of plaintiffs taken to be that of husbands—Legitimate to attribute Darch's husband's general perspective as financial consultant and special knowledge and role in takeover of Cannon to plaintiffs who relied on guidance throughout—Plaintiffs not playing active role—On balance of probabilities, operating on basis of special knowledge as to nature, timing and public announcement of takeover and probable reaction on Vancouver Stock Exchange, husband crafted scheme involving virtually no capital outlay predicated on purchase and early resale of Cannon shares for quick profit—Nothing to suggest plaintiffs interested in Cannon as investment—Knew nothing about intended gold mine operations—Although suggestion isolated transaction adventure in nature of trade viewed with caution, Court entitled to so conclude if evidence taken as whole supports characterization.

DARCH v. CANADA (T-3259-90, T-3253-90, Strayer J., judgment dated 21/5/92, 8 pp.)

**PRACTICE**

Motion to strike statement of claim—Statement of claim naming husband and wife as joint plaintiffs—Officers and directors of company deducting monies from employees' salaries for income tax and unemployment insurance—Monies not kept separately but placed in company account, eventually taken by bank—Plaintiffs both assessed—Each assessment in each taxation year separate cause of action: *L. & M. Wood Products Ltd. v. Minister of National Revenue* (1972), 72 DTC 6483 (F.C.T.D.)—Application allowed, action dismissed.

SCHMIDT v. CANADA (T-1694-86, Giles A.S.P., order dated 20/7/92, 4 pp.)

Application for order extending time for appeal from Tax Court—No opposing representations filed, although Crown served—Delays due to unfamiliarity with tax appeal procedures—Application allowed.

MCAUSLAND v. M.N.R. (92-T-576, Giles A.S.P., order dated 22/7/92, 2 pp.)

**INDUSTRIAL DESIGN**

Reference to referee designated by Court to determine damages sustained by plaintiff as result of infringement of industrial design No. 66,398 for manufacture, distribution and sale in Canada of chair, form, configuration and decoration of which described in said design—Order directed defendant to cease manufacturing chairs which are fraudulent copy or imitation of industrial design in question and to prepare and file

**INDUSTRIAL DESIGN—Concluded**

statement of sales and profits on said chairs—Evidence established plaintiff suffered production loss of 713 units during infringement period, amounting to lost earnings of \$5,926.20—Had to pay lawyer's fees amounting to \$5,800—Total of damages sustained by plaintiff \$16,728.20, including exemplary damages of \$5,000.

INDUSTRIES AMISCO LTÉE v. JET METAL PRODUCTS LTD. (T-3347-90, Daoust R., report dated 8/7/92, 5 pp.)

**INJUNCTIONS**

Application for interlocutory injunction restraining respondents from 1) infringing applicant's registered trade marks "CHEZ", "CHEZ 106", "CHEZ 106 & Design", 2) using or advertising pronunciation of call letters "CHEY" as trade mark "CHEZ", 3) passing off respondents' services and business for that of applicant, 4) misappropriating goodwill attached to applicant's trade marks—Applicant consistently referring to call letters as phonetic pronunciation from March 1977 until present—Choice of call letters "CHEZ" based on ability to be pronounced as french word "chez"—Respondent Telemedia Communications Inc. granted licence in November 1989, to carry on French language FM radio broadcasting at Trois-Rivières, Quebec—Broadcasting began in September 1990 under call letters "CHEY"—In July 1991, action initiated on CHEZ's behalf against both respondents over use of trade mark—Whether applicant meets criteria for issuance of interlocutory injunction as outlined in *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451 (C.A.)—Evidence applicant's trade marks known across Canada—Serious issue raised by applicant—Threshold test met—Registration of trade mark can no longer presume irreparable harm—Applicant's broadcast areas not overlapping with different listening audiences—Balance of convenience in applicant's favour—Jurisprudence clearly favouring preservation of *status quo*—*Status quo* also favouring applicant—No proof of irreparable harm by applicant if injunction not granted—No actual confusion nor likelihood of confusion established by applicant—Stations operating in different areas and in different languages to different audiences—Application dismissed.

CHEZ-FM, INC. v. TELEMEDIA COMMUNICATIONS INC. (T-1829-91, Cullen J., order dated 30/4/92, 12 pp.)

Application for interlocutory injunction in action for patent infringement of medicinal drug (Fluoxetine hydrochloride) marketed by plaintiffs under trade mark "Prozac"—Trade mark owned by plaintiff Eli Lilly and Co.—Drug used as anti-depressant—Plaintiffs alleging both patent infringement and trade mark infringement and claiming exclusive right to Fluoxetine Hydrochloride patent—Injunction to prevent defendants from infringing plaintiffs' patent and registered trade mark—Whether plaintiffs made full disclosure in obtaining *ex parte* Anton Piller order from Denault J.—Opinion of Professor Davis material fact that, if known to plaintiffs, should have been placed before Denault J.—Plaintiffs not aware of contents of Professor Davis' affidavit, thus unable to obtain copy of said affidavit before December 17, 1991—No failure to make full disclosure of all material facts—As to interlocutory injunc-

## INJUNCTIONS—Concluded

tion, plaintiff's patent presumed to be valid—Claim neither frivolous nor vexatious—Plaintiffs having shown arguable case as to patent infringement—Defendants Interpharm and Northam using trade mark "Prozac" in advertising of Fluoxetine product—Failure by said defendants to keep proper and detailed records of purchases and sales of product not constituting irreparable harm to plaintiffs—Defendant Apotex prepared to pay for damages resulting from any act of defendants related to sale of Fluoxetine Hydrochloride—Possibility plaintiffs may be sued for damages resulting from illness caused by defendants' product not sufficient to find irreparable harm—Evidence as to irreparable harm must be clear and not speculative—No evidence of plaintiffs suffering irreparable harm from defendants' manufacturing and selling product almost identical looking to plaintiffs'—Defendants Northam and Interpharm clearly attempting to pass off product manufactured by Apotex as "Prozac"—Immediate loss of goodwill and reputation to plaintiffs thus causing irreparable harm not calculable in dollars—Defendants' ad leading to confusion—Plaintiffs will suffer irreparable harm if defendants permitted to market product as they have—Granting injunction preventing defendants from marketing product as "Prozac" not causing defendants irreparable harm—Application allowed.

ELI LILLY AND CO. V. INTERPHARM INC. (T-3108-91, Teitelbaum J., order dated 2/4/92, 25 pp.)

## JUDICIAL REVIEW

Application for declaration, by originating notice of motion pursuant to Federal Court Act, ss. 18.1 (permitting anyone directly affected to apply for judicial review), 18.4 (application under s. 18.1 to be determined without delay in summary way)—Applicant challenging validity of prohibition on movement of PEI seed potatoes imposed by federal Minister of Agriculture—Respondent moving to convert originating motion into formal action with statements of claim and defence, discoveries and *viva voce* testimony pursuant to s. 18.4(2) (permitting Trial Division to direct application for judicial review be proceeded with as action) and Federal Court Rules 6, 327, 400 because dispute concerns complex course of scientific conduct and consideration requiring explanation by way of potentially contradictory expert evidence—Applicant requesting proceedings on originating motion be expedited pursuant to R. 1614(1) (permitting judge to reduce time limits) because ban preventing PEI producers from marketing crops—Respective motions diametrically opposed and cannot be compromised—Motion new and preferred course of procedure under s. 18.4 and should be adhered to except in clearest of circumstances—Respondent's motion denied—Not referring Court to any specific difficulty arising in respect of proceeding—New provisions of Federal Court Act should be given chance to work in manner intended and not pre-emptively circumvented based on speculation—No expedition of principal motion—Finding of great urgency not supported by evidence—Too late to market 1991 seed crop for planting—Also \$22.2 million compensation paid to PEI producers for losses related to 1990 and 1991 seed crops—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5 ), 18.4 (as enacted *idem*)—

## JUDICIAL REVIEW—Concluded

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 6 (as enacted by SOR/90-846, s. 2), 327, 400, 1614(1) (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

PRINCE EDWARD ISLAND (POTATO BOARD) V. CANADA (MINISTER OF AGRICULTURE) (T-1331-92, Muldoon J., order dated 9/7/92, 4 pp.)

## LABOUR RELATIONS

S. 28 application against CLRB decision applicant breached Canada Labour Code, s. 95(g) by imposing on respondents penalties of lifetime expulsion "in a discriminatory manner"—Board's interpretation of statute not unreasonable and so not losing jurisdiction—Application dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 95(g).

CANADIAN UNION OF POSTAL WORKERS V. HORSLEY (A-292-91, Hugessen J.A., judgment dated 29/5/92, 2 pp.)

## PAROLE

Appeal from Trial Division judgment ((1990), 38 F.T.R. 18) dismissing appellant's application for *certiorari* against decision of National Parole Board—After four days on day parole, appellant arrested by police and charged with several counts of armed robbery and related offences—Board revoking appellant's day parole and refusing to recredit him with substantial earned remission (over 1,000 days)—Board however prepared to reconsider question of recredit and remission once outstanding charges disposed of—Words used by presiding member not supporting position taken by appellant—Board indicating, in preliminary manner, views as to appropriateness and consequences of various possible dispositions in particular context of case before it—Board fully aware of possibility of termination of parole and of consequences—No prejudgment of issue and no breach of duty of fairness—Appeal dismissed.

FAULKNER V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (A-1099-90, Hugessen J.A., judgment dated 27/5/92, 3 pp.)

## PATENTS

### INFRINGEMENT

Accounting of profits—Defendant contracted to install gas pipeline under St. Lawrence River for \$4,529,000—After costs, total profit \$2,934,205—At trial, process used by defendant of simultaneously reaming pilot hole by reamer attached to south end of washpipe combined with pulling back of washpipe and of gas pipeline attached behind reamer with swivel found to infringe patent—Plaintiffs electing accounting of profits—Referee interpreting judgment as meaning installation of washpipe prior to pull back infringing act whereas initial placing of drillstring not—Considered division of total

## PATENTS—Continued

profits between various operations—Although suggests segregation of drillstring profits from remainder and not awarding them, apparently not done—Referee holding proper measure of profits difference between actual profits earned and those would have earned by using either non-infringing method most likely to have been used by him or most profitable non-infringing method available, which in this case were same—Held defendant not meeting onus of proving costs of alternative method—Found entire amount reserved for contingencies would be spent on corrections for mishaps expected to occur using alternative method—Treated total profit as profit made by defendant from acts of infringement—Referee declined to award pre-judgment interest, but awarded sum derived from re-employing profit—Recommended earnings on contract profit be deemed to be interest at prime bank rate from completion of contract to final judgment compounded annually—Defendant appeals Associate Senior Prothonotary's report and plaintiffs seek its implementation—Defendant alleging Referee erred in (1) treating profits from whole installation operation as profits from infringement; (2) not accepting defendant's evidence as to feasibility and cost of alternative non-infringing methods of installation of pipeline, thus failing to find only profits for which defendant must account would be savings realized by defendant in using infringing method rather than alternative methods; (3) awarding pre-judgment interest—On appeal from Referee under R. 506 Court should not interfere with Report unless manifestly wrong—Although judge should show due deference to prothonotary's findings of fact based on assessment of credibility, where prothonotary exercised discretion, judge not bound by prothonotary's opinion and must exercise own discretion—(1) No error in principle in treating all profits from contract as arising from infringement—By terms of judgment entire performance of contract must be treated as infringement—(2) Measurement of profits should be as between infringing method actually used and any other method most likely to have been used: *Siddell v. Vickers* (1892), 9 R.P.C. 152 (Enq. C.A.)—Referee's disinclination to choose between two tests not leading to reviewable error of law because result same whichever basis of comparison used—Onus on defendant to prove existence and cost of using alternative non-infringing method—Although not accepting some of defendant's evidence as to feasibility and probable costs of alternative method, Referee's findings of fact, when taken as whole, not amounting to manifest error justifying substitution of Court's conclusions of fact—Further, alternative method not meeting test of non-infringing alternative available to defendant—Total profit attributable to infringement—(3) Award on contract profit correctly characterized as assessment of profits—In equity, party awarded profits entitled to have not only initial profit realized, but also profits arising from use of money: *Teledyne Industries, Inc. et al. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (F.C.T.D.)—In absence of evidence as to how defendant used profits, deemed to have used them to realize such profit as would be expected of ordinary businessman—Not exercise of discretion, but finding of fact—No manifest error of fact or law—Correctly applied interest rate to date of final award as to quantum—Any shorter period arbitrary denial of profits due to vagaries of litigation—Canadian

## PATENTS—Concluded

interest rates appropriate since dealing with lost profit would have been made in Canada together with earning thereon—Defendant not required to pay interest on hold-back under contract until date small portion of contract monies received nor on portion paid into Court and never received by defendant—Post-judgment interest at 5% (rate prescribed by Interest Act) awarded—Reflects difficulty of issues of law and fact and long delay between trial judgment as to liability and entering of judgment as to *quantum*, much of which not attributable to defendant—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 506—Interest Act, R.S.C., 1985, c. I-15, s. 3—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 41 (rep. by S.C. 1990, c. 8, s. 11).

READING & BATES CONSTRUCTION CO. v. BAKER ENERGY RESOURCES CORP. (T-1879-83, Strayer J., order dated 6/7/92, 19 pp.)

Appeal from Trial Division judgment ((1986), 10 C.P.R. (3d) 145) dismissing appellant's action for infringement of two Canadian patents, as both invalid—Patents involving machinery for drilling in mines, referred to as "parallel keeping patent" and "feed rollover patent"—Trial Judge attempting to deal with specifications to show existence of valid patent—Failure of such attempt not attributable to Trial Judge but to drafters of patent—No evidence Trial Judge erred in law—No "overriding and palpable errors" in determination of facts such as to allow appeal on validity of either of two patents in suit—Conclusions reached with regard to two patents at trial substantially correct—First patent found to be invalid on grounds of insufficiency, obviousness and anticipation—Presumption of validity of patent rebuttable—Hydraulic locks only briefly described in disclosure—Trial Judge finding presence of hydraulic locks, alleged to be essential elements of patent by appellant, not fully disclosed and explained as required by Patent Act, s. 36(1)—Parallel keeping patent properly invalidated on ground of insufficiency alone—Distinction between obviousness and anticipation not well delineated by Trial Judge—Obviousness frequently becoming an issue when combination patents challenged—Necessary herein to determine whether alleged invention mere aggregation of known elements or truly novel combination—Trial Judge concluding so-called "invention" obvious—Several prior patents held to "teach everything in the patent in suit"—Parallel keeping patent also invalid as anticipated by Strom patent pursuant to Patent Act, ss. 28(1)(a), 63(1)—Trial Judge finding "feed rollover" patent completely anticipated by Madison Patent and "all elements of invention shown in Madison and thereby an anticipation"—Much of drill boom structure of Madison patent echoed in Atlas feed rollover patent—Patentable invention must serve useful purpose—Trial Judge finding no patentable difference between two machines—Earlier Madison invention so similar to device of both plaintiffs and defendants Trial Judge finding anticipation—Invalid patent cannot be infringed—Appeal allowed in part—Words "and should be struck from the register" deleted—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 28(1)(a), 36(1), 45(1), 63(1).

ATLAS COPCO AKTIEBOLAG v. CIL INC. (A-580-86, Linden J.A., judgment dated 2/4/92, 14 pp.)

## POSTAL SERVICE

Appeal from trial judgment ([1985] 1 F.C. D-16) holding Department's repeated decisions to assign third-class mail classification to taxpayer's publications sufficient justification in law to make doctrine of unjust enrichment on which action for reimbursement based inapplicable—Nothing in evidence to justify finding arbitrary or discriminatory decisions—Trial Judge could not help but see sufficient justification in these decisions, made in good faith, to dismiss idea of unjust enrichment and corresponding unjust impoverishment—Appeal dismissed.

CANADIAN INSTITUTE OF MINING AND METALLURGY V. CANADA (A-510-85, Marceau J.A., judgment dated 4/6/92, 2 pp.)

## PRACTICE

### AFFIDAVITS

Appeal from Senior Prothonotary's order denying motion to remove Elford affidavit from record—Elford affidavit filed in reply to Booth affidavit, no longer part of record, Federal Court of Appeal having denied leave to file Booth affidavit—Appeal allowed—Elford affidavit clearly filed in reply to Booth affidavit—Since latter no longer part of record, Elford affidavit not reply evidence—Improper evidence—Not to be considered in support of appeal of Registrar of Trade Marks decision.

PROUVOST S.A. V. MUNSINGWEAR, INC. (T-456-91, T-457-91, T-458-91, T-459-91, Pinard J., order dated 19/6/92, 3 pp.)

### CONTEMPT OF COURT

Plaintiff, Morris, owner of patent for apparatus for removing oil floating on water—Obtained interlocutory injunction on consent in 1986 against defendants—In 1992, aware defendants manufacturing and selling skimmers in Canada, and bringing present motion for contempt—Defendant, Bennett, had notice of order—Deliberately tried to circumvent it by alleging insignificant differences between his machine and patent took him outside scope of patent—Represented to others Morris' patent not valid—Fact obtained legal advice defendant's apparatus not infringing no answer to charge of contempt: *Canada Metal Co. Ltd. et al. v. Canadian Broadcasting Corp. et al. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585 (H.C.); affd (1975), 11 O.R. (2d) 167 (C.A.)—To determine whether patent infringed Court must construe claims as matter of law and then, as conclusion of fact, determine whether defendant's activities fall within scope of claims—Claims must be construed with reference to entire specification—Specification including claims must be read with reference to prior art existing at time of application—Defendants' disc skimmer infringing plaintiff's patent—Defendants in contempt of 1986 interlocutory injunction.

VERSATECH PRODUCTS INC. V. AQUA-GUARD SALES INC. (T-147-86, Reed J., order dated 22/5/92, 11 pp.)

## PRACTICE—Continued

### COSTS

Bill of costs submitted by counsel for respondents for taxation on party and party basis—Counsel for applicant objected to bill of costs—Trial Judge's decision reversed by Court of Appeal—Respondents entitled to trial costs—Respondents' bill of costs taxed and allowed in amount claimed of \$683.20—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1214.

KUGANESWARAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-864-87, Daoust T.O., taxation dated 25/6/92, 2 pp.)

Motion for security for costs—Plaintiff American company having Canadian division—Plaintiff averring substantial organization, well able to pay costs—R. 446(1)(a) only requiring plaintiff ordinarily reside out of Canada—Application allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 446(1).

FIGGIE INTERNATIONAL INC. V. CITYWIDE MACHINE WHOLESALE INC. (T-1200-92, Teitelbaum J., order dated 16/6/92, 3 pp.)

Application to tax costs under R. 350(3) or, in the alternative, for order giving special directions to taxing officer—Principal action for patent infringement—Proceeding under R. 350(3) available only in exceptional circumstances—No case made out taxation would be delayed unless Judge taxing costs—Grounds for giving directions to taxing officer under R. 344(6), (7)—Court not to interfere lightly with sums allowed by tariff on party-and-party taxation basis—Patent cases, although complex, not to be treated differently—Letter proposing licence for sum related to cost of litigation not constituting settlement offer—Complexity factor bearing on legal issues, not technical issues—Importance factor not met as infringement and validity not novel matters—Conduct of appellant TRW in waiting two years to request hearing date after factums completed to be taken into account as causing duplication of effort by respondent Walbar's counsel—Volume of work factor met by necessary effort made by Walbar's counsel to master facts, develop and present evidence over 2,850 hours—Costs related to requirement for publicly-traded company to report lawsuit as contingent liability not recoverable—Travel expenses of company's representative not recoverable as disbursements—Travelling expenses of spouse of expert witness recoverable only because of latter's frail health—Expert rendering services voluntarily, therefore honorarium not recoverable—Preparation of video on production process recoverable as useful at trial and on appeal—Direction to taxing officer to allow counsel fees of \$12,500 up to and including pleadings; \$7,500 up to examination for discovery; \$4,000 for examinations for discovery; \$50,000 for preparation for trial; \$10,000 for written argument; \$600 per day at trial for senior counsel, \$300 for each junior; \$40,000 for preparation of appeal; increased counsel fees at appeal hearing; \$2,500 for motion on costs—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344 (as am. by SOR/87-221, s. 2), 350.

TRW INC. V. WALBAR OF CANADA INC. (A-107-91, Stone J.A., order dated 3/7/92, 19 pp.)

**PRACTICE—Continued****DISCOVERY***Examination for Discovery*

Admitted: defendants entitled to discovery in respect of further information in plaintiff's written response to question 125—Issues before Motions Judge whether discovery should be in writing or by personal attendance and if latter, who should attend and what order to be made as to costs—Appeal dismissed—Motions Judge neither erring in law nor acting on wrong principle.

BHADRACHALAM PAPERBOARDS LTD. V. PHILIPPINE VICTORY (THE) (A-1211-91, Mahoney J.A., judgment dated 24/6/92, 2 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS**

Joint application pursuant to R. 341 by parties to action for judgment in terms agreed upon without trial of issues raised by pleadings—Plaintiff representing concerns of members about welfare of national parks, particularly continuing clearcut logging operations in Wood Buffalo National Park—Crown owner of lands in said Park, governed by National Parks Act—Minister of Environment executing Agreement pertaining to logging on behalf of Crown and Canadian Forest Products Limited—Latter not represented at hearing although had notice of application—Statement of claim pleading 1983 Agreement and Orders in Council authorizing conclusion of that and earlier agreements invalid—Statement of defence maintaining validity of agreements and Orders in Council—Joint application for judgment declaring 1983 Agreement invalid and unauthorized by National Parks Act—R. 341 permitting party to apply for judgment in respect of any matter upon any admission—Motion under R. 341 appropriate when material facts clearly admitted and result of application of law not in doubt so that apparent plaintiff entitled *ex debito justitiae* to relief claimed: *R. v. Gary Bowl Limited*, [1974] 2 F.C. 146 (C.A.)—R. 341 providing appropriate procedure for judgment where parties acknowledge plaintiff entitled to some or all of relief claimed whether or not settles all issues, provided Court has no reason to question judgment proposed on basis of application of law—Plaintiff's action would be resolved by proposed judgment—Since defendants' written submissions conceding application of law so that in agreement with basis of relief claimed, i.e. Agreement invalid, appropriate case for grant of R. 341 order—Declaratory judgment in terms sought, but expressly for purposes of this action only, issued—Motion unusual as would declare invalid agreement with party not joined in action but which had notice of joint motion but not seeking to intervene—In so far as interests of Canadian Forest Products Ltd. may be adversely affected, company had adequate notice of application and ample opportunity to intervene—Judgment not directly applying to or binding company though unrealistic to anticipate its interests under 1983 Agreement not adversely affected—Motion also unusual as supported by written submissions of defendants' counsel contradicting statement of defence signed by same counsel—Given absence of admissions by defendants in pleadings to support motion, directions included in judgment providing defendants' written submission presented at hearing be filed and deemed for purposes of

**PRACTICE—Continued**

action to be admissions on behalf of defendants—Ensures Court file containing defendants' admissions supporting declaration sought and granted without amending pleadings or further motions to secure result parties have agreed to—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 341—National Parks Act, R.S.C., 1985, c. N-14—Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

CANADIAN PARKS AND WILDERNESS SOCIETY V. CANADA (SUPERINTENDENT, WOOD BUFFALO NATIONAL PARK) (T-272-92, MacKay J., judgment dated 23/6/92, 11 pp.)

**LIMITATION OF ACTIONS**

Motion to strike statement of claim—Plaintiff alleging negligence of Crown servants in supervising cadets during gymnastics at National Defence camp—Fractured vertebrae during gymnastics session when still minor—Later, as adult, discharged from Forces because of fractured vertebrae—On eve of sixth anniversary of attaining majority, plaintiff bringing action—National Defence Act, s. 269 providing no action lies against any person in respect of any alleged neglect unless commenced within six months after neglect complained of, or in case of continuance of injury or damage, within six months after ceasing thereof—Statement of claim alleging continuing disability to date claim filed—“Continuance of damage or injury” not single thought—“Damage” referring to plaintiff's loss—“Injury” referring to act of infringing someone's rights for which action lies at law—As alleging damage continuing to date of statement of claim, six-month period in s. 269 not exhausted when claim issued—As s. 269 only purporting to prohibit action against person, remedy barred, but not right—As tort not absolutely extinguished, right to bring action against Crown for vicarious responsibility not prohibited by s. 269—Ontario Limitations Act, s. 47, extending time for commencing action in case of minor, prevails over shorter limitation in other legislation and not limiting minor's right notwithstanding s. 45(2) prohibiting application of section to statute-barred action: *Papamonotopoulos v. Board of Education for the City of Toronto* (1986), 56 O.R. (2d) 1 (C.A.)—Case not statute-barred—Motion dismissed—National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5 s. 269—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c-8, s. 20), s. 3—Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15, ss. 45(2), 47.

KEDDY V. CANADA (T-526-90, Giles A.S.P., order dated 23/6/92, 3 pp.)

**PLEADINGS***Motion to Strike*

Statement of claim seeking damages for industrial disease, not damages resulting from accident—Government Employees Compensation Act, s. 4(1) distinguishing between employee injured by accident and employee disabled by industrial disease—S. 12 providing no cause of action against Crown where accident happens to employee in course of employment entitling him to compensation under Act—Plaintiff also amending statement of claim prior to filing of this motion alleging other causes of action not attacked by this motion—Not plain and



**PRACTICE—Continued**

obvious action scandalous, frivolous or vexatious under R. 419(1)(c), or abuse of process under R. 419(1)(f)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419—Government Employees Compensation Act, R.S.C., 1985, c. G-5, ss. 4(1), 12.

CHAMBERLAND V. CANADA (T-1700-91, Dubé J., order dated 10/6/92, 2 pp.)

Statement of claim as against defendant Wilkinson Agencies Ltd.—Not plain and obvious plaintiff not having action pursuant to Competition Act for defendants' refusal to supply order of bicycles—Whether defendant, Wilkinson Agencies Ltd., not supplier or distributor, but mere agent, issue to be determined at trial—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 18).

MOUNTAIN EQUIPMENT CO-OPERATIVE V. SPECIALIZED BICYCLE COMPONENTS CANADA INC. (T-3092-91, Teitelbaum J., order dated 15/6/92, 3 pp.)

Motion for dismissal of action as disclosing no reasonable cause of action—Far from obvious plaintiff's statement of claim "discloses no reasonable cause of action"—Allegations made by plaintiff in statement of claim presumed to be true—Court will order statement of claim struck out only in circumstances where no amendment to said statement of claim possible so as to disclose reasonable cause of action—Plaintiff should have sued Crown instead of defendant personally—Plaintiff granted leave to amend statement of claim within certain time, otherwise struck out forthwith—Motion dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a).

CYR V. CANADA (DIRECTOR OF FEDERAL PENITENTIARY AT BATH, ONTARIO) (T-712-92, Muldoon J., order dated 25/6/92, 3 pp.)

*Particulars*

Application for order requiring further and better particulars of amended statement of defence and to make further answer to interrogatories ordered to answer—Dispute concerning entitlement to reserve lands—Defence pleading plaintiff "ceded" rights and interest in reserve resulting in its allotment to another Band or effecting "provisional allotment" to another Band—Defendant refusing to answer request for particulars of "ceding" and "provisional allotment" on grounds questions of law to be decided by trial judge—Plaintiff submitting defences of "ceding" and "provisional allotment" novel terms, not in Indian Act or reported cases, to describe means of legally transferring reserve land—Maintaining entitled to know authority and source (i.e. common law or legislation) to allow preparation for trial and to avoid surprise—Applicable principles summarized in *Cat Productions Ltd. v. Macedo et al.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 517 (F.C.T.D.): particulars ordered more freely as days of "trial by ambush" gone; courts insist pleadings define with clarity and precision issues to be tried—Nothing in Federal Court Rules prohibiting pleading statements of law, but must also give facts upon which based—R. 412(2) stipulating raising question of law or express assertion of conclusion of law not to be accepted as substitute for statement of

**PRACTICE—Continued**

material facts on which conclusion based—Allegations re: "ceding" and "provisional allotment" asserting conclusion of law and must be supported by statement of material facts on which conclusion based—Incumbent on defendant to particularize material facts upon which intends to rely as supporting assertion—Without those particulars, issues and underlying facts so ambiguous as to prevent plaintiff from knowing case to be met—Novelty of defences of "ceding" and "provisional allotment" adding further justification for particulars—Defendant ordered to provide further and better particulars—As to answers to interrogatories, special factors in this litigation to be considered: events relevant to action span over two hundred years; no living witnesses to events leading to impugned allotment of Indian reserves; over one thousand historical documents produced to date; trial will involve anthropological evidence, genealogical issues and assessment of oral and written historical evidence—Parties' agreement to conduct discoveries by written interrogatories important and progressive step as almost impossible to nominate one representative capable of representing all varied interests—Important to insure plaintiff not disadvantaged by agreeing to use written interrogatories—Nature of relationship between parties also important—Federal Crown having fiduciary obligation towards native persons, particularly with respect to administration and handling of reserve lands—Ultimate goal to determine rights and interest of plaintiff Band—Defendant should not be seen as attempting to impede or obstruct those rights unjustly—In *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, Supreme Court expressed disapproval of Crown's failure to specifically plead "political trust" although required to do so by R. 409—Defendant to answer to best of its ability questions researching for over one year—Questions as to pleading re: "provisional allotment" assist plaintiffs' determination of what is meant by term and deserve to be answered—Defendant's refusal to answer other questions as raising issues which are matters for trial judge to decide based on premise proper interrogatories directed to exploring living memories of deponent—Leads to unacceptable conclusion where party's claim based on aboriginal title or matters beyond living memory, party could not be examined for discovery on facts truly relevant to claim—Not sufficient defendant merely produce documents upon which relies, but refuse to provide answers concerning relevant facts—Plaintiff's right to examination on facts central to claim not altered by possession of certain documents—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 409, 412, 415(3), 466.1 (as am. by SOR/90-846, s. 16).

WEWAIKAI INDIAN BAND V. CANADA (T-951-89, Jerome A.C.J., order dated 3/6/92, 11 pp.)

**PRELIMINARY DETERMINATION OF QUESTION OF LAW**

Application made pursuant to R. 474 for preliminary ruling on inadmissibility of action brought by defendant Hapag Lloyd A.G. against third party Canadian National Railways—Application dismissed for following reasons: (1) other parties did not agree thereto; (2) parties did not agree on essential facts; (3) not clear question for solution simply one of fact; (4) not clear prescription relied on by applicant necessarily applies to

**PRACTICE—Concluded**

one or all parties—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 474(1)(a).

COURCHESNE LAROSE LTD. v. DUSSELDORF EXPRESS (THE) (T-154-90, Dubé J., order dated 7/7/92, 2 pp.)

COURCHESNE LAROSE LTD. v. LADY LIENKE (THE) (T-1932-89, Dubé J., order dated 7/7/92, 2 pp.)

**REFERENCES**

Application for reference pursuant to RR. 480, 500—R. 480 permitting application before trial for order issue of fact to be subject of reference under RR. 500 *et seq.* after trial—In action against manufacturer, patent held valid and infringed—In this action plaintiffs seeking damages by way of profits from retailer—Question of right of further recovery primarily one of law—Relevant facts largely established or admitted—Discoveries on issue of this defendant's liability, production of further documents and trial should be confined—Order to go permitting matter to proceed to trial on issue of right of plaintiffs to recover further damages from retailer, quantum of profits to be determined upon reference, subject to discretion of presiding trial judge—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 480, 500.

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. v. CONSUMERS DISTRIBUTING CO. (T-2342-86, Jerome A.C.J., order dated 24/6/92, 4 pp.)

**PRIVACY**

Application under Privacy Act, s. 12(1)—Court bound by s. 22, providing head of government institution shall refuse to disclose any personal information so requested obtained or prepared by RCMP while performing policing services for province pursuant to arrangement made under Royal Canadian Mounted Police Act, s. 20, where Government of Canada has, on request of province, agreed not to disclose such information—Such request by Attorney General of B.C. on file—Application denied—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 12(1), 22—Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 20.

MILLER v. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T-493-91, Teitelbaum J., judgment dated 16/6/92, 5 pp.)

**PUBLIC SERVICE****APPEALS**

After interviewing 30 of 43 candidates for position in Department of National Revenue, Taxation, selection board deciding to delete one question as no one had satisfactorily answered it—Question put to remaining candidates, but before assessing answers decided deletion would not adversely affect assessment of qualifications of candidates for positions and reallocated maximum marks assigned to remaining questions—Appeal Board holding selected candidates not qualified for

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

appointment as not achieving minimum required standard established with question included as part of rating scheme—Not concluding elimination of question affecting ranking of candidates—Application allowed—Appeal Board erred in law—Appeal Board can only allow appeal on ground questions asked in test inadequate if no reasonable board could assess respective worth of various candidates on basis of those questions: *Canada (Attorney General) v. Henri*, [1986] 2 F.C. D-10 (C.A.)—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1403(2)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

DIRKSEN (RE) (A-494-91, Mahoney J.A., judgment dated 25/6/92, 3 pp.)

**SELECTION PROCESS***Competitions*

Application to set aside Appeal Board decision—Member of Selection Board, immediate supervisor of position to be filled and of acting incumbent, member of earlier Board whose decision successfully attacked—Acting incumbent successful candidate—Application dismissed—No actual bias resulting from participation in earlier selection either of itself or in combination with fact methodology for assessment not reducing need for subjective evaluation of candidates' qualifications to extent other available methodology might have.

EDDY v. CANADA (PUBLIC SERVICE COMMISSION) (A-628-91, Mahoney J.A., judgment dated 25/6/92, 2 pp.)

**TRADE MARKS**

Appeal from Trial Division judgment ((1990), 36 F.T.R. 70) dismissing appeal from decision of Registrar of Trade marks—No palpable or overriding error justifying Court's interference—Appeal dismissed.

JOHN LABATT LTD. v. MOLSON COMPANIES LTD. (A-577-90, Isaac C.J., judgment dated 11/6/92, 2 pp.)

**REGISTRATION**

Appeal from Registrar's rejection of Molson's application to register trade mark "Club Ale & Design" for use in association with ale—Application launched July 16, 1968 by Formosa Spring Brewery Ltd., predecessor in title to Molson, based upon use since May 1, 1968—In 1969, statement of opposition filed by Pelissier's Brewery Ltd., predecessor in interest of Labatt asserting (1) confusion with Labatt's registration for "Country Club & Design"; (2) applicant not person entitled to registration having regard to s. 16(1)(a) and prior use by Labatt; and (3) lack of distinctiveness—Appeal allowed—(1) Labatt's "Country Club & Design" trade mark registered in 1958 but officially expunged in 1971, although trade mark office not amending register to give effect to order until March 15, 1991—Registrar holding date of filing opposition material time for considering circumstances (August 1969)—As Labatt's registration not expunged until 1971 not precluded from relying on it—Holding Molson not satisfying onus to

**TRADE MARKS—Continued**

show proposed mark not confusing with Labatt's registered mark—Shortly after Registrar's decision (January 31, 1991), Federal Court of Appeal reversed case law and held date when opposition disposed of material date in opposition to registrability: *Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (F.C.A.)—First ground of opposition fails as relevant date in opposition January 31, 1991, at which time Labatt's mark expunged—(2) Issue of confusion under s. 16(1)(a) must be determined as of date trade mark first used (May 1, 1968)—Registrar considered all surrounding circumstances, including factors enumerated under s. 6(5) before holding Molson failed to establish no confusion—Although decision made under s. 12(1)(d) Registrar would have found same likelihood of confusion under s. 16(1)(a)—Registrar's decision on issue of likelihood of confusion constitutes finding of fact which ought not to be disturbed on appeal unless clearly erred—Enough resemblance between both marks to support decision confusion may be created in mind of beer drinker—As confusion already established, application of ss. 16(5) and 17(1) dealing with abandonment considered—Material date for abandonment date of advertisement of opposed trade mark (May 28, 1969)—Non-use must be accompanied by intention to abandon trade mark—Non-use clearly established by decision expunging Labatt's mark—That Labatt or predecessor may have used remaining "Country Club &

**TRADE MARKS—Concluded**

Design" labels in stock on kegs not necessarily indication intended to maintain trade mark, but could have been economic way to dispose of labels—Second ground of opposition failed as Labatt not establishing no intention to abandon mark at time of advertisement of Molson's application—(3) Date of filing statement of opposition material date for determining distinctiveness—For opponent to succeed on ground trade mark not distinctive under s. 38(2)(d) must show own mark known to some extent—Distinctiveness requiring mark and product be associated; owner uses association between mark and product and is manufacturing and selling product; association enabling owner to distinguish product from others—Whole of circumstances must be considered—Trade mark must be distinctive to all probable purchasers, not just in particular channels of trade—As label clearly indicates source of product and affidavit evidence providing sufficient proof of use by predecessor in title of trade mark in association with beer Molson meeting onus to show trade mark distinguished from those of others—As Molson's mark distinctive as of date of filing of opposition (August 28, 1969) third ground of opposition failed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2, 6(5), 12(1)(d), 16(1)(a),(5), 17(1), 38(2)(d), 56.

MOLSON BREWERIES V. LABATT BREWING CO. (T-773-91, Dubé J., judgment dated 12/6/92, 18 pp.)



# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those not selected for full-text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports. 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.*

## AGRICULTURE

Application for judicial review of decision of respondent National Farm Products Marketing Council to approve decreases by respondent Canadian Egg Marketing Agency in New Brunswick's egg production quotas—Respondent Agency having been created by regulation made in fulfilment of federal-provincial agreement on agricultural products marketing—New Brunswick assigned base quota of 8.7 million dozen—Regulation originally stipulating any decreases below base to be spread proportionally among provinces—Federal-provincial agreement amended enabling Agency to exempt from underbase decreases provinces with less than 2% of national production (New Brunswick, Newfoundland, Prince Edward Island) but implementing regulation providing no order to be made decreasing quotas for N.B., Nfld, or P.E.I., excepting those provinces from rule of proportionate underbase decreases—Changes by Agency of quotas requiring prior approval of Council—Quotas of seven other provinces having been reduced below base—Agency developing policy in 1984, at request of Council, that future reductions below base in other provinces be applied in protected provinces, but not to reduce below base—Federal-provincial agreement amended to fix number of laying hens at 100% of allocation for protected provinces, 97% for others—Productivity (lay rate) of flocks increasing—N.B. egg quota subsequently increasing to 9.5 million dozen, falling to 9.2 million, increasing to 9.7 million—Agency attempting overbase reduction program, paying \$17 per hen removed from production—P.E.I., Nfld. boards accepting, applicant N.B. Board opposing; Agency agreeing to three-year phase-in of program in province—Agency applying to Council for approval of amendment to reduce N.B. quota to 9.4 million dozen—Applicant Board bringing complaint before Council—Complaint heard by panel of three, report made to full Council referring to federal-provincial agreement, Agency policy, interpreting exemption from decrease to apply only to underbase decreases, recommending approval of amendment to quota—Council approving quota reduction—Act, s. 7 requiring Council to inquire into complaints—Act, s. 8 authorizing Council to hold public hearings, authorizing appointment of panel of Council, requiring notice of public hearing in *Canada Gazette*—Whether hearing by panel public—Decision to hold public hearing completely within Council's discretion—Board given ample notice, opportunity to present written, oral argument—Full Council having complete transcript—Council within jurisdiction in proceeding, not in

## AGRICULTURE—Concluded

breach of natural justice—Whether standard for judicial review simple error of law or patently unreasonable error—Standard depending on whether provision being interpreted limits tribunal's jurisdiction or intended by Parliament to be left to tribunal—Where to be left to tribunal, decision not reviewable unless jurisdiction lost by acting on patently unreasonable interpretation—Purpose of Council to oversee operations of marketing agencies, decision intended to be left to Council—Question not whether conclusion unreasonable, but whether interpretation of provisions in statute unreasonable—Regulation clearly stating no order to decrease quotas of protected provinces, not qualifying by reference to base levels—Patently unreasonable to hold ambiguous—Federal-provincial agreement could be used as extrinsic evidence to resolve ambiguity, but not to create ambiguity where none exists—Patently unreasonable to use quota policy made by Agency to interpret earlier Proclamation—Application allowed—Canadian Egg Marketing Agency Proclamation, C.R.C., c. 646, s. 4—Farm Products Marketing Agencies Act, R.S.C., 1985, c. F-4, ss. 7, 8.

NEW BRUNSWICK (EGG MARKETING BOARD) V. CANADA (EGG MARKETING AGENCY) (T-946-92, Dubé J., order dated 30/7/92, 42 pp.)

## CITIZENSHIP

### KNOWLEDGE REQUIREMENTS

Appeal from Citizenship Judge's decision denying citizenship—Appellant, 26-year-old university student, born in Iran, permanent resident since 1983—Having studied to good effect materials on citizenship since Citizenship Court hearing—Naming provinces, capital, political parties, answering clearly and precisely questions on Governor General and federal elections—Appellant involved in church and community volunteer work—Having failed test before Citizenship Judge because of stress consequent upon injury to father and conclusion of school year—Appeal allowed.

ZAMIR (RE) (T-1380-90, Rouleau J., judgment dated 30/6/92, 3 pp.)

## CONSTITUTIONAL LAW

### CHARTER OF RIGHTS

#### *Democratic Rights*

Right to vote—Originating notice of motion under Federal Court Act, s. 18 for declaratory and mandatory relief against Her Majesty the Queen and Chief Electoral Officer to allow applicant to vote in October 26, 1992 referendum on constitutional reform based on Charlottetown Accord—Referendum held across Canada according to federal rules—In Quebec, parallel referendum to be held on same date on same question according to Quebec legislation, including six-month residency requirement—Applicant, Haig, having moved from Ontario to Quebec two months before referendum—Unable to vote as no longer resident of Ontario and not meeting Quebec residency requirements—Seeking declaration and *mandamus* to allow self and others in same situation to vote, or, in alternative, to declare Referendum Proclamation unconstitutional as contrary to Charter, ss. 2(b) and 15(1)—Given imperative wording of Federal Court Act, s. 57 (10-day notice to federal and provincial attorneys general where constitutionality of statute raised), Court refused to hear applicant's arguments until expiration of 10-day period—Crown's application granted: Her Majesty the Queen struck as respondent in proceeding originated by way of notice of motion under s. 18 as Court without jurisdiction to grant remedies sought against Her Majesty—Court cannot and should not be expected to ignore statutory procedural requirements and rules of practice simply because applicants have raised important Charter issue—Where constitutional validity of Act of Parliament challenged, as here, Federal Court Act and Rules require "action" to be commenced by way of statement of claim, not by way of originating notice of motion—Given complexity of cases involving Charter rights issues, such cases should not be dealt with expeditiously—*Mandamus* cannot be issued against Her Majesty *eo nomine*—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2(b), 3, 15(1), 24—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8), ss. 2, 17, 18, 48, 57—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 400, 600-605 (as am. by SOR/92-43, s. 19)—Referendum Act, S.C. 1992, c. 30—Proclamation Directing a Referendum Relating to the Constitution of Canada, SI/92-180.

HAIG V. CANADA\* (T-2393, Denault J., order dated 9/10/92, 7 pp.)

\* Editor's Note: The appeal against this Trial Division decision was quashed as moot: [1992] 3 F.C. 611.

## COPYRIGHT

### INJUNCTIONS

Motion at Vancouver for interim and interlocutory injunction restraining defendant from performing "A Closer Walk with Patsy Cline" without acknowledging plaintiff as originator of idea in all promotional materials—Counsel for defendant

## COPYRIGHT—Concluded

unable to plead, there having been insufficient time since service of motion to meet with client who was on P.E.I. for opening of production—Application dealt with as otherwise could not be heard until after work opened on P.E.I.—Federal Court having jurisdiction regarding portions of statement of claim, although dispute involving contract between individuals—Statement of claim raising real issues of copyright infringement—Interim injunction granted only until July 7, 1992 at which time hearing to proceed and defendant to have prepared affidavits in reply.

JASSMANN V. REGAN (T-1541-92, Teitelbaum J., order dated 30/6/92, 3 pp.)

## CROWN

Mining claims—Appeal from Trial Division decision ((1991), 44 F.T.R. 211) holding appellant's claims not recorded—Recording of claim cancelled June 23, 1970 not revived under proper interpretation of Yukon Quartz Mining Act, s. 13(a)—Provision applying to claims recorded before June 7, 1984 and whose recording remained in effect June 7, 1984—Appeal dismissed—Yukon Quartz Mining Act, R.S.C., 1985, c. Y-4, s. 13(a).

TURNER V. CANADA (A-131-91, Mahoney J.A., judgment dated 22/6/92, 2 pp.)

## CONTRACTS

Action to recover overtime charges pursuant to contract to construct special handling facility at Saskatchewan Penitentiary, Prince Albert—Original completion date extended to August 31, 1984—On April 1, 1984, defendant changing extension date to July 31 and requesting from plaintiff lump sum quote indicating anticipated cost for overtime to complete project—As unable to do so within prescribed time, plaintiff providing own company's overtime rates as well as those of subcontractor—Defendant reviewed rates and indicated satisfaction therewith—Subcontractor's weekly invoices for regular time and overtime provided to defendant who paid out to plaintiff sum of money sufficient to pay overtime—At conclusion of contract, final payment rendered to plaintiff much lower than total costs incurred—Plaintiff paid subcontractor only portion of overtime—Subcontractor brought successful action in Court of Queen's Bench for recovery of additional overtime—Action allowed—Defendant had indicated satisfaction with overtime rates, and had compensated plaintiff in accordance therewith—Unconscionable to allow defendant to compensate plaintiff at rate of "overtime premiums" it alleges it agreed to, thereby avoiding full liability—Dispute between these parties should have been resolved once Queen's Bench judgment rendered, if not sooner—To restore plaintiff to rightful position, interest and costs of both lawsuits in addition to amount for overtime awarded to plaintiff.

CAVAN CONSTRUCTION LTD. V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS) (T-1606-88, Jerome A.C.J., judgment dated 17/7/92, 5 pp.)

**FEDERAL COURT JURISDICTION****TRIAL DIVISION**

Application on consent for declaration sentence of two months' imprisonment be consecutive to existing sentence illegal, to be consecutive only to unexpired portion—Consent not conferring jurisdiction on Court—Sentence of provincial court of criminal jurisdiction, not appealed—Proper forum provincial superior court, proper defendant provincial Crown—Plaintiff could seek declaration federal correctional officials required to calculate and apply sentence at variance to literal wording, but not form of relief applied for—Application dismissed.

WAYE V. CANADA (T-2063-91, Strayer J., order dated 31/7/92, 2 pp.)

**FISHERIES**

Motion for interlocutory injunctions to prevent defendants from enforcing Newfoundland Fisheries Variation Order 1992-30, closing commercial salmon fishery around island of Newfoundland for 1992 season, and Newfoundland Fisheries Variation Order 1992-54 opening recreational salmon fishery from June 20 to September 8, 1992—Plaintiffs alleging closing of commercial fishery effectively cancelling their licences which can only be cancelled for reasons specified in Fisheries Act, s. 9—Also alleging breach of requirements of fairness, natural justice—Motion dismissed—No serious issues raised—No cancellation of licences—Neither Variation Order related to rights or interests of specific individual, but part of general public management of salmon fishery—Although extensive consultation and ample warning of coming scheme to enable any one to express views in advance, no legal requirement to do so—Plaintiffs also not demonstrating failure to issue injunction resulting in irreparable harm not compensable in damages—Main action seeking damages for wrongful exclusion from commercial salmon fishery in 1992—Substantial public interest in protecting fishery as a whole threatened by injunction—Plaintiffs not undertaking to pay damages should injunction be wrongly issued—Balance of convenience favouring not issuing injunctions—Potential for serious long-term harm to commercial salmon fishery due to failure to allow closure of fishery pending trial greater than harm to plaintiffs precluded from fishing until action disposed of—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 9 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 95), 43 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 35, ss. 3, 7).

MONKS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1291-92, Strayer J., order dated 1/9/92, 9 pp.)

**IMMIGRATION****DEPORTATION**

Application for stay of deportation order—Immigration officer finding no humanitarian and compassionate grounds to allow application for landing from within Canada—Credible basis tribunal finding no credible basis—Applicant admitting

**IMMIGRATION—Continued**

validity of order, but arguing decision on humanitarian and compassionate grounds should have allowed deportation to U.S.—Whether Trial Division having jurisdiction to grant stay of deportation order in circumstances matter for Court of Appeal, as case law divided—Whether deportation to Nigeria causing irreparable harm—Extra expense compensable in damages—Allegation of danger of arrest—No credible basis finding refuting political detention; wrong-doing in using false passport no foundation for staying order—Precedent that separation from spouse mere inconvenience; that separation from spouse and children irreparable harm—Each case to be decided on facts—Here, no children of union, duration brief—Temporary separation not irreparable harm—Applicant denied hearing of leave application before date for deportation by respondent's not having filed record on time—Application dismissed.

BADA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-671, Reed J., order dated 6/8/92, 4 pp.)

Application for stay of removal order heard without appearance upon letter from applicant—Respondent arguing moot, as no evidence applicant at risk of removal, arguing motion should be heard in usual way—Applicant filing solicitor's affidavit respondent's enforcement officer stated applicant to be removed forthwith in absence of stay—No undertaking on record respondent would defer until application for leave to seek judicial review heard—Rule of practice against solicitor filing own affidavit—Respondent neither moving to strike nor traversing affidavit—Stay inevitable where file on application for leave not ready for hearing—Even if leave granted, subject may be deported, provided country of destination one from which can instruct solicitor—Application granted.

MASHNI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-816, Muldoon J., order dated 4/8/92, 4 pp.)

Application for interim order staying deportation order pending determination of application for leave to apply for judicial review—Applicant coming to Canada in 1987, leaving wife and children in Brazil—Living common-law with landed immigrant for four years, marrying in 1991 after divorce from Brazilian wife—Two children of second union—Principal application against decision insufficient humanitarian and compassionate grounds to allow application for landing from within Canada and refusing marriage interview—Application also made in other proceeding for judicial review of deportation order—Whether Court having jurisdiction to stay deportation order in proceeding not principally attacking order—Respondent having been served in other matter, no surprise order contested—Serious issue to be tried whether refusal to hold marriage interview reviewable error—Irreparable harm in financial and emotional cost to wife and children—No prejudice to public in delaying deportation until application for leave determined—Fact applicant not frank about marital status not sufficient grounds to refuse application—Application allowed.

RIBEIRO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-845, Collier J., order dated 3/7/92, 6 pp.)

## IMMIGRATION—Continued

Application to stay deportation order pending Immigration and Refugee Board decision as to whether or not would reopen claim to refugee status—Application to reopen Convention refugee determination hearing containing material concerning Ethiopia (country of nationality) not previously before Board—Board reopening other similar cases on basis of similar material—Respondent voluntarily postponed execution of deportation order from August 12, 1992 to August 18—Although common sense and fairness indicating further extension should have been given, stay of deportation order not ordered—Court having authority to order stays of removal orders only when validity of order itself attacked, and pursuant to Federal Court Act, s. 18.2 when application for judicial review or leave application with respect thereto—Court lacking authority to stay deportation order herein—Respondent's representative not finding deferral of removal warranted, notwithstanding both applicant and wife diabetics requiring daily insulin injections, because diabetes treatable in U.S.A.—Although no issues respecting humanitarian and compassionate review placed before it, Court commenting upon arbitrariness of conclusion when no status to remain in U.S.A. and country of nationality Ethiopia—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

BERHAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1197, Reed J., order dated 19/8/92, 5 pp.)

## PRACTICE

Application for *certiorari* to quash immigration officer's decision not to grant landing on humanitarian and compassionate grounds, *mandamus* requiring new interview, prohibition against credible basis hearing—Applicant and spouse entering Canada from Hong Kong as visitors September 22, 1988—Obtaining employment in February, 1989, opening business in September, 1989—Members of refugee claimant backlog—Applicant notified January 31, 1991 to attend interview February 6—Presenting letter from counsel, requesting rescheduling to permit counsel to attend—Immigration officer refusing adjournment, denying landing—Whether applicant entitled to counsel at interview—Whether immigration officer acting unfairly in proceeding without interpreter—Right to counsel under Act only at inquiry—Negative determination at interview not leading to removal but only to hearing on merits—Evidence applicant not requiring interpreter—Immigration officer correctly applying guidelines in discounting economic inconvenience—Guidelines valid, desirable—Application dismissed.

HA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1426-91, Rouleau J., order dated 14/7/92, 11 pp.)

Application to stay exclusion order—Immigration and Refugee Board and adjudicator not yet able to provide tapes of proceedings leading up to impugned decision—Operation of exclusion order stayed until after application for leave to com-

## IMMIGRATION—Concluded

mence judicial review proceedings determined by Trial Division—Instant decision not to be taken as precedent in any other case.

FRIMPONG V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-615, Collier J., order dated 22/6/92, 2 pp.)

Application for stay of execution of exclusion order based on appeal filed by applicant before Immigration Appeal Division—Appeals to Appeal Division limited to specific categories of persons under Immigration Act, s. 70—Applicant not falling under any of these categories and not entitled to a stay under s. 49(1)(c)—Validity of exclusion order not otherwise attacked—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 49(1)(c) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 16), 70 (as am. *idem*, s. 18).

JAGDEO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-760, Dubé J., order dated 15/6/92, 2 pp.)

Eleventh-hour application for stay of removal order—Application for stay of removal order pending hearing of application for leave to seek judicial review—Order made June 9, 1992—Application for leave filed June 16—Applicant notified July 14 to be removed August 2—Applicant's memorandum of fact and law filed July 17—Court registry writing reminder to adjudicator July 20 for production of tribunal's record—Applicant serving motion to stay removal order July 29—Execution of removal order stayed where file not complete—File incomplete, Court unable to hear leave application, where tribunal's record not filed—Where application for leave begun, removal scheduled for time before Court can hear application bound to generate waste of stay of execution—Consequences of unnecessary last-minute applications for stays of execution soon and inevitably to be personal liability for costs on part of applicant's solicitor—Where solicitor retained late, affidavit should recite fact—Solicitor acting before tribunal could rarely excuse emergency stay application—Application granted.

CEGARRA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-839, Muldoon J., order dated 30/7/92, 4 pp.)

Application for extension of time for filing material on application for leave to seek judicial review of finding of no credible basis—Applicants having legal aid certificate only for purposes of filing leave application and preparing opinion on merits of application—Applicant's counsel requesting tapes/transcript of hearing, learning transcript in preparation, tapes not available—Application for leave to be summary, extensions reasonable—Time for filing extended to 30 days after transcript received.

BAWUAH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-857, Strayer J., order dated 10/8/92, 3 pp.)



**INCOME TAX****INCOME CALCULATION***Deductions*

Appeal from Trial Division judgment allowing appeal from reassessment—Taxpayer corporation purporting to deduct employer contribution to employee stock purchase plan—Plan providing for employee to opt to invest up to 6% of monthly salary—Employer remitting to trustee with employer contribution of additional 50% minus income tax—Trustee required to apply remittance first to satisfy entitlements of departing members then to purchase treasury shares—Share price fixed at closing price on TSE on 10th of each month—Whether sale of shares at discount contemplated by Act s. 7(3)—Plan overseen by committee chosen by appellant's board of directors—Trustee having no discretion in administration of plan—Taxpayer only obliged to make actual disbursement if more than two-thirds of remittance to trustee needed to buy old shares—Employees receiving money or money's worth only on withdrawal from plan—Benefit to employees credit for shares at two-thirds market value—Situation envisaged by s. 7—No outlay to deduct as no actual disbursement in taxation year—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 7(1) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 3), (3).

PLACER DOME INC. v. CANADA (A-434-91, Marceau J.A., judgment dated 20/7/92, 20 pp.)

**PRACTICE**

Application for order proceedings be *in camera*—Principal action appeal against Tax Court decision—President of plaintiff taxpayer corporation declined, at discovery, to answer questions on identity of foreign shareholders—Defendant Crown moved successfully for order plaintiff's representative answer questions—Order confirmed on appeal—Act former s. 179 conferred right to *in camera* proceeding—Amended to require taxpayer establish justification—Whether amendment retroactive, retrospective—S. 179 procedural—Openness of proceedings constitutional norm—Amended provision applying—Application adjourned to be argued under amended provision—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 179 (as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 94).

ROSELAND FARMS LTD. v. CANADA (T-452-86, Muldoon J., order dated 14/7/92, 7 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

S. 28 application to set aside Canada Labour Relations Board decision based on constitutional facts—Majority of Board properly identifying principal and determining issue whether it had constitutional authority to regulate labour relations of White Iron Film and Video Productions (White Iron)—Board properly applying governing case law—Situation at bar different from that in *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115—Ample evidence enabling Board to find all constitutional facts necessary for determination of issues herein—Findings clearly open to

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

majority of Board and supported by evidence—Application dismissed.

NATIONAL ASSN. OF BROADCAST EMPLOYEES AND TECHNICIANS—CLC v. CFCN TELEVISION (A-62-91, Heald J.A., judgment dated 16/6/92, 3 pp.)

**MARITIME LAW****CARRIAGE OF GOODS**

Action for payment of freight for delivery of goods to Liberia—Defendant Intercon arranging with defendant Devine, Consul General for Liberia, for two shipments by plaintiff CTO of used tires for defendant Mandev—Plaintiff duly carrying cargo to destination—Plaintiff requesting payment while goods in transit, receiving cheque from Intercon—Cheque dishonoured—Plaintiff declining to release goods—Goods eventually sold by authorities at port of discharge to cover demurrage—Defendants Devine and Mandev averring terms payment within 30 days of delivery—Plaintiff's bill of lading marked "freight prepaid"—Intercon's house bill marked "freight collect"—Intercon's principal testifying terms 30 days from shipment—Finding terms 30 days from shipment—Devine stating acting throughout as agent for Mandev, not on own behalf—Devine entered as shipper on first bill of lading, Mandev on second—Payments in previous dealings having been out of Devine's own account—Evidence of Intercon's principal preferred to Devine's—Devine principal contractor on first shipment—Intercon liable as drawer on dishonoured cheque—Intercon and Devine jointly and severally liable on first bill of lading, Intercon and Mandev on second—Solicitor and client costs to plaintiff.

CTO INTERNATIONAL LTD. v. INTERCON FREIGHT (T-1977-89, Denault J., judgment dated 7/7/92, 14 pp.)

**PRACTICE**

Application for stay of proceedings—Whether proper forum courts of United Kingdom—Provision in bill of lading—Application allowed.

COLORTEXTIL INC. v. CANADIAN EXPLORER (THE) (T-1063-91, Pinard J., order dated 20/8/92, 2 pp.)

**PATENTS****INFRINGEMENT**

Appeal and cross appeal from trial judgment dismissing patent infringement action and counterclaim for invalidity—Both parties in business of placing cement plugs in boreholes of abandoned oil or gas wells to comply with provincial regulatory requirements to isolate flow of underground fluids between adjacent strata, thus preventing escaping oil or gas from contaminating water table—Regulatory authorities require verification of position of plugs—Accepting method whereby top of plug located through density measurement by which solid cement top distinguished from merely apparent top

## PATENTS—Continued

caused by commingling of cement and mud—Invention relating to method of testing quality or purity of cement mixture placed in borehole before sets—Purpose of testing quality of plug to ensure dense enough not to crack and cause fissures, thereby failing to achieve isolation between zones—Trial Judge holding patent should be construed only as “method for testing the quality of the cement of the plugs in boreholes” and not to locate plugs—Appeal allowed and cross appeal dismissed—Trial Judge erred in interpretation of patent—Manifest, upon reading patent in context of prior art, finding density equivalent to locating position—Any measurement technique concentrating on density inevitably also providing location—Any method of measurement carried out by use of densimeter lowered by wire into borehole simultaneously measuring density and location—Latent and implicit purpose of measuring location must be given effect by Court—Trial Judge erred in holding respondent not infringing claim 1 in patent—What infringer does, not what intends, governs—Infringement occurs when essence of invention taken—Infringement occurred when respondent locating cement top of viable plug by using method patented in claim 1 by lowering density measuring device in borehole while cement still wet, measuring density and depth and by comparing densities, determining top of plug and purity of top 25 meters of plug—Trial Judge correctly holding respondent not infringing claim 2 since not making use of density of cementitious slurry as measured at surface—S. 43 establishing *prima facie* presumption of validity for every patent granted—Onus of proving contrary on respondent—Not varied by appellant’s superfluous claim for declaration of validity—Patent neither ambiguous nor invalid for ambiguity—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(b)(i)—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 42 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.)), c. 33, s. 16), 43 (as am. *idem*).

COMPUTALOG LTD. v. COMTECH LOGGING LTD. (A-987-90, MacGuigan J.A., judgment dated 7/7/92, 21 pp.)

## PRACTICE

Application to strike statement of claim for failure to disclose cause of action—Patent impeachment action—Patent Act, s. 60(1) providing Federal Court may declare patent void at instance of any interested person—S. 60(2) providing where any person has reasonable cause to believe any article made, used or sold might be alleged by any patentee to constitute infringement of exclusive property or privilege, may bring action in Federal Court against patentee for declaration article not constituting infringement—Defendant sending letter to Artopex Inc. requesting it to cease and desist from infringing its patent in respect of product sold under mark “Linea”—Letter forwarded to plaintiff, which later commenced action on basis it is only person responsible for product referred to in demand letter—Defendant contending plaintiff lacks standing—Arguing “interested person” must have direct connection to patent—Also submitting plaintiff failed to plead facts establishing engaged in activities which might expose it to patent infringement action—Motion dismissed, but plaintiff to file amended statement of claim within 60 days—Statement of claim demonstrating existence of cause of action, but not specific enough to permit finding plaintiff “interested person” within s. 60—Party sufficiently “interested” to pursue action if able to show engaged in dealing with same kind of thing as

## PATENTS—Concluded

patentee and in competition with it: *Refrigerating Equipment Ltd. v. Waltham System Inc. et al.*, [1930] Ex.C.R. 154—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 60.

WAKEFIELD PROPERTIES CORP. v. TEKNION FURNITURE SYSTEMS INC. (T-3196-91, Jerome A.C.J., order dated 1/9/92, 5 pp.)

Motion to strike statement of claim seeking injunction in action for patent infringement—Defendant holding licence for Canada and U.S. from patentee—Licensing agreement stipulating licence not transferable—Defendant entering into agreement with plaintiff—Plaintiff averring agreement conferring further licence—Apparent from terms of contract plaintiff sales representative, not licensee—Only owner or licensee having capacity to seek injunctive relief—Motion granted.

SIGNALISATION DE MONTRÉAL INC. v. SERVICES DE BÉTON UNIVERSELS LTÉE (T-1614-92, Rouleau J., order dated 28/7/92, 6 pp.)

## PENITENTIARIES

Application to quash denial of request for transfer from William Head Institution (medium security) to Ferndale Institution (minimum security) and for *mandamus* compelling respondent to grant the transfer—Applicant serving life sentence with 25-year minimum for first degree murder—Originally transferred to William Head Institution to facilitate family visitation—Seeking voluntary transfer to Ferndale to pursue graduate studies—Progress Summary Report recommended denial of application—Decision denying request for transfer citing as reasons: community support on Vancouver Island, correctional treatment plan more adequately facilitated at William Head Institution, properly classified as medium security inmate requiring support of case management team and security staff before transfer to minimum security—Application dismissed—Transfer decisions administrative in nature and should not be interfered with unless clear breach of duty to act fairly or serious injustice committed—Judicial review limited to legality of decision to deny transfer, not its merits—Procedural requirements of notifying applicant of decision, providing written reasons for decision, advising of right to appeal complied with—Progress Summary Report, addressing inmate’s progress and offender profile, considered as required—Guidelines for selecting most appropriate institution set out in Penitentiary Service Regulations, s. 13 including (1) degree and kind of custodial control desirable for protection of society and (2) program of correctional training considered most appropriate for inmate—Statement applicant properly classified as medium security relating to assessment of risk to society in transferring applicant to lower security facility and valid consideration in light of s. 13—Fact correction treatment plan more adequately facilitated at William Head relates to second criterion in s. 13—Consideration of community support on Vancouver Island consistent with guidelines—Denial of transfer not erroneous, speculative or without foundation—Decision made with due regard to enabling statute and Commissioner’s Directives—Distinguish involuntary transfer to higher security institution and voluntary transfer to lower security institution—Although Correctional Service’s Case Management Manual

**PENITENTIARIES—Concluded**

states "offenders should be serving their sentences at the lowest level of security considered necessary", courts cannot review transfer decision to simply substitute judgment for that of experienced prison administrators—*Mandamus* remedy granted to compel performance of imperative public duty—If duty involves exercise of discretion, *mandamus* cannot compel particular result—Enabling statute providing decision to transfer must be made by respondent in accordance with exercise of discretion—*Mandamus* not available—Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251, s. 13.

KELLY V. CANADA (ASSISTANT DEPUTY COMMISSIONER, CORRECTIONAL SERVICE) (T-2983-91, Denault J., order dated 20/8/92, 9 pp.)

**PRACTICE**

Application for extension of time to appeal order dismissing application on grounds no possible success and much relief sought beyond jurisdiction of Court—Plaintiff averring receipt of order of April 27 only on June 9—Plaintiff stating earlier document not intended to be notice of motion—Order dismissing non-motion nullity, no appeal necessary—If application existing, no possibility of success—No indication why appeal not filed earlier—Plaintiffs must act together, appear by same counsel—As corporate plaintiff to be represented by counsel, other plaintiffs cannot be permitted to bring motion in absence of counsel.

TUCKER V. STEETLEY INDUSTRIES LTD. (T-306-86, Giles A.S.P., order dated 16/7/92, 4 pp.)

Application for adjournment—Trial dates of June 8 and 9, 1992 fixed November 21, 1991—Plaintiff's counsel dying in January, 1992—Plaintiff apprised in April, 1992, retaining other counsel May 5, 1992—Neither plaintiff nor counsel responsible for late application—Adjournment *sine die* granted.

SHYLUK V. CANADA (T-2006-87, Strayer J., order dated 17/6/92, 2 pp.)

**AFFIDAVITS**

Motion for order granting applicant leave to file supplementary affidavit under R. 332.1—Applicant unilingual francophone disputing language designation of position of visitor services officer at Mingan Park in Havre St-Pierre (PM-01) pursuant to s. 77 of Official Languages Act on ground designation unjustified as position can be filled by unilingual francophone—Designating position as bilingual imperative must be based on objective necessity measured by real requirements of position in question—Applicant met three criteria Court must apply before authorizing filing of supplementary affidavit after cross-examination—Just and fair to allow applicant to provide all evidence she believes necessary to her motion—Motion granted—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 332.1 (as enacted by SOR/90-846, s. 10)—Official Languages Act, R.S.C., 1985, c. O-3, ss. 77, 91.

CÔTÉ V. CANADA (MINISTER OF ENVIRONMENT) (T-1206-89, Dubé J., order dated 27/5/92, 5 pp.)

**PRACTICE—Continued**

Application by defendant for order plaintiffs attend for further cross-examination on affidavits—Affidavits filed in response to motion for particulars, accepted by prothonotary—Plaintiffs later producing particulars—Plaintiffs' counsel objecting, on cross-examination, to questions going beyond affidavits, submitting should be reserved for discovery—Cross-examination not confined to affidavit, may cover any matter relevant to issue on which affidavit filed—As affidavits here filed in lieu of particulars, questions may be put on all matters pertaining to particulars—Defendant may cross-examine on any matter relevant and not privileged.

PERERA V. CANADA (T-6008-92, Dubé J., order dated 22/7/92, 3 pp.)

**APPEALS AND NEW TRIALS**

Application to appeal interlocutory decision of Ontario Court, General Division on applicant's motion for direction—Appeal heard by Ontario Court of Appeal, decision not yet rendered—Apart from issue of jurisdiction, decision appealed from not appealable at this stage.

GLAD DAY BOOKSHOP INC. V. DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE (92-T-946, Teitelbaum J., judgment dated 6/7/92, 3 pp.)

**APPEARANCE***Conditional Appearance*

Application to file conditional appearance only allowed when applicant showing *prima facie* case Court without jurisdiction—Defendant having agent in Canada, having had office about time action instituted—Plaintiff Canadian—Ship could have been arrested in Canadian waters—Cannot be concluded no connection with Canada because goods shipped from U.S. to Japan—Application dismissed with costs.

NISSHO IWAI CANADA LTD. V. CALIFORNIA JUPITER (THE) (T-2635-91, Teitelbaum J., order dated 18/6/92, 3 pp.)

**CONTEMPT OF COURT**

In March, 1992, Muldoon J. issued injunction restraining respondents from communicating by telephone messages identified in reasons capable of exposing persons to hatred or contempt by reason of their being identifiable on basis of race, national or ethnic origin, colour or religion—Injunction not restricting freedom of speech, but prohibiting messages preaching hatred of people for what they are—Canadian Liberty Net and Tony McAleer deliberately planned method to continue to communicate same prohibited messages by referring callers to telephone number in U.S.A. in breach of injunction—Severe penalty warranted—McAleer ordered committed to jail for two months and to pay penalty of \$2,500 before release failing which to serve additional one month in jail—Canadian Liberty Net fined \$5,000 payable forthwith.

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. CANADIAN LIBERTY NET (T-209-92, Teitelbaum J., order dated 26/8/92, 5 pp.)

## PRACTICE—Continued

## COSTS

Taxation of plaintiff's solicitor and client costs—Bill for fees calculated at time cost rates, including time of articulated clerks at \$80 per hour—Counsel averring clerks' work minimizing time charged by senior counsel, saving client expense—Time billed by lawyers not including students' work—Award of party-and-party costs as between solicitor and client intended to result in full indemnity to lawyer except for costs not reasonably incurred—Ontario practice to allow billing for time spent by clerk on solicitor's work where counsel's overhead not including cost of clerk—Federal Court case law to effect costs of articulated clerk part of overhead, like wages of other staff, not allowed to be billed except as part of responsible lawyer's fee: *McCain Foods Ltd. v. C.M. McLean Ltd.*, [1981] 1 F.C. 534 (C.A.)—Here, costs of articulated student specifically excluded in computing overhead—Although effect to lay down how law firms to do internal cost accounting, Taxing Officer bound by Court of Appeal ruling—Fees of articulated clerks taxed off.

PLAYBOY ENTERPRISES, INC. v. PLAYBOY BOUZOUKI LOUNGE INC. (T-3391-90, Parlee T.O., taxation dated 9/7/92, 6 pp.)

Taxation of costs of successful defendant on application for interlocutory injunction in action challenging Indian band's authority to levy taxes—Matter of first impression in Court—Bill including two sets of counsel fees, disbursements for third party fees (\$100), legal research (\$66.50), Quicklaw (\$344.41)—Plaintiff arguing Quicklaw part of fees, by analogy to use of investigator to do part of solicitor's work; party should not benefit from disbursement for on-line research, as opposed to tariff fee for solicitor carrying out research at library—Defendant arguing second counsel fee allowable, although not stipulated by Motions Judge, as intervenor creating complications, case of national significance on issues of native self-government; not all disbursements need be supported by receipt, not cost-effective to seek absolute proof for every item, some small profit on one item compensates for others not taxed; novel issues requiring expenditure on legal research—Taxing Officer having considerable discretion to consider circumstances of individual case, to award some compensation where some proof of money spent for valid purpose—Less proof offered, more reliance on discretion—Allowance for one item not to compensate for lack of indemnity for others—Specific provision for junior counsel fee in Tariff B, R. 1(1)(i) implies no discretion in Taxing Officer to tax for second counsel at other hearings—Third party charge allowed, although even number surprising in light of GST—Computer-assisted research having potential to lower overall costs of litigation, but more detail needed on issues requiring such research—Bill of costs presented at \$2,583.38 taxed and allowed at \$1,876—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Tariff B, s. 1(1)(i) (as am. by SOR/87-221, s. 8).

WESTBANK PROPERTY MANAGEMENT LTD. v. WESTBANK INDIAN BAND COUNCIL (T-173-92, Stinson T.O., taxation dated 13/7/92, 11 pp.)

## PRACTICE—Continued

## DISCOVERY

*Examination for Discovery*

Appeal by Crown, and cross appeal from order plaintiff in income tax appeal inform self and answer questions—Taxpayer pulp manufacturing company in British Columbia entering into joint venture with two Japanese companies in 1966—Japanese companies acquiring just under 25% each taxpayer's shares, building new mill for taxpayer, purchasing all taxpayer's pulp at 5% discount from actual resale price—Minister reassessing for 1984, 1986 and 1987 taxation years to add discount to income—Minister taking position discount of 2.5% appropriate, taxpayer conferring benefit on non-residents to extent of 2.5%, should be withholding tax—Taxpayer's officer on discovery unable to answer 22 questions, undertaking to seek information—Writing twice to Japanese shareholders, latter refusing to provide information—Prothonotary ordering taxpayer to answer only three questions as others related to matters arising before execution of joint venture agreement—Court may compel party to obtain answers from non-party once established international business carried out by group of companies—International business only coming into existence with formation of joint venture—Obligation of corporate representative on discovery to answer questions within means of knowledge of company—Court cannot compel non-party to answer, but can require company's officer to seek information: *Control Data Canada, Ltd. v. Senstar Corp.* (1987), 13 C.P.R. (3d) 546 (F.C.T.D.)—Here, no relationship of control between taxpayer and Japanese shareholders—Administration of justice not hindered, as evidentiary onus on taxpayer to infirm reassessment—Three remaining questions need not be answered—Appeal dismissed, cross appeal allowed.

CRESTBROOK FOREST INDUSTRIES LTD. v. CANADA (T-2718-89, Jerome, A.C.J., order dated 13/7/92, 9 pp.)

Application for order defendant's representative re-attend, produce documents, answer questions thereon—Action by purchaser against shipper—Plaintiff purchased potash from defendant Canpotex—Defendant shipped cargo with charterer Canserv—Ship sinking—Plaintiff's counsel asking defendant's representative on discovery for documentary foundation of relationship between Canpotex and Canserv—Issue whether defendant carrier within Carriage of Goods by Water Act (Hague Rules)—Plaintiff having right to access to documents which may lead to train of inquiry which may advance case or damage defendant's case: *Everest & Jennings Canadian Ltd. v. Invacare Corp.*, [1984] 1 F.C. 856 (C.A.)—Relevance for Trial Judge to decide—Must relate to issues defined by pleadings as written at time of discovery—Application allowed—Carriage of Goods by Water Act, R.S.C., 1985, c. C-27, Sch., s. 1(a).

PHILLIPINE PHOSPHATE FERTILIZER CORP. v. ELOUNDA DAY (THE) (T-685-92, Teitelbaum J., order dated 10/8/92, 9 pp.)

Motion for order to compel witness to attend and answer questions—Questions propounded not relevant to issues on application for interlocutory injunction—Not going to irropa-

## PRACTICE—Continued

able harm or balance of convenience—Motion dismissed with costs in any event.

MOLSON BREWERIES V. LABATT BREWING CO. (T-724-92, Collier J., order dated 16/6/92, 3 pp.)

## EVIDENCE

Application to have witness testify in open court—Under R. 319(4), oral evidence may be heard by Court only for “special reason”—No special reason shown for hearing evidence of witness Dutchin *viva voce*—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 319(4).

YE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-711-90, Stone J.A., order dated 24/6/92, 1 p.)

## JUDGMENTS AND ORDERS

*Default Judgment*

Upon notice of application for default judgment, defendant writing to Court indicating balance claimed by Wheat Board inaccurate as had made payments—As defendant neither making representations nor filing affidavit evidence supporting allegation, no dispute as to balance owing and reference not ordered—Board indicated since date application made for default judgment, one payment of \$613.80 recorded—While communication from Board not evidence as not by affidavit, does indicate application for judgment in lower amount—Judgment signed only in lower amount—Higher amount for costs would have been awarded had it been applied for based on defendant’s interference with deliberate progress of affairs and subsequent failure to justify intervention.

CANADA V. PETRISOR (T-1647-91, Giles A.S.P., judgment dated 12/6/92, 2 pp.)

## PLEADINGS

*Amendments*

Appellant seeking to amend grounds of appeal by substituting new second ground—Application coming far too late and of nature to take respondent wholly by surprise—No proper factual foundation for proposed new ground of appeal—No evidence to support allegation of “severe prejudice”—Proposed new ground of appeal manifestly unfounded in law—Delay of under six months to give decision in important matter of refugee claim not *prima facie* unreasonable—Application dismissed.

URBANEK V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-222-90, Hugessen J.A., order dated 19/6/92, 3 pp.)

*Motion to Strike*

Three motions filed prior to or in lieu of trial of action—Plaintiff released by defendant because of incapacity to perform duties—Parties agreeing to be bound by decision of three doctors—Doctors’ unanimous decision plaintiff not totally disabled—Motions Judge not in position to determine whether agreement or contract null and void—Affidavit evidence can-

## PRACTICE—Continued

not be used to determine credibility—Evidence of serious issue to be tried made out—Order to go dismissing defendant’s motion to dismiss action or to strike out statement of claim.

WILLIAMS V. CANADA (T-1782-88, Cullen J., order dated 29/6/92, 6 pp.)

Appeal from order striking paragraphs of amended statement of defence—Plaintiff manufacturer and vendor of luggage and business cases—Defendant wholesaler and retailer of wide variety of goods across Canada—Importing from U.S. genuine Samsonite luggage purchased from Samsonite U.S. for resale in Canada—Statement of claim alleging infringement of copyright in artistic works “Rosette” and “Samsonite”—Registration certificates showing plaintiff as owner of copyright attached to amended statement of claim—Statement of defence denying plaintiff owner of copyright, validity of copyright certificates, originality of works, that works artistic and that author citizen of qualifying countries at date of making of works—Amended statement of defence filed when paragraphs of statement of defence struck—When certain paragraphs thereof ordered struck defendant filed this appeal—Plaintiff appealing refusal to strike balance of statement of defence and amended statement of defence—Further amended statement of defence filed alleging Samsonite U.S. owned all intellectual property rights and could have demanded plaintiff assign all its rights in works including copyright—Also alleging Samsonite U.S. registered owner of “Samsonite” and “Rosette” trade marks before incorporation of plaintiff—Plaintiff moving to strike further amended statement of defence on ground defence not containing allegations of material facts or particulars of facts relied upon in support of allegations made by way of denial—Not yet heard—Further amended statement of defence only defence before Court—Statement of defence and amended statement of defence no longer relevant—Appeal from order striking paragraph of amended statement of defence moot—Motion to strike relating to further amended statement of claim referred to Assistant Senior Prothonotary—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 336(5), 415(3), 419(1)(a)—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 5, 64.1(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 11).

SAMSONITE CANADA INC. V. COSTCO WHOLESALE CORP. (T-500-92, Teitelbaum J., order dated 24/8/92, 7 pp.)

Re: plaintiff’s claim on grounds only appeal from appeal to Tax Court of Canada under informal procedure to Federal Court of Appeal under Federal Court Act, s. 28—No appeal to Tax Court of Canada pending on January 1, 1991—Informal procedure not available before January 1991—Plaintiff’s inability to retain counsel to plead before Federal Court of Appeal not ground for disregarding provisions of Tax Court of Canada Act—Statement of claim struck out as revealing no cause of action within jurisdiction of Trial Division.

LANDON V. CANADA (T-670-92, Giles A.S.P., order dated 9/7/92, 2 pp.)

Document styled statement of defence signed by President of corporate defendant filed in June, 1992 on behalf of himself and corporate defendant—Individual who is not solicitor not entitled to represent corporate defendant—In August notice of appointment of solicitors indicating acting for both defendants

**PRACTICE—Continued**

filed—Reasonable to presume defence will be filed if necessary and motion to set aside any default judgment would be successful—Nothing in cases to indicate filing of defence by non-lawyer on behalf of corporation nullity, although gives rise to right to have defence struck out—Motion dismissed and statement of defence deemed properly filed on date notice of appointment filed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324.

BEAM OF CANADA INC. v. NATIONAL VACUUM LTD. (T-749-92, Giles A.S.P., order dated 31/8/92, 2 pp.)

*Particulars*

Motion for particulars in respect of patent infringement action—Defendant seeking details of at least one transaction referred to in allegation defendant making, using, selling office panelling systems of type described in plaintiffs' patent—Also seeking particulars of categories or nature of damages claimed—General object of particulars desirability of advancing matter to trial as rapidly as possible and of introducing precision into pleadings, and providing for orderly trial in which issues of fact defined and limited as precisely as possible: *Cercast Inc. v. Shellcast Foundries Inc.*, [1973] F.C. 28 (T.D.)—Motion dismissed—Allegations in statement of claim and attached schedule (defendant's advertising brochure) providing sufficient indication of manner in which plaintiffs' rights allegedly infringed for purpose of pleading—Pleadings as to claim for damages meeting requirements set out in *Canadian Olympic Association v. National Gym Clothing Ltd.* (1984), 2 C.P.R. (3d) 145 (F.C.T.D.): general damages need not be specifically pleaded, but special damages must be pleaded so as not to surprise defendant at trial—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 407, 415.

TEKNION FURNITURE SYSTEMS v. ARTOPEX INC. (T-194-92, Jerome A.C.J., order dated 1/9/92, 4 pp.)

**VARIATION OF TIME**

Application under R. 306 for order extending time to serve statement of claim on defendant Hightworth Shipping Ltd.—Time for serving statement of claim on Hightworth expired—Under R. 306, time for service may be extended "for any sufficient reason"—Law relating to granting extensions of time for service relatively clear—Extension of delay to serve statement of claim should be exception and should not be easily granted—Onus on applicant to clearly indicate that at least one "sufficient reason" exists—Plaintiffs' decision not to attempt to serve on Hightworth unless vessel returns to Canadian waters only reason as to why service not effected during stipulated delays—Oland's affidavit indicating no sufficient reason for failure to serve statement of claim within stipulated delays

**PRACTICE—Concluded**

in R. 306—Application denied—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 306.

VOEST ALPINE CANADA CORP. v. SAMMI HERALD (THE) (T-1515-90, Teitelbaum J., order dated 24/6/92, 7 pp.)

**PRIVACY**

Application to quash denial of access to personal information requested under Privacy Act, s. 12 and for *mandamus* requiring disclosure of such information—Privacy Commissioner concluding denial of access to personal information requested from RCMP records meeting requirements of Privacy Act and no basis on which to recommend release of information—Respondent applying to file supplemental confidential affidavit in addition to its record—Applicant, inmate of federal penitentiary, filing amended notice of motion seeking *habeas corpus* pursuant to Charter, ss. 7 and 24 on grounds being held in violation of Constitution as right to adduce potentially valuable information denied thus contravening principle of fundamental justice—(1) Order issued in accord with practice and requirements of Privacy Act, directing filing of supplemental confidential affidavit with documents in issue appended on terms designed to maintain confidentiality of documents—Privacy Act, s. 46 requiring Court to take precautions against disclosing information head of government institution authorized to refuse to disclose—Information not to be disclosed pending judicial review of authority where that authority claimed—Practice therefore to direct filing of confidential sealed information available only to judge until and unless determines refusal of access not authorized by Act or Access to Information Act—(2) Application for review of denial of access to personal information requested dismissed after consideration of supplemental confidential affidavit and reviewing documents appended thereto—Denial justified pursuant to s. 22(1)(a)(i) as information obtained in course of lawful investigations concerning detection, prevention or suppression of crime and coming into existence less than 20 years before applicant's request—Also exempt from disclosure under s. 22(2) as obtained by RCMP while performing policing services for province under agreement at request of province not to disclose information—Certain information exempt under s. 22(1)(b) as disclosure thereof would be injurious to law enforcement and conduct of investigation and would reveal identity of confidential sources of information, and under s. 26 as information disclosure of which prohibited under s. 8 because contains information about individual other than applicant—(3) Not within Court's jurisdiction to award *habeas corpus* in these circumstances—Amended notice of motion raising new issues concerning constitutional validity of Privacy Act while original relief (judicial review of denial of information) assuming constitutional validity of Act—No affidavit filed in support of amended notice of motion contrary to Rules—Notice not given to all provincial attorneys general as required by Federal Court Act, s. 57—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 8, 12(1), 22(1)(a)(i),(b),(2), 26, 41, 46(1)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 201, 321.1 (as enacted by SOR/88-221, s. 7; SOR/92-43, s. 4),

**PRIVACY—Concluded**

324—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. 7, 24.

ARKELL V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T-180-92, MacKay J., order dated 31/7/92, 9 pp.)

**TRADE MARKS**

Application for interlocutory injunction restraining defendant from activities allegedly damaging to plaintiffs' interests and rights—Labatt first major Canadian brewer to introduce to Canadian market bottled and canned draft beer when commenced marketing "Labatt Genuine Draft" on February 24, 1992—Action for passing-off contrary to Trade-marks Act, s. 7(b) by reason of use of trade dress, commenced March 30—Plaintiff, acting under licence arrangements with plaintiff Miller, not introducing "Miller Genuine Draft" packaged draft beer until April 13—"Miller Genuine Draft" sold in U.S.A. since 1986—Accounts for 60% of sales of packaged draft beer in U.S.A.—Through advertising spillover "Miller Genuine Draft" becoming well known in Canada—Molson claiming exclusive rights for trade dress in Canada by licence from Miller—Plaintiffs allege Labatt packaging deceptively similar to Miller trade dress and intended to lead consumers to assume Labatt product connected to Miller—Application dismissed—Action raises serious issues to be tried concerning basis of Miller's claim to proprietary interest in trade dress claimed as trade mark, distinctiveness of trade dress, whether Labatt's conduct constitutes passing off—Plaintiff claiming irreparable harm arising from loss of goodwill, reputation as innovator, distinctiveness and of market share—Such losses dependant upon determination of validity of trade mark which cannot be made at interlocutory stage—Impossible to determine irreparable harm where based on assumption of validity of registered trade mark or of unregistered common law trade mark, where validity or essential quality of distinctiveness in issue—Other forms of harm compensable in damages—Balance of convenience favouring neither side—In view of Labatt's position as first major supplier of packaged draft beer to Canadian market and questions raised about distinctiveness of trade dress in which Miller claiming trade mark and proprietary interests in Canadian and U.S.A. markets, preservation of *status quo* should reflect existence of both parties in market—No question of defendant's ability to meet award of damages if action determined in favour of plaintiffs—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 469—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 7(b), 53.

MOLSON BREWERIES V. LABATT BREWING CO. (T-724-92, MacKay J., order dated 17/7/92, 18 pp.)

Application for interim injunction restraining defendant from using plaintiff's registered trade mark in manner likely to depreciate value of goodwill attaching thereto—Motion dismissed—Plaintiff not meeting test of urgency—As aware of advertising campaign before July 2, 1992 plaintiff should have sought interlocutory injunction—Plaintiff not establishing

**TRADE MARKS—Continued**

irreparable harm if interim injunction not granted—Damages adequate compensation and defendant financially able to pay.

EYE MASTERS LTD. V. ROSS KING HOLDINGS LTD. (T-1793-92, Pinard J., order dated 24/7/92, 2 pp.)

**EXPUNGEMENT**

Appeal from trial judgment (1990), 29 C.P.R. (3d) 391 (F.C.T.D.) expunging appellant's "Penguin" mark for use in association with golf shirts—In 1977 appellant applied to register mark—Mark registered in 1981—Also in 1981 Stanfield Limited, licensee manufacturing and selling golf shirts bearing "Penguin" mark in Canada since 1959, entered into arrangement with McGregor Hosiery Mills to manufacture socks for Stanfield's displaying trade mark—Hang tags stating socks manufactured by McGregor under contract from Stanfield's and according to their specifications, but only listed on McGregor's price list—Only few hundred dozen socks sold and arrangement with McGregor cancelled—Because expanding wares sold under mark, and because mark as registered differed slightly from mark as appeared on wares sold in Canada, appellant applied to register altered version of mark in 1985—Slim penguin, used in 1977 application, not used since 1982—Corpulent penguin, used both before and after 1982, represented in 1985 application—Trial Judge holding mark no longer in use in Canada based on finding visual impact of two designs quite different—Distinguishing cases dealing with marks containing words—Whether difference between designs sufficient to make two trade marks substantially different—Appeal allowed—In holding could not conclude unaware purchaser "would conclude" two designs denoted same origin, Trial Judge quoted exact language of practical test expressed in *Registrar of Trade Marks v. Compagnie Internationale pour l'Informatique CII Honeywell Bull*, [1985] 1 F.C. 406 (C.A.)—Must be taken to have understood meaning and most likely intended "would conclude" to express probability as suggested by Pratte J.A. in *Honeywell Bull*—Principles enunciated in cases dealing with marks using words as well as designs apply—Looking at facts in light of Canadian law which emphasizes maintenance of identity and recognizability and preservation of dominant features, Trial Judge committed palpable and overriding error in finding visual impact of two designs substantially different—Conclusion would be same if considered American standard of "same, continuing commercial impression"—Designs differ only in petty details—Dominant impression created by dominant features in both designs spread-eagled, formally dressed penguin with head, beak and limbs turned similarly—Corpulent penguin mere variation of slim penguin because maintains same dominant features—Almost identical second design not necessarily replacement design—Can co-exist with first design—May even be more than two almost-identical designs in use at same time—Particularly in absence of specific provision for amendment of registration as in U.S. law, Canadian law not incorporating linear view of trade mark registration, but can tolerate multiple variants of mark—Cautious variations can be made without adverse consequences if same dominant features maintained and differences so unimportant as not to mislead unaware purchaser—Small and unimportant differences explainable when consider various materials on which penguins used in connection with sales of shirts may need to be affixed—What can be drawn and

## TRADE MARKS—Continued

what can be stitched may differ especially in finer detail—Law must take account of economic and technical realities—Law of trade marks not requiring maintenance of absolute identity of marks to avoid abandonment, nor does it look to miniscule differences to catch out registered trademark owner acting in good faith and in response to fashion and other trends—Demands only such identity as maintains recognizability and avoids confusion on part of unaware purchasers—No loss of distinctiveness based on use by McGregor because use so minimal and hang tags made it clear McGregor not claiming use of “Penguin” symbol as trade mark—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2, 4, 18.

PROMAFIL CANADA LTÉE V. MUNSINGWEAR INC. (A-235-90, MacGuigan J.A., judgment dated 8/7/92, 7 pp.)

## PRACTICE

Appeal from Registrar’s decision maintaining trade mark—Trade mark “Jamesway” registered in 1929 for use with automated and other equipment for poultry, hog and cow barns—Registered user changed in 1977—Upon request of appellant, Registrar issuing notice under Trade-marks Act, s. 45 requiring registered owner to show use in Canada—Whether Registrar erred in finding evidence of use in association with dairy farm equipment, poultry farm equipment, holding special circumstances to justify some non-use—Whether affidavit for registered user bare allegation of use—S. 45 proceeding not intended to be trial of contested facts, Registrar to receive only evidence for registered owner—Onus on appellant to establish Registrar wrong—Court to be circumspect about interfering with Registrar’s decision—Unregistered transfer of ownership not invalidating mark—Use to be in normal course of business—Invoices for sale of dairy farm equipment bearing mark and appended to affidavit more than bare allegation of use—Evidence before Registrar registrant company one of group of companies going through reorganization, and at least one company in group had used mark with class of wares—Appeal dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 45.

MEREDITH & FINLAYSON V. CANADA (REGISTRAR OF TRADE-MARKS) (T-1108-90, Cullen J., judgment dated 2/7/92, 24 pp.)

Application to strike two affidavits filed in support of allegations of appellants, asking Court to strike out “Cordon Bleu” mark for non-user—In application based on Trade-marks Act, s. 45 evidence filed by holder of registration only evidence admissible—As appellants not holders of disputed registration, supporting affidavits and evidence inadmissible—Application allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 45.

RENAUD COINTREAU & CIE V. CORDON BLEU INTERNATIONAL LTÉE (T-2314-90, Pinard J., order dated 19/6/92, 3 pp.)

Injunctions—Application for interim injunction restraining defendant from infringing trade mark pending hearing of interlocutory injunction—While defendant’s counsel at disadvantage as application served June 30 for hearing July 6, interim injunction may be granted on *ex parte* application—Urgency indicated by third party affiant’s attesting defendant threatening seizure of merchandise by sheriff—No evidence injunction

## TRADE MARKS—Continued

will damage defendant’s business—Interim injunction granted to last ten days.

COOPER V. BARAKETT INTERNATIONAL INC. (T-1569-92, Teitelbaum J., judgment dated 6/7/92, 5 pp.)

Application for interlocutory injunction enjoining defendants Bellringer, Gymyo, Meger, persons unnamed from infringing plaintiff’s trade mark “Tetrasound”—Admitted named defendants not having infringed mark—Notice of motion not seeking relief from defendant Tetrasound—Statement of claim and notice of motion returnable July 28, 1992 filed July 23 in breach of 10-day rule—Motion dismissed with leave to amend as against defendant Tetrasound—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 321.1 (as enacted by SOR/88-221, s. 7; SOR/90-846, s. 8; SOR/92-43, s. 4.)

335544 ALBERTA LTD. V. TETRASOUND INTERNATIONAL INC. (T-1863-92, Reed J., order dated 28/7/92, 2 pp.)

## REGISTRATION

Appeal from rejection of application for registration of trade mark “Rickard’s Red” for use in association with “brewed alcoholic beverages” on ground appellant failed to meet burden of establishing no reasonable likelihood of confusion between its mark and respondent’s registered trade mark “Ricard” used in association with “*apéritifs, alcools et eaux-de-vie, liqueurs et spiritueux*”—Appeal dismissed—Onus on party seeking registration to establish confusion unlikely—In cases dealing with opposition to registration, question of registrability should be determined at date of registration or at date of refusal of registration: *Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (F.C.A.)—Although point not raised by parties, Registrar erred when stated material date for assessment of surrounding circumstances date of filing of opposition—Respondent’s mark lacking distinctiveness as based on surname—Evidence of use in Canada not enhancing mark—Entitled to more limited range of protection than strong mark—Registrar erred in holding length of time trade marks in use not factor weighing in favour of either party because erred as to material dates for considering use—Respondent establishing its mark in use for greater length of time than appellant’s proposed mark for which no evidence of use adduced—Error as to material date for assessing confusion not changing overall finding appellant failed to establish right to registrability—Registrar correctly finding wares of both parties could be categorized generally as alcoholic beverages—No evidence of validity of assertion during cross-examination on affidavit beer drinkers well aware of fact brewers in Canada limit alcoholic beverage production to beer, or of assertion public educated on this point—Real likelihood average consumer of alcoholic beverages would believe wares associated with trade marks manufactured and sold by same person—Channels of trade constitute very important consideration to issue of likelihood of confusion between competing marks—Registrar finding channels of trade associated with wares closely related—As wares products of same industry, possibility of sale in same outlets—Both parties competing for consumer dollars spent on alcoholic beverages—Allowing wares of both parties to be distributed in same types of establishments under similar but competing trade marks would increase likelihood of confusion in mind of average consumer as to source or origin of wares—



## TRADE MARKS—Continued

No reason to reverse Registrar's conclusion potential overlap in trades contributed to finding of likelihood of confusion—Test of confusion one of first impression—Average consumer of ordinary intelligence, experiencing imperfect recollection might not be particularly alerted to distinction between respondent's mark and first word of appellant's mark—Registrar correctly concluding appellant failed to discharge burden of establishing confusion unlikely—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 6(5).

MOLSON BREWERIES v. PERNOD RICARD (T-1478-90, Denault J., judgment dated 11/8/92, 14 pp.)

Appeal from Registrar's refusal to register certification mark "CU 55 Plan" for use in association with provision of financial services to seniors on basis confusing with respondent's registered trade mark "CU Assurance" & Design for use with respect to investment in stocks, shares, properties, loans and mortgages—Appellant disclaimed exclusive right to use "55" and "Plan"—On appeal from Registrar's decision judge must reach own conclusion as to correctness of Registrar's finding, giving due regard to special experience and knowledge of Registrar and whether new evidence before him: *McDonald's Corp. v. Silcorp Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 207 (F.C.T.D.)—Onus on appellant to establish (1) Registrar erred in appreciation of facts or in interpretation of law; (2) continuing right to registration, i.e. confusion unlikely: *Mitac Inc. v. Mita Industrial Co. Ltd.*, T-236-90, Denault J., judgment dated 9/1/92, not yet reported—Appeal allowed—(1) Registrar not misinforming himself as to nature of services covered by respondent's mark—Services similar in nature—(2) Registrar erred in not considering evidence respondent never used registered mark in association with investment services even though registered for such use for 12 years, and appellant's proposed registration asserts usage of certification mark since 1985—Non-use of mark relevant circumstance: *Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (F.C.A.)—(3) Registrar also erred in stating date as of which likelihood of confusion should be assessed was date of filing of opposition—Registrability should be decided at date Registrar renders decision: *Park Avenue, supra*—(4) Trade-marks Act, s. 6(5) setting out criteria for determining whether trade marks confusing—Not exhaustive list and unnecessary to give each criteria equal weight—Both marks weak—Comparatively small differences suffice to distinguish weak marks—Respondent's mark used in connection with insurance for long time, but unlikely to lead to confusion with appellant's use of its mark in connection with financial services, particularly since respondent never used mark in connection with investment services—While some similarity in appearance between them, marks not suggesting similar ideas—Similarity in use of initials "CU" not given much weight since services not similar—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 6(2),(5), 12(1)(d).

CANADIAN CO-OPERATIVE CREDIT SOCIETY LTD. v. COMMERCIAL UNION ASSURANCE CO. (T-1661-91, Reed J., judgment dated 15/5/92, 11 pp.)

## TRADE MARKS—Concluded

Appeal from refusal to register "Orchard Blends" as trade mark for use in association with fruit juices, non-alcoholic beverages containing fruit juices and concentrates and fruit crystals—Registrar holding applicant not meeting onus of establishing no reasonable likelihood of confusion with respondent's previously applied for trade mark "Welch's Orchard"—Affidavit evidence as to state of register as of date of application showing nine registrations of eight different owners of trade marks including "Orchard" for fruit juices—Considering relatively small number of registrations located and absence of evidence of use of those marks, Registrar unable to conclude "orchard" in common use as component of trade marks for fruit juices—Appeal dismissed—Registrar correctly concluding register evidence by itself insufficient to show state of marketplace at date of application not such that introduction of another "Orchard" trade mark would not cause confusion with opponent's trade mark—*Kellogg Salada Canada Inc. v. Canada (Registrar of Trade Marks)*, [1992] 3 F.C. 442 (C.A.), and *Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (F.C.A.) distinguished as there, other use by registered trade mark owners—Insufficient evidence herein to demonstrate such use of "orchard" in food trade as to render it "open to trade to use"—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(5), 16(3)(b).

DEL MONTE CORP. v. WELCH FOODS INC. (T-1980-91, Strayer J., judgment dated 28/7/92, 7 pp.)

Appeal from Trial Division judgment ((1987), 11 C.I.P.R. 1) upholding Opposition Board's decisions giving effect to amended oppositions to registration of appellant's marks "Nutri-Bran" and "Nutri-Vite"—Appeal in respect of rejection of "Nutri-Bran" for registration as trade mark in Canada—Appeal allowed for reasons given in *Kellogg Salada Canada Inc. v. Canada (Registrar of Trade Marks)*, [1992] 3 F.C. 442 (C.A.).

KELLOGG SALADA CANADA INC. v. CANADA (REGISTRAR OF TRADE MARKS) (A-141-87, Stone J.A., judgment dated 29/6/92, 2 pp.)

## UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application to review disentitlement to benefit of temporary employees of City of Sudbury who were discharged without right of recall on eve of legal strike by permanent workers—Application dismissed—Chief Umpire not erring in concluding respondents exempted from disentitlement to benefit by Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 31(2).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BARONETTE (A-594-91, Mahoney J.A., judgment dated 3/9/92, 1 p.)



# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those not selected for full-text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## CITIZENSHIP

### KNOWLEDGE REQUIREMENTS

Appeal from Citizenship Judge's decision rejecting application for Canadian citizenship for lack of adequate knowledge of one official language of Canada and of responsibilities and privileges of citizenship under Citizenship Act, s. 5(1)(e)—Appellant unable to answer basic questions—Adequate level of knowledge of one official language of Canada, and of responsibilities and privileges of citizenship not established—No compelling reason to interfere with decision of Citizenship Judge—Appellant should not benefit from exercise of Minister's discretion on compassionate grounds under Act, s. 5(3)(a),(4)—Appeal dismissed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(e).

MAIORINO (RE) (T-2626-90, McGillis J., judgment dated 9/9/92, 2 pp.)

Appeal from decision of Citizenship Judge rejecting application for Canadian citizenship for lack of adequate knowledge of Canada and of responsibilities and privileges of citizenship as required by Citizenship Act, s. 5(1)(e)—Appellant able to name several provinces and Canadian capital—Adequate knowledge of Canada and of responsibilities and privileges of citizenship acquired since hearing before Citizenship Judge—Appeal allowed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(e).

CICCONI (RE) (T-2627-90, McGillis J., judgment dated 8/9/92, 2 pp.)

Appeal from Citizenship Judge's decision rejecting application for Canadian citizenship for lack of adequate knowledge of Canada and of responsibilities and privileges of citizenship under Citizenship Act, s. 5(1)(e)—Appellant unable to answer basic questions—Adequate level of knowledge of Canada and of responsibilities and privileges of citizenship not established—No compelling reason to interfere with decision of Citizenship Judge—Appellant should not benefit from exercise of Minister's discretion on compassionate grounds under Act, s. 5(3)(a),(4)—Appeal dismissed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(e).

LUCIO (RE) (T-3168-90, McGillis J., judgment dated 8/9/92, 2 pp.)

Appeal from Citizenship Judge's decision rejecting application for Canadian citizenship for lack of adequate knowledge

## CITIZENSHIP—Continued

of Canada and of responsibilities and privileges of citizenship under Citizenship Act, s. 5(1)(e)—Appellant unable to answer basic questions—Adequate level of knowledge of Canada and of responsibilities and privileges of citizenship not established—No compelling reason to interfere with decision of Citizenship Judge—Appellant should not benefit from exercise of Minister's discretion on compassionate grounds under Act, s. 5(3)(a),(4)—Appeal dismissed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(e).

LUCIO (RE) (T-3169-90, McGillis J., judgment dated 9/9/92, 2 pp.)

Appeal from Citizenship Judge's decision rejecting application for Canadian citizenship for lack of adequate knowledge of Canada and of responsibilities and privileges of citizenship under Citizenship Act, s. 5(1)(e)—Appellant unable to answer questions pertaining to electoral process, purpose and procedures—Adequate level of knowledge of Canada and of responsibilities and privileges of citizenship not established—No compelling reason to interfere with decision of Citizenship Judge—Appellant should not benefit from exercise of Minister's discretion on compassionate grounds under Act, s. 5(3)(a),(4)—Appeal dismissed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(e).

BONGIOVANNI (RE) (T-51-91, McGillis J., judgment dated 8/9/92, 2 pp.)

Appeal from Citizenship Judge's decision denying appellant Canadian citizenship on ground did not have adequate knowledge of Canada and responsibilities and privileges of citizenship pursuant to Citizenship Act, s. 5(1)(e)—Appellant did not speak either of two official languages and so did not meet requirements of Act, s. 5(1)(d)—However made necessary effort to acquire sufficient knowledge of adopted country—In view of appellant's special situation, fair and proper to recommend she be granted citizenship—Appeal allowed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(d).

KHALIL (RE) (T-2608-91, Dubé J., judgment dated 24/7/92, 2 pp.)

Appeal from Citizenship Judge's decision applicant did not meet requirements of Citizenship Act, s. 5(1)(e) as did not have sufficient knowledge of Canada and of responsibilities and privileges of citizenship—Taking into account appellant's

**CITIZENSHIP—Concluded**

psychological difficulties and anxiety at appearing before judge, recommendation should be made to Minister to exercise discretionary power and grant appellant citizenship on humanitarian grounds—Appeal allowed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(e).

GUCCIARDO (RE) (T-3048-91, Rouleau J., judgment dated 22/9/92, 2 pp.)

**RESIDENCY REQUIREMENTS**

Appeal from denial of citizenship for failure to meet residency requirements—Appellant arrived in Canada with family from Morocco as permanent resident on March 24, 1988—Family bought home in Montréal—Appellant left to study architecture in Rhode Island, U.S.A. because not accepted at McGill University in Montréal—Intends to join Montréal firm upon graduation—Lives in temporary residence and returns home for holidays—Has room in family home where keeps some possessions—Holds Province of Québec driving permit and has personal bank account in Montréal—Rest of family became Canadian citizens in September 1991—Appellant absent 807 days in four years preceding application—Spent 319 days in Canada during relevant period—Appeal allowed—Physical presence in Canada not essential when *pied-à-terre* established in Canada, studies abroad, returns regularly and intends to reside in Canada when graduates—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c).

ALBADRI (RE) (T-2754-91, Dubé J., judgment dated 24/7/92, 3 pp.)

**CORPORATIONS**

Motion to set aside decision of Minister of Consumer and Corporate Affairs corporate name likely to cause confusion—As such decisions administrative, neither required by law to be made on judicial or quasi-judicial basis nor subject to review under Federal Court Act, s. 28—Application of test in *Minister of National Revenue v. Coopers & Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495—Canada Corporations Act, s. 29 suggesting neither hearing nor adversarial process involved in Minister's decision—While Minister required to apply substantive rules of Canada Corporations Regulations in deciding whether or not corporate name prohibited, power to direct issue of supplementary letters patent under s. 29(2) discretionary—Refusal of desired name change not affecting right of company seeking it—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)—Canada Corporations Act, R.S.C. 1970, c. C-32, s. 29(2)—Canada Corporations Regulations, C.R.C., c. 424, s. 16.

BIG BROTHERS OF CANADA V. CANADA (MINISTER OF CONSUMER AND CORPORATE AFFAIRS, TRIBUNAL) (A-551-91, Mahoney J.A., judgment dated 8/10/92, 2 pp.)

**CROWN****CONTRACTS**

Action for \$89,017.59 allegedly wrongfully withheld from price of construction contract by Crown—Contract to repair Île des Sœurs bridge in Montréal, providing work to be done in period of 50 “working” days, excepting Sundays, and containing penalty clause to effect if work not completed by scheduled deadline \$3,000 penalty would be imposed for each day—Whether Crown entitled to rely on penalty clause and deduct \$75,000 from price of contract as well as \$14,017.59 for damage caused to traffic signs—Provisions of contract raised question of meaning of “working day”—Contract did not distinguish between day of work and working day—Two terms interchangeable—Plaintiff therefore did not observe deadline of 50 working days mentioned in contract and defendant entitled to rely on penalty clause—Crown not required to send formal notice since notice given by very terms of contract—Question also whether penalty clause can be applied though Crown suffered no damage due to delay—According to legal theory Crown can exercise its right under penalty clause even though no damage resulted from plaintiff's conduct—Contractual freedom and intent of parties must be respected—Evidence clearly indicated damage to traffic signs caused by plaintiff's subcontractors on construction site—Contract expressly provided contractor liable for any damage resulting from its work or work of one of its subcontractors—Plaintiff therefore liable for damage to traffic signs and Crown entitled to withhold \$14,017.59 on this account, less sum of \$84—Action allowed in part.

CONSTRUCTION CARBO INC. V. CANADA (T-2401-90, Teitelbaum J., judgment dated 10/8/92, 15 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****EXCISE ACT**

Application for order pursuant to Excise Act, s. 164 and to extend applicable 30-day time limit—Van leased by applicant seized by RCMP—Two-month delay elapsed between date of seizure and date RCMP informed applicant—Whether latter could rely on Act, s. 164 as person claiming interest in thing seized—Whether 30-day time limit peremptory or simply guideline—Applicant could not rely on Excise Act, s. 69 as not person in whose possession property in question seized—Courts have clearly held s. 164(1) time limit absolute deadline which must be strictly observed and which runs from date of seizure, not date of notice of seizure—Application dismissed—Excise Act, R.S.C., 1985, c. E-14, ss. 69, 164(1).

LOCATION G.M.F. INC. V. M.N.R. (T-656-92, Joyal J., order dated 27/8/92, 6 pp.)

**HEALTH AND WELFARE**

Application for interlocutory injunction restraining Bureau of Dangerous Drugs or Minister of Health and Welfare from issuing notices to pharmacists stating prescriptions written by applicant containing narcotic not be filled or to direct revoca-

**HEALTH AND WELFARE—Concluded**

tion of any notices already sent—Main action for judicial review of decision applicant contravened Narcotic Control Regulations, s. 53(2)(b)—On March 18, 1991 Acting Director, Domestic Control Division of Bureau writing to applicant setting out records of prescriptions for narcotics and controlled drugs prescribed by applicant for seven patients, requesting confirmation of authenticity of prescriptions and detailed information about patients including diagnosis for which drugs prescribed, inquiring if advised by two patients obtained narcotics from other practitioners—Applicant replied in July and on December 3 advised internal investigation complete and Bureau finding him in breach of Regulations, s. 53(2)(b)—Regulations requiring practitioner to furnish information respecting prescription of narcotic drugs if requested by Minister—Burden of proof on practitioner prescription of narcotic required for condition for which patient received treatment—Where Minister finds violation of s. 53(2)(b) may, after consultation with licensing authority, give notice to licensed dealers of name and address of practitioner to whom finding applicable—Application allowed—Serious issue to be tried—*Prima facie* proceedings conducted by Bureau not carried out in accordance with principles of natural justice—Applicant neither informed being charged with violation of Regulations prior to December 3, consequences flowing therefrom, nor given opportunity to answer charge, remembering burden on practitioner to prove compliance with s. 53(2)(b)—Irreparable harm established—Applicant's affidavit establishing potentially grave and permanent consequences to professional career—High standard of justice required when right to continue in one's profession or employment at stake: *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105—Balance of convenience favouring applicant—Applicant establishing will suffer harm if not able to prescribe medications including narcotics—Respondents not introducing evidence as to inconvenience—As to injunctive relief against Crown, *Lodge v. Minister of Employment and Immigration*, [1979] 1 F.C. 775 (C.A.) and *Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare, Director of Bureau of Dangerous Drugs and College of Physicians and Surgeons (B.C.))* (1986), 6 F.T.R. 83 (F.C.T.D.) applied—No reason why interlocutory injunction cannot lie simply because Crown named as one of respondents—Application brought under R. 469 which only applies if underlying action brought by statement of claim—Underlying action brought by originating notice of motion for judicial review—Federal Court Act, s. 18.2 providing Trial Division may make such interim orders as considers appropriate pending final disposition of application—If R. 469 not applicable, s. 18.2 clothes Court with authority to order interlocutory injunction—As notices already sent, notice of revocation required—Although mandatory injunctions rarely ordered, appropriate herein as risk of substantial harm that can only be alleviated by requiring positive steps at interlocutory stage—No evidence indicating material inconvenience to respondent by having to issue revocation letter—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 469—Narcotic Control Regulations, C.R.C., c. 1041, ss. 32, 53, 55, 56, 57, 58, 60—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

SMOLING V. CANADA (T-2162-92, Rothstein J., order dated 16/9/92, 16 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Application for order by way of prohibition to prevent respondents from acting as Human Rights Tribunal and from enquiring into complaints—Respondent/complainant employed by applicant as yard foreman but subsequently removed from position for diabetes—Allegation of discrimination against applicant on ground of disability contrary to Canadian Human Rights Act, ss. 7, 10—Human Rights Tribunal appointed to enquire into complaints—Applicant arguing policy already judged by Federal Court of Appeal in *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1988] 1 F.C. 209, to be “*bona fide* occupational requirement”—Numerous similarities between both cases—In light of recent medical advancements in control of diabetes, not clear whether “refusal to employ unstable diabetics might be justified”—Question of fact to be dealt with by Human Rights Tribunal, not by Court—Since *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561, other Supreme Court of Canada decisions allowing Human Rights Tribunal to consider practical alternative to adoption of discriminatory rule—Application dismissed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 10, 15, 49(1).

CANADIAN PACIFIC LTD. V. CANADA (HUMAN RIGHTS TRIBUNAL) (T-2397-91, Pinard J., order dated 8/7/92, 6 pp.)

**IMMIGRATION**

Application for *certiorari* to quash Immigration officer's refusal of application for landing in Canada based on insufficient humanitarian and compassionate grounds and for *mandamus* compelling consideration of application on humanitarian and compassionate grounds—Applicant citizen of Trinidad and Tobago entering Canada in 1986 in order to escape from husband's beatings—Immigration officer not making recommendation for exemption from normal visa requirements of Immigration Act, s. 114(2)—Discretion delegated to Immigration officer under Act not fettered—No error in decision so as to warrant judicial interference by way of *certiorari*—Applicant given fair interview and all submissions carefully considered—Application denied—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 114(2).

MAYERS V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1830-91, Teitelbaum J., order dated 14/8/92, 8 pp.)

Motion for order dismissing application for leave to commence judicial review proceedings for dilatoriness—On March 31, 1992 after ordering removal from Canada, Adjudicator informing applicants of right to seek leave to appeal decision within 15 days—Application filed April 9, 1992—Respondent alleging applicant unduly delayed prosecution of application to challenge December 31, 1991 decision of credible basis tribunal—Filing photocopy of form dated December 31, 1991 indicating no basis for Convention refugee claim—In light of many unexplained strange proceedings i.e. delay between applicants' entry-enquiry hearings, unrecorded “credible-basis” hearings, fairness not well evinced herein—Motion dismissed—Immigration Act, s. 82.1(6) can be invoked to extend time for filing application for leave for fairness' sake—10-day

## IMMIGRATION—Continued

extension granted to file submissions of fact and law upon application for leave—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.1(6) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19).

**DOKU V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (92-T-409, Muldoon J., order dated 29/7/92, 6 pp.)

On Immigration Act, s. 27 application, Adjudicator refusing to entertain evidence relating to forced confinement—Applicant alleging forced confinement preventing departure during period of overstaying—Forced confinement ceased well before hearing before Adjudicator—Application dismissed—No reviewable error as forced confinement extraneous to issue of overstaying or to whether visitor's visa expired—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 27(2)(e).

**MANGARING V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (92-T-978, Joyal J., order dated 9/9/92, 2 pp.)

Applicant, citizen of Uruguay, arriving in Canada as visitor in 1988—Convention refugee status claim denied—Upon expiration of visitor's permit, remained in Canada illegally—Married Canadian citizen in October 1989—In January 1990 applied for landed immigrant status from within Canada—In April applied for exemption from Immigration Act, s. 9(1) and to be allowed to apply for landing from within Canada—Couple separated in September 1990, reconciled in March 1991 and separated again in November 1991—Wife withdrawing sponsorship—Order in council issued in August 1991 exempting applicant from s. 9—Application for permanent resident status denied in December 1991 on ground marriage not *bona fide*, but entered into primarily for purpose of gaining admission to Canada—Order in council exempting individual from visa requirements of s. 9 not conferring right to permanent residence—Merely allows application for landing to be made from within Canada—Cases wherein merits of application determined before s. 9(1) waiver granted distinguished—Court not convinced applicant not made aware of immigration officer's concerns about lack of *bona fides* of marriage during November interview, but immigration officer's notes of December interview establishing applicant apprised of concerns thereat—Sufficient evidence before immigration officer to support his conclusion as to *bona fides* of marriage—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 9.

**FERRERYA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (T-1017-92, Reed J., judgment dated 8/9/92, 13 pp.)

Appeal from 1988 decision of Immigration Appeal Board—In 1982 appellant sponsored for landing daughter adopted under Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956 (HAMA)—At time of adoption had already another daughter adopted under same Act—HAMA providing adoption in contravention of its provisions void—Requiring parents not have another Hindu daughter living at time of adoption—Immigration Act, s. 8 imposing burden of proving admission not contrary to Act on person seeking admission into Canada—Board receiving in evidence version of HAMA antedating adoption by four years—Whether Board erred in law in accepting antedated version of HAMA as trustworthy evidence without proof in force at

## IMMIGRATION—Continued

time of adoption—Appeal dismissed—Onus on appellant to establish adoption not void under HAMA—Appellant to raise question of whether statute in force at time of adoption and to lead evidence in support of challenge at hearing—Discretion as to evidence Appeal Division will accept as trustworthy broadly defined by Immigration Act, s. 69.4(3)(c)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 8(1), 69.4(3)(c) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

**SINGH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (A-859-88, Mahoney J.A., judgment dated 22/9/92, 3 pp.)

## DEPORTATION

Application to stay execution of removal order until applicant disposes of business and application for leave disposed of—Onus on applicant to show serious issue to be tried, will suffer irreparable harm if stay not granted and balance of convenience in his favour—Applicant arriving in Canada with intention of going to U.S.A.—Not intending to claim Convention refugee status—Remained in Canada after visitor's permit expired, knowing subject to arrest if apprehended, but never informed immigration authorities wanted to file refugee claim—Prior to leaving Egypt received four letters calling him up to army—Not persecution if jailed upon return to Egypt for failure to fulfil legal obligation of completion of military service—Arguable applicant did not understand some things at hearing—Court not convinced applicant would suffer persecution because religion differs from majority of Egyptians—Loss of substantial sum of money from inability to divest oneself of business before deportation irreparable harm—Although motives behind investment of \$92,000 in business when applicant's status in country unsettled questionable, Court assumed applicant honestly seizing opportunity to go into business for himself—As to balance of convenience, in public interest to execute deportation orders as soon as possible—As deportation order being contested, no serious prejudice to respondent if applicant not immediately deported—Possibility of harm as result of religion—Application allowed—Applicant given one month to sell business.

**SEDAROUS V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (92-T-72, Teitelbaum J., judgment dated 6/7/92, 8 pp.)

S. 18 application for order prohibiting Minister of Employment and Immigration from removing applicant from Canada—Applicant ordered deported from Canada to Ghana—Emergency hearing held shortly before deportation—Marriage certificate filed by applicant forgery—No legitimate reason to bring application shortly before deportation—Application to stay deportation order on emergency basis abuse of process of court—No serious issue to be tried—No irreparable harm if application not granted—Application dismissed.

**NANANSO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (92-T-626, McGillis J., order dated 17/9/92, 3 pp.)

## PRACTICE

Application for stay of proceedings—Applicant claiming Convention refugee status—Person described in Refugee

## IMMIGRATION—Continued

Claimant's Designated Class Regulations, s. 3(2)(d)(ii) as failing to appear for continuation of inquiry—Applicant's affidavit unsatisfactory—Application dismissed on conditions.

JUAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-659, Muldoon J., judgment dated 21/7/92, 18 pp.)

Application for reconsideration of order refusing extension of time to file affidavits and written representations—No authority or rule allowing reconsideration of order—Original order based on lack of seriousness of application—Application dismissed.

RAFIQUE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-991, Reed J., order dated 17/9/92, 2 pp.)

Motion to strike—Application pursuant to Immigration Act, s. 82.1 for leave to commence Federal Court Act, s. 18 application for *certiorari* and *mandamus* in relation to negative humanitarian assessment of adult plaintiffs refused—Denault J. also held no authorization required to institute proceedings for declaration Immigration Regulations, s. 4 invalid—Plaintiffs then filing "Declaration" in Federal Court seeking *certiorari* quashing decision on humanitarian and compassionate relief, *mandamus* ordering defendant to reconsider and make positive decision, minor entitled to declaration Regulations inoperative as discriminate against minors and to declaration entitled to sponsor parents—Defendant moving to strike action on ground if allegations referring to humanitarian and compassionate decision struck, as Denault J. already refused to grant authorization to pursue issues, nothing left upon which to claim declaration of invalidity—Portions of "Declaration" referring to issue of validity of decision regarding humanitarian and compassionate review and regarding issue of expulsion order as applied to adult plaintiffs struck with leave to amend "Declaration" so that facts alleged conform to remaining conclusions prayed for—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 53)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 4—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 401(c), 419.

MIRZAD V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1633-92, Teitelbaum J., order dated 21/9/92, 5 pp.)

Appeal from Immigration Appeal Board decision—Appellant purporting to adopt two Hindu sons in India under Hindu Act—Appeal Division having expert evidence adoptions void—Appeal dismissed.

CHAUDHARI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-285-89, Mahoney J.A., judgment dated 22/9/92, 2 pp.)

### REFUGEE STATUS

Appeal from Refugee Division's finding applicant not Convention refugee—Applicant Tamil citizen of Sri Lanka—In February 1988 arrested by IPKF at funeral of LTTE cousin killed by IPKF—Questioned, beaten up and released on condi-

## IMMIGRATION—Concluded

tion sign in weekly—Did so until May 1988 when beaten again on signing in—Went into hiding until April 1989 when escaped Sri Lanka—Refugee Division finding applicant suspected of LTTE membership by Sri Lankan army and of being informant to army by LTTE—Tribunal also finding well-founded fear of persecution, but as lived in other areas of Sri Lanka after May 1988 with no problems, no continuing basis for fear—Also finding return of refugees from India to Sri Lanka relevant—Appeal allowed—Finding person successfully hiding from persecutor experiencing no problems perverse—Unreasonable to find May 1988 beating contributed to continuation of well-founded fear of persecution to that time and then to find plausibly explained conduct during ensuing 11 months while in hiding demonstrated fear no longer well-founded—Tribunal's finding of internal flight alternative based on conclusion applicant could have found refuge with brothers perverse as lived in area of strife between LTTE and army—Return of refugees irrelevant—No evidence repatriates similarly situated to applicant.

SABARATNAM V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-536-90, Mahoney J.A., judgment dated 2/10/92, 5 pp.)

Appeal from Refugee Division decision dismissing applicant's claim—In making its decision tribunal did not take into account applicant's experiences or evidence in record that on date of hearing political situation in Haiti still extremely unstable and dangerous—Appeal allowed.

ARISTIL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-902-90, Hugessen J.A., judgment dated 28/9/92, 2 pp.)

Appeal from Immigration and Refugee Board's decision appellant not Convention refugee—Board stating not "convinced" appellant faced reasonable chance "would be" persecuted for anti-communist opinions in Sofia and declined to give him "benefit of doubt"—Appeal allowed—Board erred as burden of proof imposed on appellant too onerous.

CHICHMANOV V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-243-91, Isaac C.J., judgment dated 3/9/92, 2 pp.)

## INCOME TAX

### INCOME CALCULATION

#### *Capital Cost Allowance*

Appeal from Tax Court decision holding equipment not used primarily in manufacturing or processing of goods for sale or lease—Maritime Hydraulic Repair Centre Limited selling and manufacturing and "repairing and re-manufacturing" hydraulic and pneumatic components for equipment used in variety of industries—Business involving sales of hydraulic parts and accessories manufactured by others; replacement of defective parts in hydraulic systems with parts manufactured by others; manufacture of hydraulic components or systems made to customer's specifications; repair and manufacture of hydraulic systems involving replacement of part with part manufactured

## INCOME TAX—Continued

by taxpayer—Only last two aspects involving manufacturing or use of equipment—Assets in question items of shop equipment—Taxpayer claiming capital cost allowance on basis assets within Class 29 of Schedule II of Income Tax Regulations, and investment tax credit in relation to some expenditures under Income Tax Act, s. 127(5)—Minister disallowing claims, reclassifying equipment within Class 8, reducing capital cost allowances and disallowing investment tax credits—Reassessments based on determination equipment not used primarily for manufacturing or processing of goods for sale—In upholding Minister's ruling, Tax Court holding no sale or lease contemplated in relation to "repair and remanufacturing"—Considered itself bound by *Crown Tire Service Ltd. v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 219 (T.D.)—Whether *Crown Tire* applicable in light of *Halliburton Services Ltd. v. Canada*, [1990] 1 C.T.C. 427 (F.C.A.) and *The Queen v. Nowasco Well Service Ltd.* (1990), 90 DTC 6312 (F.C.A.)—Appeal allowed—Since case heard, Trial Division rejecting *Crown Tire* approach in *Rolls-Royce (Canada) Ltd. v. The Queen* (1991), 91 DTC 5579 and *Stowe-Woodward Inc. v. The Queen*, T-2492-89, Dubé J., judgment dated 30/1/92, not yet reported—S. 127(10) and Class 29 to provide incentives related to expenditures on equipment acquired for use in manufacturing or processing goods for sale or lease—That activity depending upon relationship between taxpayer and customers and upon inherent nature of functions carried on by taxpayer in using equipment, here acknowledged to constitute manufacturing—Customer relied not only on taxpayer's service in dismantling and reassembling defective equipment, and on taxpayer's skill in manufacturing replacement parts—Relationship between taxpayer and customers based on contract for services and for transfer of property in replacement parts for price, i.e. sale—Fact price for work done by taxpayer not fixed solely in relationship to product provided (as in *Nowasco* and in *Stowe-Woodward*), but in terms of raw materials used and labour costs in dismantling customer's equipment and re-assembly and in manufacturing of replacement parts should not obscure true nature of use of equipment by taxpayer—Splitting of taxpayer's business activity to recognize for incentive purposes use of equipment where taxpayer manufactured parts as specified by customer, but not to do so where customer leaves defective hydraulic components for repair and taxpayer's equipment used in exactly same manner to produce parts for replacement of defective parts formalistic—Product made from raw materials owned by taxpayer property of taxpayer until product paid for—Since acquisition for use in manufacture of goods for sale assisted by incentives under Act, when relationship between parties for both work and materials, or service, use of equipment in production of discrete products before adhesion or affixing to customer's property significant for application of incentives—However sale made in terms of invoicing practices or however product priced for sale lacking significance for ultimate transfer of property in product produced—*Crown Tire*, where taxpayer engaged in tire retreading business, distinguished—There no product produced by taxpayer before work and materials resulted in adding to customer's property by adhesion of materials—Equipment here used to manufacture goods, parts for hydraulic components, made to customer's specifications or as replacement parts for defective parts—Replacement parts belonged to taxpayer until, at earliest, affixed to customer's component on reassembly—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72,

## INCOME TAX—Continued

c. 63, ss. 20(1)(a), 125.1 (as enacted by S.C. 1973-74, c. 29, s. 1), 127(10)(b) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 71, s. 9; 1980-81-82-83, c. 48, s. 73), (c)(i)—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 1100, Schedule II, Classes 8, 29.

COOPERS & LYBRAND LTD. v. M.N.R. (T-1784-89, MacKay J., judgment dated 19/8/92, 17 pp.)

*Income or Capital Gain*

Appeals from reassessments by MNR in respect of plaintiffs' 1980 and 1981 taxation years—Whether proceeds from sales by plaintiffs of Timber Sales Licences income as proceeds from sales of "timber resource property" under Income Tax Act, s. 13(21)(d.1)—Disposition only applying to timber resource properties acquired after May 6, 1974—MNR treating proceeds of disposition of timber resource properties by both plaintiffs as income—Allowable annual cut or quota entity not separate from licence—Sales of quota must be effected by sales of licences—Licence "original right" to cut and remove timber, quota part of that original right—S. 13(21)(d.1) applicable to renewals, extensions of, or substitutions for, original rights acquired before May 6, 1974—"Acquired" having meaning broad enough to embrace extensions, renewals or substitutions—Original rights may become timber resource properties if initially obtained, renewed, extended or substituted for earlier rights, after May 6, 1974—Acquisition by plaintiff Kettle River of Timber Sale Licence A04361 occurred after May 6, 1974—Rights disposed of as timber resource properties "depreciable property"—Plaintiffs entitled by Act, s. 20(1)(a) and Income Tax Regulations, Schedule II, Class 33 to claim depreciation—Timber resource properties in question "depreciable property" within definition of s. 13(21)(b)—Disposition of timber resource property not giving rise to capital gain under Act, s. 39(1)(a)(iv)—Amount of disposition to be included as income by virtue of s. 13(21)(f)—Capital cost of licences disposed of should be determined—Assessment of capital cost justified for purposes of s. 13(21)(f)(i)—Capital cost should be based on amount paid for licences newly acquired after May 6, 1974 or on market value of licences prior to first renewal after May 6, 1974—Capital cost should be determined as of first acquisition of timber resource property after May 6, 1974—Minister's assessments of proceeds of disposition of licences confirmed but determination of capital cost of said licences referred back for reassessment—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 13(21)(d.1) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 6(7)).

KETTLE RIVER SAWMILLS LTD. v. M.N.R. (T-35-87, T-36-87, Strayer J., judgment dated 4/9/92, 21 pp.)

Appeal from Trial Division decision ([1990] 3 F.C. D-34) negotiated payment of \$300,000 for cancellation of exclusive distributorship agreement with plaintiff compensation for loss of income—No error by Trial Judge warranting intervention of Court—Misstatements of fact of no consequence—Legal principles correctly applied—No significant degree of dislocation to or impairment of trading structure of appellant—Appeal dismissed.

CHARLES R. BELL LTD. v. CANADA (A-817-90, Létourneau J.A., judgment dated 9/9/92, 2 pp.)



## INCOME TAX—Continued

## NON-RESIDENTS

Appeal from income tax reassessments for plaintiff's 1976 and 1977 taxation years—Plaintiff computing income as if not "resident" in Canada under Income Tax Act, ss. 114, 115—A.R.A. Consultants Ltd. (A.R.A.) created by plaintiff with other consultants in early 70's—Contract entered into by A.R.A. to furnish consulting advice to D.S.S. to provide services in Nigeria—Contract requiring personal performance by plaintiff and presence in Nigeria—Arrangements completed for departure to Nigeria—Whether plaintiff ceased to be resident of Canada in July 1976 and became resident of Nigeria—Issue depending on facts of particular case and on cumulative effect of multiple criteria—Concept of "residence" not requiring constant personal presence of taxpayer—Plaintiff not severing ties with Canada nor establishing significant or permanent ties with Nigeria—Long absence from Canada not necessary for taxpayer to cease to be Canadian resident—Plaintiff not severing business relationships in Canada and remaining interested in activities of Toronto branch—Not holding out to be independent consultant during stay in Nigeria—No evidence of significant ties in Nigeria nor *de facto* indications of integration within Nigerian society—Appeal dismissed.

GLOW V. CANADA (T-1567-84, Rouleau J., judgment dated 28/8/92, 11 pp.)

Appeal from Tax Court judgment holding as defendant's profit taxable in Switzerland, not taxable in Canada—Defendant company incorporated under laws of Panama to protect investment in commercial complex, Place Crémazie, in Montréal—Directors residents of Switzerland—Mortgage, held by Mirlaw Investments, in default and mortgagee taking action to recover property—1979 deal between defendant and Mirlaw whereby latter to grant option to defendant to purchase 50% interest in whatever rights Mirlaw might acquire in Place Crémazie in consideration of \$250,000—Agreement amended to give defendant option to buy Mirlaw's entire interest in property, provided whole transaction could be rescinded at Mirlaw's option upon payment to defendant of \$250,000 and refund of moneys paid by defendant—In 1989 Mirlaw electing to rescind agreement and pay \$250,000 to defendant—Defendant's corporate tax return claiming refund of taxes deducted at source—Claiming not taxable in Canada—Crown treating proceeds as taxable gain—Concluding as non-resident disposing of taxable Canadian property (interest in Place Crémazie) defendant liable to tax pursuant to Income Tax Act, ss. 2(3)(c), 115—Burden on taxpayer to rebut assumptions of fact on which assessment made—Appeal dismissed—Defendant's business establishment neither in Panama nor in Canada, but in Switzerland where directors residing or citizens—Defendant's activities in Canada in 1979 limited to negotiations to salvage what could for investors—No office in Canada—Acted through agent—Although numerous inconsistencies in documents, sufficient consistencies not to disturb Tax Court's findings as to nature of transaction—Merely undertaking to cause property to be conveyed to appellant in event it became owner—Until declared owner by judgment of competent tribunal, no right to deal with property contractually—As to tax liability under Swiss laws, defendant's "residence" Switzerland—Within definition of "residence" in Art. IV.1 of Canada—Swit-

## INCOME TAX—Continued

zerland Income Tax Convention and could avail itself of limitations set out in Art. VII.1—Defendant's benefit earned as non-resident of Canada where no permanent establishment—Transaction not income from immoveable property otherwise taxable in Canada under Art. VI.1, nor capital sum represented by immoveable property, also taxable in Canada under Art. XXI.1—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 64, ss. 2(3)(c), 115(1)(a)(ii), 248, 253(b)—Canada-Switzerland Income Tax Convention Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 29, Schedule VI, Arts. IV.1, VI.1, VII.1, XIII.1, XXI.1—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 494(8).

CANADA V. PLACREPID LTD. (T-1789-86, Joyal J., judgment dated 31/8/92, 16 pp.)

Appeal from Trial Division judgment ([1990] 3 F.C. D-34) dealing with amount withheld by Minister of National Revenue as benefit received by appellant in 1984 when latter exercised rights associated with share purchase options and received from employer \$125,212.50 less tax deduction of \$35,547.83—Appellant had moved to England when rights exercised—Question whether appellant exercised employment in Canada in 1984 within meaning of article 15(1) of Canada-United Kingdom Income Tax Convention—Income Tax Act, s. 248(1) excluding application of s. 5, which alone uses words "salaries, wages and other remuneration"—Appellant did not show any real inconsistency between Act, s. 7 and Convention, Art. 15(1)—Presumption in Act, s. 7(4) meant employment appellant left on August 1, 1983 was "employment exercised" in Canada under exception mentioned in Convention, Art. 15(1)—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 5, 7(4), 248(1)—Canada-United Kingdom Income Tax Convention, S.C. 1980-81-82-83, c. 44, Part X, Sch. X, Art. 15(1).

HALE V. CANADA (A-820-90, Desjardins J.A., judgment dated 5/6/92, 6 pp.)

## PRACTICE

Application for *certiorari* quashing MNR's decision to issue two assessments and reassessment on grounds filing of assessments late and plaintiff dissolved corporation—Dissolution taking effect April 3, 1985—Issuing of notice of assessment or reassessment under Income Tax Act administrative proceeding within meaning of Ontario Business Corporations Act, 1982, s. 241(1)(b)—Impugned assessments issued within prescribed five-year limitation period and therefore valid—Under Act, s. 241(1)(b), action brought against dissolved corporation to proceed as if corporation not dissolved—Plaintiff's appeal to Court from decision of Tax Court of Canada not representing initiation of legal proceedings, rather final stage of appeal procedure—"Proceeding" used in s. 241 commenced by issuance of assessment or reassessment and all further steps by taxpayer consequential upon assessing action of Minister—Application dismissed—Ontario Business Corporations Act, 1982, S.O. 1982, c. 4, s. 241(1).

460354 ONTARIO INC. V. CANADA (T-2433-88, Jerome A.C.J., order dated 3/9/92, 5 pp.)

Interpretation of waiver signed by plaintiff pursuant to Income Tax Act, s. 152(4)(a)(ii)—Whether waiver signed by

**INCOME TAX—Concluded**

taxpayer allows Minister to reassess tax payable with respect to capital gain as result of increase in adjusted cost base of Goose Lake Broadcasting Co. Ltd. shares—Admittedly Part I tax—Nature of waiver under s. 152(4)(a)(ii) discussed by Joyal J. in *CAL Investments Ltd. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 199—Reference to Part III in waiver inserted by mistake—No evidence from either party concerning circumstances surrounding waiver—Waiver not invalid for purposes of reassessing taxpayer for Part I tax—Error technical defect not impairing substance of waiver—Minister seeking to have extra time to consider reassessment of adjusted cost base of shares for purpose of determining tax payable by plaintiff as capital gain from disposition of shares—Admonition appropriate Part of Income Tax Act be identified in waiver form directory, not mandatory—Instruction for benefit of both Minister and taxpayer—Mistake causing no prejudice to plaintiff—Question answered affirmatively—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 152(4)(a)(ii).

SOLBERG V. CANADA (T-942-89, Reed J., order dated 13/8/92, 8 pp.)

Application for determination of question of law—Applicant solicitor for taxpayer in arrears since 1983—Applicant's client convicted January 29, 1992 of failing to comply with notice to provide documents—Fine paid out of applicant's trust account—Respondent serving notice on applicant to provide all trust account records on transactions for taxpayer or others known to have been acting on his behalf January 29 to March 18, 1992—Taxpayer having since paid over half balance owing—Whether ongoing inquiry—Whether demand re unnamed persons requiring judicial authorization under s. 231.2(2)—Although notice requiring only documents from January 29 to March 18, evidence of collection efforts since 1983 indicating ongoing inquiry—Reference to "persons known to be" constituting requirement imposed on unnamed persons, invalid without judicial order—Not invalidating requirement on applicant—Solicitor-client privilege defined in s. 232(1)(e) to exclude trust records—Applicant obliged to produce records—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 231.2(2) (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 121), 232(1)(e).

PAQUETTE V. M.N.R. (T-1130-92, Teitelbaum J., order dated 18/6/92, 9 pp.)

**MARITIME LAW****TORTS**

Appeal raising same issues as in *Banco do Brasil S.A. v. Alexandros G. Tsavlis (The)*, [1992] 3 F.C. 735 (C.A.)—Both appeals argued at same time on common memoranda and submissions—Appeal allowed for same reasons as in other appeal.

BANCO DO BRASIL S.A. V. ALEXANDROS G. TSAVLIS (THE)  
(A-848-90, Isaac C.J., judgment dated 30/9/92, 1 p.)

**PAROLE**

Motion to quash denial of full parole for voluntary departure to Jamaica and for order directing rehearing—Applicant, inmate at Warkworth Institution, currently serving 13-year sentence for convictions of robbery, break and enter and forcible confinement—National Parole Board concluding "in the absence of any very convincing evidence clearly indicating that the risk of re-offending would be absolutely minimal" grant of full parole would result in release as unmanageable risk—Parole Act giving Board exclusive jurisdiction and absolute discretion to grant parole—S. 16(1)(a) providing Board may grant parole if release of inmate on parole would not constitute undue risk to society—Applicant alleging s. 16(1)(a) intended to limit respondent's jurisdiction by setting out specific criteria to be considered in determining eligibility for parole, and Board exceeded jurisdiction in applying more onerous standard to determination of eligibility for parole than that specifically provided for—Motion denied—S. 16 not limiting Board's absolute discretion to grant parole—S. 16(1)(a) criteria "may" be considered by Board in deciding whether to grant parole—Not preventing Board from considering factors not specifically outlined therein, nor requiring strict application of literary composition of Act in drafting decision—Where discretion exercised judicially and in accordance with principles of fairness and natural justice, Court cannot intervene—Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, ss. 13 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 35, s. 4), 16(1)(a) (as am. *idem.*, s. 5).

LOGAN V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-833-92, Denault J., order dated 22/9/92, 4 pp.)

**PRACTICE****AFFIDAVITS**

Intervener seeking to strike out affidavit filed in support of application to set aside Adjudicator's decision—Applicant alleging Adjudicator exceeding jurisdiction, erred in law, breached rules of natural justice—Case law affirming affidavit of solicitor and counsel of record not admissible, but applicant's undertaking to retain other counsel to conduct hearing of application could cure defect—Applicant's principal complaint about quantum of award, having admitted unjust dismissal—If Adjudicator committed error of law, must show applied such wrong legal text as to have made award which Parliament never intended to be made—Paragraph 3, purporting to summarize complainant's arguments to Adjudicator struck out as irrelevant and improper on application for judicial review—Paragraphs 8, 9, seeking to obtain second hearing on matter of reinstatement and in presenting new evidence and in seeking to reargue by referring to arguments put to Adjudicator, evince compositional, internal impropriety, but no error on Adjudicator's part—Paragraph 10 reciting from policy manual and commenting on what complainant said in cross-examination struck out—Not alleging anything patently unreasonable about adjudicator's treatment of subject—Fails to show any excess of jurisdiction—Canada Labour Code, s. 243 providing every order of adjudicator final and shall not be questioned or reviewed in any court—If adjudicator, fairly and without proved bias, operates within s. 242 (where unjust dismissal

**PRACTICE—Continued**

may order reinstatement, compensation, any other equitable relief), s. 243 providing decision shall not be disturbed absent patent unreasonableness, in spite of errors of procedure, fact and law—No reason to go behind privative provisions of s. 243—Reference to texts on acquiescence and S.C.C. cases on privative clauses and curial deference—Even if solicitor's affidavit accepted, could not circumvent privative clauses—Applicant alleging bias manifested as racial prejudice based on Adjudicator's speculation about whether complainant's employment terminated since non-native—In light of other evidence before Adjudicator, alleged speculation likely to occur to any intelligent, shrewd and sensitive person—Even if Adjudicator ought not to have said that, not condemning him of prejudice—Test for bias set out in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369 applied—No reasonable apprehension of bias—Furthermore where allegation tribunal, wielding undoubted jurisdiction, losing it through misconduct such as evincing prejudice, complaint of prejudice must be brought promptly to be credible—Supporting affidavit struck out—Because application to quash Adjudicator's decision not supported by any other affidavit, cannot stand—No good reason to extend time to permit applicant to obtain new affidavits—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 242, 243.

WEST REGION TRIBAL COUNCIL V. CANADA (ADJUDICATOR APPOINTED UNDER CANADA LABOUR CODE) (T-493-92, Muldoon J., order dated 28/8/92, 26 pp.)

**COSTS**

Applicant's bill of costs submitted for taxation on party and party basis in amount of \$980.98—Applicant claimed fees under Tariff B, items 1(1)(c),(g) and (j)—Respondent challenged claim for \$150 under item 1(2)(g) and costs claimed for long-distance calls and two faxes—Costs to which applicant entitled those concerning motion granted with costs—Disbursements incurred to give effect to judgment—Following amounts taxed and allowed: \$100 (item 1(1)(g)), \$300 for two half-days and \$125 (item 1(1)(j))—Taxation certificate issued for \$947.22—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Tariff B, items 1(1)(c),(g),(j).

CHEEMA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-301-91, Daoust T.O., taxation dated 9/9/92, 3 pp.)

**DISCOVERY**

Appeal from trial judgment affirming in part and varying in part order of Senior Prothonotary as to certain questions and requests for production made during examination for discovery of defendant's representative—Discovery part of reference to determine extent of infringement of plaintiff's patent for component of paper machine (press section) and profits arising therefrom—Defendant sold number of complete paper machines incorporating infringing part—Reference to determine what part of profit realized from those sales must be accounted for and amount thereof—Motions Judge erred in disallowing questions relating to revenues and costs associated with sales of complete paper machines—Apparently accepted defendant's argument plaintiff's entitlement to profits arising directly out of sale of infringing press sections—No reason

**PRACTICE—Continued**

why patentee whose property wrongly appropriated through infringement should not recover all profits, direct and indirect, derived by infringer from wrongful infringement—Requests for files from which defendant's productions taken properly disallowed—No principle whereby entire file from which document taken thereby becoming relevant—Context not required to determine relevance of documents herein—Motions Judge also erred in refusing to allow questions pertaining to profits from sale of infringing parts and paper machines by subsidiary—Profits realized by defendant through subsidiaries or related companies, including, but not limited to royalties paid to defendant, must be accounted for—Fact subsidiary also sued irrelevant—Theoretical danger of plaintiff recovering same profits twice can be dealt with, if necessary at later stage—Amounts of financing or subsidies relating to manufacture and sale of machines incorporating infringing part may have to be included in accounting of profits—Questions on anti-dumping inquiry different from those on reference and responses thereto not required to be produced.

BELOIT CANADA LTD. V. VALMET OY (A-66-89, Hugessen J.A., judgment dated 10/9/92, 9 pp.)

*Examination for Discovery*

Appeal from decision of Associate Senior Prothonotary ordering defendant to reply to question No. 401 in examination for discovery—ASP's decision wrong as immaterial whether or not defendant gave documents or physical evidence to third party—Plaintiff should wait and see R. 448 affidavit of defendant—Appeal allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 448.

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. V. WESLO DESIGN INTERNATIONAL INC. (T-1153-85, Teitelbaum J., order dated 17/8/92, 4 pp.)

Appeal from order requiring appellant to answer certain questions in interrogatories—Appeal dismissed—Not showing Associate Chief Justice acting upon wrong principle of law or order would result in injustice—No basis for interfering with exercise of discretion.

WEWAIKAI INDIAN BAND V. CANADA (A-697-92, Heald J.A., judgment dated 15/9/92, 1 p.)

*Production of Documents*

Motion for order defendant Canpotex Shipping Services Ltd. comply with order of Teitelbaum J. and produce all documents on relationship between itself and parent Canpotex Ltd. respecting shipment of potash—Motion granted.

PHILIPPINE PHOSPHATE FERTILIZER CORP. V. ELOUNDA DAY (THE) (T-685-91, Reed J., order dated 1/9/92, 3 pp.)

**EVIDENCE**

Motion for leave to adduce new evidence—Originating notice of motion for *mandamus* requiring Minister to comply with Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order in respect of existing logging operations in Walbran and Upper Carmanah Valleys on Vancouver Island—After hearing, Collier J. indicating motion would not be allowed—

**PRACTICE—Continued**

Reasons not yet issued—Affidavit evidence at hearing stating nest found in Walbran Valley not yet identified as marbled murrelet nest—Applicant now in possession of tape recording of subsequent conversation wherein affiant stating nest valid and referring to affidavit as “legalistic mumbo-jumbo”—Applicant also asserting location of second nest—Within Court’s discretion to permit new evidence to be adduced after hearing and before formal judgment (pronouncement) signed and issued—Pronouncement not yet issued herein—Proper case to allow introduction of new evidence arising after hearing.

WESTERN CANADA WILDERNESS COMMITTEE V. CANADA (MINISTER OF ENVIRONMENT) (T-2913-90, Collier J., order dated 5/9/92, 4 pp.)

Motion for directions confirming letter asking Minister of Fisheries and Oceans number of times used Fisheries Act, ss. 35(2) and 37(2) and reply from Assistant Deputy Minister be considered by Court or for leave to file as new evidence—Motions Judge issued *mandamus* against Minister of Fisheries and Oceans as head of initiating department requiring him to apply federal environmental and social impact assessment process established by Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order to Eastmain Hydroelectric Project—Relied on *Friends of Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.) for proposition responsibilities of Minister relating to protection of fisheries and fish habitat attract application of EARPGO—Supreme Court of Canada since considering meaning of “decision-making responsibility” in conditions set out for triggering EARPGO in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3—Legal conditions necessary for triggering of EARPGO considered in *Carrier-Sekani Tribal Council v. Canada (Minister of the Environment)*, [1992] 3 F.C. 316 (C.A.)—Applicants arguing if Court further considering nature of regulatory scheme for protection of fish habitat, should take notice of materials as aid to understanding nature of regulatory scheme—Motions dismissed—Court not taking judicial notice of this kind of materials—As to motion for leave to file as new evidence, if regulatory scheme found in Act, Court will interpret Act and how often Minister exercised legislative authority irrelevant—Furthermore, as evidence not “practically conclusive” on issue of whether legislative functions constitute decision-making responsibility, application not meeting third part of test: Court must be satisfied evidence not discoverable before end of trial by reasonable diligence; evidence wholly credible and must be practically conclusive on issue (*Mercer et al. v. Sijan et al.* (1976), 72 D.L.R. (3d) 464 (Ont. C.A.))—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 35, 37—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1102—Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

EASTMAIN BAND V. CANADA (FEDERAL ADMINISTRATOR) (A-1071-91, Décaré J.A., order dated 24/9/92, 7 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS***Enforcement*

Applications to vacate forced sale of real property belonging to defendant—Pursuant to proposal accepted by majority of

**PRACTICE—Continued**

creditors and approved by court, trustee sent notice to stay seizure proceedings and sale of defendant’s equipment and real property—Forced sale of real property despite settlement reached between parties regarding principal debt and cancellation of real property seizure—As issue in case resolved between parties as part of proposal, forced sale proceeding on real property should never have been completed—As debtor’s property common pledge of creditors, when sold by court to satisfy debt procedure must be strictly followed to safeguard rights of creditors, purchasers and debtor—Evidence did not indicate sheriff and purchasers told before sale of existence of proposal, that notice of stay had been sent to them or even that agreement signed by all parties concluded matter—Applicant’s argument regarding agreement between bidders to avoid any bidding at court sale on March 10, 1992 also inadmissible—Sheriff of Beauharnois district instructed bailiff to seize real property in question and another bailiff to sell said property—Serious procedural defect effect of which to invalidate sale—Under Federal Court Act, ss. 13 and 55, only sheriff or deputy sheriff of district where real property seized authorized to conduct court sale—By acting as he did sheriff took upon himself power of delegation he did not have—As defect fatal, sale must be vacated—Notice sent to officiating bailiff required him to suspend execution of writ in so far as acting as agent for plaintiff and subject to same obligation—Applications allowed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 13, 55, 56—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 360.

HANCOR INC. V. SYSTÈMES DE DRAINAGE MODERNES INC. (T-2126-85, Denault J., order dated 10/7/92, 7 pp.)

*Stay of Execution*

Application for order staying execution of adjudicator’s decision, setting aside garnishing order and that plaintiff post security for repayment of amount to be paid out—Plaintiff awarded relief for unjust dismissal—Defendant moving to set aside award as being prevented from paying bills and forced to suspend educational programs—Should risk T.D. decision might be reversed on appeal operate against plaintiffs of modest means?—No sympathy due to defendant, just to taxpayers of Canada—Indian Act, ss. 89, 90 not operating so as to exempt from garnishment defendant’s account as defendant neither Indian nor Indian band but corporation—Corporation must bear usual responsibility for own misdeeds—No legal reason for denying plaintiff access to award for unjust dismissal—Defendant’s motion dismissed—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 89, 90.

KOSTYSHYN V. WEST REGION TRIBAL COUNCIL INC (T-607-92, Muldoon J., order dated 28/8/92, 10 pp.)

**PARTIES***Standing*

Validity of corporate plaintiff’s authorization to bring action—Prior to commencement of action individual plaintiff, Mary David, sole shareholder, director and officer of Olympia Interiors Ltd., declaring bankruptcy—Shares vesting in trustee in bankruptcy—Upon discharge from bankruptcy, trustee not executing formal transfer of shares to David—No equitable transfer as not mere failure to prepare and execute formal papers,

**PRACTICE—Continued**

but lack of authority to do so—As not shareholder, David could not elect self director nor appoint self officer and therefore no right to cause company to commence action—Company incorporated in Ontario—Business Corporations Act, S.O. 1982, c. 4, s. 128 providing act done by director or officer not invalid only by reason of defect in appointment, election or qualification discovered thereafter—David's lack of capacity discovered after statement of claim filed—Motion challenging commencement of action dismissed—Business Corporations Act, S.O. 1982, c. 4, s. 128.

OLYMPIA INTERIORS LTD. v. CANADA (T-1436-92, Giles A.S.P., order dated 21/9/92, 3 pp.)

**PLEADINGS***Motion to Strike*

Application to strike paragraphs of amended statement of defence and counterclaim on ground Court lacking jurisdiction to consider issues raised and relief sought—Plaintiffs manufacturing and selling system to scramble and unscramble satellite transmission of telecommunications, including pay television programming—Plaintiff First Choice marketing television programming to cable subscribers and using system to scramble/descramble programming—Claiming copyright, patent infringement and seeking injunctive relief, damages—Pursuant to Anton Pillar order authorizing seizure of certain pirate devices and related items and materials, seizing disk containing highly confidential computer memory—Confidentiality order issued re: information obtained through execution of Anton Pillar order—Show cause order issued based on possible breach of confidentiality order—Plaintiffs submitting impugned pleadings not founded upon federal law since defendants not claiming copyright or patent, but simply referring to damages suffered as result of plaintiffs' misuse of highly confidential information obtained during execution of Anton Pillar order—Also submitting allegations relating to contractual relations between First Choice and defendants outside Court's jurisdiction—Application of test in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 to determine Federal Court's jurisdiction—Application dismissed—Contractual dispute not precluding Court's jurisdiction, provided subject-matter primarily concerns patent, trade mark or copyright: *Kellogg Company v. Kellogg*, [1941] S.C.R. 242—Defendants' primary claim plaintiffs improperly carried out relief granted in Anton Pillar order and in breach of confidentiality order—Pleadings only incidentally referring to contract between parties and support defence of non-infringement—Allegations relating to breach of contract advanced not to seek relief for breach of contract, but in support of defence of non-infringement—Unlike *Flexi-Coil Ltd. v. Smith-Roles Ltd.*, [1981] 1 F.C. 632 (T.D.), Court not asked to determine validity of contract, nor whether breach—Primary issue whether copyright infringement—Court having jurisdiction over claims in defendants' pleadings—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 401, 419(1).

TITAN LINKABIT CORP. v. S.E.E. SEE ELECTRONIC ENGINEERING INC. (T-129-91, Jerome A.C.J., order dated 4/9/92, 7 pp.)

**PRACTICE—Continued***Particulars*

Application to reverse decision of Senior Prothonotary dismissing application for particulars made under R. 415(3)—Thirty-two particulars sought concerned several paragraphs of defence and counterclaim filed by defendant—Such exercise vexatious and unreasonable—No question on merits applicant entitled to certain particulars—Application allowed in part—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 336(5), 415(3).

WIC INC. v. AGRIMÉTAL INC. (T-984-91, Joyal J., order dated 26/8/92, 3 pp.)

Appeal from Associate Senior Prothonotary's order requiring defendant to provide further and better particulars as to certain allegations in particulars of objection—In response to action for patent infringement defendant denying infringement and seeking declaration plaintiffs' patent invalid on grounds invention described not novel, obvious and not involving inventive step—Defendant submitting motion for particulars not supported adequately by affidavit evidence—Application dismissed—Court satisfied Associate Senior Prothonotary weighed all evidence before him and not committing any error in law in making order—Refusal to provide particulars based solely on ground plaintiffs have knowledge demanded—Burden on defendant to establish facts on which bases grounds of invalidity—Mere reference to list of other patents and to numerous articles published in various periodicals with contention plaintiffs knew and were familiar with them not satisfying burden—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 415(1).

WELLCOME FOUNDATION LTD. v. NOVOPHARM LTD. (T-2998-91, Jerome A.C.J., order dated 9/9/92, 5 pp.)

**STAY OF PROCEEDINGS**

Motion under RR. 341A, 1909 for stay of execution of order of Rouleau J. quashing decision of Registrar of Trade-marks and for stay of proceedings before Trade-marks Opposition Board pending final determination of appeal from said order—*Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, leading decision in respect of stay of proceedings—Serious issue to be tried on appeal from order of Rouleau J.—Issue of irreparable harm favouring respondent Lipton—Stay of execution of judgment of Rouleau J. in interests of justice and as practical matter—Motion granted—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 341A (as enacted by SOR/79-57, s. 8), 1909.

AULT FOODS LTD. v. CANADA (REGISTRAR OF TRADE-MARKS) (T-372-91, Collier J., order dated 31/8/92, 7 pp.)

Application for order staying proceedings of Patented Medicine Prices Review Board until 30 days after final disposition of application for judicial review of Board decision and for directions expediting hearing of said judicial review application—Seriousness of jurisdictional issue clearly established by applicants and not disputed by Board—Irreparable harm also established if Board's proceedings not stayed—Balance of

**PRACTICE—Concluded**

convenience favouring applicants—Application granted—Directions to be complied with.

GENENTECH INC. V. CANADA (PATENTED MEDICINE PRICES REVIEW BOARD) (T-2317-92, Pinard J., order dated 25/9/92, 4 pp.)

**RCMP**

Action asking Court to declare RCMP tribunal unconstitutional on ground defendant Gaudet or any other officer of RCMP biased and dependent—Plaintiff alleged rights under Canadian Charter, ss. 7 and 11(d) and Quebec Charter, s. 23 had been infringed—Charged under Royal Canadian Mounted Police Act, s. 25(o) with refusing to cooperate in criminal investigation relating to purchase of securities and answer questions thereon—Act amended in June 1988 and new provisions of Act apply to case at bar—Under new provisions, proceedings begun against plaintiff based on code of conduct—Latter relied *inter alia* on Supreme Court of Canada judgment *R. v. Généreux* (1992), 133 N.R. 241, in which Court held tribunal such as RCMP tribunal not sufficiently independent and impartial—Proceedings initiated by RCMP strictly of internal disciplinary nature and not in any way public—Since proceeding internal, Canadian Charter, s. 11 cannot apply to case at bar—Charter, s. 7 cannot apply either, as no infringement of plaintiff's right to life, liberty or security of person—As Act falls within federal authority, Quebec Charter cannot apply—Action dismissed—Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, ss. 25(o), 38 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16), 39(1) (as am. *idem*), 40 (as am. *idem*), 41 (as am. *idem*), 43(1) (as am. *idem*), 45.12(3),(4) (as am. *idem*)—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. 7, 11(d).

LANDRY V. GAUDET (T-656-90, Joyal J., judgment dated 8/6/92, 11 pp.)

**TRADE MARKS****EXPUNGEMENT**

Application to strike trade mark "Everdata" from register on ground not accurately expressing or defining existing rights of person appearing as registered owner of mark—STD Computer Inc. applied to register trade mark "Everdata" for use in association with computers, computer systems and peripherals—Application assigned to Everdata Computer Inc. and mark registered in its name—Applicant alleging registration invalid as applicant for registration, respondent's predecessor in title, not person entitled to registration under Trade-marks Act, s. 16(3) as "Everdata" confusing with its trade mark "Everex" previously used in Canada—Also alleging lack of distinctiveness—When challenging registered trade mark pursuant to s. 18 on basis applicant for registration not person entitled to registration, burden of establishing likelihood of confusion on person seeking expungement—S. 17 requires person seeking

**TRADE MARKS—Continued**

expungement to establish not abandoning confusing trade mark at date of advertisement of application pursuant to which trade mark registered—Reference to s. 6(5) criteria for determining confusion—"Everex" more inherently distinctive than "Everdata"; better known according to sales figures; in use longer and more extensively—As reasonable inference nature of trades identical possible two products could be sold in same places—Although marks not identical, possession of same prefix significant due to family of "Ever" marks created by applicant—Where family of marks, greater likelihood public would consider another word in family as another product manufactured by same person who produced wares in association with family of marks: *Kabushiki Kaisha Edwin, also trading as Edwin Co. Ltd. v. S.D.B. Design Group Inc.* (1986), 9 C.P.R. (3d) 465 (F.C.T.D.)—Average computer purchaser who has general recollection of Everex line of computer equipment would infer "Everdata" mark logical extension identifying another product in "Everex" line—Applicant discharging onus of proving likelihood of confusion at material date—"Everex" never abandoned by applicant—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(5), 16(1),(3), 17(1), 18(1).

EVEREX SYSTEMS, INC. V. EVERDATA COMPUTER INC. (T-2364-91, Teitelbaum J., order dated 5/8/92, 11 pp.)

**INFRINGEMENT**

Application for interlocutory injunction restraining defendants from using "Blockbuster" or "Blockbuster Video" in association with video rental services pending trial of action for declaration defendants infringing plaintiff's exclusive right to use of trade marks "Blockbuster Video" and "Blockbuster Videos"—Fact plaintiff having arguable case admitted—Plaintiff relies on sale of franchises to expand business operation—If defendants permitted to continue using impugned trade marks, prospective franchisees about to invest thousands of dollars for permission to use trade mark may be concerned—Evidence negotiations with actual potential franchisee delayed pending resolution of alleged infringement of "Blockbuster Video" establishing irreparable harm—No serious inconvenience for defendants to operate two stores in Dartmouth, Nova Scotia, opened after informed of alleged infringement, under different trade name or mark—Extremely difficult for two Welland, Ontario, stores in operation since 1988, to change name—Application allowed except with respect to Welland stores.

BLOCKBUSTER ENTERTAINMENT CORP. V. INCORPORATED FIRST VIDEO (T-2560-91, Teitelbaum J., order dated 19/8/92, 9 pp.)

**REGISTRATION**

Appeal from decision of Registrar of Trade-marks refusing registration of applicant's trade mark "Pet Plan" as being clearly descriptive of applicant's services and objectionable under Trade-marks Act, s. 12(1)(b)—"Pet Plan" comprehensive system of health insurance for domestic animals—Applicant arguing words "Pet Plan" not clearly describing insurance plan, thus registration of trade mark wrongly refused—Test set out by Federal Court of Appeal whether Registrar has gone wrong—Registrar wrong in determining mark in question so descriptive as to offend Act, s. 12(1)(b)—"Pet Plan" not indi-

**TRADE MARKS—Concluded**

cating, as matter of first impression, comprehensive system of health insurance for domestic animals—Word “Plan” not plainly describing health insurance protection nor identifying feature or function of insurance—Some doubt, as matter of first impression, whether proposed trade mark clearly descriptive of character of services—Appeal allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 12(1)(b).

REED STENHOUSE CO. LTD. v. CANADA (REGISTRAR OF TRADE-MARKS) (T-2957-90, Jerome A.C.J., judgment dated 30/9/92, 5 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

S. 28 application attacking Tax Court decision respondent engaging in “insurable employment” while working from her home—Engaged for one week in August 1988 by local fisherman to repair and make herring nets using materials and equipment supplied by him—Earned \$40 for each net made at end of seven-day period—No fixed hours, but work to be finished within seven days—Tax Court referring to four-part test, i.e. control, ownership of tools, opportunity for profit/risk of loss and integration for determining whether contract of service or

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—  
Concluded**

contract for service—Found absence of control, but did not address other elements—Found parties’ own characterization of relationship as that of employer/employee governing where nothing of substance contradicting it—Application allowed—Not employer/employee relationship merely because parties choose to describe it as such regardless of surrounding circumstances—Tax Court should have analyzed facts while having regard to four-part test—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 3(1), 61(3) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 37).

M.N.R. v. STANDING (A-857-90, Stone J.A., judgment dated 29/9/92, 3 pp.)

Umpire’s findings of fact supported by evidence and case law properly applied thereto—No reviewable error—No basis to reverse *Attorney General of Canada v. Imbeault*, [1984] 1 F.C. 852 (C.A.)—Application to review Umpire’s decision dismissed.

PETTEN v. CANADA (UNEMPLOYMENT INSURANCE COMMISSION) (A-269-91, Heald J.A., judgment dated 1/9/92, 1 p.)

# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne sont pas retenues pour publication intégrale ou abrégée dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada. 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

Accès à l'information—Demande en vue de la radiation de la demande de consultation de documents en vertu de l'art. 71 de la Loi sur l'accès à l'information—Le but de l'art. 71 est de permettre la consultation de documents, sur demande, en se rendant au bureau du Ministère—Le législateur a manifestement envisagé deux genres de demandes: l'une en application de la Loi sur l'accès à l'information, présentée par écrit, et l'autre, qui consiste à consulter les documents sur les lieux—Le second type de demande n'exige pas de préavis, de sorte que la requête n'a pas à être présentée par écrit—Il serait inopportun de radier cette demande pour le motif qu'il n'y a pas eu de demande écrite—Demande rejetée—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 71.

WELLS C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS) (T-152-91, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 28-2-92, 2 p.)

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande d'annulation d'une décision rendue par un juge de la Cour canadienne de l'impôt en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage—Le requérant avait raison de prétendre que le juge du procès a excédé sa compétence en se prononçant sur le mérite des appels, car ces appels avaient été interjetés après l'expiration du délai que l'art. 70(1) de la Loi accorde pour ce faire—Ce délai est de rigueur et la procédure inscrite après son expiration ne peut qu'être radiée, à moins qu'une prorogation n'ait été préalablement accordée—Ni l'une ni l'autre des deux conventions conclues par l'intimé avec des entreprises d'exploitation forestière ne pouvait avoir créé entre les parties des relations d'employeur à employé—Le juge du procès a méconnu le sens, ou fait une application fautive, des conditions généralement retenues par la jurisprudence pour distinguer un contrat de travail d'un contrat d'entreprise—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 70(1).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. VAILLANCOURT (A-639-91, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 14-5-92, 3 p.)

## BREVETS

### PRATIQUE

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance interdisant au commissaire aux brevets de délivrer une licence temporaire ou une licence obligatoire à l'intimée Novopharm Ltd.—La requérante demande également que le commissaire accorde plus de poids à la preuve par affidavit présentée au sujet de la juste redevance que le titulaire de la licence devrait payer au breveté—Les ordonnances ont été demandées bien que l'obligation incombant au commissaire en vertu de la Loi n'ait pas encore été exécutée et que la décision au sujet des demandes n'ait pas encore été prise—La requérante s'occupe de recherche et met au point, fabrique et commercialise des médicaments pour les humains—En 1979, elle a obtenu un brevet pour la fluoxétine, un antidépresseur d'usage répandu connu sous le nom de Prozac—L'intimée Novopharm est une compagnie pharmaceutique qui vend des produits pharmaceutiques en vertu de licences obligatoires délivrées par le commissaire—Le 20 décembre 1990, elle a demandé une licence obligatoire pour vendre du Prozac—Elle a proposé que la redevance soit fixée à «une somme égale à 4 p. 100 du prix de vente du médicament conditionné»—Le commissaire aux brevets a toujours considéré qu'une marge de 4 p. 100 constituait une juste redevance—La jurisprudence invoquée par la requérante n'est pas pertinente—Les affaires portaient sur des décisions déjà prises par le commissaire—En l'espèce, le commissaire n'a pris aucune décision, que ce soit pour accorder ou refuser la licence—Une décision administrative ne peut pas normalement être attaquée en vertu des critères judiciaires habituels—La Cour n'a pas compétence pour interdire au commissaire de s'acquitter des obligations qui lui sont imposées par la Loi—Demandes rejetées parce que prématurées—Un litige existe depuis longtemps entre les compagnies pharmaceutiques et le commissaire aux brevets au sujet de la juste redevance à payer au breveté—La Cour d'appel a souvent fait savoir que le commissaire n'était pas lié par la règle des 4 p. 100, mais en vain—Une directive du ministre ou du Parlement entraînerait peut-être un système de fixation des redevances que la requérante jugerait plus équitable—L'affaire justifie une majoration des dépens, mais non sur la base procureur-client—Toute l'affaire constitue un emploi abusif des procédures et est futile—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 39 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 14).

ELI LILLY AND Co. C. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS) (T-3109-91, juge Rouleau, ordonnance en date du 15-4-92, 15 p.)



## CITOYENNETÉ

## CONDITIONS DE RÉSIDENCE

Appel du refus d'accorder la citoyenneté par suite de l'omission de satisfaire aux conditions de résidence énoncées à l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté—L'appelant a été physiquement présent au Canada pendant 136 jours seulement au cours des quatre années qui ont immédiatement précédé la demande—La femme de l'appelant est propriétaire d'une franchise à Edmonton—La femme de l'appelant et ses quatre enfants sont des citoyens canadiens qui résident au Canada—L'appelant n'a aucune famille à Hong Kong, mais a certains cousins et membres de sa belle-famille au Canada—Il doit s'absenter longtemps du Canada pour superviser ses intérêts commerciaux, et en particulier son entreprise d'export-import à Hong Kong—Il vit dans un appartement appartenant à sa compagnie à Hong Kong—Il se rend également ailleurs pendant de brèves périodes—Avant d'acheter la franchise et sa maison en C.-B., l'appelant a vendu sa maison de Hong Kong; 200 boîtes de meubles et d'effets personnels ont été expédiés au Canada—Un immeuble de bureaux de Hong Kong et le permis de valeurs mobilières de Hong Kong ont également été vendus—L'appelant détient un permis de conduire de la C.-B.; il a un numéro d'assurance sociale canadien et une carte de soins de santé—Il ne paie pas d'impôt sur le revenu au Canada—L'appelant a soutenu qu'il ne devrait pas être obligé de se départir de ses intérêts commerciaux pour devenir citoyen canadien—Appel rejeté—En jugeant que l'appelant n'avait pas l'intention de faire du Canada son lieu de résidence permanente dans un avenir rapproché, le juge de la citoyenneté n'a pas mal interprété le critère applicable—Il a souligné que l'appelant ne possédait aucune entreprise ici, qu'il n'avait pas fait de contribution au Canada à titre d'immigrant ayant reçu le droit d'établissement, qu'il était venu au Canada brièvement pour des raisons personnelles, qu'il n'avait pas fait du Canada l'endroit où il vivait «régulièrement, normalement ou ordinairement»—La preuve appuie les conclusions—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5.

LAW (RE) (T-1604-91, juge Reed, jugement en date du 22-5-92, 6 p.)

Appel du refus du juge de la citoyenneté d'accorder la citoyenneté à l'appelante—Question de savoir si l'appelante remplit les conditions de résidence énoncées à l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté—L'appelante a immigré au Canada en 1967—Elle a épousé un citoyen canadien et a vécu au Québec jusqu'en 1982 lorsque toute la famille s'est installée en Grèce pendant la durée du contrat du mari—La famille est revenue au Canada en 1990 parce que le contrat du mari n'avait pas été renouvelé—De nombreux facteurs militent fortement en faveur de l'appelante—Le temps passé par la requérante à l'extérieur du Canada devrait entrer en ligne de compte dans le calcul de la période de résidence de trois ans nécessaire pour qu'une demande de citoyenneté puisse être accordée—Les conditions de résidence énoncées à l'art. 5(1)c) sont remplies—Appel accueilli—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c).

KAVADIAS (RE) (T-2902-91, juge Pinard, jugement en date du 11-5-92, 6 p.)

## CITOYENNETÉ—Fin

## CONNAISSANCES REQUISES

Appel du refus d'accorder la citoyenneté fondé sur une connaissance inadéquate de l'une des langues officielles du Canada ainsi que des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté—Le juge de la citoyenneté a en outre conclu que rien ne justifiait de recommander au ministre d'accorder la citoyenneté pour des raisons d'ordre humanitaire—Au moment de l'appel, l'appelante n'avait toujours pas de connaissances suffisantes, mais de nouveaux éléments de preuve médicale ont été présentés au sujet de son état de santé, de son analphabétisme et de ses difficultés d'apprentissage—L'appelante est arrivée au Canada avec ses parents en 1986 à titre d'immigrante ayant obtenu le droit d'établissement; depuis lors, elle a été la maîtresse de maison chez ses parents—Vu qu'elle ne peut communiquer qu'en arabe, elle a eu très peu de possibilités d'apprendre l'une ou l'autre des langues officielles, ainsi que de bénéficier des institutions culturelles, sociales et politiques—Sa famille, dont tous les membres sont citoyens canadiens, est sa seule protection—Cas exceptionnel méritant d'être examiné pour des raisons d'ordre humanitaire—Affaire renvoyée au juge de la citoyenneté pour un nouvel examen fondé sur les observations de la Cour—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5.

DAIFALLAH (RE) (T-724-91, juge Joyal, jugement en date du 20-5-92, 4 p.)

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a refusé la citoyenneté pour le motif que la requérante avait une connaissance insuffisante du Canada ainsi que des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté—Depuis qu'elle a comparu devant le juge de la citoyenneté, l'appelante s'est donné beaucoup de peine pour étudier et apprendre la documentation donnée aux candidats à la citoyenneté—Il est évident que l'appelante comprend maintenant la société canadienne ainsi que les responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté—Les exigences de l'art. 5(1)e) de la Loi sur la citoyenneté sont satisfaites—Appel accueilli—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)e).

SAPANA (RE) (T-1144-91, juge Rouleau, jugement en date du 11-6-92, 3 p.)

## CODE CIVIL

Requête fondée sur l'art. 2091 du Code civil du Bas-Canada en appel d'une décision du notaire chef—L'immeuble en litige a été saisi par la Couronne le 25 octobre 1990—La Caisse populaire de Sillery a enregistré une hypothèque sur ledit immeuble le 21 janvier 1991—L'immeuble a été vendu en justice le 20 mars 1991 et le produit de la vente soumis à la collocation—Le notaire tout entier a rejeté l'appel de la Couronne qui s'était opposé à la participation de la Caisse populaire dans la distribution du produit de la vente—L'objet de l'art. 2091 est de protéger l'intérêt d'un créancier qui procède à la saisie d'un bien contre tout intérêt qu'on voudrait faire valoir avant la tenue de la vente en justice—La Caisse populaire de Sillery était au courant de l'enregistrement de la saisie au moment où elle enregistra son privilège et devait savoir que

**CODE CIVIL—Fin**

son droit était précaire—La saisie a été suivie d'une expropriation judiciaire en bonne et due forme conformément aux exigences de l'art. 2091—Cela rendait le privilège de la Caisse populaire sans effet—Appel accueilli—Code civil du Bas-Canada, art. 2090, 2091.

DOMINIQUE BOIVIN ET ASSOCIÉS INC. (RE) (ITA-4264-90, juge Joyal, ordonnance en date du 8-6-92, 5 p.)

**CONTRATS**

Action en remboursement d'une somme de 3 000 \$ à propos de trois œuvres musicales dont le demandeur prétend avoir composé paroles et musique—Un demandeur en justice ne doit pas seulement alléguer des faits dans une déclaration mais il doit prouver les faits à la base de son action pour obtenir la sanction d'un droit—L'unique preuve fournie par le demandeur a consisté en son propre témoignage—Il n'a pas prouvé avoir lui-même composé ces chansons, tant en paroles qu'en musique, ni qu'un contrat ait jamais été signé—Il n'a prouvé aucun des faits allégués et n'a droit à aucun des recours recherchés—Action rejetée.

MANDUNGU C. CLOUTIER (T-2584-91, juge Denault, jugement en date du 22-5-92, 4 p.)

**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue de la révision d'une décision de la Cour de l'impôt—La question devant la Cour de l'impôt était celle de savoir si les 68 personnes désignées étaient des employés ou des entrepreneurs indépendants—La contribuable a cité cinq personnes comme témoins—Il a été jugé que les cinq témoins étaient entrepreneurs—Le juge a conclu que la preuve n'était pas suffisante pour rendre une décision au sujet des 63 autres personnes—Le juge avait à sa disposition des éléments de preuve qui lui auraient permis de rendre la décision requise—Le refus de statuer sur la question constitue un refus de compétence—Demande accueillie.

MIRACLE JANITOR SERVICE Co. C. M.R.N. (A-500-90, juge en chef Isaac, jugement en date du 14-5-92, 2 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale—Il est impossible de dire que l'arbitre a donné une interprétation déraisonnable de la preuve en décidant comme il l'a fait—Il avait le pouvoir d'accorder une somme forfaitaire de 800 \$ à l'intimé Tristam à titre de frais—Demande rejetée.

EMERY WORLDWIDE C. TRISTAM (A-76-91, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 31-3-92, 2 p.)

**COURONE****CONTRATS**

Contrat pour la construction d'une route d'accès et de stationnements au Parc historique national Les Forges du St-Maurice à Trois-Rivières (Québec)—La demanderesse réclame la somme de 141 785,40 \$ en raison des difficultés qu'elle aurait rencontrées lors de l'exécution dudit contrat et l'intérêt au montant de 11 991,02 \$—Il est évident que la demanderesse a rencontré des problèmes majeurs sur le terrain de stationnement—Elle a le droit, en vertu du contrat, de se faire dédommager pour les dommages encourus en l'espèce—Elle est en droit de recevoir 18 813 \$ pour les travaux supplémentaires qui ont été occasionnés sur le stationnement d'autobus en raison de la présence de la terre noire—Elle est également en droit de réclamer le montant de 1 785,11 \$ pour les travaux exécutés sur le chemin d'accès—Sur les conditions du sol, l'erreur du point de repère ou le niveau imprévu du parc de stationnement d'autobus et sur les déblais considérables créés par la terre noire, il n'y a pas de sérieuses contradictions dans les témoignages des divers témoins—Pour le reste, les coûts soumis par la demanderesse sont substantiellement basés sur les données que les préposés de la défenderesse étaient en mesure d'observer ou de vérifier—La défenderesse doit donc rembourser à la demanderesse la somme de 139 469 \$ plus l'intérêt et les dépens.

MASSICOTTE ET FILS LTÉE C. CANADA (T-2576-89, juge Joyal, jugement en date du 22-5-92, 38 p.)

Action en vue de l'obtention d'un jugement annulant le second appel d'offres des défendeurs et rétablissant le premier appel—Le ministre des Travaux publics a fait un appel d'offres en vue de la construction d'une agence spatiale à Saint-Hubert (Québec)—Six entrepreneurs en construction ont été invités à faire une soumission—Nouvelle taxe de vente entrant en vigueur au Québec le 1<sup>er</sup> juillet 1992—La demanderesse a écrit au ministre pour demander des précisions au sujet de l'incidence de la nouvelle taxe de vente (la TVQ) sur le coût du projet—Confusion dans l'esprit des représentants de la demanderesse—Le ministre a informé chaque compagnie soumissionnaire de son intention de faire un nouvel appel d'offres—L'art. 11 du premier appel stipulait clairement que le défendeur n'était tenu d'accepter aucune des soumissions—Le défendeur a cru que la confusion qui existait parmi la plupart des soumissionnaires à l'égard de la TVQ constituait un motif suffisant pour refuser toutes les soumissions et lancer un nouvel appel d'offres—Le défendeur doit veiller à ce que les parties qui feront une soumission comprennent les renseignements—Le défendeur a lancé un appel d'offres en vue de la signature d'un contrat—Un seul contrat est formé, et non deux—Action rejetée.

ELLIS-DON CONSTRUCTION LTD. C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (T-777-92, juge Teitelbaum, jugement en date du 16-4-92, 14 p.)

## DROIT MARITIME

## CONTRATS

Demande en vue de l'obtention d'une injonction ordonnant que la cargaison soit remise à la demanderesse, et demande présentée par la défenderesse en vue de la mainlevée de la saisie des navires—En 1989, les parties ont conclu un contrat concernant des permis de pêche et la disposition de la prise—La demanderesse allègue que la défenderesse a vendu et est sur le point de vendre la prise à un tiers en violation du contrat—La défenderesse soutient qu'il y a eu violation fondamentale—Dans l'affidavit à l'appui du mandat il est question d'avances de fonds, mais non du défaut de paiement—Navires et cargaison périssable faisant l'objet de la saisie—La Cour est autorisée à rendre une ordonnance en vue de la disposition des marchandises périssables faisant l'objet de la saisie—Mandat non décerné pour les dommages-intérêts résultant de la violation de contrat—Il est ordonné que la cargaison soit remise à la demanderesse et qu'une somme équivalant au prix du marché soit consignée à la Cour—Il est ordonné que la saisie des navires soit levée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1007(4).

BRITISH COLUMBIA PACKERS LTD. C. BOLD PERFORMANCE (LE) (T-752-92, juge Collier, ordonnances en date du 2-4-92 et du 3-4-92, 7 p.)

## DROITS DE LA PERSONNE

Demande de *certiorari* et de *mandamus* contre la décision par laquelle la Commission canadienne des droits de la personne a conclu qu'il n'était pas justifié d'enquêter sur la plaignante—La requérante avait travaillé chez Wardair pendant 13 ans à titre d'agente de bord—En 1987 et 1988, elle a présenté une demande d'emploi auprès de Canadian Airlines International, mais la demande a été refusée—La requérante, âgée de 47 ans, a allégué la discrimination fondée sur l'âge—Le 6 mai 1988, elle a déposé une plainte auprès de la CCDP—La conciliation ayant échoué, la Commission a refusé, le 14 juin 1991, de constituer un tribunal—Question de savoir si la Commission a observé les règles d'équité procédurale—L'enquête a été longue et compliquée par suite du temps mis par la requérante à déposer la plainte—La décision visée par l'art. 44(3)b)(i) de la Loi canadienne sur les droits de la personne n'a pas à être rendue judiciairement: *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada* (Commission canadienne des droits de la personne), [1989] 2 R.C.S. 879—Le devoir d'agir équitablement exige que la Commission informe les parties de la nature de la preuve—La Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière raisonnable, de bonne foi, sans aucune considération étrangère—La requérante a attendu trop longtemps pour contester la décision—Demande rejetée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 44(3)b)(i) (mod. par. L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64).

SULLIVAN C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-350-92, juge Pinard, ordonnance en date du 7-5-92, 10 p.)

## EXPROPRIATION

Action en recouvrement d'une indemnité résultant de l'expropriation par la Couronne de 19.92 hectares de terrain—Lot acheté par la demanderesse en 1978 au prix de 75 000 \$ aux fins de l'exploitation d'une gravière-sablrière—Au mois d'avril 1986, le ministre des Travaux publics a informé la demanderesse de son intention d'exproprier la partie nord-ouest dudit lot—Au mois de mai 1987, la demanderesse a signé un document d'acceptation, sans préjudice de son droit de réclamer une indemnité supplémentaire au sujet du droit exproprié, de l'offre de 65 000 \$ faite par le ministre des Travaux publics—Elle soutient que le montant ainsi offert et accepté ne correspond pas à la juste valeur de la partie expropriée de son terrain riche en gravier—Le plaidoyer de prescription invoqué par les défendeurs est irrecevable car il n'y a pas eu communication de l'acceptation de l'offre à l'auteur de l'offre avant réception par ce dernier, le 5 mai 1987, du document en question—La règle de base quant à l'indemnité d'expropriation est énoncée à l'art. 24(2) de la Loi sur l'expropriation et s'applique à la détermination de la valeur d'un droit exproprié—Le terrain acquis par la demanderesse en 1978 pour fins d'exploitation commerciale d'une gravière-sablrière n'a été exploité que dans sa partie non expropriée à compter du printemps 1983—La partie expropriée du terrain n'a jamais été exploitée—Parmi les trois techniques généralement reconnues en évaluation foncière, soit celles de la parité, du revenu et du coût, seule la parité implique des moyens de preuve directe—Lorsqu'il existe suffisamment de données comparables, la technique de la parité se révèle la preuve par excellence de la valeur marchande—Les 4 analyses effectuées par l'évaluateur des défendeurs, fondées sur seulement 7 transactions au lieu de 12, permettent d'en arriver à un prix moyen de 2 840 \$ par hectare, ce qui indique, pour le terrain exproprié de 19.92 hectares, un prix total de 56 572 \$—La valeur marchande de la propriété expropriée, en date du 20 août 1986, est, selon la Loi, de 76 500 \$—Il est préférable de considérer, à titre de transactions comparables, les seules transactions # 2, 4, 10, 17, 20, 33 et 34, pourvu qu'on leur apporte tous les ajustements appropriés—L'indemnité à laquelle avait droit la demanderesse, à la date critique du 20 août 1986, correspond strictement à la valeur marchande de la propriété expropriée, soit 76 500 \$—La demanderesse, s'étant déjà vu payer la somme de 65 000 \$, a donc droit à un résidu de 11 500 \$—Loi sur l'expropriation, S.R.C. 1970 (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 16, art. 24(2), 29(1)(a)(ii).

TEKMIN C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (T-856-88, juge Pinard, jugement en date du 8-5-92, 15 p.)

## FIN DE NON-RECEVOIR

Demande de *certiorari* annulant le refus du registraire minier par intérim d'enregistrer les claims présentés à cette fin conformément à la Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon, ainsi qu'en vue de l'obtention d'un *mandamus* obligeant le registraire minier à enregistrer les claims—L'art. 42(1) exige que le requérant qui demande l'enregistrement produise un affidavit selon la formule 1, s'il s'agit d'un claim entier, ou selon la formule 2, s'il s'agit d'un claim fractionnaire, lequel contient un paragraphe disant qu'au mieux de sa

## FIN DE NON-RECEVOIR—Fin

connaissance, le terrain compris dans les limites du claim n'est enregistré par aucune autre personne à titre de claim minier—Le requérant cherche à revendiquer une étendue de terrain libre de forme irrégulière de moins de 1 500 pieds situé entre d'autres claims—Il a délibérément planté les bornes de façon qu'elles empiètent sur les claims situés de chaque côté afin d'éviter de laisser par inadvertance une étendue de terrain libre non jalonnée, à cause de la difficulté qu'il y a à mesurer exactement les limites—Il a revendiqué un claim entier selon la formule 1—Avant d'enregistrer les claims, le registraire minier a ordonné l'inspection—Le rapport de l'inspecteur indiquait que le claim du requérant empiétait sur des claims en règle et l'enregistrement a été refusé—On a conseillé au requérant de jalonner le terrain à titre de claim fractionnaire—Avant le refus d'enregistrement, le requérant n'a pas eu l'occasion de répondre au rapport de l'inspecteur—Aucun appel contre une décision de ce genre—La pratique habituelle avant et après les événements en litige était d'accepter et d'enregistrer les claims qui, bien qu'inscrits comme claims entiers selon la formule 1, étaient des claims fractionnaires—Il a aussi été établi que pareils claims sont acceptés en vue de l'enregistrement même si les bornes sont plantées sur les claims d'autres personnes—L'art. 43 confère au registraire minier un pouvoir discrétionnaire suffisant pour permettre l'enregistrement de claims bien qu'il y ait empiètement, s'ils sont jalonnés autant que possible de la manière prescrite, si l'on tente vraiment de se conformer à toutes les dispositions de la Loi, et si l'inobservation des formalités d'enregistrement ne vise pas à induire en erreur—Demande de *certiorari* accueillie—(1) La méthode suivie ne satisfait pas aux exigences de la common law en matière d'équité—Il incombe au registraire minier par intérim de donner au requérant l'occasion de répondre aux questions soulevées dans le rapport d'inspection—(2) Les intimés ne devraient pas pouvoir s'appuyer sur les exigences techniques strictes de la Loi alors que, par le passé, le registraire minier a habituellement et légalement dérogé à ces exigences en exerçant son pouvoir discrétionnaire—Conditions s'appliquant à une irrecevabilité fondée sur une promesse bien établies: *W. and R. Plumbing & Heating Ltd. c. R.*, [1986] 2 C.F. 195 (1<sup>re</sup> inst.)—En acceptant automatiquement le surjalonnement et la présentation de claims entiers qui constituent en réalité des claims fractionnaires, le registraire minier promet en fait aux prospecteurs que les claims jalonnés de cette façon ne seront pas rejetés, mais seront l'objet d'un exercice favorable du pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 43(1)—Le requérant s'est appuyé sur la pratique et a subi un préjudice lorsque le registraire minier par intérim a subitement appliqué la Loi à la lettre sans recourir au pouvoir discrétionnaire habituellement exercé en vertu de l'art. 43(1)—Bien que le registraire minier puisse changer de méthode et ne pas exercer de la même manière le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 43, il lui incombe de faire des efforts raisonnables pour signaler aux prospecteurs son intention d'exiger qu'on observe strictement et littéralement la Loi et de ne plus déroger aux exigences, compte tenu de la pratique passée—Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon, L.R.C. (1985), ch. Y-4, art. 12, 16, 17, 39, 42, 43—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (éditée par DORS/92-43, art. 19).

AURCHEM EXPLORATION LTD. C. CANADA (T-290-92, juge Strayer, ordonnance en date du 12-5-92, 12 p.)

## FONCTION PUBLIQUE

## APPELS

Demande présentée en vertu de l'art. 28 à la suite de la décision par laquelle le comité d'appel a maintenu la recommandation voulant que la requérante soit congédiée pour cause d'incompétence—La requérante a soutenu que le comité d'appel avait violé les règles de justice naturelle en ne se rendant pas compte que son représentant était tout à fait incompetent—Cette prétention n'est pas fondée en droit—Le témoignage de la requérante était incohérent et peu convaincant—Demande rejetée.

CYRUS C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (A-223-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 28-5-92, 3 p.)

## FIN D'EMPLOI

## Stage

Action en dommages-intérêts fondée sur le congédiement injuste—Le demandeur, qui était autrefois chauffeur, a été muté latéralement à un poste de commis en mars 1983, pendant qu'il était en congé de maladie; il est retourné au travail le 19 décembre 1983—Il a initialement été informé qu'il ne serait pas assujéti à un stage—La lettre confirmant la nomination sans qu'un concours ait lieu a été envoyée le 17 janvier 1985 et disait que le poste était assujéti à un stage—Le demandeur a répondu que le stage avait pris fin sept mois plus tôt—Le rendement du demandeur était médiocre: l'employé n'avait pas le degré d'instruction voulu et prenait un nombre indu de journées de congé de maladie—Le 30 septembre 1985, le demandeur a été informé de son renvoi—Question de savoir s'il effectuait un stage au moment du renvoi—Question de savoir si l'action a été intentée dans les délais—Question de savoir si la Cour a compétence dans une action en dommages-intérêts une fois qu'une décision arbitrale a été rendue—La dispense originale de l'exigence relative au stage était valide, mais la dispense a été révoquée avec le consentement du demandeur—Le demandeur est un simulateur paresseux, qui ne s'entend pas avec son superviseur—Puisque le demandeur a intenté une action en dommages-intérêts pour délit, il est assujéti à une prescription de deux ans—La Cour n'a pas compétence lorsqu'un recours est expressément prévu par la loi, sauf par voie de contrôle judiciaire—Action rejetée—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 96(3).

GAGNÉ C. CANADA (MINISTÈRE DES AFFAIRES DES ANCIENS COMBATTANTS) (T-2412-88, juge Teitelbaum, jugement en date du 2-4-92, 43 p.)

## GRC

Appel de l'ordonnance ([1991] 1 C.F. 226 (1<sup>re</sup> inst.)), rendu par le juge désigné par le juge en chef de la Cour fédérale en application de l'art. 38(1) de la Loi sur la preuve au Canada—Question d'intérêt purement théorique puisque le plaignant a adopté la position de la Commission—Les dispositions des art. 37 et 38 de la Loi sur la preuve au Canada ont été bien

## GRC—Fin

comprises et appliquées par le juge désigné—Appel rejeté—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37, 38.

RANKIN (RE) (A-847-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 2-6-92, 2 p.)

## IMMIGRATION

Appel d'une décision de la section du statut—Les conclusions du tribunal ne sont pas déraisonnables—Le lien entre les incidents relatés par le revendicateur pour justifier sa crainte et le danger qu'il courait en appartenant à un certain groupe familial n'a pas été établi—Appel rejeté.

HERNANDEZ C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-24-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 14-5-92, 2 p.)

Appel de la décision rendue par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—La Commission n'a pas donné au demandeur «la possibilité» de présenter des observations—La demande de prorogation de délai, en vue de la préparation des observations, présentée par le demandeur n'a jamais été examinée—La date à laquelle le demandeur devait présenter ses observations n'a pas été fixée—Le demandeur n'a pas eu la chance de faire valoir son point de vue—Appel accueilli.

NIEDZIALKOWSKI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-531-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 25-5-92, 2 p.)

Appel d'une décision de la section du statut—Malgré quelques hésitations, imprécisions ou contradictions apparentes du revendicateur, les membres du tribunal ne pouvaient traiter l'ensemble de son témoignage comme étant celui d'un menteur—Ils n'ont aucunement tenu compte des éléments de preuve, y compris la preuve documentaire irréfutable, susceptibles d'appuyer ses prétentions quant au danger réel de persécution dont il pouvait être victime dans son pays à cause de sa nationalité et du groupe familial et social auquel il appartient—Appel accueilli.

DJAMA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-738-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 5-6-92, 2 p.)

Appel d'une décision de la section du statut—La preuve documentaire et l'information additionnelle obtenues par le tribunal de lui-même et après la clôture de l'audience ont influencé ses délibérations et conclusions—Celui-ci a obtenu cette preuve sans offrir aux parties de réouvrir l'audience pour la recevoir de façon formelle et sans permettre qu'elle soit contredite ou commentée en séance ouverte—Application de l'arrêt *Laval c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. 404 (C.A.)—Appel accueilli.

YOUSUF C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-823-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 5-6-92, 2 p.)

## IMMIGRATION—Suite

Appel de la décision rendue par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—La Commission n'a pas commis d'erreur de droit ou un excès de compétence susceptibles de contrôle en recevant le témoignage du caporal Ditchfield et en se fondant sur celui-ci—La Commission avait le droit d'entendre le témoignage et de se fonder sur lui si elle le jugeait pertinent, vraisemblable et digne de foi—Appel rejeté.

HUANG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1052-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 28-5-92, 1 p.)

## EXPULSION

Le requérant a sollicité l'autorisation de présenter une demande de sursis ainsi que le sursis de la mesure d'exclusion en attendant le règlement de la demande d'autorisation antérieurement présentée en vue du contrôle judiciaire de la décision rendue par le ministre au sujet de l'exécution d'une mesure d'exclusion précédemment prise, ainsi que de la décision par laquelle ce dernier avait rejeté la demande visant à obtenir le droit d'établissement pour des raisons d'ordre humanitaire—En août 1991, il a été conclu que le requérant, qui était citoyen somalien, n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le Ministère a par la suite conclu à l'insuffisance des raisons d'ordre humanitaire à l'appui d'une décision favorable—Autorisation d'interjeter appel de cette décision refusée—À la suite d'une révision, l'administration centrale a entériné la recommandation—En janvier, le requérant a été informé que la mesure d'exclusion serait exécutée—Le requérant devait être renvoyé aux États-Unis—Le requérant a déposé d'autres documents à l'appui de la demande d'examen des raisons d'ordre humanitaire en application de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration, mais le Ministère a de nouveau conclu à l'insuffisance des raisons d'ordre humanitaire—Le critère énoncé dans *Toih c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 C.F. 535 (C.A.) s'applique lorsque la demande de sursis est examinée—Demande rejetée—La demande de sursis ne soulève pas de question sérieuse à trancher—Le Ministère n'a pas agi de façon inéquitable lorsqu'il a examiné les raisons d'ordre humanitaire—L'apparence d'iniquité que le requérant a alléguée en se fondant sur la chronologie des diverses décisions est purement conjecturale car le seul élément de preuve présenté devant la Cour indique que les observations faites par le requérant et la documentation versée au dossier ont été pleinement examinés—Absence de preuve selon laquelle le Ministère adoptait une ligne de conduite «passe-partout» ou se fondait sur des directives restrictives lorsqu'il traitait les revendications présentées par des Somaliens: distinction faite avec *Pavlov c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 289 (1<sup>re</sup> inst.)—Absence de preuve de l'omission d'examiner les observations du requérant ou qu'il a été tenu compte de facteurs non pertinents lorsque les décisions ont été rendues—Le fait que la décision de la Cour n'a pas été communiquée par écrit ne soulève pas de question sérieuse puisqu'il est reconnu que celle-ci a été communiquée par téléphone—Absence de preuve de préjudice irréparable puisque le requérant doit être renvoyé aux États-Unis, où il peut demeurer de trois à six mois et d'où il sera renvoyé dans un pays sûr, si l'asile ne lui est pas accordé—Vu qu'il n'y a aucune question sérieuse ni aucune preuve de préjudice irréparable, il n'y a pas

## IMMIGRATION—Suite

lieu de surseoir à la procédure que le ministre est tenu d'appliquer conformément à la politique générale énoncée dans les lois et règlements—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19), 114(2).

QAWDAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-130, juge MacKay, ordonnance en date du 22-4-92, 10 p.)

Demande de sursis de l'exécution de l'avis d'interdiction de séjour—Les requérants sont tous des enfants d'une même famille et sont citoyens allemands—Les revendications du statut de réfugié au sens de la Convention n'ont pas un minimum de fondement—Avis d'interdiction de séjour délivrés par le tribunal constitué en vertu de la Loi sur l'immigration—La Cour a compétence pour connaître de la demande en vertu de la Loi sur la Cour fédérale—En l'espèce, la demande est liée à la demande d'autorisation d'engager une procédure de contrôle judiciaire sous le régime de l'art. 18.1 de la Loi—Dans les affaires de sursis, le critère pertinent consiste à déterminer s'il existe une question sérieuse à trancher, si le requérant subira un préjudice irréparable advenant le cas où l'ordonnance ne serait pas accordée et si la prépondérance des inconvénients favorise l'octroi de l'ordonnance—La demande d'autorisation soulève des questions sérieuses à trancher—Les requérants ne subiront aucun préjudice irréparable si la Cour n'intervient pas pour suspendre les procédures—L'avis d'interdiction de séjour ne prive les requérants d'aucun droit et ne leur cause aucun préjudice irréparable—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

DUGONITSCH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-224, juge MacKay, ordonnance en date du 10-4-92, 9 p.)

Appel de la décision par laquelle la Commission d'appel de l'immigration a conclu que l'intimée était demeurée résidente permanente et qu'elle avait compétence pour entendre l'appel—L'affaire a été examinée comme si la Loi sur l'immigration s'appliquait, telle qu'elle était en vigueur, au moment où l'intimée était revenue au Canada en 1986, et non au moment où elle avait été admise et avait quitté le Canada pendant les années 1960—Erreur de droit comme il a été jugé dans *Allen c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 243 (C.A.)—Bien qu'elle ait été légalement reçue au Canada, l'intimée n'a jamais acquis de domicile canadien ni le droit d'entrer au Canada à titre de résidente permanente sans l'autorisation du ministre—La Commission d'appel de l'immigration a commis une erreur en concluant qu'elle avait compétence pour entendre l'appel interjeté par l'intimée—Appel accueilli.

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. MEDAWI (A-373-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 27-5-92, 5 p.)

## PRATIQUE

Demande de suspension de l'enquête concernant le renvoi menée par un arbitre en attendant l'issue de la procédure de

## IMMIGRATION—Suite

contrôle judiciaire de la décision du tribunal statuant sur le minimum de fondement—À l'audience, le requérant a informé le tribunal de son intention d'invoquer un argument constitutionnel préliminaire selon lequel le retard dans le traitement de la revendication allait à l'encontre de l'art. 7 de la Charte—Le tribunal a conclu à l'absence de minimum de fondement sans entendre l'argument de nature constitutionnelle—Le tribunal a jugé que le requérant était tenu, en vertu de l'art. 57 de la Loi sur la Cour fédérale en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1992, de signifier un avis au procureur général de son intention de soulever une question constitutionnelle—Question de savoir si la Cour a compétence pour accorder la suspension lorsque la demande d'autorisation de demander le contrôle judiciaire n'a pas encore été entendue—Le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires en vertu de l'art. 18.2 n'est pas limité par la nécessité de demander l'autorisation—La Cour a discrétion pour ordonner la suspension lorsqu'une question soutenable est soulevée dans la demande d'autorisation, mais qu'elle n'aurait plus d'intérêt pratique sans la suspension—Question de savoir si l'exigence procédurale énoncée à l'art. 57 s'applique à une procédure engagée avant l'entrée en vigueur de la disposition et s'il s'agit d'une question sérieuse—L'audience tenue par le tribunal n'a pas encore pris fin—Le tribunal peut encore entendre les questions constitutionnelles, et le requérant pourrait encore signifier l'avis au procureur général—Le refus d'entendre l'affaire pourrait être assujéti au contrôle judiciaire le cas échéant—Aucun préjudice irréparable n'est causé si la suspension n'est pas accordée—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), c. F-7, art. 18.2 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 57 (mod., idem, art. 19).

HOSEIN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-187, juge MacKay, ordonnance en date du 18-3-92, 11 p.)

Demande de sursis de l'exécution d'un avis d'interdiction de séjour—Avis délivré et signifié le 7 avril 1992—L'arbitre n'a pas informé la requérante de son droit de demander le contrôle judiciaire, en violation de l'art. 36(1)b) du Règlement sur l'immigration—La requérante n'a pris des mesures en vue de contester l'avis d'interdiction de séjour que six jours avant la date prévue de départ—Demande d'autorisation de demander le contrôle judiciaire et demande de sursis déposées deux jours avant le départ—Demande rejetée—Absence de préjudice irréparable si la requérante retourne en Argentine en attendant le règlement de la demande—La demande aurait également été rejetée en raison du retard—Étant donné qu'aucun document n'a été déposé en vue de justifier le temps pris pour obtenir un avis juridique, la Cour peut avec raison refuser la procédure extraordinaire de l'audition urgente—Les demandes présentées à la dernière minute laissent à l'avocat de l'intimé peu de temps pour recevoir des instructions au sujet des faits de l'affaire—Le fait d'attendre pour présenter pareilles demandes réduit, au lieu d'augmenter, les chances de succès—Règlement sur l'immigration, DORS/78-172, art. 36(1)b) (mod. par DORS/89-38, art. 15; 89-245, art. 1).

VACCARINO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-778, juge Strayer, ordonnance en date du 9-6-92, 4 p.)

## IMMIGRATION—Suite

Appel de la décision rendue par la Section de première instance au sujet de la demande d'autorisation—La Cour d'appel n'a pas compétence pour connaître de pareil appel—Le pouvoir de suspendre une mesure de renvoi fait partie intégrante de la compétence d'entendre la demande d'autorisation, et la décision relative à la suspension ne peut pas non plus faire l'objet d'un appel—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.2(1) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1990, ch. 8, art. 54).

RAMNARINE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-453-92, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 4-5-92, 2 p.)

## STATUT DE RÉFUGIÉ

L'appelant, qui est un citoyen du Guatemala, a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention en invoquant ses opinions politiques et son appartenance à un groupe social particulier—Le formulaire de renseignements personnels (FRP) était devant le tribunal pendant l'audience et l'on y a fait allusion en posant certaines questions à l'appelant—La section du statut a conclu que l'appelant n'était pas digne de foi compte tenu des contradictions qu'on a cru déceler entre le FRP, qui n'avait pas été versé au dossier, et le témoignage de l'appelant, sur lesquelles l'attention de l'appelant n'a pas été attirée à l'audience—Appel fondé sur l'utilisation illégitime du FRP—L'art. 45(2) de la Loi sur l'immigration et l'art. 35.1 du Règlement de 1978 sur l'immigration exigent que tous les demandeurs de statut présentent le FRP à l'arbitre de l'enquête avant que la preuve ne soit reçue—Appel accueilli—Le FRP ne peut pas être admis d'office en justice—Aucune disposition législative ne prévoit que le FRP est réputé être une preuve dans une procédure devant la section du statut—La section du statut peut admettre d'office les faits généralement admissibles de même que les faits généralement reconnus et les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation conformément à l'art. 68(4) de la Loi sur l'immigration, mais le contenu du FRP, bien que contenant des renseignements personnels sur le demandeur, ne constitue pas pareille preuve—Dans ces conditions, le FRP n'est pas visé par l'art. 68(3), qui permet à la section du statut de recevoir et de fonder sa décision sur les «éléments» qu'elle juge crédibles ou dignes de foi—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 45(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14), 68 (mod., idem, art. 18)—Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/78-172, art. 35.1 (édicte par DORS/89-38, art. 14)—Règles de la section du statut de réfugié, DORS/89-103, art. 8c(i).

AQUINO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-344-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 4-6-92, 4 p.)

Appel de la décision par laquelle la section du statut a conclu que l'appelant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—La majeure partie du dossier d'appel se composait de documents établis au moment de la demande d'autorisation d'appel—Ces documents reproduisent ceux qui ont été présentés à la section du statut—Un bon nombre des documents n'existaient pas au moment où la décision contestée a été rendue—Il ne s'agit pas des documents décrits à la Règle 1305—

## IMMIGRATION—Suite

Les documents n'auraient pas dû être envoyés au greffe conformément à la Règle 1306(1)a)—La section du statut n'a pas commis d'erreur—Appel rejeté—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1305, 1306(1)a).

MOTAGHI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-355-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 26-5-92, 2 p.)

Appel de la décision par laquelle la section du statut de réfugié a conclu que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Conclusion contraire à la preuve présentée par le demandeur—En disant qu'[TRADUCTION] «il n'y avait pas lieu à poursuites», le demandeur voulait dire qu'il ne faisait l'objet d'aucune déclaration de culpabilité—Le tribunal a mal interprété ladite preuve—Appel accueilli.

WU C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-369-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 25-5-92, 2 p.)

La section du statut a conclu que l'appelant n'était pas digne de foi—La preuve documentaire montre que le Guatemala a peut-être la pire réputation quant aux droits de la personne dans les Amériques et qu'une bonne partie des activités de l'escadron de la mort est dirigée contre les étudiants, en particulier à l'université du demandeur, et même contre les étudiants qui ne sont pas des meneurs—Les conclusions de la Commission, selon lesquelles le demandeur n'était pas un meneur et n'avait pas présenté de preuve au sujet des activités des escadrons de la mort sont contraires à la preuve documentaire—Le demandeur était un membre actif bien connu d'un groupe considéré comme antigouvernemental—Le demandeur n'a pas révélé les menaces reçues aux autres membres de son groupe car il craignait les informateurs, et n'a pas non plus parlé des menaces à sa mère et à sa sœur parce qu'elles étaient des femmes—La Commission a fait remarquer que si le demandeur tenait à protéger leur tranquillité d'esprit, il n'était pas raisonnable de croire qu'il aurait continué l'activité menaçant leurs vies—Un conseil gratuit de lâcheté considéré comme la seule norme de conduite n'est pas une réflexion objective de la Commission—Il en va de même pour la conclusion de la Commission selon laquelle on s'attendrait à ce qu'une personne se cache dans un pays comme le Guatemala où les droits de la personne ne sont pas respectés—La Commission a fondé sa décision sur des conclusions de fait erronées tirées d'une manière absurde ou arbitraire en vertu de l'art. 82.3 de la Loi sur l'immigration—Appel accueilli—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.3 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1990, ch. 8, art. 55).

GIRON C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-387-89, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 28-5-92, 4 p.)

Appel de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que l'appelant n'était pas réfugié au sens de la Convention—La Commission a conclu que les risques auxquels le demandeur s'exposerait en rentrant au Sri Lanka étaient réels et accablants—La Commission

**IMMIGRATION—Fin**

a commise une erreur en disant que l'appelant n'éprouvait pas de crainte objective d'être persécuté du fait de sa race—Appel accueilli.

VEERAVAGU C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-630-89, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 27-5-92, 3 p.)

Demande d'annulation de la décision rendue par la section du statut—Il a été jugé que le requérant était un témoin digne de foi—Le tribunal devait reconnaître qu'il existait des éléments de preuve à l'appui du caractère raisonnable de la crainte subjective du requérant—Le tribunal a évalué et apprécié la preuve en dépassant les limites fixées par la loi—Demande accueillie.

WILLIAMS C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1295-91, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 12-5-92, 2 p.)

Appel de la décision par laquelle la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que les appelants n'étaient pas réfugiés au sens de la Convention—La section du statut a conclu que la revendication n'avait pas un minimum de fondement conformément à l'art. 69.1(12) de la Loi sur l'immigration—L'art. 82.3(1) prévoit qu'aucun appel ne peut être interjeté à la Cour d'appel fédérale si la section du statut décide, conformément à l'art. 69.1(12), que la revendication n'a pas un minimum de fondement—Le juge qui a accordé l'autorisation n'a pas tenu compte de l'application de l'art. 82.3—Les appelants n'ont pas montré que la Cour avait compétence pour entendre l'appel—Avis d'appel annulé—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2, art. 69.1(12) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18), 82.3(1) (édicte, idem, art. 19).

TELLEZ C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-187-92, juge Mahoney, J.C.A., ordonnance en date du 9-4-92, 3 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****NON-RÉSIDENTS**

Actions visant à faire annuler les cotisations d'impôt de non-résident pour les années d'imposition 1987, 1988 et 1989 de la demanderesse—La demanderesse est une société forestière de la Colombie-Britannique—La demanderesse Norsk Pacific Steamship Company Ltd. (Norsk), une corporation constituée aux Bahamas et résidant aux États-Unis pendant les années en litige, a loué des barges à la demanderesse—La demanderesse a retenu de l'impôt sur les paiements de location, au taux de 10 %, conformément aux dispositions de la Convention fiscale Canada-États-Unis s'appliquant aux résidents américains—Étant donné que le MRN a considéré que Norsk ne résidait pas aux États-Unis, il a établi l'impôt contre la demanderesse par suite de son omission de verser l'impôt de non-résident—Les paiements de location versés par la demanderesse à Norsk sont des «loyers, redevances et autres paiements» assujettis à une retenue d'impôt canadienne de 25 % en

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

vertu de la Loi sur l'impôt sur le revenu—Question de savoir si Norsk est un «résident» des États-Unis en vertu de la Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts—La question de savoir si Norsk est assujettie à l'impôt aux États-Unis est un point qui concerne la législation américaine—La Convention doit être considérée comme étant la loi des États-Unis—En common law, ce qu'entend le droit étranger (c'est-à-dire le droit américain) est une question de fait—Norsk est une corporation étrangère aux États-Unis et est redevable de l'impôt sur le revenu dans ce pays comme s'il s'agissait d'une corporation interne—Le fait que le siège social et le siège de direction de Norsk sont situés aux États-Unis constitue un critère fondamental permettant de déterminer si elle exploite une entreprise ou un commerce aux États-Unis—Il n'est pas nécessaire qu'une corporation soit résidente pour pouvoir être considérée comme telle en vertu du traité—La corporation peut être un «résident» au sens de la Convention si elle est assujettie à l'impôt aux États-Unis en vertu de la législation américaine—L'expression «en raison de» figurant à l'art. IV.1 de la Convention est une expression clé qui est délibérément moins précise que les expressions «strictement en fonction de», «en ce qui concerne uniquement [ces critères] et nul autre» ou «littéralement et exclusivement en fonction de»—Les mots «en raison de [les facteurs indiqués] ou de tout autre critère de nature analogue» devraient être interprétés logiquement, comme visant un but précis—L'interprétation stricte des conventions fiscales a été rejetée par la jurisprudence—L'interprétation libérale doit habituellement être donnée aux dispositions d'exemption d'une convention fiscale internationale—L'expression «siège de direction» figurant à l'art. IV.1 évoque un autre «critère de nature analogue», soit le lieu d'exploitation du commerce ou de l'entreprise—Norsk est un «résident» des États-Unis au sens de l'art. IV.1 de la Convention parce qu'elle est assujettie à l'impôt en vertu de la loi américaine en raison de son siège de direction ou du lieu où elle exploite son commerce ou son entreprise aux États-Unis—Actions accueillies—Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts, S.C. 1984, ch. 20, annexe I, art. IV.1.

CROWN FOREST INDUSTRIES LTD. C. CANADA (T-2342-90, T-2343-90, T-2344-90, juge Muldoon, jugement en date du 2-4-92, 15 p.)

**PRATIQUE**

Requête en radiation de la déclaration—Action principale en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire et d'une injonction contre l'action en recouvrement—En mars 1985, le ministre a émis une cotisation; en juillet 1985, il a intenté une action en recouvrement—La contribuable n'a pas déposé d'avis d'opposition—Puisque la Loi prévoit expressément un appel des cotisations, la Cour n'a pas compétence pour connaître de la demande de contrôle fondée sur l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale: *La Reine et autres c. Optical Recording Laboratories Inc.* (1990), 90 DTC 6647 (C.A.F.)—Demande accueillie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 29 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 51, art. 12).

BRL BIOMEDICAL LTD C. CANADA (T-1206-91, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 1-5-92, 3 p.)



## JUSTICE CRIMINELLE ET PÉNALE

Action en jugement déclaratoire portant que le ministre de la Justice n'a pas dûment examiné la demande de clémence en vertu de l'art. 617 du Code criminel—Le demandeur a été déclaré coupable de nombreux chefs de viol, de tentative de viol et d'attentat à la pudeur; il a été déclaré délinquant dangereux et a été condamné à une peine d'emprisonnement pour une période indéterminée—Les appels des déclarations de culpabilité ont été rejetés pour défaut de poursuite—Les ministres successifs de la Justice ont refusé d'exercer les pouvoirs conférés par l'art. 617 du Code criminel—Le demandeur a allégué que les déclarations de culpabilité étaient fondées sur des éléments de preuve fabriqués et sur un faux témoignage le désignant à tort comme étant l'auteur des infractions—Il a allégué l'existence d'un complot visant à fabriquer la preuve, et en particulier que des photographies avaient été prises pendant une séance d'identification de la police, lesquelles auraient été arrangées—Il a allégué que les ministres avaient eu tort de ne pas tenir compte des nouveaux éléments de preuve concernant la preuve fabriquée, de ne pas lui permettre de faire des observations orales au sujet des demandes de clémence et de ne pas obtenir et examiner les transcriptions du procès et de l'audience sur le prononcé de la sentence—Action rejetée—L'art. 617 permet au ministre d'ordonner la tenue d'un nouveau procès ou d'une nouvelle audience, mais le demandeur cherche à obtenir un *mandamus* enjoignant au ministre d'examiner dûment la demande de clémence, un jugement déclaratoire disant que la condamnation et la détention sont illégales ainsi que des réparations sous le régime de l'art. 24 de la Charte—Les décisions rendues par le ministre en vertu de l'art. 617 sont susceptibles de contrôle—L'examen des transcriptions du procès, de l'enquête préliminaire et de la procédure relative au prononcé de la sentence ainsi que des agrandissements de la photographie qui aurait été altérée révèle que les plaintes ne sont pas fondées—Le demandeur s'est contredit au sujet de sa participation à la séance d'identification—Aucune accusation n'a été portée à la suite de la séance d'identification—La Couronne n'a pas utilisé la photographie au procès, mais le demandeur l'a produite et a allégué qu'elle était fabriquée—Le demandeur n'a pu présenter aucune opinion d'expert disant que la photographie était fabriquée et celle-ci n'était pas un élément de preuve crucial au procès—Rien n'étaye l'allégation selon laquelle les examens des demandes de clémence n'ont pas dûment été faits—Les ministres ne sont pas tenus d'examiner les documents qu'un requérant ne présente pas—Les transcriptions sapent la preuve du demandeur plutôt que de l'étayer—*Wilson c. Ministre de la Justice*, [1983] 2 C.F. 379 (1<sup>re</sup> inst.); [1985] 1 C.F. 586 (C.A.) et *R. v. Wilson* (1987), 46 Man. R. (2d) 169 (C.A.) selon lesquels on ne viole pas l'obligation d'agir de façon équitable en ne permettant pas au requérant visé par l'art. 617 de faire des observations orales—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. 24—Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 617, 688.

HENRY C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE) (T-995-85, juge Reed, jugement en date du 15-5-92, 12 p.)

## LANGUES OFFICIELLES

Demande de prorogation du délai dans lequel la procédure pourra être engagée—En vertu de l'art. 77(2) de la Loi sur les langues officielles, le recours visé par l'art. 77(1) doit être formé dans les soixante jours qui suivent la communication au plaignant des conclusions de l'enquête menée par le commissaire aux langues officielles—Plainte datée du 21 février 1990—L'avis des conclusions de l'enquête, en date du 14 mars 1991, a été reçu le 23 mars 1991—Le délai dans lequel la procédure devait être engagée a expiré le 22 mai 1991—Le 21 juin 1991, le demandeur, qui agissait pour son propre compte, a déposé un avis de requête en vue de la prorogation du délai dans lequel le recours pouvait être formé—Le retard a été expliqué par le fait que le demandeur n'était pas représenté par un avocat et croyait que le délai ne courait que durant les jours ouvrables—Demande rejetée—La lettre du 14 mars indiquait clairement que le demandeur disposait de 60 jours à compter de la date où il recevait la lettre pour former le recours—Le pouvoir discrétionnaire que possède la Cour de proroger le délai dans lequel le recours peut être formé en vertu de l'art. 77 doit être exercé d'une manière judicieuse—Il faut donner une raison valable de ne pas avoir engagé des procédures judiciaires dans le délai fixé—Le demandeur n'est pas avocat, mais il s'agit d'une personne instruite qui aurait dû comprendre la lettre l'informant qu'il disposait de 60 jours à compter de la date de la réception de la lettre pour former le recours; sinon, il aurait dû consulter un avocat—Même si le délai visait uniquement les jours ouvrables, le délai serait expiré depuis le 14 juin 1991—S'il était fait droit à la demande, les défendeurs subiraient un préjudice parce qu'ils devraient engager des frais considérables pour se défendre—La justice est mieux servie si la demande n'est pas accueillie car il faut donner un sens à l'art. 77—Accueillir la demande parce que le demandeur n'a pas compris le sens de la lettre du 14 mars aurait pour effet de ne donner aucun sens à l'art. 77—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31, art. 77.

ÉTIENNE C. CANADA (T-1622-91, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 19-5-92, 8 p.)

## MARQUES DE COMMERCE

## PRATIQUE

Appel de l'ordonnance du protonotaire adjoint permettant le contre-interrogatoire de l'auteur de l'affidavit concernant l'orientation et la configuration des têtes de coupe dans les rasoirs rotatifs à trois têtes de l'intimée—Demande de radiation des marques de commerce de l'intimée destinées à être employées en liaison avec les rasoirs rotatifs à trois têtes fondée sur le motif qu'elles sont sans objet puisqu'elles sont de nature «fonctionnelle» et ne sont plus distinctives—Les requérants ont produit l'affidavit du dessinateur industriel disant que la configuration équilatérale à trois têtes constitue le meilleur modèle fonctionnel—L'intimée a produit un affidavit disant que cette configuration n'est ni la seule ni la meilleure configuration—L'art. 59(3) de la Loi sur les marques de commerce prévoit que lorsqu'une demande est faite selon l'art. 57 par la production d'un avis de requête, les procédures sont entendues et décidées par voie sommaire sur une preuve pro-

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

duite par affidavit à moins que le tribunal n'en ordonne autrement—Le contre-interrogatoire n'est pas autorisé à moins que les affidavits ne soient ambigus ou qu'il n'existe un motif de conclure que le contre-interrogatoire permettrait d'obtenir les éléments de preuve nécessaires en vue du règlement de la demande—En vertu de la Règle 704(7), la permission de contre-interroger qui que ce soit au sujet d'un affidavit doit être demandée—La partie qui cherche à obtenir la permission de contre-interroger doit montrer qu'il existe des circonstances spéciales justifiant le contre-interrogatoire—Pour établir s'il y a lieu d'accorder la permission de contre-interroger, les principes suivants sont pris en considération: la partie qui veut contre-interroger ne doit pas être autorisée à contre-interroger sur les points qu'elle connaît; le contre-interrogatoire prévu par la Règle 704 ne doit pas devenir un interrogatoire préalable; le contre-interrogatoire peut être autorisé au sujet des points ambigus et pour établir le parti pris d'un expert—Appel rejeté—La question des orientations et configurations possibles des trois têtes de coupe est pertinente et importante en ce qui concerne l'allégation selon laquelle la configuration équilatérale ne constitue pas la meilleure disposition—La portée des points qu'il est permis d'aborder dans le cadre du contre-interrogatoire est suffisamment étroite pour empêcher l'interrogatoire préalable—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 704(7)—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 57, 58, 59(3).

REMINGTON RAND CORP. C. PHILIPS ELECTRONICS N.V.  
(T-1695-91, juge Rouleau, ordonnance en date 11-5-92,  
8 p.)

**RADIATION**

Requête en radiation de l'enregistrement de la marque de commerce n° 364 401 de l'intimée—La société requérante fabrique et vend des produits de couverture et matériaux connexes—La société intimée distribue et vend des ampoules d'éclairage dans un emballage—Dans les affaires de radiation, il doit y avoir confusion réelle ou vraisemblable entre la marque de la requérante et la marque enregistrée de l'intimée—En l'espèce, l'existence d'une confusion réelle ou vraisemblable n'a pas été établie—Absence de similitude entre les produits de couverture fabriqués et vendus par la requérante et les ampoules d'éclairage vendues par les intimées—Il est peu probable que les marchandises des parties soient offertes en vente aux consommateurs dans un contexte de concurrence—Requête rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(2), (5).

TAMKO ASPHALT PRODUCTS, INC. C. TAMKO, INC.  
(T-1239-91, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en  
date du 8-4-92, 4 p.)

Appel du jugement de première instance accueillant l'appel de la décision du registraire des marques de commerce radiant l'enregistrement de la marque de commerce «CLUB» conformément à l'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce—Appel rejeté—Le juge n'a pas commis d'erreur manifeste en concluant que l'intimée avait montré qu'elle avait été la première à utiliser la marque au Canada—Il n'a pas commis d'er-

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

reur de droit en se fondant sur des éléments de preuve constituant en partie du oui-dire tendant à établir que les marchandises de l'intimée étaient disponibles et offertes en vente sur une base commerciale pendant toute la période où aucune vente n'a réellement eu lieu—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45.

JOHN LABATT LTD. C. COMPAGNIES MOLSON LTÉE  
(A-1144-88, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du  
4-6-92, 2 p.)

**PÉNITENCIERS**

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance obligeant les intimés à respecter le délai prévu par la Directive du commissaire en vue du traitement des demandes de transfèrement—La directive exige qu'une décision soit prise dans un délai de 45 jours—Les directives du commissaire n'ont pas force de loi, mais sont des instructions aux fonctionnaires au sujet de la façon de s'acquitter de leurs fonctions—La seule obligation est celle d'assurer une administration équitable et impartiale.

KELLY C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (T-2984-91, juge  
Joyal, ordonnance en date du 6-5-92, 5 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES****TERRES**

Demande d'injonction interlocutoire empêchant la signature de baux tant que les questions soulevées dans la déclaration n'auront pas été tranchées—Les baux des terres de la réserve cédées à titre de lotissements pour chalets n'avaient pas été modifiés depuis 1971—À l'expiration des baux antérieurs, toutes les parties ont indiqué qu'elles voulaient conclure de nouveaux baux—Des négociations ont eu lieu en vue de conclure de nouveaux baux de 20 ans, mais la défenderesse a rédigé un nouveau bail qui, selon les demandeurs, était inadéquat en ce qui concerne les droits des propriétaires de chalets de négocier un loyer correspondant à la juste valeur marchande, l'accès à la plage et le droit de premier refus—D'autres questions se posent, et notamment celles de savoir si la défenderesse est tenue de produire les évaluations et si elle est autorisée à imposer un délai en vue de la signature des baux—Demande accueillie—Il existe des questions de droit sérieuses à trancher—Quant à la prépondérance des inconvénients, étant donné que les propriétaires de chalets ont érigé des structures qui ne sont pas facilement amovibles, il vaut mieux maintenir le statu quo—Les points litigieux sont importants pour les autres bandes également—Un bref retard ne comporte que de légers inconvénients pour la défenderesse—Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6.

SAUGEEN COTTAGERS ORGANIZATION INC. C. CANADA  
(T-515-92, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en  
date du 2-6-92, 4 p.)

## PRATIQUE

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE  
PRÉALABLE*Production de documents*

Requête présentée par la demanderesse dans une action concernant des marques de commerce pour que la requête soit entendue à huis clos, pour que certaines parties de documents à produire soient désignées comme secrètes et pour que la suspension antérieure soit levée sur production des documents non désignés comme secrets—Les ordonnances antérieures enjoignaient la production des documents et suspendaient les procédures en attendant la production, la Cour devant rendre une ordonnance *ex parte* désignant certains documents comme étant en totalité ou en partie secrets—Les documents concernant un contrat de licence entre Miller et Carling O'Keefe—La requête a été entendue à huis clos à cause du caractère confidentiel des documents—Les suppressions portaient sur les redevances, les dates de renouvellement et de résiliation ainsi que les prévisions de ventes—Les suppressions étaient nécessaires en raison de la nature confidentielle de la documentation—De toute évidence, les passages ne se rapportaient pas aux questions en litige—Demande accueillie.

MOLSON BREWERIES C. LABATT BREWING CO. (T-724-92, juge Cullen, ordonnance en date du 28-4-92, 6 p.)

## FRAIS ET DÉPENS

Taxation entre parties à la suite d'une requête de la défenderesse en radiation de la déclaration—Le demandeur conteste chacun des items du mémoire de frais présenté par la défenderesse, sauf les débours—Seul l'item 3 est alloué intégralement—Les honoraires sont établis à 375 \$ et les débours à 65,58 \$—Bien qu'étant accessible, la Cour n'est pas gratuite et il n'existe pour le moment aucune façon d'être exempté des dépens accordés par la Cour—Les frais sont taxés et alloués à 440,58 \$.

CHAPERON C. CANADA (T-2327-91, officier taxateur Bonin, taxation en date du 21-2-92, 3 p.)

## JUGEMENTS ET ORDONNANCES

*Annulation ou modification*

Demande présentée par la défenderesse en vue de faire modifier l'ordonnance selon laquelle les documents ne devraient être reconnus secrets qu'à la suite d'une ordonnance *ex parte* de la Cour, pour qu'il soit stipulé qu'aucun document pertinent ne devrait être désigné et pour que des motifs soient fournis à l'appui de la désignation—La requérante n'est pas visée par la Règle 337(5)b) étant donné que l'ordonnance rendue était exactement celle qu'on entendait rendre et qu'on n'a pas négligé ou accidentellement omis de traiter d'une question—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 337(5)b).

MOLSON BREWERIES C. LABATT BREWING CO. (T-724-92, juge Cullen, ordonnance en date du 23-4-92, 4 p.)

## PRATIQUE—Suite

Demande présentée en vertu de la Règle 330 en vue de l'annulation du jugement définitif rendu en l'espèce—La Règle 330 s'applique aux ordonnances rendues à la suite de demandes ou de requêtes, et non aux jugements définitifs de la Cour—La Cour est dessaisie de l'affaire, et n'a pas compétence pour connaître de la demande en l'espèce—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 330.

LABRIE C. UNIFORMES TOWN & COUNTRY INC. (A-80-89, juge Décary, J.C.A., ordonnance en date du 3-6-92, 3 p.)

## MODIFICATION DES DÉLAIS

Requête interlocutoire en vue de la prorogation du délai de dépôt de la réponse, de la contestation liée ou de la modification de la déclaration—Demande accueillie, les dépens devant suivre l'issue de l'affaire—La Cour ne peut pas tirer des conclusions importantes dans le cadre d'une requête interlocutoire—Toutes les questions plaidées par la requérante devraient être débattues devant la Cour dans le cadre d'un procès complet—Même si l'intimée avait demandé la radiation de la déclaration si celle-ci avait contenu les allégations maintenant faites en réponse, pareille demande n'aurait peut-être pas été accueillie puisqu'il doit être évident qu'il n'existe aucune cause d'action dans les allégations plaidées—Dans une affaire de la C.-B. où l'on a demandé au ministre d'appliquer la loi concernant le magasinage outre-frontière, le juge Strayer a jugé que le ministre possédait un pouvoir discrétionnaire—Le libellé de la Loi sur les douanes et de la Loi sur l'accise est presque identique—La requérante doit déposer une nouvelle déclaration contenant l'allégation faite dans la réponse, et l'intimé pourra déposer une nouvelle défense.

WEA MUSIC OF CANADA LTD. C. CANADA (T-1532-89, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 4-6-92, 4 p.)

Requête en prorogation du délai imparti par l'art. 12(1) des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration pour la signification à l'intimé de la demande d'autorisation d'appel du requérant—La partie qui fait diligence se verra normalement accorder par la Cour une prorogation du délai imparti pour la signification d'un document, si elle en fait la demande—Le requérant en l'espèce a fait diligence et sa demande de prorogation lui est accordée—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/89-26, art. 12(1) (mod. par DORS/91-698, art. 10).

DHILLON C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-A-2342, juge Décary, J.C.A., ordonnance en date du 28-5-92, 4 p.)

## PLAIDOIRIES

*Requête en radiation*

Dans la déclaration, le demandeur réclame 50 millions de dollars [TRADUCTION] «à titre d'honoraires que lui devait la défenderesse pour avoir participé à des opérations de lutte contre la drogue» et 179 000 dollars à titre de remboursement des dépenses—La défenderesse sollicite une ordonnance radiant la déclaration ou enjoignant au demandeur de modifier la déclara-

## PRATIQUE—Suite

tion ou de donner des détails plus amples et plus précis—Le demandeur est tenu sur le plan juridique de faire connaître à la défenderesse le fondement de sa demande et de fournir les détails permettant à celle-ci de connaître la preuve à laquelle elle doit répondre—Il incombe au demandeur de faire connaître sa preuve dans la déclaration compte tenu des faits dont il a connaissance—Radier la déclaration serait injuste puisque le demandeur croit avoir une cause ou des causes d'action—Étant donné qu'un plus grand nombre de détails sont nécessaires, le demandeur devra déposer une nouvelle déclaration—La défenderesse dispose de 20 jours francs à compter de la signification de la nouvelle déclaration pour déposer sa défense—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419.

LENHARDT C. CANADA (GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) (T-320-92, juge Cullen, ordonnance en date du 20-5-92, 7 p.)

Requête en radiation de la défense pour le motif qu'elle ne relève aucune cause raisonnable de défense, que la défense n'est pas pertinente et qu'elle est redondante, scandaleuse, futile ou vexatoire, qu'elle peut causer préjudice ou gêner la tenue d'un procès équitable et qu'elle constitue un emploi abusif des procédures—Requête rejetée, mais certaines parties de paragraphes sont radiées avec permission de déposer une nouvelle défense.

SAMSONITE CANADA INC. C. COSTCO WHOLESALE CORP. (T-500-92, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 2-6-92, 4 p.)

## SUSPENSION D'INSTANCE

Demande présentée par la demanderesse en vue de la suspension en attendant l'issue de l'action entre les mêmes parties devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique—L'action a été intentée il y a six ans—L'action en C.-B. a été intentée il y a trois mois—L'art. 21(2) de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif prévoit qu'une cour provinciale n'a pas compétence pour connaître d'une procédure lorsqu'une action est en instance devant la Cour fédérale—Il incombe au requérant de prouver a) que la continuation de l'action entraînerait une injustice, et b) que la suspension ne causerait pas d'injustice à l'autre partie: *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) et autres* (1987), 12 F.T.R. 34 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Il n'a pas été montré que l'intérêt de la justice serait mieux servi si la procédure n'était pas continuée—Demande rejetée—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 21(2) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 28).

BANDE INDIENNE MUCHALAHT C. CANADA (T-2283-86, juge Pinard, ordonnance en date du 7-5-92, 3 p.)

Aucune demande officielle n'a encore été présentée à la Commission canadienne des pensions en vue de la détermination du droit de demandeur à une compensation—La lettre du vice-président de la Commission ne constitue pas une décision ou un jugement, la Commission ayant «compétence exclusive» conformément aux art. 12 et 14 de la Loi sur les pensions pour examiner et trancher l'affaire—Demande accueillie—Nulle

## PRATIQUE—Suite

action ne peut être intentée contre la Couronne lorsqu'une pension a été payée ou est payable en vertu de la Loi sur les pensions ou de quelque autre loi fédérale—L'intérêt de la justice exige la suspension des procédures tant qu'une demande officielle n'aura pas été présentée à la Commission et que la Commission n'aura pas rendu une décision définitive à ce sujet—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 12 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 37, art. 6), 14 (mod. par L.C. 1990, ch. 43, art. 4), 79, 111—Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 20), 9—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50(1)b)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 474(1)a).

KING C. CANADA (T-1437-91, juge Pinard, ordonnance en date du 13-5-92, 2 p.)

Novopharm, qui n'est pas partie à cette demande présentée en vue de l'obtention d'un *mandamus*, a demandé la suspension des procédures en attendant l'issue de l'appel interjeté à la suite du rejet de la demande qu'elle avait présentée en vue d'être jointe à titre d'intervenante—Novopharm soutient que ses intérêts commerciaux vitaux seront lésés si la demande de *mandamus* est accueillie et que le milieu canadien de la réglementation en matière de nouvelles drogues afférentes au testage de la biodisponibilité se trouve en conséquence substantiellement changé—Demande rejetée—Les principes dont il faut tenir compte pour déterminer si l'octroi d'une suspension des procédures est dans l'intérêt de la justice sont énoncés dans *Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy* (1987), 17 C.P.C. (2d) 262 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—L'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder la suspension n'est pas clairement indiqué en l'espèce—Le refus d'accorder la suspension ne cause pas à Novopharm une injustice abusive ou vexatoire—Si le *mandamus* était accordé, les questions que Novopharm cherche à faire résoudre dans l'appel devant la Cour d'appel ne deviendraient pas futiles car la Cour d'appel pourrait prévoir l'exercice du droit d'agir comme intervenant par voie d'appel ou autrement à la suite de toute ordonnance rendue au sujet de la demande de *mandamus*—L'octroi de la demande de *mandamus* ne causerait pas d'injustice et ne serait pas abusive ou vexatoire à l'endroit des intérêts de Novopharm puisque Apotex ne cherche pas à contrôler la procédure suivie par le ministre et par le Ministère, sauf dans la mesure où elle cherche à faire respecter l'obligation publique imposée par la loi, dont le ministre doit s'acquitter envers Apotex et qu'il refuse apparemment de respecter—L'octroi de la suspension constituerait une injustice envers Apotex puisqu'on remettrait à plus tard l'exercice du droit de demander le contrôle judiciaire de la décision, qui constitue apparemment un refus de s'acquitter de l'obligation imposée par la loi—La requérante n'a pas établi que l'intérêt de la justice exige la suspension des procédures—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.

APOTEX INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1877-91, juge MacKay, ordonnance en date du 1-6-92, 6 p.)

Demande présentée par la défenderesse en vue de la suspension de l'instance pour le motif que dans l'ordonnance du 22 avril 1992 dans laquelle il levait la suspension, le juge des requêtes a omis de se conformer à l'ordonnance du 14 avril 1992 imposant la suspension—Question de savoir si le

**PRATIQUE—Fin**

juge des requêtes était dessaisi de l'affaire ou s'il pouvait modifier l'ordonnance—L'ordonnance devrait être contestée devant la Cour d'appel, et non devant le juge de première instance—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50(3).

MOLSON BREWERIES C. LABATT BREWING CO. (T-724-92, juge Rouleau, ordonnance en date du 1-5-92, 2 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande d'annulation d'une décision rendue par le CCRT accreditant l'intimé, SCFP, à titre d'agent négociateur des débardeurs des ports de Trois-Rivières et de Bécancour—Avis introductif d'instance déposé par la requérante (TPQ) en vertu de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale à l'encontre de l'ordonnance du Conseil—En raison de la clause privative à l'art. 22 du Code canadien du travail, la Cour ne peut intervenir que si le Conseil «n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a de quelque manière outrepassé sa compétence ou refusé de l'exercer»—La requérante a invoqué trois motifs d'annulation de l'ordonnance du Conseil—Selon le premier motif, le Conseil aurait excédé sa compétence en n'analysant pas le caractère approprié de l'unité d'accréditation proposée—La Cour ne peut imposer des exigences que la loi n'impose pas ni substituer sa propre discrétion à celle du Conseil—Il y a eu enquête quoique peu élaborée—La requérante a eu l'occasion de faire valoir ses moyens—La décision attaquée en l'espèce n'est pas laconique au point de n'être pas motivée—Le Conseil n'a tout simplement pas retenu les prétentions de TPQ—Selon le deuxième motif, le Conseil aurait excédé sa compétence en

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

accordant une requête en accréditation qui était dirigée contre le mandataire désigné par les employeurs plutôt que contre les employeurs eux-mêmes—L'Association des employeurs maritimes (AEM) n'est pas à proprement parler un «employeur» au sens de l'art. 3(1) du Code—Une accréditation accordée en vertu de l'art. 34 du Code vise «plusieurs employeurs» qui sont les employeurs des employés du secteur en cause dont les droits sont affectés par l'accréditation—Le Conseil a commis une erreur de droit manifestement déraisonnable en reconnaissant à un mandataire un statut d'employeur qu'il ne saurait avoir aux fins d'une demande d'accréditation—Quant au troisième motif, le Conseil aurait fait défaut d'exercer sa compétence quand, une fois la nouvelle accréditation accordée, il n'a pas ordonné aux employeurs de se désigner un mandataire—L'art. 34 du Code établit un mécanisme en trois étapes—En l'espèce, le Conseil n'a prononcé qu'une seule ordonnance accreditant l'agent négociateur, et s'est contenté de constater, dans un «attendu», que l'AEM «demeure le mandataire de la majorité des employeurs»—L'argument de commodité administrative ne peut être invoqué pour justifier la pratique suivie par le Conseil—Cette pratique est incompatible avec celle prescrite par le Code et viole les principes les plus élémentaires de la justice naturelle—L'ordonnance ne pouvait être adressée qu'aux employeurs eux-mêmes, individuellement—Deux ordonnances auraient dû être prononcées—Demande accueillie—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 3(1), 22, 34—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.

TERMINAUX PORTUAIRES DU QUÉBEC INC. C. SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION PUBLIQUE (A-178-91, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 16-4-92, 15 p.)

# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne sont pas retenues pour publication intégrale ou abrégée dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada. 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.

## ANIMAUX

Demande, dans le cadre de l'action principale en vue de l'obtention d'un bref de prérogative, en vue de la suspension de l'exécution de l'ordonnance de l'intimé concernant la destruction du troupeau de la requérante, lequel était atteint d'une maladie—La chose ne donne pas lieu à un préjudice irréparable qui ne peut être indemnisé par des dommages-intérêts—Les intimés sont réputés être de bonne foi dans l'exercice légitime des pouvoirs conférés par la loi—L'intérêt public doit prévaloir—Demande rejetée.

FUNDY DEER FARMS LTD. C. CANADA (DIRECTEUR, HYGIÈNE VÉTÉRINAIRE, RÉGION DE L'ATLANTIQUE, AGRICULTURE CANADA) (T-1618-92, juge Joyal, ordonnance en date du 13-7-92, 3 p.)

## BREVETS

### CONTREFAÇON

Compte rendu des bénéfices—La défenderesse avait passé un contrat en vue de l'installation d'une conduite de transport de gaz sous le Saint-Laurent en contrepartie de la somme de 4 529 000 \$—Une fois les frais payés, les bénéfices totaux étaient de 2 934 205 \$—À l'instruction, il a été jugé qu'en employant le procédé décrit comme étant l'alsage simultané du trou de guidage par un aléueur fixé à l'extrémité sud du tube de surforage, opération combinée au rappel du tube de surforage et de la conduite de transport de gaz fixée à l'arrière de l'aléueur au moyen d'une rotule, la défenderesse avait contrefait le brevet—Les demanderesses ont choisi un compte rendu des bénéfices—L'arbitre a interprété le jugement comme signifiant que l'installation du tube de surforage avant le rappel était un acte de contrefaçon tandis que la mise en place initiale du train de sonde ne l'était pas—Il a examiné la répartition des bénéfices totaux entre les diverses activités—Cela laisse entendre que l'arbitre séparait du reste les bénéfices liés au train de sonde et ne les adjugeait pas, mais il ne l'a apparemment pas fait—L'arbitre a décidé que le juste calcul des bénéfices serait la différence entre les bénéfices réels acquis et ceux qui auraient été acquis en recourant à la méthode non contrefaite que le contrefacteur aurait été le plus susceptible d'employer ou à la méthode non contrefaite la plus lucrative qu'il pouvait utiliser, qui en l'espèce étaient les mêmes—Il a été jugé que la défenderesse ne s'était pas acquittée de l'obligation qui lui incombait de prouver combien coûterait l'autre méthode—

## BREVETS—Suite

L'arbitre a conclu que toute somme réservée au titre d'éventualités aurait servi à corriger les contretemps auxquels on pouvait s'attendre en utilisant la méthode de recharge—Il a considéré le total des bénéfices comme étant réalisés par la défenderesse à la suite des actes de contrefaçon—L'arbitre a refusé d'accorder les intérêts avant jugement, mais a accordé les sommes découlant de la réutilisation des bénéfices—Il a recommandé que les gains réalisés sur les bénéfices découlant du contrat soient réputés être des intérêts au taux préférentiel bancaire depuis la date à laquelle le contrat avait été exécuté jusqu'à celle du jugement définitif, composés annuellement—La défenderesse interjette appel du rapport du protonotaire adjoint et les demanderesses cherchent à obtenir son exécution—La défenderesse allègue que l'arbitre a commis une erreur (1) en traitant les bénéfices découlant de toute l'opération d'installation comme les bénéfices résultant de la contrefaçon; (2) en rejetant la preuve qu'elle avait présentée au sujet de la faisabilité et du coût d'autres méthodes non contrefaites d'installation de la conduite de transport de gaz, omettant ainsi de conclure que les seuls bénéfices dont la défenderesse devait rendre compte étaient les économies qu'elle avait réalisées en employant une méthode contrefaite plutôt que d'autres méthodes; (3) en adjugeant des intérêts avant jugement—Lorsque le rapport de l'arbitre fait l'objet d'un appel en vertu de la Règle 506, la Cour ne devrait modifier ce rapport que s'il est manifestement erroné—Le juge devrait faire preuve d'une déférence raisonnable à l'égard des conclusions de fait que le protonotaire a tirées en se fondant sur son évaluation de la crédibilité, mais lorsque le protonotaire a exercé un pouvoir discrétionnaire, le juge n'est pas lié par l'opinion du protonotaire et doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire—(1) L'arbitre n'a commis aucune erreur de principe en traitant tous les bénéfices découlant du contrat comme résultant de la contrefaçon—D'après les dispositions du jugement, l'exécution tout entière du contrat doit être traitée comme une contrefaçon—(2) Les bénéfices doivent être déterminés en comparant la méthode contrefaite effectivement employée à toute autre méthode qui aurait très probablement pu être utilisée: *Siddell v. Vickers* (1892), 9 R.P.C. 152 (C.A. Ang.)—Le fait que l'arbitre n'a pas voulu choisir entre les deux critères n'a occasionné aucune erreur de droit susceptible de révision parce que, quelle que soit la base de comparaison retenue, le résultat était le même—Il incombe à la défenderesse de prouver l'existence et les coûts liés à l'emploi d'une méthode non contrefaite de recharge—L'arbitre n'a pas retenu certains éléments de preuve

**BREVETS—Suite**

présentés par la défenderesse au sujet de la faisabilité et des coûts probables de l'autre méthode, mais les conclusions de fait qu'il a tirées, considérées dans leur ensemble, n'équivalent pas à une erreur manifeste justifiant que la Cour substitue ses conclusions de fait—De plus, l'autre méthode ne satisfait pas au critère de la solution non contrefaite que la défenderesse aurait pu employer—Le total des bénéfices est attribuable à la contrefaçon—(3) L'adjudication d'intérêts sur les bénéfices réalisés dans le cadre du contrat a été considéré à juste titre comme une évaluation des bénéfices—En *equity*, la partie qui se voit adjuger des bénéfices a le droit de recouvrer non seulement les bénéfices initiaux, mais aussi ceux qui découlent de l'emploi de ces fonds: *Teledyne Industries, Inc. et autres c. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—En l'absence de preuves au sujet de la façon dont la défenderesse a utilisé les bénéfices, celle-ci est réputée les avoir employés pour réaliser les bénéfices qu'un homme d'affaires normal réaliserait—Il ne s'agit pas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, mais d'une conclusion de fait—Absence d'erreur de fait ou de droit manifeste—Le taux d'intérêt a été appliqué avec raison jusqu'à la date de la décision définitive au sujet du montant des bénéfices—Toute période plus courte aurait pour effet de priver arbitrairement les demanderesse des bénéfices à cause des aléas du litige—Il convient de se fonder sur les taux d'intérêt canadiens car il est question de bénéfices perdus qui auraient été réalisés au Canada ainsi que des gains s'y rattachant—La défenderesse n'est pas tenue de payer d'intérêts sur la retenue de garantie prévue au contrat avant la date à laquelle les sommes ont en partie été touchées ni sur la fraction consignée auprès de la Cour qu'elle n'a jamais touchée—L'intérêt après jugement au taux de 5 % (taux prescrit par la Loi sur l'intérêt) est accordé—La chose tient compte des questions de droit et de fait et du long délai entre le jugement de première instance au sujet de la responsabilité et l'inscription du jugement au sujet du montant, délai qui, en bonne partie, n'est pas attribuable à la défenderesse—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 506—Loi sur l'intérêt, L.R.C. (1985), ch. I-15, art. 3—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 41 (abrogé par L.C. 1990, ch. 8, art. 11).

READING & BATES CONSTRUCTION CO. C. BAKER ENERGY RESOURCES CORP. (T-1879-83, juge Strayer, ordonnance en date du 6-7-92, 22 p.)

Appel du jugement ((1986), 10 C.P.R. (3d) 145) par lequel la Section de première instance a rejeté l'action en contrefaçon de deux brevets canadiens intentée par l'appelante, pour le motif qu'ils étaient tous les deux invalides—Les brevets portaient sur de la machinerie de foration de mines et étaient désignés comme étant le «brevet de parallélisme» et «brevet d'orientation en plongée»—Le juge de première instance a tenté d'examiner les descriptions pour montrer l'existence d'un brevet valide—L'échec de cette tentative n'est pas attribuable au juge de première instance, mais aux rédacteurs du brevet—Rien ne prouve que le juge de première instance a commis une erreur de droit—Absence d'erreur fondamentale et manifeste dans la détermination des faits de nature à permettre d'accueillir l'appel au sujet de la validité de l'un ou l'autre des deux

**BREVETS—Fin**

brevets en litige—Les conclusions tirées en première instance au sujet des deux brevets sont en bonne partie exactes—Premier brevet jugé invalide en raison de l'insuffisance, de l'évidence et de l'antériorité—Présomption de validité du brevet réfutable—Les verrous hydrauliques n'ont été décrits que brièvement dans la divulgation—Le juge de première instance a conclu que la présence des verrous hydrauliques qui, selon l'appelante, étaient apparemment des éléments essentiels du brevet, n'avait pas été pleinement divulguée et expliquée conformément aux exigences de l'art. 36(1) de la Loi sur les brevets—Le brevet de parallélisme a été à bon droit invalidé en raison de l'insuffisance à elle seule—La distinction entre l'évidence et l'antériorité n'a pas été bien faite par le juge de première instance—L'évidence devient fréquemment une question litigieuse lorsque des brevets combinés sont contestés—Nécessité, en l'espèce, de déterminer si l'invention alléguée est un simple ensemble d'éléments connus ou une combinaison réellement nouvelle—Le juge de première instance a conclu que la soi-disant «invention» était évidente—Il a été jugé que plusieurs brevets antérieurs enseignaient tout ce qui est visé par le brevet en litige—Le brevet de parallélisme est également invalide car il est antériorisé par le brevet Strom conformément aux art. 28(1)a) et 63(1) de la Loi sur les brevets—Le juge de première instance a conclu que le brevet «d'orientation en plongée» était complètement antériorisé par le brevet Madison et que tous les éléments de l'invention étaient décrits dans le brevet Madison, de sorte qu'il y avait antériorité—Une bonne partie de la structure de la flèche de foration du brevet Madison reprenait le brevet d'orientation en plongée Atlas—L'invention brevetable doit servir à une fin utile—Le juge de première instance a conclu qu'il n'y avait aucune différence brevetable entre les deux machines—L'invention antérieure Madison est si semblable au dispositif des deux demanderesse et des défenderesses que le juge de première instance a conclu à l'antériorité—Un brevet invalide ne peut pas être contrefait—Appel accueilli en partie—Les mots «et devraient être radiés du registre» sont supprimés—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 28(1)a), 36(1), 45(1), 63(1).

ATLAS COPCO AKTIEBOLAG C. CIL INC. (A-580-86, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 2-4-92, 14 p.)

**CIToyENNÉTÉ**

Appel d'une décision de la Cour de citoyenneté rejetant la demande de citoyenneté de l'appelant au motif que ce dernier a été reconnu coupable d'une infraction prévue à l'art. 29(2) de la Loi sur la citoyenneté—La déclaration de culpabilité a été prononcée entre la date de la demande de citoyenneté et celle prévue pour l'attribution de la citoyenneté conformément à l'art. 22(2)b) de la Loi—Le document déposé par l'appelant ne démontre pas clairement que l'acquiescement en appel vise les condamnations prononcées en 1984—Appel rejeté—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 22(2)b), 29(2).

KATTOUS (RE) (T-2354-91, juge Dubé, jugement en date du 21-7-92, 3 p.)

## CITOYENNETÉ—Suite

## CONDITIONS DE RÉSIDENCE

Appel du refus d'attribuer la citoyenneté, fondé sur le fait que le demandeur ne satisfaisait pas aux exigences relatives à la résidence—En vertu de l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté, il faut au moins trois ans de résidence au Canada dans les quatre ans qui ont précédé la date de la demande—Le juge de la citoyenneté a conclu qu'il manquait 387 jours—L'appelant est arrivé au Canada à titre d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement avec sa femme et ses deux filles le 25 novembre 1987—Il a acheté une maison en février 1988—Il avait convenu de poursuivre son travail à Hong-Kong jusqu'en septembre 1989 pour former un remplaçant—Il a souvent été absent pendant une période de deux ans pour s'acquitter de cette obligation—Il était à Hong-Kong pendant 5 à 10 semaines et au Canada pendant 2 à 4 semaines—Il possède un compte bancaire canadien depuis décembre 1987—Sa femme et ses enfants habitent au Canada depuis février 1988—Le requérant a habité avec eux au Canada périodiquement jusqu'en septembre 1989 et continuellement depuis lors, sauf pendant trois séjours d'une semaine qu'il a faits à Hong-Kong—Il a déposé une déclaration d'impôt sur le revenu canadien depuis 1988—Il est inscrit au régime provincial d'assurance-maladie et possède un numéro d'assurance sociale depuis décembre 1987—Aucune disposition concrète n'a été prise pour qu'il reste au service du même employeur au Canada pendant les quelques mois qui ont précédé son arrivée au Canada en septembre 1989—Le juge de la citoyenneté a évalué le nombre de jours où l'appelant n'était pas physiquement présent au Canada par rapport aux trois années requises pour obtenir la résidence au Canada et ensuite déterminé s'il existait des facteurs justifiant l'approbation de la demande malgré le «déficit» en ce qui concerne le nombre de jours exigé par la loi—Une importance primordiale est accordée au nombre de jours où l'appelant n'était pas physiquement au Canada—Appel accueilli—La jurisprudence récente indique que la présence physique au Canada n'est pas le seul critère de résidence en vertu de l'art. 5(1)c)—Le critère qui s'applique maintenant requiert qu'il soit déterminé si la personne qui sollicite la citoyenneté a établi et maintenu une résidence au Canada pendant trois des quatre années ayant précédé la date de la demande, indépendamment de toute absence temporaire du pays—La Loi ne permet pas de compenser par d'autres facteurs tout «déficit» sur le plan des conditions de résidence—Une fois la résidence établie, il n'est pas essentiel, bien qu'important, d'être physiquement présent au pays tous les jours de la période requise de trois ans, à la condition que l'absence du pays ne soit pas telle qu'on considère qu'elle interrompt un arrangement établi au point de vue de la résidence et une intention claire de résider au Canada et d'y centraliser son mode de vie habituel—Le juge de la citoyenneté aurait dû déterminer si l'appelant avait établi sa résidence au Canada et ensuite continué de résider au pays pendant la période requise—L'appelant a établi sa résidence au Canada au plus tard en février 1988 quand sa famille et lui sont rentrés au Canada et ont emménagé dans leur nouvelle maison—Les absences n'indiquent pas une interruption de la résidence ou de l'intention continue de résider au Canada—L'appelant a établi une forme importante de pied-à-terre au Canada en 1988 et a par la suite considéré cet endroit particu-

## CITOYENNETÉ—Fin

lier comme son domicile et que toute absence était temporaire—Il satisfait aux conditions de résidence—Le juge de la citoyenneté s'est appuyé sur certains arrêts pour formuler des énoncés de principes généraux, sans faire adéquatement mention des faits de l'espèce—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c).

FERREIRA (RE) (T-2080-91, juge MacKay, jugement en date du 9-6-92, 16 p.)

## CONNAISSANCES REQUISES

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté avait rejeté la demande de citoyenneté—Décision fondée sur la résidence, mais l'appelant ne satisfait pas non plus aux exigences relatives à la connaissance—L'appel en matière de citoyenneté est un procès *de novo*—L'appelant n'avait aucune connaissance des langues officielles, et n'en a acquis aucune depuis l'audience—Il ne sait rien du Canada sauf que [TRADUCTION] «le climat est bon»—Appel rejeté.

LUK (RE) (T-1704-91, juge Teitelbaum, jugement en date du 29-6-92, 5 p.)

Appel du refus d'attribuer la citoyenneté, fondé sur une connaissance inadéquate des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté—Un appel en matière de citoyenneté constitue un procès *de novo*—Les faits ont changé depuis la date de la première audience en ce sens que l'appelante satisfait maintenant aux exigences relatives à la connaissance—Appel accueilli—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1),(3),(4).

BRILHANTE (RE) (T-2204-91, juge Teitelbaum, jugement en date du 15-6-92, 3 p.)

## CONTRATS

Les parties se sont engagées dans une coentreprise en vue de l'achat et de la transformation du saumon—L'intimée avançait des capitaux en vue de l'achat de poisson sur les lieux de la pêche—L'appelante achetait le poisson et le transformait à bord de son navire, le *Nicolle N*—Une fois les frais déduits, le profit net devait être partagé—L'appelante devait déterminer le prix à payer—L'intimée pouvait fixer un plafond à l'égard du prix si elle estimait, à son seul avis, que le prix sur les lieux de la pêche avait atteint un niveau tel que la revente n'engendrerait aucun profit—L'intimée devait faire tout ce qu'elle pouvait pour obtenir le prix du marché le plus élevé possible pour le poisson—Au début, la saison de pêche de 1988 s'annonçait prometteuse, mais il y a eu un déclin rapide et la production a été inférieure de 16 % à ce qui était prévu—L'appelante a excédé le prix plafond—Le prix plafond a été porté, par entente, à 1,50 \$ US—L'appelante achetait le poisson au prix courant (1,85 \$ US)—Question de savoir si l'intimée a agi dans les limites du contrat en fixant le prix plafond—Question de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que l'appelante avait détourné de l'argent et du poisson—Le juge de première instance a conclu que les appe-



**CONTRATS—Fin**

lantes avaient utilisé l'argent de l'intimée pour acheter du poisson pour leur propre compte—La Cour d'appel ne doit intervenir que si une erreur manifeste et dominante a été commise dans l'appréciation des faits: *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191—Le juge de première instance a accepté la preuve de l'expert de l'intimée au sujet du droit de l'Alaska en matière de détournement—L'appelante a allégué que le représentant de l'intimée avait plutôt agi pour son propre compte en fixant le prix plafond—Une question qui n'a pas expressément été plaidée et n'a pas été soumise de la façon appropriée au juge de première instance ne peut pas être soulevée devant la Cour d'appel—Question de savoir si le pouvoir discrétionnaire de fixer le prix plafond devait être exercé objectivement ou subjectivement—Une décision est subjective lorsque, comme en l'espèce, elle n'est pas fondée sur une norme objective, mais comporte un jugement—Absence de preuve convaincante que l'intimée était de mauvaise foi en exerçant son jugement—Appel rejeté.

SHIBAMOTO & Co. c. NICOLLE N (LE) (A-343-91, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 22-5-92, 22 p.)

Les défendeurs ont interjeté appel contre l'octroi de dommages-intérêts dans une action en détournement et rupture de contrat—Le juge de première instance a jugé que la demanderesse: (1) pouvait déduire des commissions d'importateur; (2) n'était pas tenue de verser à la défenderesse les frais réels de transbordement subis; (3) n'était pas tenue de rembourser à la défenderesse la taxe sur le poisson de l'Alaska; (4) avait obtenu le meilleur prix possible pour le poisson livré par la défenderesse en vertu de l'entente; (5) n'avait pas omis de limiter le préjudice subi—Le contrat prévoit la commission de l'importateur, et mentionne les frais remboursables—Preuve à l'appui de l'interprétation selon laquelle le demandeur avait le droit de déduire la commission sans qu'il soit établi qu'elle avait réellement été payée—Le juge de première instance a eu raison de conclure que la défenderesse avait adéquatement été indemnisée pour les frais de transbordement au moyen des avances—Il n'est pas établi que la demanderesse a versé la taxe sur le poisson à la défenderesse; le montant de la taxe exigible peut être déterminé dans le cadre d'un renvoi devant le protonotaire—Le juge de première instance pouvait rejeter la preuve présentée par la défenderesse à l'égard du prix du poisson, puisqu'il s'agissait du prix demandé et non du prix de vente, le poisson n'étant pas d'une qualité uniforme et les dates étant différentes—La demanderesse, ayant demandé aux techniciens spécialisés dans la transformation des œufs de poisson de quitter le navire de la défenderesse, a subi une perte puisqu'elle devait les rémunérer alors qu'il y avait du travail—Question de savoir si la demanderesse a ainsi omis de respecter l'obligation qui lui incombait de limiter le préjudice—Par suite de la rupture du contrat par la défenderesse, les demanderessees n'étaient pas tenues d'exécuter celui-ci, mais elles avaient le droit de le répudier et d'intenter une action en dommages-intérêts—Aucune obligation de limiter le préjudice—Appel accueilli quant à la taxe sur le poisson de l'Alaska.

SHIBAMOTO & Co. c. NICOLLE N (LE) (A-1085-91, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 22-5-92, 11 p.)

**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande en jugement déclaratoire, par voie d'avis de requête introductif d'instance conformément à l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale (qui autorise quiconque est directement touché à demander le contrôle judiciaire), de l'art. 18.4 (la demande visée par l'art. 18.1 doit être tranchée à bref délai et selon une procédure sommaire)—Le requérant conteste la validité de l'interdiction empêchant la circulation des pommes de terre de semence de l'Î.-P.-É., imposée par le ministre fédéral de l'Agriculture—L'intimé a demandé à convertir la requête initiale en une action en bonne et due forme comportant une déclaration, une défense, des interrogatoires préalables et des témoignages conformément à l'art. 18.4(2) (qui autorise la Section de première instance à ordonner qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action) et aux Règles 6, 327 et 400 des Règles de la Cour fédérale, parce que le litige porte sur une entreprise scientifique complexe et sur des considérations devant faire l'objet d'explifications par voie de témoignages d'experts peut-être contradictoires—Le requérant a demandé que soit hâtée l'instruction de la requête introductive d'instance conformément à la Règle 1614(1) (qui autorise le juge à abréger le délai) à cause de l'interdiction empêchant les producteurs de l'Î.-P.-É. de commercialiser leurs récoltes—Les requêtes respectives sont diamétralement opposées et ne peuvent être conciliées—La requête est nouvelle et c'est la procédure préférable, en vertu de l'art. 18.4; il ne faut pas déroger à ce principe en l'absence de motifs très clairs—La requête de l'intimé est rejetée—Elle ne mentionne aucune difficulté spéciale découlant de la procédure—Il faut faire en sorte que les nouvelles dispositions de la Loi sur la Cour fédérale puissent s'appliquer de la manière voulue et il ne faut pas les contourner au préalable en s'appuyant sur des conjectures—L'audition de la requête principale n'est pas hâtée—La conclusion selon laquelle il y a extrême urgence n'est pas étayée par la preuve—Il est trop tard pour commercialiser la récolte de pommes de terre de semence de 1991 à des fins de plantation—De plus, une indemnité de 22,2 millions de dollars a été payée aux producteurs de l'Î.-P.-É. pour les pertes liées aux récoltes de semences de 1990 et de 1991—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 18.4 (édicte, idem)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 6 (édicte par DORS/90-846, art. 2), 327, 400, 1614(1) (édicte par DORS/92-43, art. 19).

ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD (OFFICE DES POMMES DE TERRE) C.  
CANADA (MINISTRE DE L'AGRICULTURE) (T-1331-92, juge Muldoon, ordonnance en date du 9-7-92, 5 p.)

**COURONNE****RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

Action en dommages-intérêts généraux, punitifs et exemplaires à la suite d'une attaque dirigée contre un détenu par des gardiens, laquelle s'est produite dans une ambulance se rendant à l'hôpital après une prise d'otage pendant laquelle le demandeur avait menacé de tuer l'otage (l'instructeur d'atelier) avec des ciseaux et avait de fait coupé l'oreille de ce dernier—Les gardiens ont battu le détenu à l'abdomen, aux reins et aux testi-

## COURONNE—Suite

cules pendant qu'il était attaché à une civière, nu sous les couvertures—Un gardien a été renvoyé, mais la Commission des relations de travail dans la fonction publique l'a réintégré, sans toutefois rétablir son plein salaire—Les autres gardiens se sont vu imposer des amendes—La défenderesse admet sa responsabilité—Absence de trace ou de séquelle physique permanente résultant de l'attaque—Le demandeur a allégué qu'il avait subi un préjudice psychologique permanent par suite des brèves douleurs qui lui ont été infligées par les employés de la défenderesse et de leurs tactiques d'intimidation—Le demandeur avait peur de quitter sa cellule, dans l'unité spéciale de détention à laquelle il avait été transféré et où la plupart des criminels les plus dangereux étaient détenus, parce qu'il craignait de n'obtenir aucune protection des gardiens s'il devait avoir une querelle avec un codétenu—Il faisait des cauchemars au sujet de l'attaque—Il avait peur chaque fois qu'il entendait ou voyait une ambulance—Les cauchemars ont continué après sa mise en liberté, ce qui l'a poussé à faire une «casse» et a entraîné la révocation de la libération conditionnelle—Les principes établis dans *LeBar c. Canada*, [1989] 1 C.F. 603 (C.A.) s'appliquent—Bien que la conduite des préposés puisse être condamnable sans qu'il y ait intention de nuire, cette intention de nuire a pour effet d'augmenter le montant des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs—La Cour conclut que les employés de l'État ont agi sciemment dans l'intention de nuire—Elle a également conclu qu'à la suite de la prise d'otage, le demandeur regrettait amèrement la stupidité dont il avait fait preuve en tentant la prise d'otage et qu'il ressentait une certaine culpabilité, mais qu'il craignait avant tout les répercussions des actes commis en coupant l'oreille de l'instructeur pendant qu'il le gardait en otage et ressentait une haine ardente envers les gardiens de prison dont la conduite et l'attitude «arrogantes» étaient la raison invoquée pour ses frasques vouées à l'échec—Il est difficile de croire que le demandeur «ne fait plus confiance» au personnel du Service correctionnel compte tenu des motifs invoqués pour justifier la prise d'otage—Le demandeur lui-même est le principal responsable de la névrose traumatique, de la paranoïa, des cauchemars dont il a souffert et les sévices endurés dans l'ambulance ont très peu à voir avec ses problèmes—Les dommages-intérêts généraux pour la douleur physique temporaire, mais intense, sont fixés à 1 200 \$—Quant au traumatisme psychologique, il est en bonne partie attribuable au sentiment de culpabilité et à la rage du demandeur, mais étant donné qu'un léger traumatisme a été causé par les préposés de la défenderesse, la somme de 2 400 \$ est accordée—Le manque de professionnalisme dont ont fait preuve les préposés de la défenderesse par leur absence de discipline personnelle, leur brutalité, la sauvagerie et leur intention de nuire font que des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires s'imposent—La défenderesse soutient qu'on ne devrait pas accorder de dommages-intérêts punitifs lorsque la demande est fondée sur la responsabilité du fait d'autrui parce que cela pénalise la mauvaise personne, c.-à-d. l'employeur, qui n'est pas celui qui a commis les voies de fait—La meilleure façon d'expliquer pourquoi un employeur innocent se verrait condamné à des dommages-intérêts punitifs est qu'il sera [TRADUCTION] «encouragé à punir lui-même son employé»: *Personal Injury Damages in Canada* de Cooper-Stephenson et Saunders Toronto; Carswell Co. Ltd., 1981—La défenderesse soutient qu'étant donné que les gardiens ont déjà été assujettis

## COURONNE—Suite

à des mesures disciplinaires, il est inutile d'accorder des dommages-intérêts punitifs—Apparemment, les auteurs des voies de fait n'ont jamais appris ce qu'était la maîtrise de soi et le professionnalisme nécessaires pour éviter d'avoir une conduite aussi brutale, ou même d'envisager de l'avoir, ce qui montre qu'ils n'ont pas été bien choisis et formés—Selon la Loi sur la responsabilité de l'État et la jurisprudence, des dommages-intérêts punitifs doivent être imposés—La Loi prévoit qu'en matière de responsabilité civile délictuelle, l'État est responsable des délits civils commis par ses préposés—La Loi ne prévoit pas d'exception pour les dommages-intérêts punitifs et exemplaires—[TRADUCTION] «Le fait que le gouvernement doit obéir et obéira à la loi est un principe fondamental de notre Constitution»: *LeBar c. Canada*—Des actes outrageux ou oppressifs commis par le gouvernement sont plus graves que des actes similaires accomplis par des compagnies ou des particuliers [TRADUCTION] «car les fonctionnaires sont également les serviteurs du peuple et ils doivent toujours utiliser leurs pouvoirs en tenant compte de leurs fonctions»—Dans *LeBar*, la Cour a imposé au Service correctionnel des dommages-intérêts de 10 000 \$ pour servir d'élément de dissuasion—Puisque la leçon donnée dans *LeBar* n'a pas été retenue, la Cour porte à 16 000 \$ en l'espèce le montant des dommages-intérêts punitifs—Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), ch. C-38, art. 3, 10.

PEETERS C. CANADA (T-973-86, juge Muldoon, jugement en date du 1-6-92, 26 p.)

Action en dommages-intérêts découlant d'un accident de bateau dans la voie navigable Trent-Severn—Les préposés de la défenderesse assurent le fonctionnement des écluses—Les demandeurs sont entrés dans l'écluse et ont amarré le bateau à la ligne bleue en attendant qu'on leur permette de passer—Après avoir attendu pendant 20 minutes sous la pluie, Leduc s'est rendue au bureau du maître écluseur où elle a vu deux employés en train de manger et a demandé qu'on les fasse passer immédiatement—Preuve selon laquelle Leduc et les écluseurs étaient en colère après l'altercation—Les demandeurs ont allégué que l'écluseur avait ouvert la vanne trop vite, créant une poussée d'eau qui a frappé le mur avec une force inhabituelle et a déplacé le bateau rapidement avec une telle turbulence que les cordages ont été arrachés des mains des demandeurs—Le demandeur Huffman est tombé, subissant des contusions à la cage thoracique et pliant le côté du cadre du pare-brise, de sorte que celui-ci s'est par la suite brisé—Les demandeurs n'ont pas été négligents dans la façon dont ils tenaient les cordages—Habituellement, on ouvre la vanne graduellement de sorte que la masse d'eau cause aussi peu de turbulence que possible—Le personnel de l'écluse doit veiller à ce que les plaisanciers franchissent l'écluse sans danger—Les écluseurs sont responsables à cent pour cent des blessures subies par les demandeurs et du dommage causé à la vitre du bateau—L'auteur du délit n'a pas le choix de sa victime et l'ampleur du préjudice subi à cause de la négligence dépend des particularités et de la constitution de la victime: *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock and Engineering Co. Ltd. (The Wagon Mound)*, [1961] A.C. 388 (P.C.)—L'auteur du délit doit réparer les blessures qu'il cause aux personnes vulnérables, mais le montant de la réparation sera moins élevé que celui qu'il devrait verser s'il avait causé les mêmes blessures à une

**COURONNE—Fin**

personne moins vulnérable à ces blessures: Linden, A. *La responsabilité civile*, 4<sup>e</sup> éd., Les éditions Yvon Blais, 1988 à la page 397—Les deux demandeurs souffraient d'affections préexistantes qui ont été exacerbées par l'accident—L'arthrite dont Huffman était atteint s'est empirée pendant quelques mois après l'accident—Les dommages-intérêts généraux à l'égard des souffrances endurées et de la diminution des plaisirs de la vie sont fixés à 3 000 \$—Leduc a subi des blessures au coude et au poignet gauches et a continué d'avoir une faiblesse du bras et de la main—Les dommages-intérêts généraux pour les souffrances endurées et la diminution des plaisirs de la vie sont fixés à 5 000 \$—Les dommages-intérêts particuliers à l'égard du coût de réparation du pare-brise du bateau sont fixés à 100 \$—L'intérêt avant jugement, à compter du mois d'août 1987, et l'intérêt après jugement, à compter de son prononcé jusqu'à la date du paiement, sont accordés—Les dépens sont adjugés aux demandeurs—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7—Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8)—Loi sur les tribunaux judiciaires, L.O. 1984, ch. 11.

HUFFMAN C. CANADA (T-2351-87, juge Cullen, jugement en date du 14-7-92, 36 p.)

Action en dommages-intérêts pour les blessures que le demandeur avait subies en tombant du brise-lames appartenant au défendeur, et maintenu pour la navigation par ce dernier—Le brise-lames est accessible au public, et les piétons l'utilisent beaucoup—Absence de garde-fou—Les flancs du brise-lames sont abrupts; des rochers balayés par la marée se trouvent cinq mètres plus bas—Le demandeur se promenait sur le brise-lames le soir, à la fin de décembre—Un individu qu'il ne connaissait pas a poussé sans motif, sans avertissement ni provocation, le demandeur à l'extérieur du brise-lames sur les rochers—L'agresseur a abandonné le demandeur, qui était blessé et sans connaissance, en partie submergé, a volé sa voiture et y a finalement mis le feu—Le demandeur a été sauvé et amené à l'hôpital—L'agresseur avait un casier judiciaire chargé pour des crimes violents, et avait été condamné à cinq ans de prison—Le demandeur a obtenu jugement contre l'agresseur pour la somme de 60 000 \$, sans perspective de recouvrement—Question de savoir si la Couronne est responsable à titre d'occupante pour avoir omis d'ériger un garde-fou, d'interdire au public l'accès du brise-lames et d'installer des panneaux avertisseurs—Normalement, les brise-lames ne sont pas dotés de garde-fous, pour des raisons pratiques—Aucune façon efficace d'interdire l'accès aux piétons—La violence gratuite dans un lieu public n'est pas un danger contre lequel un panneau pouvait prévenir—Examen des arrêts concernant la responsabilité des occupants—L'ancienne distinction établie par la common law entre les *invitees* et les *licensees* est presque disparue—Devoir de prudence d'empêcher un préjudice prévisible—L'occupant n'est pas un assureur—L'événement qui a causé des blessures n'était pas prévisible—Action rejetée.

JAMES C. CANADA (T-771-90, juge suppléant Walsh, jugement en date du 25-5-92, 33 p.)

**DESSINS INDUSTRIELS**

Renvoi devant un arbitre désigné par la Cour en vue de déterminer les dommages causés à la demanderesse par l'usurpation du dessin industriel no. 66,398 relatif à la fabrication, la distribution et la vente au Canada d'une chaise dont les formes, configurations et ornementation sont décrites dans ledit dessin—Ordonnance enjoignant à la défenderesse de cesser la fabrication des chaises constituant une copie ou imitation frauduleuse du dessin industriel en question, et de préparer et produire un état de ses ventes et profits relatifs auxdites chaises—La preuve a établi que la demanderesse a subi une perte de production de 713 unités durant la période de contrefaçon, soit un manque à gagner de 5 926,20 \$—Elle a dû également verser des honoraires d'avocat au montant de 5 800 \$—Le montant total des dommages subis par la demanderesse s'élève à 16 728,20 \$, y compris des dommages-intérêts exemplaires de 5 000 \$.

INDUSTRIES AMISCO LTÉE C. JET METAL PRODUCTS LTD. (T-3347-90, arbitre Daoust, rapport en date du 8-7-92, 5 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Demande visant à faire réviser et annuler la décision par laquelle le Tribunal des droits de la personne avait conclu que le congédiement de l'intimé Niles en raison de sa dépendance à l'égard de l'alcool constituait une violation de l'art. 7a) de la Loi canadienne sur les droits de la personne et que le CN n'avait pas établi que les mesures prises étaient légitimées par une exigence professionnelle justifiée (EPJ)—Niles a été suspendu le 2 août 1984—Il occupait le poste d'agent de développement industriel et devait rencontrer des clients existants et éventuels dans le but d'accroître les affaires du CN—La lettre de suspension mentionnait que Niles s'était absenté du travail pendant 29 jours depuis janvier 1984 sans produire de certificat médical et que son rendement au travail était insuffisant—Niles s'est inscrit au programme d'une durée de huit jours qu'offrait le centre de désintoxication et, peu après, il s'est inscrit à un cours d'une durée de 28 jours—Les conseillers ont recommandé à Niles de participer régulièrement à des réunions des AA et à des séances de counseling, de prendre un médicament prescrit contre la consommation excessive d'alcool et de s'adonner à des activités sportives et communautaires, mais Niles n'a pas suivi ces conseils—Des lettres du conseiller, de la femme et du pasteur de la femme de Niles ont été produites conformément aux exigences du CN, qui voulait obtenir une [TRADUCTION] «preuve tangible» (preuve écrite de la part de gens respectables au sein de la collectivité) que le problème était maîtrisé avant que le CN ne lève la suspension—Le CN n'était pas convaincu que Niles avait fait de sérieux efforts pour se réadapter et a congédié celui-ci le 7 mars 1985—Demande accueillie et affaire renvoyée à un tribunal différemment constitué—(1) Le tribunal a commis une erreur tangible et dominante exigeant l'intervention de la Cour lorsqu'il a déclaré que le témoignage de l'expert «indiquait en partie» qu'une post-cure était indispensable—Le tribunal a tenu fort peu compte du témoignage de deux spécialistes hautement qualifiés selon lesquels Niles ne s'était pas réadapté au moment du congédiement car il n'avait pas suivi avec sérieux

## DROITS DE LA PERSONNE—Suite

la post-cure, élément indispensable à la réadaptation, et ce, malgré l'abstinence—L'arrêt *Workmen's Compensation Board et autre c. Greer*, [1975] 1 R.C.S. 347, dans lequel le juge Ritchie a déclaré que la Cour n'hésitait pas autant à modifier les conclusions découlant d'opinions professionnelles contradictoires qu'à modifier celles qui reposent sur des preuves factuelles directes, est appliqué—La preuve d'expert mène à la conclusion que la post-cure prescrite était une condition préalable essentielle à la réadaptation—(2) Le tribunal a commis une erreur en concluant que le CN avait omis de se conformer à ses propres directives puisqu'il n'avait pas tenu compte de l'ensemble des éléments de preuve pertinents—Selon le document intitulé «*Policy and Authority on Problem Drinking and Alcoholism*», l'employé concerné doit se soumettre à certaines conditions liées au programme de réadaptation; si l'employé refuse de collaborer, il faut envisager de le congédier si son rendement ne cesse de se dégrader; lorsque l'employé ne veut pas reconnaître son problème, le congédiement est décidé d'une manière conforme aux modalités en vigueur qui régissent le rendement au travail; le CN doit tenter de corriger les lacunes que présente un employé insatisfaisant sur le plan du rendement au travail, de l'assiduité ou de la conduite avant de prendre des mesures disciplinaires—Niles savait que le CN avait un programme d'aide pour alcooliques—Il avait accepté de participer à des réunions des AA, mais avait omis de le faire, et est alors devenu un employé qui refusait de collaborer, l'employeur ayant donc le droit d'envisager le congédiement conformément à la politique—Niles était au courant des lignes directrices de la politique exigeant l'acceptation des conditions—(3) Le tribunal a commis une erreur en effectuant un examen au sujet de la question de savoir si la politique du CN constituait une EPJ—Il est fait mention de la distinction qui avait été faite entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un acte préjudiciable dans *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536—Lorsqu'une règle crée une discrimination directe, elle ne peut être justifiée que par une exception légale équivalente à une EPJ; lorsqu'une règle crée une discrimination par suite d'un acte préjudiciable, il faut se demander si l'employeur aurait pu composer avec l'employé lésé sans subir des contraintes excessives: *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489—La discrimination présumée en l'espèce est une discrimination par suite d'un acte préjudiciable; il s'agit donc de savoir si l'employeur aurait pu composer avec l'employé sans subir de contraintes excessives—La notion d'EPJ n'est pas pertinente—En concluant que le CN avait omis de prendre des mesures d'accommodement à l'endroit de Niles, le tribunal n'a pas tenu compte du fait que le CN avait toléré 29 jours d'absentéisme, le dommage causé au véhicule de la compagnie et la prise de mesures de suspension plutôt que le congédiement—Le CN s'est acquitté de l'obligation d'accommodement qui lui incombait—Le tribunal n'a pas fait de distinction appropriée entre une discrimination de la part de l'employeur, fondée sur l'alcoolisme, et le congédiement pour un rendement au travail qui, à cause de l'alcoolisme, ne satisfaisait pas à la norme—Le tribunal a commis une erreur en mettant l'accent sur la période qui a suivi la suspension et sur l'omission par le CN d'évaluer l'employé après la tentative de réadaptation et en omettant de tenir compte de toutes les preuves d'accommodement pendant

## DROITS DE LA PERSONNE—Fin

toute la période allant de la fin de 1983 jusqu'au congédiement—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7.

CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA C. NILES (A-481-91, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 2-7-92, 26 p.)

## EXPROPRIATION

Parcelles vacantes de 22,4 et de 2,8 acres près de St. John's (Terre-Neuve)—Les terrains faisaient initialement partie d'une ferme laitière de 100 acres—En 1957, la Couronne a pris possession des terrains pour procéder à des études de sol, de l'arpentage et à la coupe de bois, mais l'expropriation officielle n'a eu lieu qu'en 1967—En 1960, la demanderesse a été autorisée à couper du bois et à construire une route—Après avoir complété la route, la Couronne a érigé une barrière de sorte que les propriétaires ne pouvaient pas accéder à une grande partie de leur propriété et une petite parcelle s'est trouvée enclavée—Le droit à l'indemnité découlant d'une expropriation n'est pas garanti constitutionnellement, mais il a évolué grâce à l'interprétation de la loi, compte tenu de la présomption en faveur de l'indemnisation, de façon à placer le propriétaire dans la même situation financière qu'avant l'expropriation—En vertu de la Loi sur les expropriations de 1952, la Couronne n'était pas tenue de verser une indemnité avant que le montant adjugé n'ait été déterminé d'une façon définitive par négociation ou par règlement—Normalement, la Couronne intentait l'action en vue de faire fixer le montant de l'indemnité, mais si elle omettait d'agir, le propriétaire pouvait produire une pétition de droit—Il incombait aux propriétaires de demander une indemnité—Les intérêts adjugés devaient être calculés à compter de la date de prise de possession par la Couronne—La Cour peut adjuger des intérêts à compter de la date de la prise de possession en 1957—La valeur marchande du bien-fonds au moment de l'expropriation, en 1967, était de 21 660 \$ (y compris l'indemnité relative au terrain enclavé)—L'indemnité accordée s'élève à 21 660 \$, plus l'intérêt simple au taux de 5 % l'an à compter de 1967—La loi de 1952 limite les taux à des intérêts simples de 5 %—La somme de 35 000 \$ et les intérêts au taux de 5 % à compter de la date du jugement sont adjugés pour la possession illégale, les inconvénients, l'enlèvement de la barrière; les intérêts sur la somme en souffrance de 1957 à 1967 sont adjugés—Les retards sont injustifiables, bien que respectant la Loi telle qu'elle existait au moment de l'expropriation—Loi sur les expropriations, S.R.C. 1952, ch. 106—Loi sur les expropriations, S.R.C. 1970, ch. E-21—Loi sur les pétitions de droit, S.R.C. 1952, ch. 210.

CANADA C. EUSTACE (T-1662-91, juge Rouleau, jugement en date du 16-6-92, 8 p.)

## PRATIQUE

Demande présentée en vertu de l'art. 18 de la Loi sur l'expropriation en vue de l'obtention d'une décision sur l'état du titre afférent aux biens-fonds expropriés et au terrain submergés à Louisbourg, comté de Cap Breton (Nouvelle-Écosse)—Les biens-fonds comprenaient trois parcelles, du côté nord du

**EXPROPRIATION—Fin**

port de Louisbourg, dont la Couronne fédérale avait besoin en vue de l'amélioration du port, lesquelles ont été expropriées le 22 janvier 1990—Immédiatement avant l'expropriation, le titre afférent à la parcelle 1 était dévolu à Sa Majesté la Reine du chef de la Nouvelle-Écosse—Le titre afférent à la parcelle 2 était dévolu en fief simple à la succession ou aux ayants droit de George D. Lewis immédiatement avant l'expropriation—À la date de l'expropriation, le titre afférent à la parcelle 3 était dévolu à Isaac Howard Cann, à titre de légataire du reliquat de la succession de Lewis Henry Cann—À part la parcelle 3, Isaac Howard Cann était également propriétaire, à la date de l'expropriation, à titre de légataire du reliquat de la succession de Lewis Henry Cann, d'une partie de la parcelle 1 telle que décrite dans les documents et dans le plan d'expropriation—Loi sur l'expropriation, L.R.C. (1985), ch. E-21, art. 18.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. NOUVELLE-ÉCOSSE (T-48-91, juge MacKay, décision en date du 16-4-92, 16 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****APPELS**

Après avoir interrogé 30 des 43 candidats à des postes au sein du ministère du Revenu national—Impôt, le jury de sélection a décidé d'éliminer une question parce que personne n'avait donné de réponse satisfaisante—La question a été posée aux candidats qui restaient, mais avant d'évaluer les réponses, il a été décidé que la suppression de la question ne nuirait pas à l'évaluation des qualités des candidats et on a réaffecté le maximum de points aux questions qui restaient—Le comité d'appel a conclu que les candidats choisis n'étaient pas qualifiés pour occuper le poste parce qu'ils n'avaient pas atteint la norme minimale requise établie lorsque la question était incluse dans le système de cotation—Il n'a pas conclu que l'élimination de la question avait nui au classement des candidats—Demande accueillie—Le comité d'appel a commis une erreur de droit—Un comité d'appel ne peut accueillir un appel pour le motif que les questions posées dans une épreuve étaient inadéquates que si aucun comité raisonnable ne peut apprécier la valeur respective des divers candidats en se fondant sur ces questions: *Canada (Procureur général) c. Henri*, [1986] 2 C.F. F-11 (C.A.)—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1403(2)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.

DIRKSEN (RE) (A-494-91, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 25-6-92, 3 p.)

**PROCÉDURE DE SÉLECTION****Concours**

Demande visant à faire annuler la décision du comité d'appel—Le membre du jury de sélection, qui était le supérieur immédiat du poste à combler et du titulaire intérimaire, avait fait partie du premier jury dont la décision avait été attaquée avec succès—Le titulaire intérimaire avait été choisi—

**FONCTION PUBLIQUE—Fin**

Demande rejetée—Absence de partialité réelle résultant de la participation à la première sélection, en raison de cette participation considérée isolément ou avec le fait que la méthode d'évaluation n'a pas atténué la nécessité d'une évaluation subjective des qualifications des candidats dans la mesure où d'autres méthodes connues auraient pu le faire.

EDDY C. CANADA (COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE) (A-628-91, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 25-6-92, 2 p.)

**FORCES ARMÉES**

Demande en vue de l'obtention d'un bref de *certiorari* annulant la décision de libérer le requérant des Forces armées canadiennes, fondée sur ce que l'intimé n'avait pas donné à celui-ci l'occasion d'être entendu, en violation de l'obligation d'agir de façon équitable, et sur ce qu'il n'avait pris aucune mesure d'avertissement écrit ou de mise en garde et de surveillance avant de le libérer et, par conséquent, n'avait pas compétence pour prendre la décision de le libérer—Le capitaine Lawrence était l'officier responsable de l'unité dont le requérant était membre, sous l'autorité du lieutenant-colonel Noonan—En mai 1987, Noonan, qui était au courant des nombreux problèmes d'attitude du requérant, avait fait enlever du dossier de celui-ci l'avertissement écrit donné par Lawrence (mesure administrative prise à l'endroit du militaire dont le rendement ou la conduite n'est pas acceptable) après avoir rencontré ceux-ci—Lors d'une rencontre ultérieure, il a averti le requérant que tout nouvel écart de conduite donnerait lieu à un avertissement écrit et à des mesures relatives à sa carrière—Après que le requérant eut refusé de suivre le cours de moniteur d'éducation physique et de loisirs qu'il avait demandé à suivre, Noonan a envisagé d'envoyer celui-ci voir le psychiatre, mais le requérant a rencontré ce dernier de sa propre initiative—Le psychiatre a signalé que la santé mentale du requérant s'était considérablement détériorée et a recommandé d'autres examens—Les examens n'ont révélé aucun trouble mental, les écarts de conduite s'expliquant par le type de personnalité du requérant—En octobre 1987, le lieutenant Morgan a été affecté comme officier désigné du requérant—Peu de temps après, Noonan a reçu de Lawrence une note de service recommandant la libération obligatoire du requérant—Morgan a indiqué qu'il était prêt à intégrer le requérant en permanence dans l'unité, mais Noonan estimait que la bonne conduite du requérant était passagère, celui-ci ayant, par le passé, affiché un comportement agressif et hostile qui nuisait à l'ordre de l'unité—Noonan a fait part à Morgan des raisons pour lesquelles il recommandait la libération, après avoir rédigé un rapport à l'intention du commandant de la base, DeQuetteville, à qui il incombait de prendre la décision finale relative à la libération—À la suite de la présentation d'une demande antérieure, le juge Cullen avait décerné un bref de *certiorari*, pour le motif que DeQuetteville avait manqué à l'équité procédurale en ne permettant pas au requérant et à Morgan de faire des observations avant de prendre sa décision finale—Noonan a été jugé impartial et juste—La Cour d'appel a annulé le jugement de première instance pour le motif que DeQuetteville aurait dû

## FORCES ARMÉES—Suite

être constitué partie afin de pouvoir défendre la légitimité de la procédure suivie et a constitué celui-ci partie—Demande accueillie—(1) La Cour a compétence en vertu de l'art. 17(5) de la Loi sur la Cour fédérale—(2) Il n'était pas nécessaire de donner au requérant un avertissement écrit ou de l'assujettir à une mise en garde et à une surveillance avant de donner l'ordre de le libérer—Selon une ordonnance administrative des Forces canadiennes, ces mesures administratives doivent normalement précéder toute recommandation de libération fondée sur les faiblesses du militaire—L'emploi du terme «normalement» indique que ces mesures ne sont pas obligatoires—Étant donné que par le passé le requérant avait plusieurs fois affiché un comportement agressif et hostile, qu'il avait très souvent été averti et mis en garde au sujet de son comportement, qu'il avait omis d'effectuer certaines tâches, qu'il avait des problèmes financiers, qu'il avait commis des voies de fait contre une femme faisant partie des Forces, qu'il lui avait lancé des insultes, qu'il avait menacé de se plaindre de ses officiers aux médias, la procédure normale était inefficace—(3) L'art. 15.01 des Ordonnances et Règlements royaux (ORFC) dit que la libération d'un officier ou d'un homme ne peut se faire que conformément à cette disposition et au tableau y afférent—Le requérant a été libéré conformément au motif 5f) du tableau parce qu'il était «inapte à continuer son service militaire»—Le tableau 2 de l'ordonnance administrative OAF 15-2 prévoit que le commandant de la base ou le commandant est l'autorité de libération lorsqu'un caporal ou un soldat ayant neuf ans de service ou moins est libéré conformément au motif 5f)—Selon l'art. 10 de l'ordonnance, il est interdit à une autorité de libération désignée de déléguer son pouvoir—DeQuetteville devait conclure que le requérant, «à cause de facteurs en son pouvoir manifest[ait] des faiblesses personnelles ou un comportement, ou a[vait] des problèmes de famille ou personnels qui compromett[aient] grandement son utilité ou impos[aient] un fardeau excessif à l'administration des Forces canadiennes»—Cela exigeait qu'on tire des conclusions de fait sur le bien-fondé des allégations dont le requérant avait fait l'objet et qui avaient donné lieu à la recommandation de le libérer—DeQuetteville a lu la note de service de Noonan principalement pour déterminer s'il était opportun en l'occurrence de faire la mise en garde officielle, et non pour savoir s'il devait recommander la libération—(4) Noonan a mené une enquête approfondie, a écouté les observations du requérant et de Morgan, mais il avait déjà décidé de recommander la libération—Noonan a traité le requérant d'une façon équitable et celui-ci a pleinement eu l'occasion de présenter ses arguments avant que la recommandation ne soit faite à DeQuetteville—Le fait de ne pas se rendre aux raisons de quelqu'un n'est pas un signe d'injustice à condition que les observations soient permises et écoutées—(5) Le requérant n'a pas tenté de communiquer avec DeQuetteville après avoir été mis au courant de la recommandation de Noonan, bien que des facteurs favorables eussent pu être portés à son attention—DeQuetteville n'était pas obligé de demander au requérant de faire des observations—Le personnel du chef d'état-major de la défense ayant effectué un examen, la recommandation de DeQuetteville a été maintenue—Bien qu'il y ait eu de très bonnes raisons de libérer le requérant, ce dernier a gain de cause en l'espèce pour le motif que DeQuetteville a manqué à l'équité procédurale en ne permettant pas au requérant de faire des observations avant de prendre

## FORCES ARMÉES—Fin

sa décision finale—Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), ch. 10, art. 17(5).

DIOTTE C. CANADA (T-233-89, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 26-5-92, 26 p.)

## IMMIGRATION

Demande présentée par la requérante en vue de l'obtention d'un bref de *certiorari* annulant la décision par laquelle un agent d'immigration avait rejeté sa demande de visa de visiteur pour entrer au Canada comme travailleuse temporaire dans le cadre du Programme concernant les employés de maison étrangers (E.M.E.)—La requérante est originaire du Nigéria—Depuis 1987, elle était employée au Nigéria à titre de domestique et de bonne d'enfants—Les Adeoshun, qui étaient des citoyens canadiens vivant à Calgary, avaient besoin d'une bonne d'enfants résidente à plein temps, qui connaissait de préférence leurs propres racines culturelles africaines, pour s'occuper de trois jeunes enfants—Ils avaient entendu parler de la requérante par des amis et lui avaient offert un emploi dans le cadre du programme concernant les E.M.E.—L'agent des visas qui a interrogé la requérante a conclu que celle-ci avait une expérience restreinte, que ses réactions en cas d'urgence étaient inadéquates et qu'elle risquait d'être exploitée—La demande a été rejetée pour le motif que l'expérience de la requérante comme employée de maison ou sa connaissance des appareils ménagers modernes n'étaient pas suffisantes, et qu'elle ne connaissait pas assez bien l'anglais ou le français—La requérante allègue que la décision est erronée, qu'elle est contraire à l'obligation imposée par l'équité et aux règles de la justice naturelle en ce sens que l'agent des visas ne l'avait pas interrogée convenablement et ne lui avait pas posé de questions sur son expérience comme employée de maison; de plus, il n'avait pas tenu compte de sa capacité d'exercer l'emploi au Canada auprès de l'employeur prévu ayant les mêmes antécédents culturels—Les limites de l'examen fondé sur l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale exigent qu'une erreur de droit évidente à la lecture du dossier ait été commise ou que l'obligation d'équité ait été violée—Selon l'art. 8(1) de la Loi sur l'immigration, il incombe au requérant de convaincre l'agent des visas qu'il satisfait aux critères d'admission au Canada établis par les art. 18 et 20 du Règlement de 1978 sur l'immigration—Conformément au Manuel de l'immigration du Ministère, la requérante doit prouver (1) qu'elle a suivi une formation régulière dans le domaine des tâches ménagères ou du soin des enfants ou qu'elle a au moins une année d'expérience comme employée de maison rémunérée travaillant à plein temps; (2) sa capacité de communiquer verbalement et par écrit en anglais ou en français; et (3) sa capacité de satisfaire aux exigences de l'immigration canadienne sur le plan de la réputation et de la santé—Demande rejetée—L'entrevue n'était pas superficielle, mais il s'agissait d'une enquête menée de bonne foi sur l'expérience passée de la requérante—La requérante ne s'est pas acquittée de l'obligation d'établir son admissibilité dans le cadre du programme—L'agent des visas n'était pas tenu d'entrer en contact avec l'employeur pour vérifier ou éclaircir les faits—La requérante ne semblait pas savoir

## IMMIGRATION—Suite

ce qu'était un aspirateur, une laveuse ou un mélangeur—Elle avait une mauvaise connaissance de l'anglais—La loi exige la capacité de parler suffisamment bien l'anglais ou le français pour répondre au téléphone, pour réagir en cas d'urgence—L'agent des visas a convenablement et entièrement évalué l'aptitude de la requérante—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 8—Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/72-172, art. 18 (mod. par DORS/89-80, art. 1), 20—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. 7, art. 18.

BALOGUN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-4-92, juge Rouleau, ordonnance en date du 16-6-92, 8 p.)

## EXPULSION

Demande en vue du sursis à l'exécution de l'ordonnance d'expulsion en attendant le règlement de la demande d'autorisation d'obtenir une révision judiciaire—La requérante, citoyenne panaméenne, a revendiqué le statut de réfugié—Elle n'est pas mariée, habite chez ses parents, qui l'avaient précédée au Canada et avaient également revendiqué le statut de réfugié, et ne détient pas de permis de travail—L'audience relative au minimum de fondement a été remise en attendant qu'une décision soit rendue au sujet de la revendication présentée par le père de la requérante—Il a été reconnu que la revendication du père avait un minimum de fondement—La demande de résidence permanente présentée par le père indiquait le nom de la requérante à titre de personne à charge—Au moment où l'audience de la requérante a repris, il a été jugé que la revendication du statut de réfugié n'avait pas de minimum de fondement et une ordonnance d'expulsion a été rendue—La requérante allègue que l'audience a été tenue d'une façon inéquitable—Elle s'appuie sur le principe de l'expectative légitime étant donné que l'agent chargé de présenter les cas a apparemment indiqué que, s'il était jugé que la revendication du statut de réfugié d'une autre membre de la famille avait un minimum de fondement, il reconnaîtrait que celle de la requérante avait un minimum de fondement—Demande accueillie—Le pouvoir discrétionnaire de surseoir à une ordonnance d'expulsion avant que l'autorisation d'introduire une instance fondée sur l'art. 18 ne soit accordée ne devrait être exercé que dans des circonstances spéciales et contraignantes: *Hamilton c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 1 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.)—Dans *Kerrutt c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. F-57, il a été jugé que les inconvénients ne constituaient pas un préjudice irréparable—Selon la transcription, l'agent chargé de présenter les cas a déclaré que [TRADUCTION] «si une décision avait été rendue dans le cas d'autres membres de la famille, cela [lui] aurait peut-être permis de conclure plus facilement à l'existence d'un minimum de fondement»—Tout malentendu résultant des déclarations ambiguës de l'agent chargé de présenter les cas, expliquées par la suite, ne peut pas conférer à la requérante des droits qu'elle n'aurait pas eus autrement—La reconnaissance du statut de réfugié d'un parent n'est qu'un des facteurs à prendre en considération, mais cela ne crée pas de droit intrinsèque à une reconnaissance similaire—Le cas de chaque individu doit être examiné en fonction des faits qui lui sont propres—Le juge a examiné les documents produits à l'appui de la demande d'autorisation d'obtenir une révision

## IMMIGRATION—Suite

pour déterminer s'il existait une question sérieuse à trancher—Les déclarations faites dans l'affidavit au sujet de la crainte de persécution de la part des éléments restants du régime Noriega sont subjectives—La détermination de cette question doit se faire dans le cadre d'une audience tenue en vertu de l'art. 18—Le fait que la requérante sera séparée de sa famille et devra poursuivre ses appels depuis le Panama entraînera des inconvénients, mais cela ne constitue pas un préjudice irréparable: *Kerrutt*—La prépondérance des inconvénients favorise la requérante, mais la Loi exige l'expulsion sans retard indu lorsque l'expulsion est ordonnée et qu'il y va de l'intérêt public que la loi soit appliquée—Il est dangereux de créer un précédent voulant que, lorsqu'une demande d'autorisation d'obtenir une révision judiciaire est en instance, l'expulsion ne devrait pas être ordonnée; il est tenu compte du fait qu'il est injuste d'exécuter l'ordonnance d'expulsion avant l'audition d'une autre demande—L'ordonnance d'expulsion est suspendue pendant un mois de façon à permettre le règlement de la demande d'autorisation—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14), 82.1 (édicte, idem, art. 19; L.C. 1990, ch. 8, art. 54)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.

CORTEZ C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-177, suppléant juge Walsh, ordonnance en date du 23-4-92, 16 p.)

Requête en vue du sursis aux procédures (exécution de la mesure d'exclusion) jusqu'à ce qu'il soit statué sur la requête en autorisation—Le tribunal du premier palier avait conclu à l'absence de minimum de fondement aux fins de la revendication du statut de réfugié et avait pris une mesure d'exclusion contre le requérant le 16 mars 1992—Le requérant a demandé l'autorisation d'engager des procédures en vue du contrôle judiciaire le 23 mars—Exposé de fait et de droit déposé le 18 juin—Le requérant a été avisé le 8 juin qu'il devait partir le 24 juin—Requête rejetée—À supposer qu'il y ait des questions sérieuses à trancher, le requérant n'a pas montré l'existence d'un préjudice irréparable s'il retournait en Argentine (il n'a pas établi qu'il subira un préjudice physique ou qu'il sera persécuté)—La prépondérance des inconvénients favorise le ministre et le public lorsqu'il s'agit d'exécuter la mesure d'exclusion.

BUSSOLOTTI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-247, juge Collier, ordonnance en date du 23-6-92, 3 p.)

Demandes en vue de la modification des avis introductifs fondés sur l'art. 28 et demandes de sursis de l'exécution des mesures d'exclusion prises contre chaque requérant à la suite d'une décision défavorable rendue à la clôture de l'audience sur le minimum de fondement—Les requérants ont obtenu l'autorisation d'engager une procédure fondée sur l'art. 28 contre cette décision et ont déposé des avis introductifs en vertu de l'art. 28—Les demandes d'autorisation et les avis introductifs ne visent pas à contester la mesure d'exclusion, de sorte que la Cour n'est pas compétente pour accorder le sursis—Les demandes de modification sont accueillies étant donné que l'intimé ne subirait aucun préjudice par suite de la modification—À la suite des modifications, le sursis de l'exécution

## IMMIGRATION—Suite

des mesures d'exclusion est accordé—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).

AKYAMPONG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-533-91, juge Hugessen, J.C.A., ordonnance en date du 27-3-92, 2 p.)

OKYERE-ANTWI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-413-92, juge Hugessen, J.C.A., ordonnance en date du 27-3-92, 2 p.)

## PRATIQUE

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance de *certiorari* annulant la décision par laquelle l'agent des visas avait rejeté la demande de résidence permanente—La requérante a obtenu 67 des 70 points requis en vue de l'obtention du droit d'établissement—Neuf des 12 points possibles ont été attribués à l'égard de la scolarité—À Taïwan, l'enseignement secondaire se termine après neuf ans, puis les études sont poursuivies au collège—La politique de l'intimé est d'accorder des points à l'égard de la scolarité jusqu'à la fin du secondaire seulement—La requérante avait terminé neuf années d'études à l'école primaire et à l'école secondaire et cinq années au collège—L'agent avait l'obligation de tenir compte de l'argument selon lequel la requérante avait droit au nombre maximum de points d'appréciation—Demande accueillie.

YANG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1595-91, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 17-7-92, 4 p.)

Requêtes en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant le refus d'accorder les demandes de résidence permanente des requérants Yeung (T-35-92), Bachoo (T-2606-91) et Kwon (T-2607-91) ainsi que d'un *mandamus* enjoignant l'examen et le traitement des dites demandes—Le 30 janvier 1991, le ministre de l'Emploi et de l'Immigration a décidé, à titre temporaire, de ne plus accorder de points d'appréciation pour la demande dans la profession, de façon à aider à éliminer l'arriéré—La demande de résidence permanente de Yeung a été rejetée pour le motif qu'elle avait été complétée après le 30 janvier 1991—Les autres demandes ont été rejetées pour le motif que le nombre de points d'appréciation était insuffisant—Le fait de ne plus accorder de points d'appréciation pour le facteur de la demande dans la profession fait entrer en ligne de compte l'art. 11(2) du Règlement sur l'immigration de 1978—L'agent d'immigration ne peut pas délivrer un visa d'immigrant, que ce soit à un requérant indépendant ou à un requérant qui se prévaut des dispositions relatives aux parents aidés—Dans leurs requêtes, Bachoo et Kwon cherchent à obtenir une ordonnance selon laquelle leurs demandes ne doivent pas faire l'objet d'une sélection préliminaire comme s'il s'agissait de demandes indépendantes sans qu'il soit tenu compte de l'engagement en faveur d'un parent aidé—La demande dans la profession varie à l'occasion pour le pays dans son ensemble—La politique de «points bloqués» s'applique seulement lorsque les points accordés au requérant pour la demande dans la profession sont réduits à zéro et non simplement à un—Le Ministère n'est plus disposé à «bloquer» les points pour la demande dans la profession à la date de la demande initiale, puisque les points ont été

## IMMIGRATION—Suite

réduits à zéro pour toutes les professions—La question à trancher est liée à l'application des modifications aux demandes de visas déjà présentées en bonne et due forme—C'est la date de la demande et non celle de l'évaluation dont il faut tenir compte pour déterminer le nombre de points à accorder—Jurisprudence examinée—Dans le cas des demandes à titre de parents aidés, l'agent des visas ne peut pas délivrer un visa tant que l'engagement n'a pas été reçu—Même si la décision était d'ordre administratif, il serait contraire à l'équité de ne pas apprécier les facteurs tels qu'ils existaient à la date de la présentation de la demande initiale et du paiement des droits, qu'il s'agisse d'une demande indépendante ou d'une demande à titre de parent aidé—Requêtes accueillies—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11(2) (mod. par DORS/85-1038, art. 6; DORS/91-433, art. 5).

YEUNG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-35-92, T-2606-91, T-2607-91, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 2-4-92, 15 p.)

## STATUT DE RÉFUGIÉ

Demande de suspension de l'audience relative à la question du minimum de fondement, fondée sur la supposition selon laquelle la décision sera défavorable et aura des conséquences émotionnelles et financières préjudiciables—La suspension ne doit pas être accordée sur la base de conjectures au sujet du résultat de l'audience—Preuve inadéquate de préjudice irréparable—Aucune urgence ne justifie la suspension—On a tardé à présenter la requête—Demande rejetée.

MARAJ C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-595, juge Collier, ordonnance en date du 22-6-92, 4 p.)

La section du statut a conclu que le témoignage du demandeur était incompatible avec la preuve documentaire—Elle a fait remarquer que les autorités ne recherchaient probablement pas le demandeur, qui ne jouait pas de rôle important dans les manifestations, mais faisait simplement partie d'une grosse foule—Elle a également fait remarquer que le demandeur ne risquait pas d'être arrêté parce que c'était un homme d'affaires, contrairement à la plupart des détenus qui étaient des universitaires, et qu'à Guangzhou, les manifestants n'avaient pas été «arrêtés en masse»—Elle doutait de la preuve du demandeur selon laquelle «un groupe de représentants» de trois services de l'État «s'étaient présentés à l'improviste au domicile du demandeur» pour remettre une citation à comparaître, surtout à un moment où, «par hasard, ce dernier n'était ni à la maison ni au travail» parce que, s'il était vrai que les autorités le recherchaient tant, elles auraient pu attendre son retour pour l'appréhender—Appel accueilli et affaire renvoyée à un tribunal constitué différemment en vue de la tenue d'une nouvelle audience—La conclusion relative au manque de crédibilité fondée sur des problèmes intrinsèques au témoignage du demandeur est plus éloignée d'une révision en appel que la conclusion d'absence de plausibilité reposant uniquement sur des critères extrinsèques: *Giron c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (A-387-89, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 28-5-92, 4 p.)—La conclusion tirée par la Commission au sujet du manque de crédibilité est fondée presque entièrement sur des critères extrinsèques et met en cause



**IMMIGRATION—Suite**

des déductions susceptibles d'être contestées—Étant donné que la Commission doit avoir considéré que les autres raisons pour ne pas croire le demandeur étaient moins importantes, la tentative, lorsqu'il s'est agi de défendre la décision en invoquant des éléments de preuve différents de ceux sur lesquels la Commission s'était appuyée, a échoué—Les termes employés par la Commission dans sa décision sont gratuits, bien qu'ils indiquent son état d'esprit—Les conclusions de la Commission sont discutables et contredisent les éléments de preuve figurant dans le dossier ou n'en tiennent pas compte—L'appelant craignait d'être persécuté non seulement parce qu'il avait pris part à des manifestations, mais aussi parce qu'il avait contribué financièrement à la cause des manifestants, parce qu'il avait enregistré sur des cassettes vidéo et distribué des émissions de télévision depuis Hong-Kong, parce que six amis dans la même situation avaient été arrêtés et avaient disparu, parce que les autorités étaient effectivement venues le chercher et parce que, après qu'il se fut caché, elles avaient poursuivi leurs recherches par l'entremise de sa famille et avaient fermé son entreprise—La Commission n'a examiné qu'un nombre restreint des éléments de preuve réellement présentés par l'appelant sauf à la lumière de son opinion que, si les faits relatés étaient véridiques, les autorités l'auraient attendu pour être sûres de l'appréhender—En exprimant son opinion, la Commission a peut-être imposé des concepts occidentaux au sujet du totalitarisme oriental subtil—Question de savoir s'il est juste d'interpréter la façon dont la loi chinoise est exécutée à la lumière du modèle occidental plus linéaire, alors que l'État chinois exerce un contrôle social omniprésent, en co-optant la vigilance des citoyens en général.

YE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-711-90, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 24-6-92, 5 p.)

Appel d'une décision de la section du statut portant que "le demandeur n'a pas prouvé l'existence de la crainte raisonnable de persécution"—L'art. 69.1(11) de la Loi sur l'immigration impose à la section du statut l'obligation de «motiver par écrit» toute décision défavorable à l'intéressé—Les motifs doivent être suffisamment clairs, précis et intelligibles pour permettre à l'intéressé de savoir pourquoi sa revendication a échoué—Les motifs donnés par la section du statut en l'espèce ne répondent pas à ces critères—Appel accueilli—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2, art. 69.1(11) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18).

MEHTERIAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-717-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 17-6-92, 2 p.)

Appel de la décision par laquelle la section du statut a conclu que les appelants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Les appelants sont des Tamouls du Sri Lanka—La guerre se poursuit au Sri Lanka malgré le départ de la force de maintien de la paix indienne—Appel accueilli—Absence de preuve à l'appui de la conclusion de la Commission selon laquelle la crainte au sujet des hostilités futures est conjecturale—L'intimé a reconnu que la déclaration de la Commission, selon laquelle elle ne disposait d'aucun élément de preuve de violence ou de persécution contre les Tamouls, n'est pas soutenable—Le retour du demandeur au Sri Lanka a été expliqué

**IMMIGRATION—Fin**

par le fait qu'il doit prendre soin de sa mère—La Commission ne devrait que rarement affirmer qu'il n'existe aucun élément subjectif de crainte de persécution lorsqu'aucune question générale de crédibilité ne se pose—La Commission n'a pas tenu compte de tous les éléments de preuve.

SHANMUGARAJAH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-609-91, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 22-6-92, 3 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

Exigences relatives aux déductions et retenues—Appel du rejet par la Cour de l'impôt de l'appel contre la cotisation—La demanderesse, qui est entrepreneur en construction, a sous-traité à Aproz des travaux de construction à mur sec dans un hôtel—En avril 1985, Aproz n'a pas pu payer les traitements ou salaires—La demanderesse devait 155 000 \$ à Aproz dans le cadre du contrat de sous-traitance—Pour que les travaux de construction puissent continuer, la demanderesse a payé les sommes dues par Aproz à ses employés et a soustrait un montant correspondant du montant dû à Aproz—Aproz a fourni des chèques non signés où figuraient le nom des employés et les montants ainsi que les talons de chèques de paye, ce qui a permis à la demanderesse de tirer ses propres chèques—Le montant reçu par chaque employé équivalait au salaire net—La demanderesse n'a pas retenu les déductions à la source (primes d'assurance-chômage, cotisations au Régime de pensions du Canada et retenues d'impôt sur le revenu)—Le ministre a établi une cotisation en prenant pour acquis que la demanderesse avait payé des salaires et traitements aux employés d'Aproz et avait omis de verser au receveur général une somme à titre de primes d'assurance-chômage, de cotisations au R.P.C. et d'impôt sur le revenu, en violation de l'art. 153 de la Loi de l'impôt sur le revenu—Question de savoir si les sommes versées aux employés d'Aproz par la demanderesse constituent un salaire, ou si s'agit de fonds dus à Aproz, payés aux employés à la suite d'instructions d'Aproz—Action rejetée—L'art. 153 ne dit rien au sujet de la question de savoir si le payeur est l'employeur—Question de savoir si un individu ou une entreprise qui paie «un traitement, un salaire ou autre rémunération» doit déduire ou retenir le montant requis—La demanderesse a assumé l'obligation d'Aproz de payer tous les traitements dus de façon à empêcher des interruptions sur le chantier—Elle savait qu'elle payait des salaires—Le montant de la déduction exigible pour l'impôt sur le revenu est indiqué sur les talons de chèques de paye—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 153(1) (mod. par S.C. 1976-77, ch. 4, art. 62; 1980-81-82-83, ch. 109, art. 19; ch. 140; art. 104; 1985, ch. 45, art. 87), 227(8) (mod. par S.C. 1984, ch. 45, art. 89), (9) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 123; 1984, ch. 45, art. 89).

MOLLENHAUER C. M.R.N. (T-1485-89, juge Teitelbaum, jugement en date du 30-6-92, 12 p.)

**CALCUL DU REVENU**

Appel de la nouvelle cotisation dans laquelle le ministre avait inclus le montant de la remise de la taxe de vente dans le

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

revenu de 1982—De 1977 à 1980, et en 1982, la demanderesse a déduit la taxe de vente fédérale qu'elle avait payée sur les serviettes hygiéniques—La Commission du tarif et la Cour d'appel fédérale ont conclu que les serviettes hygiéniques étaient exonérées de la taxe de vente fédérale parce qu'il s'agissait de vêtements—La taxe de vente a par la suite été remise—La vérification a donné lieu à une remise en décembre 1981, mais la demande en vue de l'émission d'un chèque de remise et le chèque lui-même étaient datés du 4 janvier 1982—L'année d'imposition 1982 de la demanderesse s'est terminée le 3 janvier 1982—Dans le calcul de son revenu aux fins de l'impôt, mais avant de consulter ses avocats, la demanderesse a inclus la remise dans son revenu de 1982 et de 1983—La taxe de vente fédérale était comprise dans le prix des serviettes hygiéniques—La décision relative à la question de savoir si la remise constitue un revenu dépend des faits particuliers de l'affaire—Il est préférable de fonder la décision sur [TRADUCTION] «le point de vue pratique et commercial», c'est-à-dire de tenir compte du [TRADUCTION] «contexte commercial» dans lequel la taxe de vente a été payée et dans lequel la remise a été faite et reçue—Appel rejeté dans la mesure où la remise constitue un revenu, mais accueilli dans la mesure où elle a été incluse à tort dans l'année d'imposition 1982—(1) La remise de la taxe de vente constituait un revenu puisqu'il s'agissait d'un revenu tiré de l'entreprise, bien qu'elle ne fût pas strictement liée à la fabrication et à la distribution de produits de santé, étant donné qu'elle ne provenait pas de la fabrication des marchandises—Le prix des produits comprenait la taxe de vente fédérale et la demanderesse créditait le montant qu'elle faisait assumer à sa clientèle dans le calcul de son revenu brut—D'un point de vue commercial et pratique, la demanderesse a réduit son bénéfice en demandant des déductions à l'égard de la taxe de vente payée, a inclus la remise comme créance et a rajusté ses bénéfices non répartis (soit, essentiellement, les bénéfices accumulés)—*Mohawk Oil Co. c. Canada*, [1992] 2 C.F. 285 (C.A.) (le montant du règlement découlant de l'inexécution d'un contrat n'était pas imposable pour le motif qu'il pouvait être considéré comme un gain fortuit) distingué car, en l'espèce, il ne s'agit pas de savoir si la remise de la taxe de vente représente un gain fortuit—Les circonstances qui ont donné lieu à la remise doivent être examinées à la lumière du contexte commercial dans lequel elle a été faite et reçue, avant qu'il soit possible de déterminer si le paiement ou la remise constitue un revenu aux fins de l'impôt—(2) La remise a été incluse à tort dans le revenu de l'année d'imposition 1982 de la demanderesse—La demanderesse n'avait pas droit à la remise au moment où la Commission du tarif et la C.A.F. ont rendu leurs décisions, car ces dernières étaient simplement déclaratoires et ne précisaient pas le montant de la remise—La remise aurait dû être incluse dans l'année d'imposition 1983 de la demanderesse puisque le pouvoir discrétionnaire conféré par la Loi sur la taxe d'accise n'a finalement été exercé qu'au cours de l'année d'imposition 1983 de la demanderesse—Les conditions de fond de l'exercice du pouvoir d'émettre un chèque (demande, émission et signature, et remise) ont été remplies le 4 janvier 1982 (soit pendant l'année d'imposition 1983 de la demanderesse)—Le pouvoir discrétionnaire du ministre n'a pas été complètement exercé une fois que les conditions prévues à l'art. 44 de la Loi sur la taxe d'accise avaient été remplies—La demanderesse n'avait pleinement droit à la remise qu'après

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

l'exercice complet du pouvoir discrétionnaire du ministre—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1979, ch. E-13, art. 44.

JOHNSON & JOHNSON INC. C. CANADA (T-1280-87, juge Cullen, jugement en date du 8-6-92, 15 p.)

Appel du jugement de première instance rejetant l'appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt avait rejeté l'appel des cotisations de 1976, de 1977 et de 1979—Les registres de la contribuable étaient en désordre—Le vérificateur a conclu à la négligence de l'appelante dans la tenue de ses registres—Il avait préparé un relevé de valeur nette—À partir de cette preuve, le ministre pouvait s'appuyer sur l'art. 152(4) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Il devait également tenir compte de l'art. 152(7), créant la présomption selon laquelle la cotisation visée par l'art. 152 était valide—On ne peut réfuter cette présomption en prouvant que le montant est différent de celui que la contribuable avait indiqué—Le juge de première instance a eu raison de conclure que la présomption de validité des cotisations établies par le ministre n'avait pas été réfutée par la preuve—Appel accueilli uniquement dans la mesure où il était concédé, dans la défense, que le ministre ne maintiendrait pas les pénalités et que la contribuable avait droit à un report rétroactif d'une perte autre qu'en capital devant s'appliquer à l'année d'imposition 1979—Loi sur l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 152(4),(7).

MORROW C. CANADA (A-245-89, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 30-6-92, 5 p.)

## Déductions

L'intimé est actionnaire de deux corporations (soit une blanchisserie et une entreprise de promotion immobilière)—La première corporation a été dissoute à la suite de difficultés financières après cinq ans—L'intimé a remboursé sa part de l'emprunt bancaire qu'il avait personnellement garanti et a déduit de son revenu de 1980 le plein montant à titre de créance irrécouvrable—Pendant la même période de cinq ans, l'entreprise de promotion immobilière a acheté des terrains à l'aide d'emprunts bancaires, et a construit et vendu des maisons—Le produit de la vente servait à rembourser les emprunts bancaires—À la suite des difficultés financières de la corporation, la banque a demandé à l'intimé d'honorer sa garantie—Afin de rembourser sa part de l'emprunt bancaire (245 700 \$), l'intimé a emprunté 230 700 \$—En 1980, il a déduit 245 700 \$ à titre de créance irrécouvrable et, de 1981 à 1984, il a déduit les frais d'intérêt—En 1980, il a également déduit la part du prêt d'un autre actionnaire qu'il avait dû payer—Pendant cette période, il était propriétaire d'autres terrains, mais il les a toujours vendus à profit sans que ceux-ci soient aménagés—Il s'occupait activement de l'exploitation des deux entreprises—En concluant que les pertes étaient déductibles à titre de pertes d'entreprise et que les intérêts payés étaient déductibles en vertu de l'art. 20(1)c), le juge de première instance a suivi *Cull, P.J. v. La Reine* (1987), 87 DTC 5322 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Question de savoir si les pertes ont à juste titre été considérées comme des pertes d'entreprise ou des pertes sur placement—Appel accueilli—L'achat d'actions de compagnie constitue un investissement de capital dans une entreprise commerciale: *Irrigation Industries Limited v. The Minister of National Reve-*

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

*nue*, [1962] R.C.S. 346—La présomption selon laquelle il s'agit d'une opération en capital est réfutable—Le principal facteur est l'intention du contribuable au moment de l'acquisition des actions—Le juge de première instance a trop été influencé par le fait que la Couronne avait admis que l'intimé était, à l'égard des autres entreprises, un négociant en biens immobiliers—Le fait que l'intimé a constitué une corporation pour les deux entreprises oblige à les considérer de façon indépendante—Même si la décision rendue dans *Cull* est juste (le juge en chef adjoint Christie de la C.C.I. a refusé de la suivre dans *K.J. Beamish Construction Co. Ltd. c. Ministre du Revenu national* (1990), 90 DTC 1584 (C.C.I.)), il ne convient pas, vu les faits différents, de procéder par analogie pour établir les faits, surtout lorsqu'il s'agit d'une présomption de fait—Il faut tirer une conclusion claire et ferme—Étant donné la période pendant laquelle les entreprises ont été exploitées et l'acquisition continue de nouveaux terrains destinés à être aménagés et l'obtention d'hypothèques additionnelles, les deux entreprises constituaient des investissements réels destinés à engendrer des profits, et non des affaires de caractère commercial destinées à engendrer un profit au moment de la revente—Étant donné que le juge de première instance n'a pas expressément tiré de conclusions de fait, la Cour d'appel est libre de tirer les conclusions que celui-ci aurait dû tirer—Les faits ne permettent pas de réfuter la présomption selon laquelle il s'agissait d'opérations en capital parce qu'ils ne sont pas compatibles avec l'intention de vendre à profit le plus tôt possible, mais montrent simplement l'intention d'exploiter une entreprise—Pertes en capital—En ce qui a trait aux intérêts payés [TRADUCTION] «en l'absence d'une déduction expressément prévue par une loi, l'intérêt payable sur une dette de capital n'est pas déductible à titre de frais d'intérêt»: *Canada Safeway Limited v. The Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717—Le fait de conserver des biens productifs de revenu constitue un but indirect et non un but de produire un revenu: *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32—En l'espèce, les intérêts payés visaient à protéger le reste des intérêts immobiliers personnels du contribuable—Aucune expectative de tirer un revenu du prêt consenti à la corporation puisque celui-ci avait été radié à titre de créance irrécouvrable le jour où il avait été consenti—Les emprunts effectués pour préserver des biens ne constituent pas des emprunts dont le but est de produire un revenu—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 3 (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 1; ch. 42, art. 1), 18(1)a),b), 20(1)c), (3)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52b)(i).

MANDRYK C. CANADA (A-1-89, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 21-4-92, 18 p.)

Appel du jugement de première instance accueillant l'appel de la Couronne contre la décision par laquelle la Cour de l'impôt avait annulé les nouvelles cotisations—Les contribuables avaient acheté une compagnie insolvable à la New Brunswick Industrial Finance Board (la Commission) en contrepartie de la somme d'un dollar—La Commission a convenu de vendre les titres de créance de la compagnie, ayant une valeur de 5 000 000 \$, ainsi que des intérêts accumulés, contre la somme de 10 \$, à condition que les contribuables exploitent la compagnie—Le contribuable a inclus à titre de revenu la somme de 38 335 \$, représentant les intérêts accumulés, et a déduit la

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

même somme—Question de savoir si la déduction prévue par l'art. 20(14)b) est assujettie à la condition selon laquelle l'auteur du transfert doit inclure l'intérêt dans le revenu—La Commission est exonérée d'impôt—Pour analyser les incidences fiscales de la disposition, il faut déterminer l'objet de la disposition et la réalité commerciale de l'opération—L'art. 20(14) vise à répartir les intérêts entre l'auteur du transfert et le bénéficiaire, lorsqu'un titre de créance est transféré entre les dates de paiement d'intérêts, ce qui permet d'éviter la double imposition—Habituellement, les intérêts accumulés après la date du transfert sont imposables entre les mains du bénéficiaire du transfert—La Commission n'a reçu aucun paiement pour les intérêts accumulés avant le transfert—L'intention des contribuables n'était pas d'acquiescer des intérêts accumulés en obtenant des titres de créance, mais de prendre le contrôle d'une société en difficulté, de la remettre dans la bonne voie et de préserver des emplois dans la collectivité—L'art. 20(14)b) n'est pas censé s'appliquer en pareil cas—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(14)b).

ANTOSKO C. CANADA (A-103-90, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 2-7-92, 14 p.)

TRZOP C. CANADA (A-104-90, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 2-7-92, 2 p.)

TRZOP C. CANADA (A-105-90, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 2-7-92, 2 p.)

*Revenu ou gain en capital*

Appels des nouvelles cotisations relatives aux déclarations de 1985 et de 1986, dans lesquelles les gains découlant de la disposition d'actions sont considérés comme un revenu—Le mari de la demanderesse Darch est un conseiller financier s'occupant de conseiller des compagnies sur la mobilisation de capitaux empruntés—On a retenu les services de M. Darch pour chercher une compagnie inactive inscrite à la Bourse de Vancouver et n'ayant pas d'actifs ou de passifs importants, pour que Golconda Minerals N.L. of Australia acquière cette société comme moyen de placement afin de réunir des fonds au Canada pour des opérations d'extraction de l'or aux É.-U.—Darch a trouvé Cannon Minerals Ltd.—Golconda a acquis 1 273 000 actions ordinaires dans Cannon—Les demandereses ont convenu de payer 2,18 \$ l'action pour 150 000 actions et ont conclu des ententes d'option leur permettant d'acquiescer 70 000 autres actions à 80 cents l'action, l'option pouvant être levée dans les 60 jours de la date de l'entente—Après une annonce publique, Golconda a acquis Cannon et «devait vendre» à cette dernière ses terres aurifères aux É.-U. et le prix des actions de Cannon a connu une hausse rapide—Il aurait facilement été possible de prévoir une hausse du prix des actions au moment où les demandereses ont signé les ententes—Les demandereses ont eu recours au préfinancement pour obtenir 75 000 actions qui leur ont été attribuées le 4 octobre 1985—Le même jour, elles ont chacune vendu 40 000 actions à 4,40 \$ l'action—Le produit était suffisant pour leur permettre de rembourser le prêt—Du 17 au 31 octobre, les demandereses ont chacune vendu 35 000 autres actions—À l'aide du produit, elles ont levé leurs options pour acheter encore 70 000 actions, qu'elles ont régulièrement vendues jusqu'à ce que, en avril

## IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

1986, il ne leur reste plus aucune action—Les demanderesse ont déduit les profits à titre de gains en capital—Question de savoir si la série d'opérations doit être considérée comme un investissement, le produit constituant un gain en capital, ou comme un risque de caractère commercial—Appels rejetés—Les demanderesse ne se sont pas acquittées de l'obligation qui leur incombait d'établir que les opérations constituaient un investissement et non un risque de caractère commercial—La connaissance et l'intention des demanderesse sont considérées comme étant celles de leurs maris—Il est légitime d'attribuer la perspective générale du mari de Darch en sa qualité de conseiller financier ainsi que sa connaissance et son rôle particuliers dans la prise de contrôle de Cannon aux demanderesse, qui se sont tout le temps appuyées sur ses conseils—Les demanderesse n'ont pas eu de rôle actif—Selon la prépondérance des probabilités, M. Darch s'est fondé sur sa connaissance particulière de la nature, de l'opportunité et de l'annonce publique de la prise de contrôle et de la réaction probable à la Bourse de Vancouver, pour concevoir un plan n'entraînant presque aucune dépense en capital et reposant sur l'achat et la vente prochaine des actions de Cannon en vue d'un profit rapide—Rien ne laisse entendre que les demanderesse s'intéressaient à Cannon comme investissement—Elles ne savaient rien des opérations d'exploitation aurifère prévues—L'idée qu'une opération isolée équivaut à un risque de caractère commercial doit être examinée avec prudence, mais la Cour a le droit de tirer cette conclusion si la preuve considérée dans son ensemble appuie la chose.

DARCH C. CANADA (T-3259-90, T-3253-90, juge Strayer, jugement en date du 21-5-92, 9 p.)

## PRATIQUE

Requête en radiation de la déclaration—La déclaration désigne le mari et la femme à titre de demandeurs conjoints—À titre de dirigeants et d'administrateurs d'une société, ceux-ci avaient déduit certaines sommes des salaires des employés au titre de l'impôt sur le revenu et de l'assurance-chômage—Les sommes n'étaient pas conservées séparément, mais déposées dans le compte de la société, dont la banque avait fini par prendre possession—Les demandeurs ont tous les deux fait l'objet de cotisations—Chaque cotisation annuelle constitue une cause d'action distincte: *L. & M. Wood Products Ltd. c. Ministre du Revenu national* (1972), 72 DTC 6483 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Demande accueillie, action rejetée.

SCHMIDT C. CANADA (T-1694-86, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 20-7-92, 4 p.)

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance prorogeant le délai d'appel de la décision rendue par la Cour de l'impôt—Aucune observation présentée en opposition, bien que la Couronne ait reçu signification—Les retards sont attribuables au manque de connaissances au sujet de la procédure d'appel en matière d'impôt—Demande accueillie.

MCAUSLAND C. M.R.N. (92-T-576, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 22-7-92, 2 p.)

## INJONCTIONS

Demande en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire empêchant les intimées 1) de violer les marques de commerce enregistrées de la requérante «CHEZ», «CHEZ 106», «CHEZ 106 et dessin», 2) d'employer ou d'annoncer une prononciation de ses indicatifs «CHEY» comme la marque de commerce «CHEZ», 3) de faire passer les services et l'entreprise des intimées pour ceux de la requérante, 4) de s'approprier illicitement la clientèle attachée aux marques de commerce de la requérante—La requérante a toujours considéré son indicatif comme étant la prononciation phonétique depuis le mois de mars 1977 jusqu'à présent—L'indicatif «CHEZ» a été choisi parce qu'il pouvait être prononcé comme le terme français «chez»—En novembre 1989, l'intimée Télémedia Communications Inc. a obtenu une licence d'exploitation d'un service de radiodiffusion FM francophone à Trois-Rivières (Québec)—Elle a commencé sa diffusion en septembre 1990 sous l'indicatif «CHEY»—En juillet 1991, une action a été intentée au nom de CHEZ contre les deux intimées au sujet de l'emploi de la marque de commerce—Question de savoir si la requérante satisfait aux critères de délivrance d'une injonction interlocutoire énoncés dans *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451 (C.A.)—Preuve selon laquelle les marques de commerce de la requérante sont connues d'un bout à l'autre du Canada—Question sérieuse soulevée par la requérante—Critère préliminaire satisfait—L'enregistrement de la marque de commerce ne peut plus laisser présumer l'existence d'un préjudice irréparable—Les régions de diffusion ne se chevauchent pas et les auditoires sont différents—La répartition des incon vénients favorise la requérante—La jurisprudence favorise clairement le maintien du statu quo—Le statu quo favorise également la requérante—Il n'est pas prouvé que la requérante subirait un préjudice irréparable si l'injonction n'était pas accordée—La requérante n'a pas établi l'existence d'une confusion réelle ou probable—Les stations sont exploitées dans des régions différentes et dans des langues différentes et s'adressent à des auditoires différents—Demande rejetée.

CHEZ-FM, INC. C. TÉLÉMÉDIA COMMUNICATIONS INC. (T-1829-91, juge Cullen, ordonnance en date du 30-4-92, 13 p.)

Demande en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire dans une action en contrefaçon du brevet concernant un médicament (chlorhydrate de fluoxétine) commercialisé par les demanderesse sous la marque de commerce «Prozac»—La marque de commerce appartient à la demanderesse Eli Lilly and Co.—Le médicament est utilisé comme antidépresseur—Les demanderesse ont allégué tant la contrefaçon du brevet que la violation de la marque de commerce et ont revendiqué un droit exclusif sur le brevet concernant le chlorhydrate de fluoxétine—Injonction destinée à empêcher les défenderesses de contrefaire le brevet et la marque de commerce enregistrées des demanderesse—Question de savoir si les demanderesse ont fait une communication complète en obtenant une ordonnance Anton Piller *ex parte* du juge Denault—L'opinion du professeur Davis constitue un fait essentiel qui, si les demanderesse l'avaient connu, aurait dû être porté à la connaissance du juge Denault—Les demanderesse n'étaient pas au courant du contenu de l'affidavit du professeur David et n'ont donc pas pu obtenir une copie dudit affidavit avant le 17 décembre 1991—

**INJONCTIONS—Fin**

Les demanderessees n'ont pas omis de faire une communication complète de tous les faits essentiels—Quant à l'injonction interlocutoire, le brevet de la demanderesse est présumé valide—Demande ni frivole ni vexatoire—Les demanderessees ont montré qu'elles avaient une preuve soutenable au sujet de la contrefaçon du brevet—Les défenderesses Interpharm et Northam ont employé la marque de commerce «Prozac» en annonçant le fluoxétine—Le fait qu'elles n'ont pas conservé des registres appropriés et détaillés des achats et ventes du produit ne constitue pas un préjudice irréparable pour les demanderessees—La défenderesse Apotex est prête à verser aux demanderessees des dommages-intérêts résultant de tout acte des défenderesses lié à la vente de chlorhydrate de fluoxétine—Le fait qu'il soit possible qu'une action en dommages-intérêts soit intentée contre les demanderessees par suite de maladies causées par le produit des défenderesses ne suffit pas pour conclure à l'existence d'un préjudice irréparable—La preuve au sujet du préjudice irréparable doit être claire et non de nature conjecturale—Il n'est pas prouvé que les demanderessees subiront un préjudice irréparable si les défenderesses fabriquent et vendent un produit dont l'apparence est presque identique à celui des demanderessees—Les défenderesses Northam et Interpharm ont clairement tenté de faire passer le produit fabriqué par Apotex comme étant du «Prozac»—La perte immédiate de la clientèle et de la réputation subie par les demanderessees leur cause donc un préjudice irréparable non quantifiable—L'annonce des défenderesses crée de la confusion—Les demanderessees subiront un préjudice irréparable si les défenderesses sont autorisées à commercialiser le produit comme elles l'ont fait—L'octroi d'une injonction empêchant les défenderesses de commercialiser le produit comme étant du «Prozac» ne cause pas de préjudice irréparable aux défenderesses—Demande accueillie.

ELI LILLY AND CO. C. INTERPHARM INC. (T-3108-91, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 2-4-92, 25 p.)

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE**

Appel du jugement de la Section de première instance ((1990), 38 F.T.R. 18) rejetant la demande que l'appelant avait présentée en vue de l'obtention d'un bref de *certiorari* contre une décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles—Après avoir été en liberté conditionnelle de jour pendant quatre jours, l'appelant a été arrêté par la police et inculpé de plusieurs chefs de vol à main armée et d'infractions connexes—La Commission a révoqué la libération conditionnelle de jour de l'appelant et refusé de porter de nouveau à son actif le nombre considérable de jours de réduction de peine accumulés (plus de 1 000 jours)—Cependant, la Commission était disposée à examiner de nouveau la question des jours de réduction de peine à reporter à l'actif de l'appelant une fois qu'une décision serait prise au sujet des accusations en suspens—Les paroles du président n'étaient pas la position de l'appelant—La Commission a exprimé, de façon préliminaire, ses vues au sujet de la valeur et des conséquences des diverses décisions pouvant être prises dans le contexte particulier de l'affaire—La Commission était parfaitement au courant de la possibilité que la libération conditionnelle cesse ainsi que des

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin**

conséquences—Aucun jugement préconçu de la question et aucun manquement à l'obligation imposée par l'équité—Appel rejeté.

FAULKNER C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (A-1099-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 27-5-92, 4 p.)

**MARQUES DE COMMERCE**

Appel du jugement rejetant l'appel contre la décision du registraire des marques de commerce ((1990), 36 F.T.R. 70) de la Section de première instance—Absence d'erreur manifeste ou dominante justifiant l'intervention de la Cour—Appel rejeté.

JOHN LABATT LTD. C. MOLSON COMPANIES LTD. (A-577-90, juge en chef Isaac, jugement en date du 11-6-92, 2 p.)

**ENREGISTREMENT**

Appel de la décision par laquelle le registraire avait rejeté la demande présentée par Molson en vue de l'enregistrement de la marque de commerce «Club Ale et dessin» destinée à être employée en liaison avec de la bière—Demande présentée le 16 juillet 1968 par Formosa Spring Brewery Ltd., prédécesseur en titre de Molson, fondée sur l'emploi de la marque depuis le 1<sup>er</sup> mai 1968—En 1969, un acte d'opposition a été déposé par Pelissier's Brewery Ltd., prédécesseur en intérêt de Labatt, qui affirmait (1) que la marque créait de la confusion avec la marque déposée «Country Club et dessin» de Labatt; (2) que la requérante n'était pas la personne ayant droit à l'enregistrement, eu égard à l'art. 16(1)a) et à l'emploi antérieur de la marque par Labatt; et (3) que la marque n'était pas distinctive—Appel accueilli—(1) La marque de commerce «Country Club et dessin» de Labatt a été enregistrée en 1958, mais a officiellement été radiée en 1971, bien que le bureau des marques de commerce ait modifié le registre de manière à rendre exécutoire l'ordonnance jusqu'au 15 mars 1991 seulement—Le registraire a conclu que la date du dépôt de l'opposition était celle qui importait en vue de l'examen des circonstances (août 1969)—Étant donné que l'enregistrement de Labatt n'a été radié qu'en 1971, cette dernière pouvait s'appuyer sur la marque—Il a été jugé que Molson ne s'était pas acquittée de l'obligation qui lui incombait d'établir que la marque proposée ne créait pas de confusion avec la marque déposée de Labatt—Peu après la décision du registraire (31 janvier 1991), la Cour d'appel fédérale a infirmé la jurisprudence et a jugé que la date à laquelle on avait statué sur l'opposition était la date pertinente dans une affaire d'opposition à l'enregistrabilité: *Park Avenue Furniture Corp. c. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (C.A.F.)—Le premier motif d'opposition est rejeté car la date pertinente, à l'égard de l'opposition, est le 31 janvier 1991, date à laquelle la marque de Labatt a été radiée—(2) La question de la confusion en vertu de l'art. 16(1)a) doit être tranchée à compter de la date à laquelle la marque de commerce a d'abord été employée (1<sup>er</sup> mai 1968)—Le registraire a tenu compte de toutes les circonstances applicables, y compris celles qui sont précisées à l'art. 6(5),

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

avant de conclure que Molson n'avait pas établi l'absence de confusion—La décision était fondée sur l'art. 12(1)d), mais le registraire aurait également conclu à la probabilité de confusion en vertu de l'art. 16(1)a)—La décision prise par le registraire au sujet de la question de la probabilité de confusion est une conclusion de fait qui ne devrait pas être modifiée en appel à moins d'être clairement erronée—Il y a assez de similitude entre les deux marques pour qu'on juge qu'elle peut créer de la confusion dans l'esprit du consommateur de bière—Étant donné que la confusion a déjà été établie, l'application des art. 16(5) et 17(1) concernant l'abandon est examinée—La date pertinente en ce qui concerne l'abandon est celle de l'annonce de la demande de la marque de commerce à laquelle il est fait opposition (28 mai 1969)—La non-utilisation doit s'accompagner de l'intention d'abandonner la marque de commerce—La non-utilisation est clairement établie par la décision radiant la marque de Labatt—Le fait que Labatt ou son prédécesseur peuvent avoir apposé sur des tonnelets le reste des étiquettes «Country Club et dessin» en stock n'indique pas nécessairement qu'elle avait l'intention de conserver la marque de commerce; il aurait pu s'agir d'une façon économique de se défaire des étiquettes—Le deuxième motif d'opposition est rejeté car Labatt n'a pas établi qu'au moment où Molson a annoncé sa demande, elle n'avait pas l'intention d'abandonner la marque—(3) La date du dépôt de l'acte d'opposition est celle qui importe lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère distinctif—Pour que l'opposante ait gain de cause en ce qui concerne l'absence de caractère distinctif de la marque en vertu de l'art. 38(2)d), elle doit montrer que sa propre marque était dans une certaine mesure connue—Le caractère distinctif exige que la marque et le produit soient associés; que le propriétaire utilise l'association entre la marque et le produit et qu'il fabrique et vende le produit; que l'association permette au propriétaire de distinguer le produit de ceux des autres—Les circonstances dans leur ensemble doivent être prises en considération—La marque de commerce doit être distinctive pour tous les acheteurs éventuels, et non uniquement à des niveaux particuliers de l'industrie—Étant donné que l'étiquette indique clairement la source du produit et que l'affidavit constitue une preuve suffisante de l'utilisation par le prédécesseur en titre de la marque de commerce en liaison avec la bière, Molson a satisfait à l'obligation qui lui incombait de montrer que la marque distinguait ses marchandises de celles des autres—Étant donné que la marque de Molson était distinctive à la date du dépôt de l'opposition (28 août 1969), le troisième motif d'opposition est rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2, 6(5), 12(1)d), 16(1)a), (5), 17(1), 38(2)d), 56.

MOLSON BREWERIES C. LABATT BREWING CO. (T-773-91, juge Dubé, jugement en date du 12-6-92, 20 p.)

**POSTES**

Appel d'un jugement de première instance ([1985] 1 C.F. F-22) portant que les décisions répétées du Ministère d'attribuer aux publications du contribuable la classification postale de courrier de troisième classe constituait une justification légale suffisante pour rendre inapplicable la doctrine de l'enrichissement sans cause sur laquelle l'action en remboursement

**POSTES—Fin**

était fondée—Rien dans la preuve ne permet de parler de décisions arbitraires ou discriminatoires—Le juge de première instance ne pouvait que voir dans ces décisions prises de bonne foi une justification suffisante pour rejeter l'idée d'un enrichissement et appauvrissement corrélatif sans cause—Appel rejeté.

INSTITUT CANADIEN DES MINES ET DE MÉTALLURGIE C. CANADA (A-510-85, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 4-6-92, 2 p.)

**PRATIQUE****AFFIDAVITS**

Appel de l'ordonnance du protonotaire en chef rejetant la requête en vue de faire retirer du dossier l'affidavit d'Elford—L'affidavit d'Elford a été déposé en réponse à celui de Booth, qui ne faisait plus partie du dossier, la Cour d'appel fédérale ayant refusé d'accorder l'autorisation de déposer l'affidavit de Booth—Appel accueilli—L'affidavit d'Elford a clairement été déposé en réponse à l'affidavit de Booth—Étant donné que ce dernier ne faisait plus partie du dossier, l'affidavit d'Elford n'était pas une contre-preuve—Élément de preuve irrégulier—Cet élément de preuve ne doit pas être considéré à l'appui de l'appel de la décision du registraire des marques de commerce.

PROUVOST S.A. C. MUNSINGWEAR, INC. (T-456-91, T-457-91, T-458-91, T-459-91, juge Pinard, ordonnance en date du 19-6-92, 4 p.)

**COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE***Interrogatoire préalable*

Il est reconnu que les défendeurs avaient droit à un interrogatoire préalable au sujet des renseignements complémentaires figurant dans la réponse donnée par écrit par la demanderesse à la question 125—Les questions litigieuses soumises au juge des requêtes étaient celles de savoir si l'interrogatoire préalable devait se faire par écrit ou par comparution personnelle et, dans ce dernier cas, qui devait comparaître et quelle ordonnance devait être rendue au sujet des dépens—Appel rejeté—Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur de droit et ne s'est pas fondé sur un principe erroné.

BHADRACHALAM PAPERBOARDS LTD. C. PHILIPPINE VICTORY (LE) (A-1211-91, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 24-6-92, 2 p.)

**DÉCISION PRÉLIMINAIRE SUR UN POINT DE DROIT**

Requête présentée en vertu de la Règle 474 afin qu'il soit statué de façon préliminaire sur l'irrecevabilité du recours intenté par la défenderesse Hapag Lloyd A.G. contre la codéfenderesse Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada—Requête rejetée pour les motifs suivants: 1) les autres parties n'y consentent pas, 2) les parties ne sont pas d'accord quant aux faits essentiels, 3) il n'est pas évident que la question à résoudre est une question de fait seulement, 4) il n'est pas

## PRATIQUE—Suite

évident que la prescription invoquée par la requérante s'applique inéluctablement à une partie ou à toutes les parties—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 474(1a).

COURCHESNE LAROSE LTD. C. DUSSELDORF EXPRESS (LE) (T-154-90, juge Dubé, ordonnance en date du 7-7-92, 2 p.)

COURCHESNE LAROSE LTD. C. LADY LIENKE (LE) (T-1932-89, juge Dubé, ordonnance en date du 7-7-92, 2 p.)

## FRAIS ET DÉPENS

Mémoire de frais présenté par le procureur des intimés pour taxation des dépens entre parties—Objection par le procureur du requérant au mémoire de frais—Décision du juge de première instance infirmée par la Cour d'appel—Les intimés ont droit aux frais de première instance—Le mémoire de frais des intimés est taxé et alloué au montant réclamé de 683,20 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1214.

KUGANESWARAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-864-87, officier taxateur Daoust, taxation en date du 25-6-92, 2 p.)

Requête en vue de l'obtention d'une garantie pour les dépens—La demanderesse est une société américaine qui possède une division canadienne—Il est reconnu que la demanderesse est une organisation importante, capable de payer les frais—La Règle 446(1a) exige seulement que le demandeur réside ordinairement en dehors du Canada—Demande accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 446(1).

FIGGIE INTERNATIONAL INC. C. CITYWIDE MACHINE WHOLESALE INC. (T-1200-92, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 16-6-92, 4 p.)

Demande de taxation des dépens en vertu de la Règle 350(3) ou, subsidiairement, en vue de l'obtention d'une ordonnance donnant des directives spéciales à l'officier taxateur—Action principale en contrefaçon de brevet—La procédure visée par la Règle 350(3) n'est applicable que dans des cas exceptionnels—Il n'a pas été prouvé que la taxation serait retardée si le juge ne taxait pas les dépens—Existence de motifs permettant de donner des directives à l'officier taxateur en vertu des Règles 344(6),(7)—La Cour ne doit pas modifier à la légère les sommes prévues par le tarif à titre de dépens taxés entre parties—Les affaires de brevet, bien que complexes, ne doivent pas être traitées d'une manière différente—La lettre dans laquelle on proposait une licence en contrepartie d'une somme établie à partir du coût du litige ne constituait pas une offre de règlement—Le facteur de la complexité vise les questions de droit et non les questions techniques—Le facteur de l'importance n'est pas satisfait puisque la contrefaçon et la validité ne sont pas des questions nouvelles—La conduite de l'appelante TRW, qui avait attendu deux ans pour demander la fixation de la date de l'audience après que les mémoires eurent été terminés, doit être prise en considération, la chose ayant obligé les avocats de l'intimée Walbar à reprendre leur travail—Le facteur de la charge de travail est satisfait étant donné que les avocats de Walbar ont passé plus de 2 850 heures à examiner les faits ainsi qu'à recueillir et présenter des éléments de preuve—Les

## PRATIQUE—Suite

frais qui ont dû être assumés pour satisfaire à l'exigence selon laquelle une société ouverte doit révéler l'existence des poursuites judiciaires à titre de dette éventuelle ne sont pas recouvrables—Les frais de déplacement du représentant de la compagnie ne sont pas recouvrables à titre de débours—Les frais de déplacement de l'épouse de l'expert sont recouvrables uniquement à cause de la santé frêle de ce dernier—L'expert a rendu ses services à titre bénévole, de sorte que les honoraires ne sont pas recouvrables—Les frais de préparation d'un vidéo sur le procédé de fabrication sont recouvrables car le vidéo a été utilisé à l'instruction et en appel—Le juge donne à l'officier taxateur une directive selon laquelle celui-ci doit accorder des honoraires d'avocat s'élevant à 12 500 \$ jusqu'aux actes de procédure inclusivement; de 7 500 \$ jusqu'à l'interrogatoire préalable; de 4 000 \$ pour les interrogatoires préalables; de 50 000 \$ pour la préparation du procès; de 10 000 \$ pour le plaidoyer écrit; de 600 \$ par jour pour le temps passé à la Cour à cause du procès par l'avocat principal; de 300 \$ pour chaque avocat en second; de 40 000 \$ pour la préparation de l'appel; une majoration des honoraires d'avocat pour le temps passé à la Cour à cause de l'appel; de 2 500 \$ pour la requête sur les dépens—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 344 (mod. par DORS/87-221, art. 2), 350.

TRW INC. C. WALBAR OF CANADA INC. (A-107-91, juge Stone, J.C.A., ordonnance en date du 3-7-92, 18 p.)

## JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Demande commune présentée conformément à la Règle 341 par les parties à l'action en vue de l'obtention d'un jugement rédigé dans les termes dont elles avaient convenu, sans que les questions soulevées dans les plaidoiries ne soient instruites—La demanderesse fait valoir les préoccupations de ses membres au sujet de la protection des parcs nationaux et, en particulier, au sujet des opérations continues de coupe à blanc dans le parc national Wood Buffalo—La Couronne est propriétaire des terres situées dans ledit parc, régies par la Loi sur les parcs nationaux—Un accord sur l'exploitation forestière était intervenu entre le ministre de l'Environnement, au nom de Sa Majesté, et Canadian Forest Products Limited—Cette dernière n'était pas représentée à l'audience, bien qu'elle eût été avisée de la demande—Dans la déclaration, il est allégué que l'accord de 1983 ainsi que les décrets autorisant cet accord et les accords précédents sont invalides—Dans leur défense, les défendeurs soutiennent que ces décrets et accords sont valides—Demande commune en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que l'accord de 1983 est invalide et qu'il n'est pas autorisé par la Loi sur les parcs nationaux—La Règle 341 permet à une partie de demander un jugement sur toute question si une admission a été faite—La requête visée par la Règle 341 peut être présentée lorsque les faits pertinents sont clairement admis et que les conséquences de l'application de la loi ne font pas de doute, de sorte qu'un demandeur a manifestement droit *ex debito justitiae* au redressement qu'il réclame: *R. c. Gary Bowl Limited*, [1974] 2 C.F. 146 (C.A.)—La Règle 341 prévoit une procédure appropriée pour rendre jugement lorsque les parties reconnaissent que le demandeur a droit, en totalité ou en partie, à la réparation demandée, que ce jugement règle ou non toutes les questions, pourvu que la Cour n'ait aucun motif de s'opposer au jugement envisagé en se fon-

## PRATIQUE—Suite

dant sur l'application de la loi—L'action de la demanderesse serait réglée par le jugement envisagé—Étant donné la concession faite par les défendeurs dans leurs observations écrites sur la manière dont s'applique la loi revient à reconnaître le fondement de la réparation sollicitée, à savoir que l'accord est invalide, il convient de prononcer une ordonnance conformément à la Règle 341—La Cour prononce un jugement déclaratoire conformément à ce qui avait été demandé, mais il est expressément accordé pour cette action seulement—La requête est inhabituelle car elle vise à faire invalider un accord conclu avec une partie qui n'avait pas été jointe à l'action et qui n'a pas cherché à intervenir, bien qu'elle ait été avisée de la requête commune—Dans la mesure où les droits de Canadian Forest Products Ltd. peuvent être touchés d'une façon défavorable, la compagnie a été avisée d'une façon adéquate de la demande et a amplement eu l'occasion d'intervenir—Le jugement ne s'applique pas directement à la compagnie et ne lui est pas opposable, bien qu'il ne soit pas réaliste de s'attendre à ce que le jugement n'ait pas d'incidence néfaste sur les droits qui lui sont reconnus par l'accord de 1983—La requête est également inhabituelle en ce sens qu'elle est appuyée par les observations écrites de l'avocate des défendeurs contredisant la défense signée par la même avocate—Étant donné l'absence d'aveux des défendeurs dans les plaidoiries à l'appui de la requête, il est ordonné dans le jugement que les observations écrites présentées par les défendeurs à l'audience soient consignées au dossier et soient réputées être des aveux de leur part aux fins de l'action seulement—Grâce à ce dispositif du jugement, le dossier de la Cour renferme les aveux des défendeurs qui appuient le jugement déclaratoire sollicité et accordé sans qu'il soit nécessaire de modifier les plaidoiries ou de présenter d'autres requêtes pour obtenir le résultat dont les parties ont convenu—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 341—Loi sur les parcs nationaux, L.R.C. (1985), ch. N-14—Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

SOCIÉTÉ POUR LA PROTECTION DES PARCS ET DES SITES NATURELS DU CANADA C. CANADA (DIRECTEUR DU PARC NATIONAL WOOD BUFFALO) (T-272-92, juge MacKay, jugement en date du 23-6-92, 12 p.)

## OUTRAGE AU TRIBUNAL

Le demandeur Morris est titulaire d'un brevet concernant un appareil servant à retirer des produits pétroliers flottant à la surface de l'eau—En 1986, il a obtenu une injonction interlocutoire sur consentement contre les défendeurs—En 1992, il a découvert que les défendeurs fabriquaient et vendaient des récupérateurs au Canada et a présenté la présente requête pour mépris—Le défendeur Bennett a été avisé de l'ordonnance—Il a sciemment tenté de la contourner en alléguant qu'à cause de différences insignifiantes entre son appareil et le brevet, ce dernier ne s'appliquait pas à lui—Il a déclaré à d'autres que le brevet de Morris n'était pas valide—Le fait que le défendeur a obtenu un avis juridique portant que son appareil n'était pas une contrefaçon n'est pas une réponse à une accusation de mépris d'ordonnance: *Canadian Metal Co. Ltd. et al. v. Canadian Broadcasting Corp. et al. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585 (H.C.); conf. (1975), 11 O.R. (2d) 167 (C.A.)—Pour juger

## PRATIQUE—Suite

qu'il y a contrefaçon de brevet, la Cour doit considérer les revendications comme une question de droit et, ensuite, en tant que conclusion de fait, déterminer si les activités du défendeur entrent dans le cadre des revendications—Les revendications doivent être interprétées par rapport au mémoire descriptif intégral—Le mémoire, y compris les revendications, doit être interprété par rapport à l'état de la technique à la date du dépôt de la demande—Le récupérateur à disques des défendeurs constitue une contrefaçon du brevet du demandeur—Les défendeurs ont désobéi à l'injonction interlocutoire de 1986.

VERSATECH PRODUCTS INC. C. AQUA-GUARD SALES INC. (T-147-86, juge Reed, ordonnance en date du 22-5-92, 13 p.)

## PLAIDOIRIES

## Détails

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant à la défenderesse de fournir des détails plus amples et plus précis au sujet de la défense modifiée ainsi que de donner d'autres réponses à des questions posées dans des interrogatoires, auxquelles la Cour lui avait ordonné de répondre—Le litige porte sur le droit à certaines réserves—La défenderesse plaide que la demanderesse a «cédé» les droits qu'elle avait sur la réserve par suite de son attribution à une autre bande, ou qu'elle a effectué une «attribution provisoire» à une autre bande—La défenderesse a refusé de répondre à la demande de détails au sujet de la «cession» et de l'«attribution provisoire» pour le motif qu'il s'agissait de questions de droit devant être tranchées par le juge de première instance—La demanderesse a soutenu que les notions de «cession» et d'«attribution provisoire» proposées comme moyens de défense étaient des expressions nouvelles, ne figurant ni dans la Loi sur les Indiens ni dans les arrêts publiés, pour décrire un moyen de céder légalement les terres d'une réserve—Elle a maintenu qu'elle avait le droit de connaître la source (à savoir la common law ou un texte de loi) afin de pouvoir se préparer en vue de l'instruction et d'éviter d'être prise au dépourvu—Les principes applicables ont été résumés dans *Cat Productions Ltd. v. Macedo et autres* (1984), 1 C.P.R. (3d) 517 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.): on ordonne maintenant de fournir des détails plus librement qu'à l'époque des «arguments surprises», qui est maintenant révolue; les tribunaux insistent pour que les plaidoiries définissent avec clarté et précision les questions en litige—Aucune disposition des Règles de la Cour fédérale n'interdit d'invoquer des principes de droit, mais les faits sur lesquels ceux-ci s'appuient doivent aussi être fournis—La Règle 412(2) prévoit que le fait de soulever une question de droit ou d'affirmer expressément une conséquence juridique ne doit pas être accepté comme remplaçant un exposé des faits essentiels sur lesquels se fonde la conséquence—Les allégations au sujet de la «cession» et de l'«attribution provisoire» affirment une conséquence juridique et doivent être appuyées par un exposé des faits pertinents sur lesquels cette conséquence se fonde—Il incombe à la défenderesse de fournir des détails sur les faits pertinents qu'elle a l'intention d'invoquer à l'appui de son affirmation—Sans ces détails, les points litigieux et les faits qui leur servent de fondement demeurent si obscurs qu'ils empêchent la demanderesse de savoir de quoi il en retourne—Le caractère nouveau des



## PRATIQUE—Suite

notions de «cession» et d'«attribution provisoire» ajoute une autre justification en vue de l'obtention de détails—Il est ordonné à la défenderesse de donner des détails plus amples et plus précis—Quant aux réponses à donner à la suite des interrogatoires, des facteurs spéciaux doivent être pris en considération en l'espèce: les événements pertinents visent une période de plus de deux siècles; il n'y a plus âme qui vive pour relater les événements qui ont abouti à l'attribution contestée des réserves indiennes; jusqu'ici, plus de mille documents historiques ont été produits; l'instruction comportera l'audition de témoignages d'anthropologues, l'examen de questions touchant à la généalogie et l'appréciation d'éléments de preuve historiques présentés oralement et par écrit—Le fait que les parties ont convenu de procéder à l'interrogatoire préalable par écrit constitue un grand progrès étant donné qu'il est presque impossible de désigner une personne qui soit en mesure de défendre tous les différents intérêts—Il est important de s'assurer que la demanderesse n'est pas mise dans une position désavantageuse en consentant à l'interrogatoire par écrit—La nature des rapports entre les parties est également importante—La Couronne fédérale a une obligation de fiduciaire envers les autochtones, en particulier en ce qui concerne l'administration et l'utilisation des terres des réserves—L'objectif ultime est la détermination des droits de la bande demanderesse—On ne devrait pas considérer que la défenderesse essaie d'entraver ou de contrecarrer ces droits d'une manière injustifiée—Dans *Guérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, la Cour suprême a exprimé sa réprobation à l'égard de l'omission par Sa Majesté de plaider expressément l'existence d'une «fiducie politique» comme l'exige la Règle 409—La défenderesse doit répondre du mieux qu'elle peut aux questions au sujet desquelles elle a fait des recherches pendant au moins un an—Les questions au sujet des plaidoiries concernant l'«attribution provisoire» aident les demandeurs à établir le sens de cette expression et méritent une réponse—Le refus de la défenderesse de répondre à d'autres questions parce qu'elles soulèvent des points qu'il appartient au juge de première instance de trancher repose sur la prémisse qu'un interrogatoire a pour but de fouiller dans les souvenirs du déposant—Cela mène à la conclusion inacceptable suivant laquelle, lorsque la demande d'une partie est fondée sur un titre ancestral ou sur des questions si anciennes qu'il ne reste plus de témoins, cette partie ne pourrait pas être interrogée au préalable au sujet des faits se rapportant véritablement à la demande—Il ne suffit pas que la défenderesse se borne à produire les documents sur lesquels elle s'appuie, mais qu'elle refuse de fournir des réponses sur des faits pertinents—Le fait que la demanderesse a en sa possession certains documents ne porte nullement atteinte à son droit de procéder à un interrogatoire sur les faits essentiels à la demande—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 409, 412, 415(3), 466.1 (mod. par DORS/90-846, art. 16).

BANDE INDIENNE WEWAIKAI C. CANADA (T-951-89, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 3-6-92, 11 p.)

*Requête en radiation*

Déclaration visant à l'obtention de dommages-intérêts découlant d'une maladie professionnelle, et non d'un accident—L'art. 4(1) de la Loi sur l'indemnisation des agents de l'État fait une distinction entre l'agent blessé dans un accident et

## PRATIQUE—Suite

l'agent devenu invalide à la suite d'une maladie professionnelle—L'art. 12 prévoit qu'il n'existe aucune cause d'action contre la Couronne par suite d'un accident de travail donnant droit à une indemnisation en vertu de la Loi—Le demandeur a également modifié la déclaration avant le dépôt de la présente requête, de manière à alléguer d'autres causes d'action non visées par la présente requête—Il n'est pas clair et évident que l'action est scandaleuse, futile ou vexatoire au sens de la Règle 419(1)c) ou qu'elle constitue un emploi abusif des procédures au sens de la Règle 419(1)f)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419—Loi sur l'indemnisation des agents de l'État, L.R.C. (1985), ch. G-5, art. 4(1), 12.

CHAMBERLAND C. CANADA (T-1700-91, juge Dubé, ordonnance en date du 10-6-92, 2 p.)

Déclaration contre la défenderesse Wilkinson Agencies Ltd.—Il n'est pas clair et évident que la demanderesse n'a pas de cause d'action conformément à la Loi sur la concurrence par suite du refus des défenderesses de fournir une commande de bicyclettes—La question de savoir si la défenderesse Wilkinson Agencies Ltd. est non pas un fournisseur ou un distributeur, mais un simple agent, est une question devant être tranchée à l'instruction—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> supp.), ch. 19, art. 18).

MOUNTAIN EQUIPMENT CO-OPERATIVE C. SPECIALIZED BICYCLE COMPONENTS CANADA INC. (T-3092-91, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 15-6-92, 3 p.)

Requête visant obtenir le rejet de l'action parce qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action—Il est loin d'être évident et clair que la déclaration du demandeur «ne révèle aucune cause raisonnable d'action»—Les allégations énoncées par le demandeur dans sa déclaration sont présumées vraies—La Cour n'ordonnera la radiation d'une déclaration que s'il est évident qu'il est impossible de modifier ladite déclaration de façon à ce qu'elle puisse révéler une cause raisonnable d'action—Le demandeur aurait dû poursuivre l'État au lieu du défendeur personnellement—Permission est accordée au demandeur de modifier sa déclaration dans un certain délai, faute de quoi celle-ci sera péremptoirement radiée—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419(1)a).

CYR C. CANADA (DIRECTEUR DU PÉNITENCIER FÉDÉRAL DE BATH (ONTARIO)) (T-712-92, juge Muldoon, ordonnance en date du 25-6-92, 3 p.)

## PRESCRIPTION

Requête en radiation de la déclaration—Le demandeur a allégué que les préposés de l'État avaient fait preuve de négligence pendant qu'ils surveillaient des cadets au cours d'une séance de gymnastique dans un camp de la Défense nationale—Pendant qu'il était encore mineur, le demandeur s'est fracturé une vertèbre durant une séance de gymnastique—Plus tard, parvenu à l'âge adulte, il a été libéré des Forces à cause d'une fracture à une vertèbre—La veille du sixième anniversaire de sa majorité, il a intenté cette action—L'art. 269 de la Loi sur la défense nationale prévoit que les actions pour une prétendue négligence se prescrivent par six mois à compter de

**PRATIQUE—Suite**

la négligence ou, dans le cas d'un préjudice ou dommage, par six mois à compter de sa cessation—Dans sa déclaration, le demandeur allègue qu'il souffrait encore d'invalidité à la date du dépôt de sa demande—L'expression «dans le cas d'un préjudice ou dommage» vise deux notions distinctes—Le «dommage» représente la perte subie par le demandeur—Le «préjudice» est l'action de violer les droits de quelqu'un donnant ouverture à un recours en justice—Dans la mesure où il est allégué que le dommage existait toujours à la date de la déclaration, le délai de six mois prévu à l'art. 269 n'était pas expiré à la date où l'action a été intentée—Étant donné que l'art. 269 vise uniquement à prescrire les actions, le recours est prescrit et non le droit—Puisque le délit n'est pas éteint d'une façon absolue, l'art. 269 n'interdit pas une action contre l'État fondée sur la responsabilité du fait d'autrui—L'art. 47 de la Loi sur la prescription des actions de l'Ontario, qui proroge le délai dans lequel une action peut être intentée dans le cas d'un mineur, l'emporte et le délai plus court prévu par d'autres lois ne limite pas le droit du mineur, malgré l'art. 45(2), qui ne vise pas l'action dont une loi précise le délai de prescription: *Papamanolopoulos v. Board of Education for the City of Toronto* (1986), 56 O.R. (2d) 1 (C.A.)—L'action n'est pas prescrite—Requête rejetée—Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 269—Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 20), art. 3—Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1990, ch. L.15, art. 45(2), 47.

KEDDY C. CANADA (T-526-90, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 23-6-92, 4 p.)

**RENOIS**

Demande de renvoi présentée conformément aux Règles 480 et 500—La Règle 480 permet la présentation d'une demande avant l'instruction en vue de l'obtention d'une ordonnance selon laquelle une question de fait doit faire l'objet d'un renvoi en vertu des Règles 500 et suivantes après l'instruction—Dans l'action contre le fabricant, le brevet a été jugé valide et contre-fait—Dans cette action, les demandeurs demandent des dommages-intérêts au moyen des profits du détaillant—La question relative au droit d'obtenir un autre recouvrement est principalement une question de droit—Les faits pertinents sont largement établis ou admis—Les interrogatoires préalables au sujet de la question de la responsabilité de cette défenderesse, de la production d'autres documents et du procès devraient être limités—Ordonnance rendue permettant l'instruction de l'affaire au sujet de la question relative au droit qu'ont les deman-

**PRATIQUE—Fin**

deurs de recouvrer d'autres dommages du détaillant, du montant des profits à fixer au moment du renvoi, sous réserve de la discrétion du juge président le procès—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 480, 500.

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. C. CONSUMERS DISTRIBUTING Co. (T-2342-86, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 24-6-92, 4 p.)

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS**

Demande présentée en vertu de l'art. 12(1) de la Loi sur la protection des renseignements personnels—La Cour est liée par l'art. 22, qui prévoit que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication des renseignements personnels demandés, lesquels ont été obtenus ou établis par la GRC dans l'exercice de fonctions policières pour une province conformément à des dispositions prises en vertu de l'art. 20 de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, selon lequel le gouvernement du Canada, à la demande de la province, s'est engagé à ne pas révéler ces renseignements—Demande à cet effet par le procureur général de la C.-B. au dossier—Demande rejetée—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 12(1), 22—Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 20.

MILLER C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (T-493-91, juge Teitelbaum, jugement en date du 16-6-92, 4 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande présentée en vertu de l'art. 28 à la suite de la décision par laquelle le CCRT a conclu que le requérant avait enfreint l'art. 95g) du Code canadien du travail en imposant aux intimés «d'une manière discriminatoire» une sanction d'expulsion à vie—L'interprétation donnée à la Loi par le Conseil n'est pas déraisonnable et ce dernier n'a pas outre-passé sa compétence—Demande rejetée—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 95g).

SYNDICAT DES POSTIERS DU CANADA C. HORSLEY (A-292-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 29-5-92, 2 p.)



# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne sont pas retenues pour publication intégrale ou abrégée dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada. 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.*

## AGRICULTURE

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Conseil national de commercialisation des produits agricoles avait approuvé la réduction du quota de production d'œufs attribué au Nouveau-Brunswick par l'Office canadien de commercialisation des œufs, partie intimée—L'Office intimé a été créé par un règlement pris conformément à un accord fédéral-provincial sur la commercialisation des produits agricoles—Le quota de base attribué au Nouveau-Brunswick était de 8,7 millions de douzaines—Le règlement prévoyait initialement que toute réduction au-dessous de la base devait être proportionnellement répartie entre toutes les provinces—L'accord fédéral-provincial a été modifié de façon à habiliter l'Office à dispenser de la réduction au-dessous de la base les provinces produisant moins de 2 % de la production nationale (c'est-à-dire le Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve et l'Île-du-Prince-Édouard), mais à appliquer un règlement prévoyant qu'aucune ordonnance ne devait être prise en vue de réduire les quotas du N.-B., de T.-N. ou de l'Î.-P.-É., dispensant ces provinces de la règle de la réduction proportionnelle au-dessous de la base—La modification des quotas par l'Office devait être approuvée au préalable par le Conseil—Les quotas des sept autres provinces ont été réduits au-dessous de la base—En 1984, à la demande du Conseil, l'Office a formulé une politique selon laquelle les réductions futures au-dessous de la base dans les autres provinces devaient s'appliquer dans les provinces protégées, mais sans que les réductions soient inférieures au niveau de base—L'accord fédéral-provincial a été modifié de façon à fixer le nombre de poules pondeuses à 100 % de l'allocation pour les provinces protégées, et à 97 % pour les autres—La productivité (soit le taux de ponte) des troupeaux a augmenté—Le quota de production d'œufs au N.-B. a subséquentement été porté à 9,5 millions de douzaines, puis a été abaissé à 9,2 millions, et a ensuite été augmenté à 9,7 millions—L'Office a tenté de mettre en œuvre un programme de réduction des contingents en sus de la base, une indemnité de 17 \$ par poule retirée de la production devant être payée—Les offices de l'Î.-P.-É. et de T.-N. ont accepté, mais l'office du N.-B., partie requérante, s'y est opposé; l'Office a accepté que les réductions se fassent graduellement sur une période de trois ans dans la province—L'Office a demandé au Conseil d'approuver une modification visant à réduire le quota du N.-B. à 9,4 millions de douzaines—L'office requérant a déposé une plainte auprès du Conseil—La plainte a été entendue par un jury composé de trois membres, qui a présenté au Conseil, lors d'une réunion plénière, un rapport mentionnant l'accord fédéral-provincial, la politique de l'Office, interprétant l'exemption à l'égard de la

## AGRICULTURE—Fin

réduction comme s'appliquant uniquement aux réductions sous la base et recommandant l'approbation de la modification du quota—Le Conseil a approuvé la réduction du quota—En vertu de l'art. 7 de la Loi, le Conseil doit enquêter sur les plaintes—L'art. 8 de la Loi autorise le Conseil à tenir des audiences publiques et autorise la nomination d'un jury du Conseil et l'art. 9 exige la publication d'un avis de toute audience publique dans la *Gazette du Canada*—Question de savoir si l'audience tenue par le jury est publique—La décision de tenir une audience publique relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du Conseil—L'office requérant a reçu un avis suffisant, et a eu la possibilité de présenter ses observations par écrit ou oralement—Le Conseil plénier avait à sa disposition la transcription complète—Le Conseil avait compétence et n'a pas violé les principes de la justice naturelle—Question de savoir si le critère du contrôle judiciaire vise une simple erreur de droit ou une erreur manifestement déraisonnable—Le critère dépend de la question de savoir si la disposition interprétée limite la compétence du tribunal ou si le législateur entendait laisser à ce dernier le soin de l'interpréter—Si le législateur entendait laisser l'interprétation au tribunal, la décision n'est pas susceptible de contrôle judiciaire à moins que l'interprétation donnée soit manifestement déraisonnable et que le tribunal n'ait, par ce fait même, perdu sa compétence—L'objet du Conseil est d'exercer un contrôle sur les activités des offices de commercialisation, et le législateur entendait laisser la décision au Conseil—Il ne s'agit pas de savoir si la conclusion est déraisonnable, mais si l'interprétation des dispositions de la Loi est déraisonnable—Le règlement dit clairement qu'aucune ordonnance ne doit réduire les quotas des provinces protégées et ne fait pas mention du niveau de base—Il est manifestement déraisonnable de juger qu'il y a ambiguïté—L'accord fédéral-provincial pourrait être utilisé à titre de preuve extrinsèque pour résoudre l'ambiguïté, mais non pour créer une ambiguïté lorsqu'il n'en existe aucune—Il est manifestement déraisonnable de se fonder sur la politique de contingentement établie par l'Office pour interpréter la proclamation antérieure—Demande accueillie—Proclamation visant l'Office canadien de commercialisation des œufs, C.R.C., ch. 646, art. 4—Loi sur les Offices de commercialisation des produits de ferme, L.R.C. (1985), ch. F-4, art. 7, 8.

NOUVEAU-BRUNSWICK (OFFICE DE COMMERCIALISATION DES ŒUFS) C. CANADA (OFFICE DE COMMERCIALISATION DES ŒUFS) (T-946-92, juge Dubé, ordonnance en date du 30-7-92, 39 p.)

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de contrôle concernant l'inadmissibilité aux prestations des employés temporaires de la ville de Sudbury, qui avaient été congédiés sans droit de rappel la veille d'une grève légale des employés permanents—Demande rejetée—Le juge-arbitre en chef n'a commis aucune erreur en concluant que les intimés étaient exempts de l'inadmissibilité aux prestations en vertu de l'art. 31(2) de la Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 31(2).

CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) C. BARONETTE (A-594-91, juge Mahoney, J.C.A. jugement en date du 3-9-92, 1 p.)

## BREVETS

### CONTREFAÇON

Appel et appel incident contre un jugement de première instance rejetant l'action en contrefaçon de brevet et la demande reconventionnelle en invalidité—Les deux parties s'occupent de mettre en place des bouchons de ciment dans des trous de sondage de puits de pétrole ou de gaz abandonnés dans le but de satisfaire aux exigences réglementaires provinciales concernant l'isolation de l'écoulement de liquides souterrains entre les strates adjacentes, afin d'empêcher les fuites de pétrole ou de gaz de contaminer la nappe phréatique—Les autorités de réglementation exigent qu'on vérifie la position des bouchons—Elles acceptent la méthode qui consiste à situer l'emplacement de la partie supérieure du bouchon au moyen d'une mesure de la densité, ce qui permet de faire la différence entre la partie supérieure d'un bouchon en ciment solide et la partie supérieure simplement apparente d'un bouchon, créée par le mélange de ciment et de boue—L'invention porte sur une méthode de vérification, avant la prise, de la qualité ou de la pureté d'un mélange de ciment introduit dans un trou de sondage de puits—La vérification de la qualité d'un bouchon a pour objet de s'assurer que ce dernier est suffisamment dense pour ne pas se fissurer, ce qui l'empêcherait d'isoler les zones les unes des autres—Le juge de première instance a conclu qu'il fallait interpréter le brevet comme étant simplement «une méthode de vérification de la qualité du ciment des bouchons dans les [trous de] sondage[s]» et non comme un moyen de situer l'emplacement des bouchons—Appel accueilli et appel incident rejeté—Le juge de première instance s'est trompé dans son interprétation du brevet—À l'examen du brevet, considéré dans le contexte de l'état antérieur de la technique, il est évident que le fait de déterminer la densité équivaut à celui de situer l'emplacement—Une technique de mesure qui se concentre sur la densité indiquera aussi, inévitablement, l'emplacement—Toute technique de mesure qui recourt à l'emploi d'un densimètre que l'on fait descendre, au moyen d'un câble, dans un trou de sondage détermine en même temps la densité et l'emplacement—La Cour doit donner effet au but implicite, à savoir la mesure de l'emplacement—Le juge de première instance a commis une erreur en statuant que l'intimée n'avait pas contrefait la revendication 1 du brevet—L'élément prépondérant est ce que fait l'auteur de la contrefaçon, non ce qu'il envisage—Il y a contrefaçon lorsqu'on usurpe l'essence d'une invention—Il y a contrefaçon en ce sens que l'intimée situe l'emplacement de la partie supérieure d'un bouchon acceptable en recourant à la méthode brevetée dont il est question dans la revendication 1, c'est-à-dire en faisant descendre un dispositif

## BREVETS—Suite

de mesure de la densité dans un trou de sondage pendant que le ciment est encore humide, en mesurant la densité et la profondeur et, en comparant les densités relevées, en déterminant l'emplacement de la partie supérieure du bouchon et la pureté des premiers 25 mètres de longueur du bouchon—Le juge de première instance a eu raison de conclure que l'intimée n'avait pas contrefait la revendication 2, puisqu'elle n'utilisait pas la densité du laitier de ciment mesurée à la surface—L'art. 43 établit, pour tout brevet accordé, une présomption *prima facie* de validité—Il incombe à l'intimée de prouver le contraire—La demande superflue de l'appelante en vue de l'obtention d'une déclaration de validité ne change pas cette règle—Le brevet n'est ni ambigu ni invalide pour cause d'ambiguïté—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52b(i)—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 42 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 16), 43 (mod., idem).

COMPUTALOG LTD. C. COMTECH LOGGING LTD. (A-987-90, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 7-7-92, 22 p.)

### PRATIQUE

Demande de radiation de la déclaration fondée sur l'omission de révéler une cause d'action—Action en invalidation de brevet—L'art. 60(1) de la Loi sur les brevets prévoit que la Cour fédérale peut déclarer un brevet nul, à la diligence d'un intéressé—L'art. 60(2) prévoit que si une personne a un motif raisonnable de croire qu'un article fabriqué, employé ou vendu pourrait, d'après l'allégation d'un brevet, constituer une violation d'un droit de propriété ou d'un privilège exclusif, elle peut intenter une action devant la Cour fédérale contre le breveté afin d'obtenir un jugement déclaratoire selon lequel cet article ne constitue pas une violation—La défenderesse a envoyé à Artopex Inc. une lettre dans laquelle elle lui demandait de cesser de contrefaire son brevet relativement à un produit vendu sous la marque de commerce «Linea»—La lettre a été transmise à la demanderesse, qui a par la suite intenté l'action pour le motif qu'elle était la seule personne responsable du produit mentionné dans la mise en demeure—La défenderesse soutient que la demanderesse n'a pas qualité pour agir—Elle fait valoir que l'«intéressée» doit avoir un lien direct avec le brevet—Elle allègue également que la demanderesse n'a plaidé aucun fait établissant qu'elle se livre à des activités susceptibles de l'exposer à une action en contrefaçon de brevet—Requête rejetée, mais la demanderesse doit déposer une déclaration modifiée dans un délai de 60 jours—La déclaration montre l'existence d'une cause d'action, mais elle n'est pas suffisamment précise pour qu'on puisse conclure que la demanderesse est une «intéressée» au sens de l'art. 60—Une partie est suffisamment «intéressée» pour poursuivre une action lorsqu'il lui est possible d'établir qu'elle se livre au même genre d'activité que le breveté et qu'elle lui fait concurrence: *Refrigerating Equipment Ltd. v. Waltham System Inc. et al.*, [1930] R.C.E. 154—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 60.

WAKEFIELD PROPERTIES CORP. C. TEKNION FURNITURE SYSTEMS INC. (T-3196-91, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 1-9-92, 5 p.)

Requête en vue de la radiation de la déclaration dans laquelle était demandée une injonction dans une action en contrefaçon de brevet—La défenderesse détient une licence du

**BREVETS—Fin**

breveté au Canada et aux États-Unis—L'accord de licence stipule que cette dernière est incessible—La défenderesse a conclu un accord avec la demanderesse—La demanderesse allègue qu'en vertu de cet accord, elle a obtenu une autre licence—Il ressort de l'examen de l'accord que la demanderesse est un représentant et non un porteur de licence—Seul le breveté ou le porteur de licence a qualité pour demander une injonction—Requête accueillie.

SIGNALISATION DE MONTRÉAL INC. C. SERVICES DE BÉTON UNIVERSELS LTÉE (T-1614-92, juge Rouleau, ordonnance en date du 28-7-92, 6 p.)

**CITOYENNETÉ****CONNAISSANCES REQUISES**

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a refusé d'attribuer la citoyenneté—L'appelante, qui a 26 ans, est née en Iran et étudie à l'université; depuis 1983, elle est résidente permanente—Depuis l'audience devant le juge de la citoyenneté, l'appelante a étudié avec succès la documentation fournie aux candidats à la citoyenneté—Elle a nommé les provinces, la capitale, les partis politiques, et a répondu d'une façon claire et précise aux questions sur le gouverneur général et les élections fédérales—L'appelante travaille comme bénévole dans des centres communautaires et dans des églises—Elle a échoué à l'épreuve devant le juge de la citoyenneté en raison du stress auquel elle faisait face à cause de l'accident dont son père avait été victime et de la fin de l'année scolaire—Appel accueilli.

ZAMIR (RE) (T-1380-90, juge Rouleau, jugement en date du 30-6-92, 4 p.)

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE****SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE**

Demande sur consentement en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que la peine de deux mois devant être purgée consécutivement à la peine existante est illégale et doit être purgée consécutivement à la partie non expirée de la peine seulement—Le consentement n'a pas pour effet de rendre la Cour compétente—La peine imposée par la cour provinciale de juridiction criminelle n'a pas été assujettie à un appel—L'affaire est du ressort d'une cour supérieure provinciale, la défenderesse devant être la Couronne provinciale—Le demandeur pourrait solliciter un jugement déclaratoire portant que les agents correctionnels fédéraux sont tenus de calculer et d'appliquer la peine d'une façon incompatible avec son texte littéral, mais ce genre de réparation n'a pas été demandé—Demande rejetée.

WAYE C. CANADA (T-2063-91, juge Strayer, ordonnance en date du 31-7-92, 2 p.)

**COURONNE**

Claims miniers—Appel de la décision ((1991), 44 F.T.R. 211) par laquelle la Section de première instance a conclu que les claims de l'appelant n'avaient pas été enregistrés—L'enregistrement du claim a été radié le 23 juin 1970 et n'a pas été rétabli en vertu de l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 13a) de la Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon—La disposition s'applique aux claims enregistrés avant le 7 juin 1984 et dont l'enregistrement demeurait en vigueur le 7 juin 1984—Appel rejeté—Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon, L.R.C. (1985), ch. Y-4, art. 13a).

TURNER C. CANADA (A-131-91, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 22-6-92, 2 p.)

**CONTRATS**

Action en recouvrement du coût des heures supplémentaires découlant d'un contrat en vue de la construction d'une installation spéciale de détention au pénitencier de la Saskatchewan, à Prince Albert—Date initiale prévue pour l'achèvement prorogée au 31 août 1984—Le 1<sup>er</sup> avril 1984, la défenderesse a ramené la date de prorogation au 31 juillet et a demandé à la demanderesse de lui présenter une estimation forfaitaire stipulant le coût des heures supplémentaires prévues pour terminer le projet—Étant donné qu'elle ne pouvait le faire dans le délai requis, la demanderesse a fourni ses propres taux de rémunération des heures supplémentaires et ceux de son sous-traitant—La défenderesse a examiné les taux et a déclaré qu'elle était satisfaite—Les factures fournies toutes les semaines par le sous-traitant pour le travail en temps régulier et en heures supplémentaires étaient données à la défenderesse, qui versait à la demanderesse un montant suffisant pour couvrir le coût des heures supplémentaires—À la fin du contrat, le paiement final fait à la demanderesse était bien inférieur au coût total engagé—La demanderesse n'a versé à son sous-traitant qu'une partie des heures supplémentaires—Le sous-traitant a eu gain de cause dans l'action qu'il avait intentée devant la Cour du Banc de la Reine afin de recouvrer le montant des heures supplémentaires additionnelles—Action accueillie—La défenderesse s'était déclarée satisfaite des taux de rémunération des heures supplémentaires et avait indemnisé la demanderesse à ce taux—Il ne serait pas honnête de permettre à la défenderesse d'indemniser la demanderesse au taux des «indemnités de surtemps» qu'elle allègue avoir accepté, se dérobant ainsi à sa pleine responsabilité—Le litige entre ces parties aurait dû être réglé une fois le jugement de la Cour du Banc de la Reine rendu, sinon plus tôt—Pour remettre la demanderesse dans sa position légitime, l'intérêt et le coût des deux poursuites judiciaires, en plus du montant des heures supplémentaires, sont adjugés à la demanderesse.

CAVAN CONSTRUCTION LTD. C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (T-1606-88, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 17-7-92, 6 p.)

## DROIT CONSTITUTIONNEL

## CHARTRE DES DROITS

*Droits démocratiques*

Droit de vote—Avis introductif d'instance présenté en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire et d'un bref de *mandamus* contre Sa Majesté la Reine et le directeur général des élections autorisant le requérant à voter au référendum du 26 octobre 1992 concernant la réforme constitutionnelle fondée sur l'Accord de Charlottetown—Un référendum devait avoir lieu au Canada conformément aux règles fédérales—Au Québec, un référendum devait également avoir lieu le même jour au sujet de la même question conformément à la loi du Québec, selon laquelle il fallait notamment six mois de résidence—Le requérant, Haig, qui vivait en Ontario, s'est installé au Québec deux mois avant le référendum—Il est incapable de voter puisqu'il n'est plus résident de l'Ontario et qu'il ne satisfait pas aux exigences de la loi du Québec relativement à la résidence—Il demande un jugement déclaratoire et un bref de *mandamus* l'autorisant, ainsi que d'autres se trouvant dans la même situation, à voter ou, subsidiairement, un jugement déclaratoire portant que la proclamation relative au référendum est inconstitutionnelle pour le motif qu'elle contreviendrait aux art. 2b) et 15(1) de la Charte—En raison du libellé impératif de l'art. 57 de la Loi sur la Cour fédérale (selon lequel un avis de dix jours doit être signifié aux procureurs généraux fédéral et provinciaux lorsque la constitutionnalité d'une loi est contestée), la Cour a refusé d'entendre les arguments du requérant avant l'expiration du délai—Demande de la Couronne agréée: Sa Majesté la Reine est supprimée à titre d'intimée dans la procédure engagé au moyen de l'avis introductif d'instance présenté en vertu de l'art. 18 pour le motif que la Cour n'a pas compétence pour accorder les réparations recherchées contre Sa Majesté—On ne peut pas et on ne devrait pas s'attendre à ce que la Cour fasse abstraction des exigences procédurales énoncées par la loi et des règles de pratique simplement parce que les requérants ont soulevé une importante question relative à la Charte—Lorsque la constitutionnalité d'une loi fédérale est contestée comme en l'espèce, la Loi sur la Cour fédérale et les Règles y afférentes exigent que l'«action» soit intentée au moyen d'une déclaration, et non au moyen d'un avis introductif d'instance—Compte tenu de la complexité des affaires portant sur des questions relatives aux droits garantis par la Charte, celles-ci ne devraient pas être réglées rapidement—Un bref de *mandamus* ne peut être accordé contre Sa Majesté sous ce nom—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi sur le Canada de 1982, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b), 3, 15(1), 24—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. (1990), ch. 8), art. 2, 17, 18, 48, 57—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 400, 600 à 605 (mod. par DORS/92-43, art. 19)—Loi référendaire, L.C. (1992), ch. 30—Proclamation soumettant un référendum relatif à la Constitution du Canada, TR/92-180.

HAIG C. CANADA\* (T-2393-92, juge Denault, ordonnance en date du 9-10-92, 8 p.)

## DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

\*Note de l'éditeur: L'appel contre cette décision de la Section de première instance a été annulé pour le motif que la question était sans intérêt pratique: [1992] 3 C.F. 611 (C.A.).

## DROIT D'AUTEUR

## INJONCTIONS

Requête présentée à Vancouver en vue de l'obtention d'une injonction provisoire et interlocutoire enjoignant au défendeur de ne pas présenter l'œuvre intitulée «A Closer Walk with Patsy Cline» sans mentionner dans tout le matériel publicitaire que le demandeur était l'auteur de l'idée—L'avocat du défendeur n'a pas pu plaider parce qu'il n'avait pas eu suffisamment de temps, depuis la signification de la requête, pour rencontrer son client, qui était à l'Î.-P.-É. pour la première de l'œuvre—Demande examinée car autrement elle ne pourrait pas être entendue avant que la présentation de l'œuvre ne débute à l'Î.-P.-É.—La Cour fédérale a compétence en ce qui concerne des parties de la déclaration, bien qu'il s'agisse d'un litige concernant un contrat entre particuliers—La déclaration soulève de véritables questions de violation du droit d'auteur—L'injonction provisoire n'a été accordée que jusqu'au 7 juillet 1992, date à laquelle l'audience devait avoir lieu et le défendeur devait avoir préparé les affidavits en réponse.

JASSMANN C. REGAN (T-1541-92, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 30-6-92, 3 p.)

## DROIT MARITIME

## PRATIQUE

Demande de suspension de la procédure—Question de savoir si l'affaire est du ressort des tribunaux du Royaume-Uni—Disposition figurant dans le connaissance—Demande accueillie.

COLORTEXTIL INC. C. CANADIAN EXPLORER (LE) (T-1063-91, juge Pinard, ordonnance en date du 20-8-92, 3 p.)

## TRANSPORT DE MARCHANDISES

Action en vue du paiement de fret à l'égard du transport de marchandises au Liberia—La défenderesse Intercon s'est entendue avec le défendeur Devine, consul général de la République du Liberia, pour que la demanderesse CTO transporte deux cargaisons de pneus usés pour la défenderesse Mandev—La demanderesse a dûment transporté la cargaison à destination—La demanderesse a demandé le paiement pendant le transport des marchandises et a reçu un chèque d'Intercon—Le chèque a été refusé—La demanderesse a refusé de remettre les marchandises—Les autorités du port de déchargement ont finalement vendu les marchandises pour acquitter les frais de stationnement—Les défendeurs Devine et Mandev ont fait valoir que les conditions de paiement étaient que le fret devait être payé dans les 30 jours de la livraison—Le connaissance de la demanderesse porte la mention [TRADUCTION] «port payé»—Le connaissance interne d'Intercon porte la mention

**DROIT MARITIME—Fin**

[TRADUCTION] «port dû»—Le directeur d'Intercon a témoigné que le délai de paiement était de 30 jours à compter de l'expédition—Il est conclu que le délai était de 30 jours à compter de la date de l'expédition—Devine a toujours affirmé qu'il agissait comme mandataire de Mandev, et non pour son propre compte—Devine a été inscrit à titre d'expéditeur dans le premier connaissance, et Mandev dans le second—Les paiements dans les marchés antérieurs avaient été effectués pour le propre compte de Devine—Preuve du directeur d'Intercon préférée à celle du directeur de Devine—Devine était le principal contractant à l'égard de la première expédition—Intercon est responsable à titre de tireur du chèque refusé—Intercon et Devine sont conjointement et solidairement responsables à l'égard du premier connaissance, et Intercon et Mandev le sont à l'égard du second—Dépens adjugés à la demanderesse sur la base procureur-client.

CTO INTERNATIONAL LTD. C. INTERCON FREIGHT (T-1977-89, juge Denault, jugement en date du 7-7-92, 16 p.)

**IMMIGRATION****EXPULSION**

Demande de sursis à l'exécution d'une ordonnance d'expulsion—L'agent d'immigration a conclu à l'inexistence de raisons d'ordre humanitaire justifiant la présentation de la demande du droit d'établissement depuis le Canada—Le tribunal a conclu à l'absence du minimum de fondement—Le requérant reconnaît la validité de l'ordonnance, mais fait valoir que la décision relative à l'existence de raisons d'ordre humanitaire aurait dû permettre l'expulsion aux É.-U.—Il incombe à la Cour d'appel de déterminer si la Section de première instance a compétence pour accorder un sursis à l'exécution de l'ordonnance d'expulsion en l'occurrence, étant donné que la jurisprudence est partagée—Question de savoir si l'expulsion au Nigeria causera un préjudice irréparable—Les frais supplémentaires pourraient faire l'objet d'une indemnisation au moyen de dommages-intérêts—Il est allégué que le requérant risque d'être mis en état d'arrestation—La décision relative au minimum de fondement réfute l'allégation selon laquelle le requérant pourrait être détenu pour des raisons politiques; l'acte illicite commis du fait qu'un faux passeport a été utilisé ne constitue pas un fondement permettant de surseoir à l'exécution de l'ordonnance—Précédent selon lequel la séparation des conjoints ne constitue qu'un simple inconvénient et que le fait d'être séparé du conjoint et des enfants constitue un préjudice irréparable—Chaque affaire doit être tranchée selon les faits qui lui sont propres—En l'espèce, aucun enfant n'est issu de l'union, et l'union n'a pas duré longtemps—La séparation temporaire ne constitue pas un préjudice irréparable—On a refusé d'entendre la demande d'autorisation présentée par le requérant avant la date de l'expulsion parce que l'intimé n'avait pas produit le dossier dans les délais—Demande rejetée.

BADA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-671, juge Reed, ordonnance en date du 6-8-92, 5 p.)

**IMMIGRATION—Suite**

Demande de sursis à l'exécution de l'ordonnance de renvoi entendue sans comparution, sur production d'une lettre du requérant—L'intimé a soutenu que la question n'avait pas d'intérêt pratique, car il n'était pas établi que le requérant risquait d'être renvoyé, et a soutenu que la requête devait être entendue de la manière habituelle—Le requérant a déposé l'affidavit de son avocat, selon lequel l'agent de l'intimé chargé de l'exécution avait déclaré que le requérant serait renvoyé sur-le-champ en l'absence de sursis—Il ne figure au dossier aucun engagement voulant que l'intimé reporte le renvoi en attendant que la demande d'autorisation de contrôle judiciaire soit entendue—Selon une règle de pratique, l'avocat ne peut pas déposer un affidavit dont il est lui-même l'auteur—L'intimé n'a pas demandé la radiation et n'a pas répudié l'affidavit—Le sursis est infailliblement accordé si le dossier de la demande d'autorisation n'est pas prêt en vue de l'audition—Même si l'autorisation est accordée, la personne en cause peut être expulsée si, du pays de destination, elle peut donner des instructions à son avocat—Demande accueillie.

MASHNI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-816, juge Muldoon, ordonnance en date du 4-8-92, 4 p.)

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance provisoire visant un sursis à la mesure d'expulsion en attendant le règlement de la demande d'autorisation d'exercer un recours en contrôle judiciaire—En 1987, le requérant est arrivé au Canada, laissant sa femme et ses enfants au Brésil—Il a vécu en concubinage avec une immigrante établie pendant quatre ans, qu'il a épousée en 1991, après avoir divorcé sa femme brésilienne—Deux enfants sont nés de la seconde union—La demande principale vise la décision selon laquelle il n'y avait pas suffisamment de raisons d'ordre humanitaire pour permettre une demande d'établissement depuis le Canada et dans laquelle la tenue d'une entrevue concernant le mariage a été refusée—Une demande a également été présentée dans une autre instance en vue du contrôle judiciaire de la mesure d'expulsion—Question de savoir si la Cour a compétence pour surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion dans une instance n'attaquant pas principalement la mesure—La requête en autorisation de recours en contrôle judiciaire a été signifiée à l'intimé dans une autre affaire, de sorte que la contestation de la mesure ne prend pas celui-ci par surprise—Il y a une question sérieuse à trancher, à savoir si le refus de tenir une entrevue concernant le mariage donne lieu à une erreur susceptible de contrôle judiciaire—Il existe un préjudice irréparable en ce qui concerne les coûts financiers et émotionnels pour la femme et les enfants du requérant—Le public ne subirait pas de préjudice si l'exécution de la mesure d'expulsion était différée jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande d'autorisation—Le fait que le requérant n'a pas été franc au sujet de son état civil ne constitue pas un motif suffisant pour rejeter la demande—Demande accueillie.

RIBEIRO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-845, juge Collier, jugement en date du 3-7-92, 4 p.)

Demande de sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion jusqu'à ce que la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ait décidé de rouvrir ou non l'audition de la revendication du statut de réfugié—La demande visant à faire rouvrir



## IMMIGRATION—Suite

l'audition sur la détermination du statut de réfugié au sens de la Convention contient des documents concernant l'Éthiopie (soit le pays d'origine du requérant) dont la Commission ne disposait pas antérieurement—La Commission avait rouvert d'autres cas semblables compte tenu de documents similaires—L'intimé avait volontairement ajourné l'exécution de la mesure d'expulsion du 12 août au 18 août 1992—Le bon sens et l'équité indiqueraient qu'une autre prorogation aurait dû être accordée, mais les sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion n'est pas ordonné—La Cour a le pouvoir d'ordonner le sursis à l'exécution des mesures de renvoi uniquement lorsque la validité de la mesure est elle-même attaquée, et conformément à l'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale, lorsqu'une demande de contrôle judiciaire ou une demande d'autorisation y afférente est présentée—La Cour n'a pas le pouvoir de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion en l'espèce—Le représentant de l'intimé n'a pas jugé qu'un ajournement du renvoi était justifié, bien que le requérant et sa femme soient atteints de diabète et doivent prendre des piqûres d'insuline quotidiennement, étant donné que le diabète peut être traité aux États-Unis—La Cour n'a été saisie d'aucune question relative à un examen fondé sur des raisons d'ordre humanitaire, mais elle a fait des remarques sur le caractère arbitraire de la conclusion alors que les requérants n'ont aucun statut pour demeurer aux États-Unis et que leur pays d'origine est l'Éthiopie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.2 (édicte par L.C. (1990), ch. 8, art. 5).

BERHAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1197, juge Reed, ordonnance en date du 19-8-92, 5 p.)

## PRATIQUE

Demande en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant la décision de l'agent d'immigration de ne pas accorder le droit d'établissement pour des raisons d'ordre humanitaire, ainsi qu'en vue de l'obtention d'un *mandamus* enjoignant la tenue d'une nouvelle entrevue, et d'une ordonnance interdisant de tenir une audience pour établir l'existence d'un minimum de fondement—Le requérant et sa femme, originaires de Hong Kong, sont entrés au Canada en tant que visiteurs le 22 septembre 1988—En février 1989, ils ont obtenu un emploi et en septembre 1989, ils ont établi une entreprise—Ils figurent parmi les demandeurs du statut de réfugié dont les revendications font l'objet d'un arriéré—Le 31 janvier 1991, le requérant a reçu un avis le convoquant, le 6 février, à une entrevue—Ill a présenté une lettre de son avocat, dans laquelle celui-ci demandait de reporter la date de l'entrevue de façon à pouvoir y assister—L'agent d'immigration a refusé la demande d'ajournement et a refusé le droit d'établissement—Question de savoir si le requérant avait le droit d'être représenté par son avocat à l'entrevue—Question de savoir si l'agent d'immigration a agi d'une façon inéquitable en menant l'entrevue sans interprète—La Loi ne prévoit le droit de se faire représenter par un avocat qu'au cours de l'enquête—Une décision défavorable à l'entrevue ne donne pas lieu à un renvoi, mais uniquement à une audience sur le bien-fondé—Selon la preuve, le requérant n'avait pas besoin d'un interprète—L'agent d'immigration a appliqué correctement les lignes directrices en ne

## IMMIGRATION—Suite

tenant pas compte des inconvénients d'ordre économique—Les lignes directrices sont valides et souhaitables—Demande rejetée.

HA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1426-91, juge Rouleau, ordonnance en date du 14-7-92, 13 p.)

Demande de sursis à l'exécution d'une mesure d'exclusion—La Commission de l'immigration et du statut de réfugié et l'arbitre ne sont pas encore en mesure de fournir les bandes d'enregistrement des procédures qui ont conduit à la décision attaquée—Exécution de la mesure d'exclusion suspendue jusqu'à ce que la Section de première instance ait statué sur la demande d'autorisation d'intenter une action en contrôle judiciaire—Cette décision ne doit pas être interprétée comme un précédent dans toute autre affaire.

FRIMPONG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-615, juge Collier, ordonnance en date du 22-6-92, 2 p.)

Demande de sursis à l'exécution d'une mesure d'exclusion au motif que le requérant a interjeté appel devant la section d'appel de l'immigration—L'art. 70 de la Loi sur l'immigration prévoit que les appels interjetés devant la section d'appel sont limités à des catégories particulières de personnes—Le requérant ne fait partie d'aucune de ces catégories et n'a pas droit à un sursis à l'exécution en vertu de l'art. 49(1)c—Validité de la mesure d'exclusion non attaquée à d'autres égards—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 49(1)c (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 16), 70 (mod., idem, art. 18).

JAGDEO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-760, juge Dubé, ordonnance en date de 15-6-92, 3 p.)

Demande présentée à la dernière minute en vue du sursis à l'exécution d'une ordonnance de renvoi—Demande présentée en vue du sursis à l'exécution de l'ordonnance de renvoi en attendant l'audition de la demande d'autorisation en vue d'un contrôle judiciaire—Ordonnance rendue le 9 juillet 1992—Demande d'autorisation déposée le 16 juin—Le requérant a été avisé le 14 juillet qu'il devait être renvoyé le 2 août—Exposé des faits et du droit du requérant déposé le 17 juillet—Le 20 juillet, le préposé au greffe a écrit à l'arbitre pour lui rappeler que le dossier du tribunal devait être présenté—Le requérant a signifié la requête en sursis à l'exécution de l'ordonnance de renvoi le 29 juillet—L'exécution d'une ordonnance de renvoi est suspendue si le dossier n'est pas complet—Le dossier n'est pas complet et la Cour ne peut entendre la demande d'autorisation en l'absence du dossier du tribunal—Lorsqu'une demande d'autorisation a été déposée, le fait qu'un renvoi prévu pour une date antérieure à celle à laquelle la Cour peut entendre la demande doit inévitablement entraîner du gaspillage en ce qui concerne la suspension de l'exécution—Les conséquences des demandes inutiles présentées à la dernière minute en vue du sursis à l'exécution seront inévitablement et rapidement que l'avocat du requérant sera personnellement tenu de payer les frais—Lorsque les services d'un avocat sont

**IMMIGRATION—Fin**

retenus au dernier moment, l'affidavit devrait mentionner ce fait—L'avocat qui agit devant le tribunal peut rarement justifier l'urgence de la demande de sursis—Demande accueillie.

CEGARRA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-839, juge Muldoon, ordonnance en date du 30-7-92, 6 p.)

Demande de prorogation du délai de dépôt des documents à l'appui de la demande d'autorisation de contrôle judiciaire de la décision selon laquelle la revendication n'avait pas de minimum de fondement—Les requérants ne détiennent un certificat d'aide juridique qu'aux fins du dépôt de la demande d'autorisation et de la rédaction d'un avis sur le bien-fondé de la demande—L'avocat du requérant avait demandé les enregistrements ou la transcription de l'audience; il a été informé qu'on était en train d'effectuer la transcription et que les cassettes n'étaient pas disponibles—La demande d'autorisation est une procédure sommaire et des prorogations raisonnables sont accordées—Le délai de dépôt est prorogé pendant les 30 jours suivant la réception de la transcription.

BAWUAH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-857, juge Strayer, ordonnance en date du 10-8-92, 3 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel du jugement par lequel la Section de première instance avait accueilli l'appel contre la nouvelle cotisation—La contribuable est une société qui a cherché à déduire la contribution de l'employeur au régime d'options d'achat d'actions des employés—Le régime prévoyait que l'employé pouvait contribuer jusqu'à 6 % de son traitement mensuel—L'employeur versait au fiduciaire une contribution d'employeur s'élevant à une somme additionnelle représentant 50 % de la contribution du membre, moins l'impôt sur le revenu—Le fiduciaire était tenu d'affecter en premier lieu les sommes versées à l'achat des actions des membres qui quittaient le régime, puis d'acheter des actions de trésorerie—Le prix des actions était l'équivalent du prix de clôture à la Bourse de Toronto le 10<sup>e</sup> jour de chaque mois—Question de savoir si la vente des actions à rabais est envisagée par l'art. 7(3) de la Loi—Un comité dont les membres étaient nommés par le conseil d'administration de l'appelante était chargé de la supervision du régime—Le fiduciaire n'avait aucun pouvoir discrétionnaire à l'égard de la gestion du régime—La contribuable n'était tenue de déboursier réellement de l'argent que si plus des deux tiers des sommes versées au fiduciaire devaient être utilisées en vue de l'achat des anciennes actions—Les employés ne touchaient de l'argent ou l'équivalent en nature que lorsqu'ils quittaient le régime—L'avantage conféré aux employés est le nombre d'actions porté au crédit de leur compte, représentant les deux tiers du prix sur le marché—Situation envisagée par l'art. 7—Aucun débours à déduire étant donné qu'aucune somme n'a réellement été déboursée pendant l'année d'imposition—Appel

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 7(1) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 3; 1985, ch. 45, art. 126 (item 18)), (3).

PLACER DOME INC. C. CANADA (A-434-91, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 20-7-92, 14 p.)

**PRATIQUE**

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance portant que les procédures soient tenues à huis clos—Action principale intentée à titre d'appel contre une décision de la Cour de l'impôt—Au cours de l'interrogatoire préalable, le président de la société demanderesse a refusé de répondre à des questions sur l'identité d'actionnaires étrangers—La Couronne défenderesse a eu gain de cause dans sa requête en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant au représentant de la demanderesse de répondre aux questions—Ordonnance confirmée en appel—L'ancien art. 179 de la Loi conférerait le droit à une audience à huis clos—Il a été modifié de façon à obliger le contribuable à établir la justification d'une telle audience—Question de savoir si la modification est rétroactive ou rétrospective—L'art. 179 porte sur la procédure—L'audience publique est la norme constitutionnelle—La nouvelle disposition s'applique—Demande ajournée de façon qu'elle soit plaidée en vertu de la nouvelle disposition—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 179 (mod. par L.C. (1985), ch. 45, art. 94).

ROSELAND FARMS LTD. C. CANADA (T-452-86, juge Muldoon, ordonnance en date du 14-7-92, 10 p.)

**MARQUES DE COMMERCE**

Demande en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire interdisant à la défenderesse de se livrer à des activités portant apparemment atteinte aux intérêts et droits des demanderesse—Labatt était la première grande brasserie canadienne à mettre sur le marché canadien, le 24 février 1992, de la bière pression en bouteille et en cannette sous la marque «Labatt Genuine Draft»—Action intentée le 30 mars, laquelle était fondée sur la commercialisation trompeuse commise en violation de l'art. 7b) de la Loi sur les marques de commerce en raison de l'emploi de la présentation—La demanderesse, en vertu d'une licence accordée par la demanderesse Miller, n'a mis sur le marché que le 13 avril de la bière pression conditionnée, appelée «Miller Genuine Draft»—La «Miller Genuine Draft» est vendue aux É.-U. depuis 1986—La marque compte pour 60 % des ventes de bière pression conditionnée aux É.-U.—Par suite d'un débordement de la publicité, Miller Genuine Draft est devenue bien connue au Canada—Molson revendique les droits exclusifs sur la présentation au Canada en vertu de la licence accordée par Miller—Les demanderesse allèguent que le conditionnement de Labatt présente des caractéristiques ressemblant à s'y méprendre à la présentation de Miller et vise à faire croire aux consommateurs que le produit Labatt a un lien avec Miller—Demande rejetée—L'action soulève des questions sérieuses à trancher en ce qui concerne le fondement de la revendication par Miller d'un droit de propriété sur la présentation revendiquée comme marque de commerce, le caractère distinctif de la présentation et la question de savoir si les agissements de Labatt constituent de la commercialisation

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

trompeuse—La demanderesse soutient qu'elle subirait un préjudice irréparable du fait qu'elle perdrait sa clientèle, sa réputation d'innovateur et une part du marché et que la présentation prêterait son caractère distinctif—Pareilles pertes dépendent de la détermination de la validité de la marque de commerce, qui ne peut se faire au stade interlocutoire—Il est impossible de conclure au préjudice irréparable en présumant que la marque déposée ou que la marque de commerce non déposée de common law est valide, alors que la validité ou la qualité essentielle du caractère distinctif est en litige—Les autres formes de préjudice peuvent être indemnisées au moyen de dommages-intérêts—La balance des préjudices ne penche pas en faveur de l'une ou l'autre partie—En raison de la position de Labatt à titre de premier grand fournisseur de bière pression conditionnée sur le marché canadien et du doute soulevé quant au caractère distinctif de la présentation sur laquelle Miller revendique un droit de propriété et de marque de commerce sur les marchés canadien et américain, le maintien du statu quo devrait traduire l'existence des deux parties sur le marché—Il est indubitable que la défenderesse est en mesure de payer les dommages-intérêts si l'affaire est tranchée en faveur des demanderesse—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 469—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7b), 53.

MOLSON BREWERIES C. LABATT BREWING CO. (T-724-92, juge MacKay, ordonnance en date du 17-7-92, 19 p.)

Demande en vue de l'obtention d'une injonction provisoire interdisant à la défenderesse d'employer la marque de commerce déposée de la demanderesse d'une manière susceptible de déprécier la valeur de l'achalandage qui y est rattaché—Requête rejetée—La demanderesse n'a pas satisfait au critère de l'urgence—Étant donné qu'elle était au courant de la campagne publicitaire avant le 2 juillet 1992, la demanderesse aurait dû demander une injonction interlocutoire—La demanderesse n'a pas établi qu'elle subirait un préjudice irréparable si l'injonction provisoire n'était pas accordée—Les dommages constitueraient une réparation adéquate et la défenderesse est financièrement capable de les payer.

EYE MASTERS LTD. C. ROSS KING HOLDINGS LTD. (T-1793-92, juge Pinard, ordonnance en date du 24-7-92, 2 p.)

## ENREGISTREMENT

Appel du rejet de la demande d'enregistrement de la marque de commerce «Rickard's Red» pour son emploi en liaison avec des «boissons alcoolisées brassées», rejet fondé sur ce que l'appelante ne s'était pas acquittée de son obligation d'établir qu'il n'y aurait aucune probabilité raisonnable de confusion entre sa marque et la marque de commerce déposée «Ricard» de l'intimée, employée en liaison avec des «apéritifs, alcools et eaux-de-vie, liqueurs et spiritueux»—Appel rejeté—Il incombe à la partie qui demande l'enregistrement d'établir que la confusion n'est pas probable—Lorsqu'il y a opposition à un enregistrement, le droit à l'enregistrement devrait être décidé à la date de l'enregistrement ou à la date du refus de l'enregistrement: *Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (C.A.F.)—Bien que les parties n'aient pas soulevé cette question, le registraire a commis une erreur en concluant que la date à retenir pour apprécier les cir-

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

constances de l'espèce est la date du dépôt de l'opposition—La marque de l'intimée est dénuée de caractère distinctif parce qu'il s'agit d'un nom de famille—La preuve de l'emploi au Canada ne rehausse pas la marque—Il faut donner à la marque une protection plus limitée que celle qu'on accorderait à une marque forte—Le registraire a commis une erreur en concluant que la période pendant laquelle les marques de commerce ont été employées ne jouait en faveur ni de l'une ni de l'autre partie parce qu'il a commis une erreur au sujet des dates à retenir pour considérer l'emploi—L'intimée a établi que sa marque avait été utilisée pendant une période plus longue que la marque projetée par l'appelante, pour laquelle aucun élément de preuve n'a été produit—L'erreur sur la date à retenir pour apprécier la question de la confusion ne change pas la conclusion générale que l'appelante n'a pas pu établir son droit à l'enregistrement—Le registraire a eu raison de conclure que les marchandises des deux parties pouvaient être qualifiées généralement de boissons alcoolisées—Absence de preuve établissant la justesse de l'affirmation faite au cours du contre-interrogatoire sur l'affidavit, que les buveurs de bière savent très bien qu'au Canada, les brasseurs limitent leur production de boissons alcoolisées à la bière, ou de l'affirmation que le public a été renseigné sur ce point—Il est réellement probable que le consommateur moyen de boissons alcoolisées croie que les marchandises liées à ces marques de commerce ont été fabriquées et vendues par la même personne—Les circuits de distribution sont une considération très importante en ce qui concerne la question de la probabilité de la confusion entre des marques concurrentes—Le registraire a conclu que les circuits de distribution associés aux marchandises étaient étroitement liés—Étant donné que les marchandises proviennent du même secteur, il est possible qu'elles soient vendues dans les mêmes points de vente—Les deux parties se font concurrence pour obtenir les dollars que les consommateurs dépensent en boissons alcoolisées—Permettre que les marchandises des deux parties soient distribuées dans le même genre d'établissement sous des marques de commerce semblables mais concurrentes augmenterait la probabilité de confusion dans l'esprit du consommateur moyen à l'égard de la source ou de l'origine des marchandises—Aucune raison d'infirmer la conclusion du registraire, à savoir que le chevauchement possible des commerces l'avait amené à conclure à la probabilité de confusion—Le critère de la confusion tient de la première impression—Le consommateur moyen dont l'intelligence est ordinaire et le souvenir plutôt vague risque de ne pas faire la distinction entre la marque de l'intimée et le premier mot de la marque de l'appelante—Le registraire a eu raison de conclure que l'appelante ne s'était pas acquittée de son obligation d'établir que la confusion n'était pas probable—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(5).

MOLSON BREWERIES C. PERNOD RICARD (T-1478-90, juge Denault, jugement en date du 11-8-92, 15 p.)

Appel de la décision par laquelle le registraire avait refusé d'enregistrer la marque de certification «CU 55 Plan» destinée à être employée en liaison avec la prestation de services financiers aux aînés pour le motif qu'elle créait de la confusion avec la marque de commerce déposée «CU Assurance» et dessin de l'intimée, destinée à être employée à l'égard de placements dans des actions, des parts, des biens, des prêts généraux et hypothécaires—L'appelante a renoncé au droit exclusif d'utili-

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

ser «55» et «Plan»—En appel de la décision du registraire, le juge est tenu de tirer ses propres conclusions au sujet de l'exactitude de la décision du registraire, compte tenu de l'expérience et des connaissances particulières du registraire et du fait que de nouveaux éléments de preuve ont été présentés devant lui: *McDonald's Corp. c. Silcorp. Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 207 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Il incombe à l'appelante (1) d'établir que le registraire a commis une erreur d'appréciation des faits ou d'interprétation de la loi; (2) de justifier l'existence d'un droit continu à l'enregistrement, c.-à-d. que la confusion n'est pas probable: *Mitac Inc. c. Mita Industrial Co. Ltd.*, T-236-90, juge Denault, jugement en date du 9-1-92, encore inédit—Appel accueilli—(1) Le registraire ne s'est pas mépris sur la nature des services visés par la marque de l'intimée—Les services sont de nature similaire—(2) Le registraire a commis une erreur en ne tenant pas compte de la preuve selon laquelle l'intimée n'avait jamais employé la marque déposée en liaison avec des services de placement, bien que celle-ci eût été enregistrée en vue de pareil emploi depuis 12 ans et que, dans sa demande d'enregistrement, l'appelante eût déclaré utiliser la marque de certification depuis 1985—La non-utilisation de la marque est une circonstance pertinente: *Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (C.A.F.)—(3) Le registraire a également commis une erreur en statuant que la date à laquelle la probabilité de confusion pouvait être appréciée étant celle du dépôt de l'opposition—Le droit à l'enregistrement devrait être décidé à la date de la décision du registraire: *Park Avenue*, précité—(4) L'art. 6(5) de la Loi sur les marques de commerce énonce les critères à examiner pour déterminer s'il y a confusion entre les marques de commerce—Cette disposition ne constitue pas une liste exhaustive et il n'est pas nécessaire de donner à chaque critère un poids égal—Les deux marques sont faibles—Des différences relativement ténues suffisent à distinguer les marques faibles—L'intimée a utilisé sa marque en liaison avec l'assurance pendant une longue période, mais cette utilisation ne créera vraisemblablement pas de confusion avec l'utilisation de celle de l'appelante en liaison avec des services financiers, étant donné en particulier que l'intimée n'a jamais utilisé sa marque en liaison avec des services de placement—Il y a une certaine ressemblance entre les marques au point de vue de la présentation, mais ces dernières ne suggèrent pas des idées similaires—Le juge n'accorde pas beaucoup de poids à l'utilisation des lettres «CU» puisque les services ne sont pas similaires—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(2),(5), 12(1)d).

CANADIAN CO-OPERATIVE CREDIT SOCIETY LTD. C. COMMERCIAL UNION ASSURANCE CO. (T-1661-91, juge Reed, jugement en date du 15-5-92, 14 p.)

Appel de la décision par laquelle le registraire a refusé l'enregistrement de la marque de commerce «Orchard Blends» destinée à être employée en liaison avec des jus de fruits, des boissons non alcoolisées contenant des jus de fruits ainsi que des concentrés et des cristaux à saveur de fruits—Le registraire a conclu que la requérante n'avait pas réussi à prouver, comme il lui incombait, qu'il n'y avait aucune probabilité raisonnable de confusion avec la marque de commerce «Welch's Orchard» à l'égard de laquelle l'intimée avait préalablement présenté une demande—La preuve par affidavit présentée au sujet de l'état du registre à la date de la demande montre qu'il existait

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

neuf enregistrements, de huit propriétaires différents, de marques de commerce comprenant le mot «orchard» pour des jus de fruits—Considérant le nombre relativement faible d'enregistrements découverts et l'absence de preuve d'emploi de ces marques, le registraire n'a pas pu conclure que le mot «Orchard» était communément employé comme composante des marques de commerce pour les jus de fruits—Appel rejeté—Le registraire a eu raison de conclure que la preuve relative au registre ne suffisait pas, à elle seule, à montrer que l'état du marché n'était pas tel, à la date de la demande, que l'introduction d'une autre marque de commerce «Orchard» ne causerait pas de confusion avec la marque de commerce de l'opposante—Distinction faite avec *Kellogg Salada Canada Inc. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, [1992] 3 C.F. 442 (C.A.); et *Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (C.A.F.) car il y avait d'autres preuves d'emploi par les propriétaires de marques de commerce déposées—En l'espèce, la preuve ne suffit pas à démontrer que l'emploi du mot «orchard» dans le secteur alimentaire a pour effet d'accorder un «droit d'usage universel»—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(5), 16(3)b).

DEL MONTE CORP. C. WELCH FOODS INC. (T-1980-91, juge Strayer, jugement en date du 28-7-92, 9 p.)

Appel du jugement, ((1987, 11 C.I.P.R. 1), par lequel la Section de première instance a maintenu les décisions de la Commission des oppositions donnant effet aux oppositions modifiées visant l'enregistrement des marques de commerce «Nutri-Bran» et «Nutri-Vite» de l'appelante—L'appel a trait au rejet de l'enregistrement de la marque «Nutri-Bran» comme marque de commerce au Canada—Appel accueilli pour les motifs exposés dans *Kellogg Salada Canada Inc. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, [1992] 3 C.F. 442 (C.A.).

KELLOGG SALADA CANADA INC. C. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (A-141-87, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 29-6-92, 2 p.)

## PRATIQUE

Appel de la décision par laquelle le registraire a maintenu la marque de commerce—La marque de commerce «Jamesway» a été enregistrée en 1929 pour fins d'emploi en liaison avec du matériel automatique et autre pour les poulaillers, porcheries et étables—Le nom de l'utilisateur inscrit a été changé en 1977—À la demande de l'appelante, le registraire a émis l'avis prévu à l'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce, enjoignant au propriétaire inscrit d'indiquer si la marque était employée au Canada—Question de savoir si le registraire a commis une erreur en concluant qu'il y avait une preuve d'emploi en liaison avec du matériel d'exploitation laitière et du matériel d'exploitation avicole, et que des circonstances spéciales justifiaient en partie le défaut d'emploi—Question de savoir si l'affidavit de l'utilisateur inscrit constituait une simple allévation d'emploi—La procédure visée par l'art. 45 n'est pas destinée à être un procès au sujet de faits contestés, le registraire devant se contenter de recevoir la preuve du propriétaire inscrit—Il incombe à l'appelante d'établir que le registraire a commis une erreur—La Cour devrait faire preuve de circonspection lorsqu'il s'agit d'infirmer la décision du registraire—Le non-enre-

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

gistrement d'un transfert de propriété ne frappe pas de nullité la marque de commerce—L'emploi doit avoir lieu dans le cours normal des affaires—Les factures relatives à la vente de matériel d'exploitation laitière portant la marque de commerce qui ont été jointes à l'affidavit constituent plus qu'une simple allégation d'emploi—Le registraire avait à sa disposition des éléments de preuve montrant que la société déposante faisait partie d'un groupe de compagnies qui étaient en voie de réorganisation et que l'une d'elles au moins avait employé la marque en liaison avec la catégorie de marchandises—Appel rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45.

MEREDITH & FINLAYSON C. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (T-1108-90, juge Cullen, jugement en date du 2-7-92, 27 p.)

Requête en radiation de deux affidavits produits au soutien des allégations des appelantes qui demandent la radiation de la marque «Cordon Bleu» pour non-usage—Dans une demande fondée sur l'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce, seule la preuve produite par le titulaire de l'enregistrement est admissible—Or, comme les appelantes ne sont pas titulaires de l'enregistrement attaqué, les affidavits et éléments à leur appui sont inadmissibles—Requête accueillie—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. I-13, art. 45.

RENAUD COINTREAU & CIE C. CORDON BLEU INTERNATIONAL LTÉE (T-2314-90, juge Pinard, ordonnance en date du 19-6-92, 3 p.)

Injonctions—Demande en vue de l'obtention d'une injonction provisoire empêchant la défenderesse de violer la marque de commerce des demandeurs tant que l'injonction interlocutoire n'aura pas fait l'objet d'une audience—L'avocat de la défenderesse est dans une position désavantageuse puisque la demande a été signifiée le 30 juin et devait être entendue le 6 juillet, mais une injonction provisoire peut être accordée par voie de demande *ex parte*—L'affaire semble être urgente étant donné qu'un tiers a produit un affidavit dans lequel il attestait que la défenderesse menaçait d'envoyer un shérif pour saisir les marchandises—Absence de preuve que l'injonction causera du tort à l'entreprise de la défenderesse—Injonction provisoire, valable pendant une période de dix jours, accordée.

COOPER C. BARAKETT INTERNATIONAL INC. (T-1569-92, juge Teitelbaum, jugement en date du 6-7-92, 4 p.)

Demande en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire interdisant aux défendeurs Bellringer, Gymjo, Meger et à d'autres personnes non désignées de violer la marque de commerce «Tetrasound» de la demanderesse—Il est reconnu que les défendeurs désignés n'ont pas violé la marque—L'avis de requête ne vise pas à l'obtention d'un redressement de la part de la défenderesse Tetrasound—La déclaration et l'avis de requête devaient être présentés le 28 juillet 1992; ils ont été déposés le 23 juillet, en violation de la règle prévoyant un délai de dix jours—Requête rejetée avec autorisation de modifier la demande en ce qui concerne la défenderesse Tetrasound—

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 321.1 (éditée par DORS/88-221, art. 7; DORS/90-846, art. 8; DORS/92-43, art. 4).

335544 ALBERTA LTD. C. TETRASOUND INTERNATIONAL INC. (T-1863-92, juge Reed, ordonnance en date du 28-7-92, 3 p.)

## RADIATION

Appel d'un jugement de première instance ((1990), 29 C.P.R. (3d) 391 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)), radiant la marque «Penguin» de l'appelante, destinée à être employée en liaison avec des chemisettes—En 1977, l'appelante a demandé l'enregistrement de la marque—Marque enregistrée en 1981—En 1981 également, Stanfield Limited, titulaire d'un permis de fabrication et de vente de chemisettes portant la marque «Penguin» au Canada depuis 1959, a conclu une entente avec McGregor Hosiery Mills visant la fabrication, pour Stanfield, de chaussettes affichant la marque de commerce—Des étiquettes volantes, où on lisait que les chaussettes étaient fabriquées par McGregor en vertu d'un contrat avec Stanfield et conformément aux instructions de cette dernière, étaient attachées aux chaussettes, mais celles-ci n'étaient inscrites que sur la liste de prix de McGregor—Quelques centaines de douzaines seulement de chaussettes ont été vendues et l'entente avec McGregor a été annulée—Étant donné que les marchandises vendues sous la marque avaient été étendues, et parce que la marque déposée était légèrement différente de la marque qui figurait sur les marchandises vendues au Canada, l'appelante a demandé l'enregistrement d'une version modifiée de la marque en 1985—Le pingouin maigre, qui était l'objet de la demande déposée en 1977, n'a pas été utilisé depuis 1982—Le pingouin corpulent, utilisé avant et après 1982, figurait dans la demande déposée en 1985—Le juge de première instance a conclu que la marque n'était plus utilisée au Canada en se fondant sur la conclusion que l'effet visuel des deux dessins était assez différent—Il a fait une distinction à l'égard des affaires traitant de marques contenant des termes—Question de savoir si la différence entre les dessins est suffisante pour rendre les deux marques de commerce considérablement différentes—Appel accueilli—En déclarant qu'il ne pouvait pas conclure qu'un acheteur non averti «pourrait conclure» que les deux dessins ont la même origine, le juge de première instance a cité les termes exacts du critère pratique énoncé dans *Registraire des marques de commerce c. Compagnie Internationale pour l'Informatique CII Honeywell Bull*, [1985] 1 C.F. 406 (C.A.)—On doit présumer que le juge de première instance a compris son sens et entendait fort probablement que l'expression «pourrait conclure» exprimait une probabilité, comme l'a suggéré le juge Pratte, J.C.A., dans *Honeywell Bull*—Les principes énoncés dans les affaires traitant de marques utilisant des termes ainsi que des dessins s'appliquent—Si l'on considère les faits dans le cadre du droit canadien, qui met l'accent sur le maintien de l'identité et du caractère reconnaissable de la marque et sur la conservation de ses traits dominants, il faut conclure que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que l'effet visuel des deux dessins est considérablement différent—La conclusion serait la même s'il était tenu compte de la norme américaine de la «même impression commerciale uniforme»—Les différences entre les deux dessins sont insignifiantes—Les traits

## MARQUES DE COMMERCE—Fin

dominants des deux dessins créent l'impression principale d'un pingouin déployé, portant des vêtements de cérémonie, et dont la tête, le bec et les bras sont tournés de façon semblable—Le pingouin corpulent est une simple modification du pingouin maigre puisqu'il préserve les mêmes traits dominants—Un deuxième dessin presque identique ne constitue pas nécessairement une substitution—Il peut co-exister avec le premier dessin—Il peut même exister plus de deux dessins presque identiques utilisés en même temps—Particulièrement en l'absence de disposition précise prévoyant la modification de l'enregistrement, comme dans la loi américaine, la loi canadienne n'a pas une optique linéaire de l'enregistrement d'une marque de commerce et peut en tolérer des variantes multiples—Des modifications prudentes peuvent être apportées sans conséquences fâcheuses si les mêmes traits dominants sont préservés et si les différences sont si insignifiantes qu'elles ne trompent pas l'acheteur non averti—Les légères et insignifiantes distinctions s'expliquent par les différents tissus sur lesquels les pingouins utilisés en liaison avec la vente de chemisettes doivent être attachés—Ce qu'il est possible de dessiner et ce qu'il est possible de coudre peut différer, particulièrement dans les plus menus détails—Le droit doit tenir compte des réalités économiques et techniques—La loi relative aux marques de commerce n'exige pas, pour éviter l'abandon, le maintien de l'identité absolue des marques, ni ne considère les différences insignifiantes afin de prendre en faute le propriétaire d'une marque de commerce enregistrée agissant de bonne foi en fonction de la mode et des autres tendances—Elle exige seulement une identité maintenant le caractère reconnaissable de la marque et évitant la confusion chez les acheteurs non avertis—Absence de perte du caractère distinctif fondée sur l'emploi par McGregor, parce que l'emploi était tellement peu important et que les étiquettes montraient clairement que McGregor ne réclamait pas l'emploi du symbole du pingouin à titre de marque de commerce—Loi sur, les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2, 4, 18.

PROMAFIL CANADA LTÉE C. MUNSINGWEAR INC. (A-235-90, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 8-7-92, 18 p.)

## PÊCHES

Requête en vue de l'obtention d'injonctions interlocutoires empêchant les défendeurs d'exécuter le Décret modificatif visant la pêche 1992-30, concernant la fermeture de la saison de pêche commerciale du saumon 1992 autour de l'île de Terre-Neuve, ainsi que le Décret modificatif visant la pêche 1992-54, concernant l'ouverture de la saison de pêche sportive du saumon du 20 juin au 8 septembre 1992—Les demandeurs allèguent que la fermeture de la pêche commerciale a pour effet d'annuler leurs permis, qui peuvent uniquement être annulés pour les motifs énoncés à l'art. 9 de la Loi sur les pêches—Ils allèguent également que les exigences en matière d'équité et de justice naturelle n'ont pas été satisfaites—Requête rejetée—Absence de questions sérieuses à trancher—Aucune annulation des permis—Aucun des deux décrets ne visait les droits d'une personne particulière, mais ceux-ci faisaient plutôt partie de la gestion publique générale de la pêche du saumon—Bien qu'il y ait eu une longue consultation et que

## PÊCHES—Fin

d'amples avertissements eussent été donnés au sujet du programme, de façon à permettre à tout intéressé de présenter à l'avance des observations, la chose n'était pas requise par la loi—Les demandeurs n'ont pas non plus montré que l'omission de décerner une injonction causerait un préjudice irréparable non susceptible d'être compensé par des dommages-intérêts—Dans l'action principale, les demandeurs réclament des dommages-intérêts pour le motif qu'ils auraient été exclus illicitement de la pêche commerciale du saumon en 1992—Un intérêt public important, voulant que la pêche soit protégée dans son ensemble, serait menacé par l'octroi de l'injonction—Les demandeurs ne se sont pas engagés à payer des dommages-intérêts si l'injonction était décernée à tort—La prépondérance des inconvénients justifie de ne pas décerner les injonctions—Le préjudice sérieux à long terme qui pourrait être causé à la pêche commerciale du saumon par suite de l'omission de permettre la fermeture de la pêche tant que l'instruction n'aura pas lieu l'emporte sur le préjudice que subirait les demandeurs, s'ils ne pouvaient pas pêcher tant que l'action ne serait pas réglée—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 9 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 95), 43 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 35, art. 3, 7).

MONKS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1291-92, juge Strayer, ordonnance en date du 1-9-92, 5 p.)

## PÉNITENCIERS

Demande en vue de l'annulation de la décision par laquelle l'intimé avait rejeté une demande de transfèrement de l'établissement de William Head (établissement à sécurité moyenne) à l'établissement de Ferndale (établissement à sécurité minimale) ainsi qu'en vue de l'obtention d'un *mandamus* enjoignant à l'intimé d'accorder le transfèrement—Le requérant avait été condamné à une peine d'emprisonnement à perpétuité et devait purger 25 ans au minimum pour meurtre au premier degré—Il avait initialement été transféré à l'établissement de William Head de façon à faciliter des visites familiales—Il a sollicité un transfèrement à l'établissement de Ferndale pour poursuivre des études de deuxième cycle—Dans le Rapport récapitulatif sur l'évolution du cas, on recommandait que la demande de transfèrement soit rejetée—La décision de rejeter la demande de transfèrement était fondée sur les motifs suivants: le soutien communautaire se trouvait dans l'île de Vancouver, l'exécution du plan de traitement correctionnel pouvait être plus adéquatement facilitée à l'établissement de William Head, le détenu avait été classé de façon appropriée dans la catégorie des détenus incarcérés dans un établissement à sécurité moyenne et avait besoin du soutien de l'équipe de gestion des cas et du personnel de sécurité avant d'être transféré à un établissement à sécurité minimale—Demande rejetée—Les décisions de transfèrement sont de nature administrative et ne devraient pas être modifiées à moins que le décideur n'ait manifestement manqué à son obligation d'agir équitablement ou qu'une grave injustice n'ait été commise—Le contrôle judiciaire ne doit viser que la légalité de la décision de refuser le transfèrement, et non son bien-fondé—L'intimé a respecté les exigences procédurales qui consistent à notifier le requérant de sa décision, à lui fournir les motifs écrits de cette décision et à l'aviser de son droit d'interjeter appel—L'intimé a examiné le

## PÉNITENCIERS—Fin

Rapport récapitulatif sur l'évolution du cas, qui doit porter sur l'évolution du cas du détenu et sur son profil, comme il était tenu de le faire—Les lignes directrices, lorsqu'il s'agit de choisir l'établissement le plus approprié, sont énoncées à l'art. 13 du Règlement sur le service des pénitenciers; il doit notamment être tenu compte (1) du degré et de la nature de la surveillance jugée désirable pour la protection de la société et (2) du programme de traitement disciplinaire jugé le plus approprié dans le cas du détenu—La déclaration selon laquelle le requérant avait dûment été classé dans la catégorie des détenus incarcérés dans un établissement à sécurité moyenne se rapporte à une évaluation du risque que courrait la société si le requérant était transféré à un établissement à sécurité inférieure et constitue un motif valable compte tenu de l'art. 13—La déclaration selon laquelle l'exécution du plan de traitement correctionnel est plus adéquatement facilitée à l'établissement de William Head a trait au second critère énoncé à l'art. 13—Le motif selon lequel le soutien communautaire se trouvait dans l'île de Vancouver est conforme aux lignes directrices—La décision de refuser le transfèrement n'est pas erronée, spéculative ou sans fondement—Elle a été prise compte tenu de la loi d'habilitation et des Directives du commissaire—Il faut faire une distinction entre le transfèrement non sollicité à un établissement à sécurité plus élevée et le transfèrement sollicité à un établissement à sécurité moins élevée—Le Guide de la gestion des cas du Service correctionnel dit que «les détenus devraient purger leur peine au plus bas niveau de sécurité possible», mais les tribunaux ne peuvent pas réviser une décision de transfèrement en substituant simplement leur jugement à celui des administrateurs carcéraux expérimentés—Un bref de *mandamus* est une voie de recours accordée pour forcer l'exécution d'une obligation publique impérative—Si l'obligation nécessite l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, le bref de *mandamus* ne saurait forcer un résultat particulier—La loi d'habilitation prévoit que la décision de transfèrement doit être prise par l'intimé dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire—Le *mandamus* n'est pas une voie de recours dont on peut se prévaloir—Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C., ch. 1251, art. 13.

KELLY C. CANADA (SOUS-COMMISSAIRE ADJOINT, SERVICE CORRECTIONNEL) (T-2983-91, juge Denault, ordonnance en date du 20-8-92, 10 p.)

## PRATIQUE

Demande de prorogation du délai d'appel de l'ordonnance rejetant la demande pour le motif qu'il n'y avait aucune chance de succès et que la plus grande partie des réparations sollicitées échappaient à la compétence de la Cour—Le demandeur a allégué n'avoir reçu que le 9 juin l'ordonnance du 27 avril—Le demandeur a déclaré qu'un document antérieur n'était pas destiné à être un avis de requête—L'ordonnance rejetant une procédure qui n'est pas une requête est inexistante et un appel n'est pas nécessaire—Si la demande existe, elle n'a aucune chance de succès—Rien n'indique pourquoi aucun appel n'a été interjeté plus tôt—Les demandeurs doivent agir ensemble et doivent se faire représenter par le même avocat—Étant donné qu'elle est une personne morale, la demanderesse doit

## PRATIQUE—Suite

être représentée par un avocat, de sorte que les autres demandeurs ne peuvent pas être autorisés à introduire une requête en l'absence d'un avocat.

TUCKER C. STEETLEY INDUSTRIES LTD. (T-306-86, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 16-7-92, 5 p.)

Demande d'ajournement—Le 21 novembre 1991, la date de l'instruction a été fixée aux 8 et 9 juin 1992—L'avocat du demandeur est décédé en janvier 1992—Le demandeur n'a eu connaissance du décès qu'en avril 1992 et a retenu les services d'un autre avocat le 5 mai 1992—Ni le demandeur ni l'avocat ne sont responsables de la demande tardive—Ajournement *sine die* accordé.

SHYLUK C. CANADA (T-2006-87, juge Strayer, ordonnance en date du 17-6-92, 2 p.)

## AFFIDAVITS

Requête visant à obtenir une ordonnance permettant à la requérante de déposer un affidavit supplémentaire en vertu de la Règle 332.1—La requérante est une fonctionnaire francophone unilingue qui conteste, en vertu de l'art. 77 de la Loi sur les langues officielles, la désignation linguistique du poste d'adjoint aux services du Parc Mingan à Havre St-Pierre (PM-01) au motif que cette désignation est injustifiée, prétendant que ce poste peut être rempli par une personne francophone unilingue—L'imposition du bilinguisme impératif à un poste doit reposer sur une nécessité objective, mesurée par les exigences réelles du poste en question—La requérante satisfait aux trois critères que la Cour doit appliquer avant d'autoriser le dépôt d'un affidavit supplémentaire après contre-interrogatoire—Il est juste et équitable de permettre à la requérante de fournir toute la preuve qu'elle croit nécessaire à sa requête—Requête accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 332.1 (éditée par DORS/90-846, art. 10)—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985), ch. O-3, art. 77, 91.

CÔTÉ C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-1206-89, juge Dubé, ordonnance en date du 27-5-92, 5 p.)

Demande présentée par la défenderesse en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant aux demandeurs de comparaître pour un nouveau contre-interrogatoire au sujet de certains affidavits—Les affidavits avaient été déposés en réponse à une demande de détails et le protonotaire les avait acceptés—Les demandeurs ont subséquemment fourni des détails—Pendant le contre-interrogatoire, l'avocat des demandeurs s'est opposé aux questions qui dépassaient le cadre des affidavits et a fait valoir qu'elles devaient être posées au cours de l'interrogatoire préalable—Le contre-interrogatoire ne se limite pas à l'affidavit, mais peut aborder tout sujet utile à la détermination de la question en rapport avec laquelle il a été déposé—Étant donné qu'en l'espèce, des affidavits ont été déposés pour tenir lieu des détails, les déposants peuvent être interrogés sur toutes les questions touchant à ces détails—La défenderesse peut contre-interroger les demandeurs sur toute question pertinente ne portant pas sur des renseignements confidentiels.

PERERA C. CANADA (T-6008-92, juge Dubé, ordonnance en date du 22-7-92, 2 p.)

## PRATIQUE—Suite

## APPELS ET NOUVEAUX PROCÈS

Demande d'appel d'une décision interlocutoire rendue par la Cour de l'Ontario (Division générale) à la suite de la demande de directives présentée par la requérante—Appel entendu par la Cour d'appel de l'Ontario, mais décision non encore rendue—Indépendamment de la question de la compétence, la décision en question ne peut pas faire l'objet d'un appel à ce stade-ci.

GLAD DAY BOOKSHOP INC. C. SOUS-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE (92-T-946, juge Teitelbaum, jugement en date du 6-7-92, 3 p.)

## COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

*Interrogatoire préalable*

Appel interjeté par la Couronne, et contre-appel interjeté par la demanderesse contre l'ordonnance enjoignant à celle-ci de s'informer et de répondre à des questions dans un appel en matière d'impôt sur le revenu—La contribuable est une société fabriquant de la pâte en Colombie-Britannique; en 1966, elle a conclu un contrat de coentreprise avec deux sociétés japonaises—Les sociétés japonaises devaient chacune acheter un peu moins de 25 % des actions de la contribuable, construire une nouvelle usine pour la contribuable et acheter toute la pâte produite par la contribuable, un abattement de 5 % leur étant accordé sur le prix réel de revente—Le ministre a établi, pour les années d'imposition 1984, 1986 et 1987, de nouvelles cotisations dans lesquelles il ajoutait l'abattement au revenu—Le ministre a soutenu qu'un abattement de 2,5 % était approprié, que la contribuable avait conféré un avantage à des non-résidents jusqu'à concurrence de ce montant et qu'elle était tenue de retenir l'impôt—Un directeur de la contribuable, interrogé au préalable, n'a pas pu répondre à 22 questions et s'est engagé à demander des renseignements—Il a écrit deux fois aux actionnaires japonais, qui ont refusé de donner les renseignements—Le protonotaire a ordonné à la contribuable de ne répondre qu'à trois questions, car les autres se rapportaient à des événements qui s'étaient produits avant la signature du contrat de coentreprise—La Cour peut contraindre une partie à obtenir des réponses d'un tiers une fois qu'il est établi qu'une entreprise internationale est exploitée par un groupe de compagnies—L'entreprise internationale n'a pris naissance qu'au moment de la création de la coentreprise—L'obligation du représentant d'une société qui est interrogé au préalable consiste à répondre aux questions se rapportant à tout fait dont cette dernière peut avoir connaissance—La Cour ne peut pas contraindre un tiers à répondre, mais elle peut contraindre le représentant de la société à s'informer: *Control Data Canada, Ltd. v. Senstar Corp.* (1987), 13 C.P.R. (3d) 546 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—En l'espèce, aucun contrôle n'est exercé entre la contribuable et les actionnaires japonais—L'administration de la justice n'est pas entravée, car il incombe à la contribuable d'anéantir les hypothèses sur lesquelles est fondée la nouvelle cotisation—Il n'est pas nécessaire de répondre aux trois questions qui restent—Appel rejeté, contre-appel accueilli.

CRESTBROOK FOREST INDUSTRIES LTD. C. CANADA (T-2718-89, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 13-7-92, 11 p.)

## PRATIQUE—Suite

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant au représentant de la défenderesse de comparaître de nouveau, de produire des documents et de répondre à certaines questions—Action intentée par l'acheteur contre l'expéditeur—La demanderesse a acheté de la potasse à la défenderesse Canpotex—La défenderesse a expédié la cargaison en ayant recours à l'affrètement Canserv—Le navire a coulé—Pendant l'interrogatoire préalable, l'avocat de la demanderesse a demandé au représentant de la défenderesse des preuves documentaires des rapports existant entre Canpotex et Canserv—Question de savoir si la défenderesse est un transporteur au sens de la Loi sur le transport des marchandises par eau (Règles de La Haye)—La demanderesse a droit à la communication des documents susceptibles de permettre à l'enquête d'évoluer d'une façon qui peut avancer sa cause ou nuire à celle de la défenderesse: *Everest & Jennings Canadian Ltd. c. Invacare Corp.*, [1984] 1 C.F. 856 (C.A.)—Il appartient au juge de première instance d'apprécier la pertinence—Les documents doivent se rapporter à des questions définies par les actes de plaidoirie tels que rédigés au moment de l'interrogatoire préalable—Demande accueillie—Loi sur le transport des marchandises par eau, L.R.C. (1985), ch. C-27, ann., art. 1a).

PHILIPPINE PHOSPHATE FERTILIZER CORP. C. ELOUNDA DAY (LE) (T-685-92, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 10-8-92, 9 p.)

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance obligeant un témoin à comparaître et à répondre à certaines questions—Les questions envisagées ne se rapportent pas aux points en litige dans la demande d'injonction interlocutoire—Elles ne se rapportent pas à la question du préjudice irréparable ou de la prépondérance des inconvénients—Requête rejetée avec dépens, quelle que soit l'issue de la cause.

MOLSON BREWERIES C. LABATT BREWING CO. (T-724-92, juge Collier, jugement en date du 16-6-92, 3 p.)

## COMPARUTION

*Comparution conditionnelle*

Il n'est fait droit à une demande de dépôt d'un acte de comparution conditionnelle que lorsque le requérant produit une preuve *prima facie* que la Cour n'a pas compétence—La défenderesse a un mandataire au Canada et avait un bureau au moment où l'action a été intentée—La demanderesse est canadienne—Le navire aurait pu être saisi dans les eaux canadiennes—Il est impossible de conclure à l'inexistence d'un lien avec le Canada simplement parce que les marchandises ont été envoyées des É.-U. au Japon—Demande rejetée avec dépens.

NISSHO IWAI CANADA LTD. C. CALIFORNIA JUPITER (LE) (T-2635-91, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 18-6-92, 2 p.)

## FRAIS ET DÉPENS

Taxation des frais de la demanderesse sur la base procureur-client—Dans le mémoire, les frais sont calculés au taux horaire, les frais des stagiaires étant inclus, à 80 \$ l'heure—L'avocat affirme que le travail des stagiaires réduit le temps facturé par l'avocat principal, ce qui épargne des frais au client



**PRATIQUE—Suite**

—Le temps facturé par les avocats n'inclut pas le travail des étudiants—L'adjudication des dépens entre parties, au même titre que celle effectuée sur une base procureur-client, vise à dédommager pleinement l'avocat, en n'excluant que les frais déraisonnables—En Ontario, les frais facturés pour le temps passé par le stagiaire à effectuer le travail de l'avocat sont habituellement admis si les frais généraux de l'avocat ne comprennent pas les frais du stagiaire—Selon la jurisprudence établie par la Cour fédérale, les frais du stagiaire font partie des frais généraux, comme les salaires des autres membres du personnel, et ne peuvent pas être facturés sauf en tant que partie intégrante des honoraires de l'avocat chargé du dossier: *McCain Foods Ltd. c. C.M. McLean Ltd.*, [1981] 1 C.F. 534 (C.A.)—En l'espèce, les frais du stagiaire sont expressément exclus du calcul des frais généraux—Cela équivaut à dicter aux bureaux d'avocats la façon dont ils doivent comptabiliser les frais internes, mais l'officier taxateur est lié par la décision de la Cour d'appel—Les frais des stagiaires sont déduits.

PLAYBOY ENTERPRISES, INC. C. PLAYBOY BOUZOUKI LOUNGE INC. (T-3391-90, officier taxateur Parlee, taxation en date du 9-7-92, 6 p.)

Taxation du mémoire de frais du défendeur, qui a eu gain de cause dans une demande présentée en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire dans une action contestant le pouvoir de la bande indienne de percevoir des impôts—Question de première impression de la Cour—Le mémoire comprenait les honoraires de deux avocats, des débours pour les frais des tierces parties (100 \$), les frais de recherche juridique (66,50 \$) et les frais du système Quicklaw (344,41 \$)—Le demandeur a soutenu que les frais d'utilisation du système Quicklaw faisaient partie des honoraires, si l'on fait une analogie avec le recours à un enquêteur pour faire une partie du travail de l'avocat; une partie ne devrait pas profiter d'un débours découlant d'une recherche automatisée, par opposition aux honoraires permis par le tarif lorsque l'avocat effectue sa recherche à la bibliothèque—Le défendeur a soutenu que l'honoraire pour le second avocat était admissible, bien que le juge des requêtes ne l'ait pas mentionné, car l'intervenant avait créé des complications et que l'affaire avait une importance à l'échelle nationale en ce qui concerne les questions liées à l'autodétermination autochtone; les débours n'ont pas tous à être nécessairement étayés par un reçu, car il n'est pas rentable d'établir d'une manière absolue chaque poste; un profit minime concernant un poste compense d'autres postes non taxés; les questions nouvelles exigent que certaines sommes soient déboursées en vue de la recherche juridique—L'officier taxateur a un pouvoir discrétionnaire considérable lorsqu'il s'agit de tenir compte des faits de l'espèce et d'accorder une indemnité lorsque, selon certains éléments de preuve, certaines sommes ont été dépensées à une fin valide—À moins qu'une preuve ne soit offerte, on accorde plus d'importance au pouvoir discrétionnaire—Le fait qu'un poste soit admis ne compense pas le défaut d'indemnité pour d'autres postes—Une disposition expresse concernant les honoraires de l'avocat en second figurant à la Règle 1(1*i*) du tarif B laisse entendre que l'officier taxateur n'a pas le pouvoir discrétionnaire de taxer les frais d'un second avocat à d'autres audiences—Les frais de la tierce partie sont admis, bien qu'il soit surprenant qu'on soit arrivé à un chiffre pair, compte tenu de la TPS—La recherche informatisée peut avoir pour effet d'abaisser les frais globaux

**PRATIQUE—Suite**

du litige, mais il faut donner plus de détails au sujet des questions devant faire l'objet de la recherche—Le mémoire de frais, s'élevant à 2 583,38 \$, est taxé et admis jusqu'à concurrence de la somme de 1 876 \$ —Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, tarif B, Règle 1(1*i*).

WESTBANK PROPERTY MANAGEMENT LTD. C. CONSEIL DE LA BANDE INDIENNE DE WESTBANK (T-173-92, officier taxateur Stinson taxation en date du 13-7-92, 13 p.)

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES***Jugement par défaut*

Après avoir été avisé de la demande en vue de l'obtention d'un jugement par défaut, le défendeur a informé la Cour par écrit que le solde réclamé par la Commission du blé était inexact puisqu'il avait fait les paiements—Étant donné que le défendeur n'a pas fait d'observations et n'a pas déposé de preuve par affidavit à l'appui de l'allégation, le solde en souffrance n'est pas contesté et aucun renvoi n'est ordonné—La Commission a fait savoir que, depuis la date de présentation de la demande de jugement par défaut, un paiement de 613,80 \$ a été enregistré—La communication émanant de la Commission ne constitue pas une preuve, puisque aucun affidavit n'a été présenté, mais elle indique qu'une demande de jugement a été présentée pour un montant moins élevé—Le jugement n'est signé que jusqu'à concurrence de ce montant—Un montant plus élevé pour les dépens aurait été adjugé si une demande avait été faite à cet égard étant donné que le défendeur a entravé la marche normale des affaires sans justifier par la suite son intervention.

CANADA C. PETRISOR (T-1647-91, protonotaire adjoint Giles, jugement en date du 12-6-92, 2 p.)

**MODIFICATION DES DÉLAIS**

Demande présentée en vertu de la Règle 306 en vue de l'obtention d'une ordonnance prorogeant le délai dans lequel la déclaration pouvait être signifiée à la défenderesse Hightworth Shipping Ltd.—Le délai dans lequel la déclaration pouvait être signifiée à Hightworth est expiré—Conformément à la Règle 306, le délai de signification peut être prolongé «pour toute raison suffisante»—Le droit en matière de prolongation du délai de signification est relativement clair—Ce n'est qu'exceptionnellement et avec beaucoup d'hésitations qu'on devrait autoriser la prolongation du délai de signification de la déclaration—Il incombe au requérant de montrer clairement qu'il existe au moins une «raison suffisante»—La décision des demanderesses de ne pas tenter de signifier la déclaration à Hightworth à moins que le navire ne revienne dans les eaux canadiennes est le seul motif invoqué pour expliquer le défaut de signification dans les délais impartis—L'affidavit d'Oland n'indique aucune raison suffisante de ne pas avoir signifié la déclaration dans les délais prescrits par la Règle 306—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 306.

VOEST ALPINE CANADA CORP. C. SAMMI HERALD (LE) (T-1515-90, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 24-6-92, 7 p.)

## PRATIQUE—Suite

## OUTRAGE AU TRIBUNAL

En mars 1992, le juge Muldoon a décerné une injonction interdisant aux intimés de diffuser des messages téléphoniques identifiés dans les motifs et susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes identifiables en raison de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur ou de leur religion—L'injonction n'interdit pas la liberté de parole, mais interdit plutôt des messages prêchant la haine d'un peuple pour ce qu'il est—Canadian Liberty Net et Tony McAleer ont délibérément conçu une méthode pour continuer de faire communiquer les mêmes messages interdits en évitant les personnes qui appelaient à composer un numéro de téléphone aux États-Unis, en violation de l'injonction—L'imposition d'une lourde peine est justifiée—Il est ordonné que McAleer soit incarcéré pendant deux mois et qu'il verse une amende de 2 500 \$ avant sa libération, à défaut de quoi il devra purger un autre mois d'emprisonnement—Canadian Liberty Net est condamnée à verser une amende de 5 000 \$ payable sur-le-champ.

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. CANADIAN LIBERTY NET (T-209-92, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 26-8-92, 5 p.)

## PLAIDOIRIES

*Détails*

Requête en vue de l'obtention de détails concernant une action en contrefaçon de brevet—La défenderesse cherche à obtenir des détails sur un cas au moins où elle aurait agi de la façon alléguée, à savoir qu'elle fabriquait, utilisait et vendait des cloisons de bureau similaires à celles qui sont décrites dans le brevet des demanderesse—Elle cherche également à obtenir des détails au sujet des catégories ou de la nature des dommages réclamés—Le but général de l'obtention de détails est de mener les procédures à terme le plus rapidement possible, de rendre les plaidoiries les plus précises possibles et d'assurer la tenue d'un procès ordonné de sorte que les questions de fait soient délimitées et précisées au maximum: *Cercast Inc. c. Shellcast Foundries Inc.*, [1973] C.F. 28 (1<sup>re</sup> inst.)—Requête rejetée—Les allégations exposées dans la déclaration et l'annexe qui y est jointe (soit un exemplaire de la brochure publicitaire de la défenderesse) donnent une indication suffisante de la façon dont les droits des demanderesse auraient été violés aux fins de la plaidoirie—Les plaidoiries concernant la réclamation en dommages satisfont aux exigences énoncées dans *Canadian Olympic Association v. National Gym Clothing Ltd.* (1984), 2 C.P.R. (3d) 145 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.): il n'est pas nécessaire de faire un plaidoyer spécial pour les dommages généraux, mais les dommages spéciaux doivent être plaidés de façon que le défendeur ne soit pas pris par surprise au procès—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 407, 415.

TEKNION FURNITURE SYSTEMS C. ARTOPEX INC. (T-194-92, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 1-9-92, 5 p.)

*Modifications*

L'appelant cherche à modifier ses motifs d'appel en y substituant un second nouveau motif—Demande trop tardive et de nature à prendre l'intimé tout à fait par surprise—Nouveau

## PRATIQUE—Suite

motif d'appel proposé nullement fondé sur les faits—Absence de preuve à l'appui de l'allégation de «préjudice grave»—Nouveau motif d'appel proposé manifestement dénué de fondement sur le plan juridique—Un délai de moins de six mois pour rendre une décision sur une question aussi importante que la revendication du statut de réfugié n'est certainement pas, de prime abord, déraisonnable—Demande rejetée.

URBANEK C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-222-90, juge Hugessen, J.C.A., ordonnance en date du 19-6-92, 3 p.)

*Requête en radiation*

Trois requêtes préalables à l'instruction ou visant à en tenir lieu ont été déposées—La défenderesse a renvoyé le demandeur parce que celui-ci était incapable de remplir ses fonctions—Les parties ont consenti à être liées par la décision de trois médecins—Les médecins ont conclu à l'unanimité que le demandeur ne souffrait pas d'une incapacité totale—Le juge des requêtes n'est pas en mesure de déterminer si l'entente ou le contrat était nul—La preuve par affidavit ne peut pas servir à apprécier la crédibilité—Il a été établi qu'il y avait une question sérieuse à trancher—Le juge rend une ordonnance rejetant les requêtes de la défenderesse visant le rejet de l'action ou la radiation de la déclaration.

WILLIAMS C. CANADA (T-1782-88, juge Cullen, ordonnance en date du 29-6-92, 6 p.)

Appel d'une ordonnance radiant certains paragraphes de la défense modifiée—La demanderesse exploite une entreprise de fabrication et de vente de valises et de mallettes—La défenderesse est grossiste et détaillante d'une grande variété de marchandises à différents endroits au Canada—Elle importe des É.-U. de véritables bagages Samsonite qu'elle achète à Samsonite U.S. pour les revendre au Canada—Dans la déclaration, il est allégué que le droit d'auteur sur les œuvres artistiques appelées «Rosette» et «Samsonite» a été violé—Des certificats d'enregistrement montrant que la demanderesse est titulaire du droit d'auteur ont été joints à la déclaration modifiée—Dans la défense, la défenderesse nie que la demanderesse est titulaire du droit d'auteur et nie également la validité des certificats de droit d'auteur et l'originalité des œuvres; elle affirme qu'il ne s'agit pas d'œuvres artistiques et que l'auteur n'était pas citoyen d'un pays adhérent au moment de la création des œuvres—Une défense modifiée a été déposée lorsque les paragraphes de la défense ont été radiés—Lorsqu'il a été ordonné que certains paragraphes de la défense modifiée soient radiés, la défenderesse a déposé le présent appel—La demanderesse interjette appel du refus de radier le reste de la défense et de la défense modifiée—Une défense modifiée supplémentaire a été déposée, dans laquelle il était allégué que Samsonite U.S. était propriétaire de tous les droits de propriété intellectuelle et aurait pu exiger que la demanderesse cède tous ses droits sur les œuvres, dont le droit d'auteur—Il était également allégué que Samsonite U.S. était le propriétaire inscrit des marques de commerce Samsonite et Rosette avant que la demanderesse ne soit constituée—La demanderesse demande la radiation de la défense modifiée supplémentaire pour le motif que la défense ne contient aucune allégation de faits essentiels ou de précisions à l'égard des faits invoqués à l'appui des allégations faites au moyen d'une dénégation—Affaire non encore enten-

## PRATIQUE—Fin

due—La défense modifiée supplémentaire est la seule défense dont la Cour a été saisie—La défense et la défense modifiée ne sont plus pertinentes—L'appel de l'ordonnance radiant un paragraphe de la défense modifiée est sans intérêt pratique—Requête en radiation se rapportant à une nouvelle déclaration modifiée renvoyée au protonotaire adjoint—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 336(5), 415(3), 419(1)a)—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 5, 64.1(1) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 11).

SAMSONITE CANADA INC. C. COSTCO WHOLESALE CORP. (T-500-92, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 24-8-92, 9 p.)

De la déclaration du demandeur pour le motif que l'appel devant la Cour d'appel fédérale, fondé sur l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale, est le seul qui puisse être interjeté contre l'appel à la Cour canadienne de l'impôt en vertu de la procédure informelle—Aucun appel en instance devant la Cour canadienne de l'impôt le 1<sup>er</sup> janvier 1991—On ne pouvait avoir recours à la procédure informelle avant janvier 1991—Le fait que le demandeur n'a pas pu retenir les services d'un avocat pour plaider sa cause devant la Cour d'appel fédérale ne constitue pas un motif permettant de ne pas tenir compte des dispositions de la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt—Déclaration radiée, car elle ne révèle aucune cause d'action relevant de la compétence de la Section de première instance.

LONDON C. CANADA (T-670-92, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 9-7-92, 2 p.)

Un document intitulé défense, signé par le président de la société défenderesse, a été déposé en juin 1992 au nom personnel du président ainsi qu'au nom de la société défenderesse—Un particulier qui n'est pas avocat ne peut représenter une société défenderesse—En août, un avis de constitution d'avocats a été déposé, faisant savoir que ceux-ci occupaient pour les deux défendeurs—On peut raisonnablement présumer qu'une défense sera déposée au besoin et qu'une requête en annulation de tout jugement par défaut serait accueillie—Rien dans la jurisprudence n'indique que le dépôt d'une défense par une personne qui n'est pas avocat, pour le compte d'une société, est nul, bien que cela donne lieu au droit de faire radier la défense—La requête est rejetée et la défense est réputée avoir dûment été déposée à la date à laquelle l'avis de constitution d'avocats a été déposé—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 324.

BEAM OF CANADA INC. C. NATIONAL VACUUM LTD. (T-749-92, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 31-8-92, 2 p.)

## PREUVE

Demande visant à faire témoigner une personne en séance publique—La Règle 319(4) prévoit que la Cour peut entendre la preuve testimoniale pour une «raison spéciale» seulement—On n'a établi l'existence d'aucune raison spéciale justifiant l'audition du témoignage de M. Dutchin—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 319(4).

YE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-711-90, juge Stone, J.C.A., ordonnance en date du 24-6-92, 2 p.)

## PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Demande en vue de l'annulation du refus de communiquer des renseignements personnels sollicités en vertu de l'art. 12 de la Loi sur la protection des renseignements personnels ainsi qu'en vue de l'obtention d'une ordonnance de *mandamus* enjoignant la communication de ces renseignements personnels—Le commissaire à la protection de la vie privée a conclu que le refus de communiquer les renseignements personnels demandés, figurant dans les dossiers de la GRC, satisfaisait aux exigences de la Loi sur la protection des renseignements personnels et que rien ne justifiait de recommander la communication des renseignements—L'intimé a demandé à déposer un affidavit confidentiel supplémentaire en plus du dossier—Le requérant, détenu dans un pénitencier fédéral, a déposé un avis de requête modifié dans lequel il demandait une ordonnance d'*habeas corpus*, en vertu des art. 7 et 24 de la Charte, pour le motif qu'il était détenu en violation de la Constitution et qu'étant donné que son droit de produire des renseignements susceptibles d'être utiles lui avait été refusé, les règles de justice fondamentale avaient été violées—(1) Une ordonnance enjoignant le dépôt d'un affidavit confidentiel supplémentaire, accompagné des documents litigieux, dans des conditions destinées à maintenir le caractère confidentiel de ces documents, a été rendue conformément à la pratique et aux exigences de la Loi sur la protection des renseignements personnels—En vertu de l'art. 46 de la Loi sur la protection des renseignements personnels, la Cour est tenue de prendre des précautions pour éviter que ne soient divulgués les renseignements que le responsable d'une institution fédérale est autorisé à refuser de communiquer—Lorsque ce pouvoir est exercé, les renseignements ne doivent pas être communiqués tant que la Cour n'exerce pas un contrôle sur ce pouvoir—Par conséquent, selon la pratique, on n'ordonne le dépôt devant le juge d'un document confidentiel scellé qu'en attendant que celui-ci décide que le refus de communication n'est pas autorisé par la Loi sur la protection des renseignements personnels ou par la Loi sur l'accès à l'information—(2) La demande de contrôle du refus de communiquer les renseignements personnels demandés a été rejetée après examen de l'affidavit confidentiel supplémentaire et des documents qui y étaient joints—Le refus était justifié conformément à l'art. 22(1)a)(i) puisque les renseignements ont été obtenus au cours d'enquêtes licites concernant la détection, la prévention ou la répression du crime et qui remontaient à moins de vingt ans, au moment de la demande du requérant—Les renseignements étaient également exemptés de communication en vertu de l'art. 22(2) puisqu'ils avaient été obtenus par la GRC dans l'exercice de fonctions de maintien de l'ordre dans une province, conformément à une entente selon laquelle, à la demande de la province, ces renseignements ne seraient pas communiqués—Certains renseignements étaient exemptés en vertu de l'art. 22(1)b) car leur divulgation aurait nui à l'application de la loi et à la conduite d'enquêtes et aurait révélé l'identité de sources confidentielles de renseignements, ainsi qu'en vertu de l'art. 26, à titre de renseignements dont la communication était interdite en vertu de l'art. 8 parce qu'ils portaient sur un autre individu que le requérant—(3) La Cour n'a pas compétence pour accorder une ordonnance d'*habeas corpus* en l'occurrence—L'avis de requête modifié soulève de nouvelles questions concernant la validité

## PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Fin

constitutionnelle de la Loi sur la protection des renseignements personnels alors que la réparation initialement demandée (soit le contrôle judiciaire du refus de communication) laissait supposer que la Loi était constitutionnellement valide—Aucun affidavit n'a été déposé à l'appui de l'avis de requête modifié, en violation des Règles—L'avis n'a pas été donné à tous les procureurs généraux des provinces comme l'exige l'art. 57 de la Loi sur la Cour fédérale—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 8, 12(1), 22(1)a)(i),b),(2), 26, 41, 46(1)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 201, 321.1 (éditée par DORS/88-221, art. 7; DORS/92-43, art. 4), 324—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, 24.

ARKELL C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (T-180-92, juge MacKay, ordonnance en date du 31-7-92, 9 p.)

## RELATIONS DU TRAVAIL

Demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue de l'annulation d'une décision du Conseil canadien des relations du travail, fondée sur des faits se rapportant à une question constitutionnelle—La majorité du Conseil a correctement identifié la question principale et déterminante, à savoir s'il avait le pouvoir constitutionnel de régler les relations du travail de White Iron Film and Video Productions (White Iron)—Le Conseil a bien appliqué la jurisprudence applicable—La situation en l'espèce est différente de celle qui existait dans *Northern Telecom Ltd. c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115—Une preuve abondante permettait au Conseil de conclure à l'existence de tous les faits constitutionnels nécessaires à la résolution des questions soulevées—Il était manifestement loisible à la majorité du Conseil de tirer ces conclusions et celles-ci étaient appuyées par la preuve—Demande rejetée.

ASSOC. NATIONALE DES EMPLOYÉS ET TECHNICIENS EN  
RADIODIFFUSION—CTC C. CFCN TELEVISION (A-62-91,  
juge Heald, J.C.A., jugement en date du 16-6-92, 3 p.)



# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne sont pas retenues pour publication intégrale ou abrégée dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada. 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.

## ASSURANCHE-CHÔMAGE

Demande, présentée en vertu de l'art. 28, visant à contester la décision par laquelle la Cour de l'impôt a conclu que l'intimée exerçait un «emploi assurable» lorsqu'elle travaillait chez elle—En août 1988, l'intimée a été embauchée pendant une semaine par un pêcheur local pour réparer et fabriquer des filets de harengs à l'aide d'outils et d'équipement fournis par ce dernier—À la fin de la période de sept jours, l'intimée touchait 40 \$ pour chaque filet fabriqué—Aucun horaire de travail n'était établi, mais le travail devait être terminé dans les sept jours—La Cour de l'impôt s'est reportée au critère à quatre volets, à savoir le contrôle, la propriété des instruments de travail, les chances de bénéfices et risques de pertes et l'intégration, pour déterminer s'il s'agissait d'un contrat de travail ou d'un contrat d'entreprise—Elle a conclu à l'absence de contrôle, mais n'a pas examiné les autres éléments—Elle a conclu que le fait que les parties avaient elles-mêmes qualifié leur relation comme étant une relation employeur-employé l'emportait, en l'absence d'éléments contredisant cette prétention—Demande accueillie—Il n'y a pas relation employeur-employé du simple fait que les parties ont choisi de la définir ainsi sans égard aux circonstances de l'affaire—La Cour de l'impôt aurait dû analyser les faits tout en tenant compte du critère à quatre volets—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 3(1), 61(3) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 37).

M.R.N. C. STANDING (A-857-90, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 29-9-92, 3 p.)

Les conclusions de fait du juge-arbitre sont étayées par la preuve et le droit jurisprudentiel a été appliqué correctement—Absence d'erreur révisable—Aucun fondement ne permet d'infirmer *Procureur général du Canada c. Imbeault*, [1984] 1 C.F. 852 (C.A.)—Demande de révision de la décision du juge-arbitre rejetée.

PETTEN C. CANADA (COMMISSION D'ASSURANCE-CHÔMAGE) (A-269-91, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 1-9-92, 2 p.)

## CITOYENNETÉ

### CONDITIONS DE RÉSIDENCE

Appel du refus du juge de la citoyenneté d'attribuer la citoyenneté à l'appelant pour le motif que celui-ci ne satisfaisait pas aux exigences relatives à la résidence—L'appelant,

## CITOYENNETÉ—Suite

originaire du Maroc, est arrivé au Canada avec sa famille à titre de résident permanent le 24 mars 1988—La famille a acheté une maison à Montréal—L'appelant est allé étudier l'architecture au Rhode Island (É.-U.) parce qu'il n'avait pas été admis à l'Université McGill, à Montréal—Il a l'intention de se joindre à une firme de Montréal lorsqu'il aura obtenu son diplôme—Il habite dans une résidence temporaire et retourne chez lui pendant les vacances—Il a, dans la maison familiale, une chambre où il garde une partie de ses effets personnels—Il détient un permis de conduire du Québec et a un compte bancaire personnel à Montréal—Les autres membres de la famille sont devenus citoyens canadiens en septembre 1991—L'appelant a été absent pendant 807 jours au cours des quatre ans qui ont précédé la date de sa demande—Il a passé 319 jours au Canada durant la période pertinente—Appel accueilli—La présence physique au Canada n'est pas essentielle lorsqu'un pied-à-terre y est établi, que la personne en cause étudie à l'étranger et qu'elle revient régulièrement au Canada et a l'intention d'y résider une fois qu'elle aura obtenu son diplôme—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c).

ALBADRI (RE) (T-2754-91, juge Dubé, jugement en date du 24-7-92, 3 p.)

### CONNAISSANCES REQUISES

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a rejeté la demande de citoyenneté canadienne de l'appelante pour le motif que celle-ci n'avait pas une connaissance suffisante de l'une des langues officielles du Canada, ni des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté conformément à l'art. 5(1)e) de la Loi sur la citoyenneté—L'appelante n'a pu répondre à certaines questions fondamentales—Elle n'a pas établi qu'elle avait une connaissance suffisante de l'une des langues officielles du Canada, ainsi que des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté—Aucune raison impérieuse de modifier la décision du juge de la citoyenneté—L'appelante ne devrait pas bénéficier de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre pour des raisons d'ordre humanitaire en vertu de l'art. 5(3a),(4) de la Loi—Appel rejeté—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)e).

MAIORINO (RE) (T-2626-90, juge McGillis, jugement en date du 9-9-92, 2 p.)

**CITOYENNETÉ—Suite**

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a rejeté la demande de citoyenneté canadienne de l'appelante pour le motif qu'elle ne possédait pas une connaissance suffisante du Canada ainsi que des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté au sens de l'art. 5(1)e) de la Loi sur la citoyenneté—L'appelante a été en mesure de nommer plusieurs provinces ainsi que la capitale canadienne—Depuis l'audience devant le juge de la citoyenneté, l'appelante a acquis une connaissance suffisante du Canada ainsi que des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté—Appel accueilli—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)e).

CICCONI (RE) (T-2627-90, juge McGillis, jugement en date du 8-9-92, 2 p.)

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a rejeté la demande de citoyenneté canadienne de l'appelant pour le motif que celui-ci n'avait pas une connaissance suffisante du Canada, ni des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté conformément à l'art. 5(1)e) de la Loi sur la citoyenneté—L'appelant n'a pu répondre à certaines questions fondamentales—Il n'a pas établi qu'il avait une connaissance suffisante du Canada, ainsi que des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté—Aucune raison impérieuse de modifier la décision du juge de la citoyenneté—L'appelant ne devrait pas bénéficier de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre pour des raisons d'ordre humanitaire en vertu de l'art. 5(3)a),(4) de la Loi—Appel rejeté—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)e).

LUCIO (RE) (T-3168-90, juge McGillis, jugement en date du 8-9-92, 2 p.)

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a rejeté la demande de citoyenneté canadienne de l'appelante pour le motif que celle-ci n'avait pas une connaissance suffisante du Canada, ni des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté conformément à l'art. 5(1)e) de la Loi sur la citoyenneté—L'appelante n'a pu répondre à certaines questions fondamentales—Elle n'a pas établi qu'elle avait une connaissance suffisante du Canada, ainsi que des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté—Aucune raison impérieuse de modifier la décision du juge de la citoyenneté—L'appelante ne devrait pas bénéficier de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre pour des raisons d'ordre humanitaire en vertu de l'art. 5(3)a),(4) de la Loi—Appel rejeté—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)e).

LUCIO (RE) (T-3169-90, juge McGillis, jugement en date du 9-9-92, 2 p.)

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a rejeté la demande de citoyenneté canadienne de l'appelante pour le motif que celle-ci n'avait pas une connaissance suffisante du Canada, ni des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté conformément à l'art. 5(1)e) de la Loi sur la citoyenneté—L'appelante n'a pu répondre aux questions au sujet des opérations électorales, de leur but et du mécanisme y afférent—Elle n'a pas établi qu'elle avait une connaissance suffisante du Canada, ainsi que des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté—Aucune raison impérieuse de modifier la décision du juge de la citoyenneté—L'appelante ne

**CITOYENNETÉ—Fin**

devrait pas bénéficier de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre pour des raisons d'ordre humanitaire en vertu de l'art. 5(3)a),(4) de la Loi—Appel rejeté—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)e).

BONGIOVANNI (RE) (T-51-91, juge McGillis, jugement en date du 8-9-92, 2 p.)

Appel d'une décision d'un juge de la citoyenneté refusant à l'appelante la citoyenneté canadienne au motif qu'elle n'a pas une connaissance suffisante du Canada et des responsabilités et privilèges que confère la citoyenneté en vertu de l'art. 5(1)e) de la Loi sur la citoyenneté—L'appelante ne parle aucune des deux langues officielles et ne répond donc pas aux exigences de l'alinéa 5(d) de la Loi—Elle a cependant fait les efforts nécessaires pour acquérir une connaissance suffisante de son pays d'adoption—Vu la situation particulière de l'appelante, il serait juste et équitable de recommander que la citoyenneté lui soit attribuée—Appel accueilli—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)d),e).

KHALIL (RE) (T-2608-91, juge Dubé, jugement en date du 24-7-92, 2 p.)

Appel de la décision d'un juge de la citoyenneté selon laquelle l'appelante ne satisfaisait pas aux exigences de l'art. 5(1)e) de la Loi sur la citoyenneté parce qu'elle ne possédait pas une connaissance suffisante du Canada ainsi que des responsabilités et privilèges de la citoyenneté—Compte tenu des troubles d'ordre psychologique et de l'anxiété de l'appelante lorsqu'elle comparait devant un juge, il y a lieu de recommander au ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'accorder la citoyenneté à l'appelante pour des raisons d'ordre humanitaire—Appel accueilli—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)e).

GUCCIARDO (RE) (T-3048-91, juge Rouleau, jugement en date du 22-9-92, 2 p.)

**CORPORATIONS**

Requête en vue de l'annulation de la décision par laquelle le ministre de la Consommation et des Affaires commerciales a conclu que le nom corporatif était susceptible de causer de la confusion—Étant donné que pareilles décisions sont de nature administrative, elles n'ont pas, en droit, à être rendues sur une base judiciaire ou quasi judiciaire et ne sont pas assujetties au contrôle prévu par l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale—Application du critère établi dans *Ministre du Revenu national c. Coopers & Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495—L'art. 29 de la Loi sur les corporations canadiennes ne laisse pas entendre qu'une audience ou qu'une procédure contradictoire est en cause dans la décision du ministre—Le ministre est tenu d'appliquer les règles de fond du Règlement sur les corporations canadiennes en déterminant si le nom corporatif est interdit, mais le pouvoir d'ordonner la délivrance de lettres patentes supplémentaires en vertu de l'art. 29(2) est discrétionnaire—Le refus d'accorder le changement de nom projeté ne nuit pas au droit de la compagnie qui en a fait la demande—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C.

**CORPORATIONS—Fin**

1990, ch. 8, art. 8)—Loi sur les corporations canadiennes, S.R.C. 1970, ch. C-32, art. 29(2)—Règlement sur les corporations canadiennes, C.R.C., ch. 424, art. 16.

GRANDS FRÈRES DU CANADA C. CANADA (MINISTRE DE LA CONSOMMATION ET DES AFFAIRES COMMERCIALES) (A-551-91, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 8-10-92, 3 p.)

**COURONNE****CONTRATS**

Action en réclamation d'une somme de 89 017,59 \$ que la demanderesse prétend avoir été indûment retenue du prix d'un contrat de construction par la Couronne—Il s'agit d'un contrat de réparation du pont de l'île des Sœurs à Montréal, qui stipulait que le travail devait être exécuté au cours d'une période de 50 jours «ouvrables», à l'exception des dimanches, et prévoyait, à titre de clause pénale, que si le travail n'était pas complété dans le délai prévu, une pénalité de 3 000 \$ par jour serait imposée—Il s'agit de savoir si la Couronne était en mesure d'invoquer la clause pénale et de déduire la somme de 75 000 \$ du prix du contrat ainsi que la somme de 14 017,59 \$ au titre de dommages causés à des panneaux de signalisation—Les dispositions du contrat soulèvent la question de l'interprétation de l'expression «jour ouvrable»—Le contrat ne fait pas de distinction entre jour de travail et jour ouvrable—Les deux termes sont interchangeables—La demanderesse n'a donc pas respecté le délai de 50 jours ouvrables stipulés au contrat et la défenderesse était en mesure d'invoquer la clause pénale—La Couronne n'était pas obligée de faire parvenir une mise en demeure formelle puisqu'il y avait eu mise en demeure en vertu des termes mêmes du contrat—Il faut également déterminer si la clause pénale peut s'appliquer même si la Couronne n'a subi aucun dommage à cause du retard—Selon la doctrine, la Couronne peut exercer son droit en vertu d'une clause pénale même s'il n'y a pas eu de dommages découlant de la conduite de la demanderesse—La liberté contractuelle et la volonté des parties doivent être respectées—La preuve indique clairement que les dommages aux panneaux de signalisation ont été causés sur le chantier de construction par les sous-traitants de la demanderesse—Le contrat prévoyait expressément que l'entrepreneur est responsable pour tous les dommages découlant de son travail ou du travail d'un des sous-entrepreneurs—La demanderesse est donc responsable des dommages causés aux panneaux de signalisation et la Couronne était en mesure de retenir la somme de 14 017,59 \$ à ce titre, moins la somme de 84 \$—Action accueillie en partie.

CONSTRUCTION CARBO INC. C. CANADA (T-2401-90, juge Teitelbaum, jugement en date du 10-8-92, 15 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR L'ACCISE**

Requête visant à obtenir une ordonnance en vertu de l'art. 164 de la Loi sur l'accise et à proroger le délai de 30 jours

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

prévu à cette fin—Une camionnette dont la requérante est bailleur a été saisie par la GRC—Un délai de deux mois s'est écoulé entre la date de la saisie et la date où la GRC en a avisé la requérante—Celle-ci peut-elle se prévaloir de l'art. 164 de la Loi à titre de personne réclamant un intérêt dans une chose saisie?—Il s'agit de savoir si le délai de 30 jours est impératif ou est simplement une disposition directive—La requérante ne peut se fonder sur l'art. 69 de la Loi sur l'accise car elle n'est pas la personne entre les mains de qui le bien en question a été saisi—La jurisprudence a clairement établi que le délai de l'art. 164(1) est un délai immuable qui doit être strictement respecté et qui court à compter de la date de la saisie et non de la date de l'avis de saisie—Requête rejetée—Loi sur l'accise, L.R.C. (1985), ch. E-14, art. 69, 164(1).

LOCATION G.M.F. INC. C. M.R.N. (T-656-92, juge Joyal, ordonnance en date du 27-8-92, 6 p.)

**DROIT MARITIME****RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE**

L'appel porte sur les mêmes points litigieux que *Banco do Brasil S.A. c. Alexandros G. Tsavlis* (Le), [1992] 3 C.F. 735—Les deux appels ont été débattus en même temps sur présentation de mémoires et d'exposés conjoints—Appel accueilli pour les motifs énoncés dans l'autre appel.

BANCO DO BRASIL S.A. C. ALEXANDROS G. TSAVLIS (LE) (A-848-90, juge en chef Isaac, jugement en date du 30-9-92, 1 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance de prohibition visant à interdire aux intimés d'agir à titre de tribunal des droits de la personne et d'enquêter sur les plaintes—L'intimé/plaignant travaillait pour la requérante comme contremaître de triage, mais a par la suite perdu son poste parce qu'il était atteint de diabète—Allégation de discrimination contre le requérant, fondée sur l'invalidité de celui-ci, en violation des art. 7 et 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—Un tribunal des droits de la personne a été constitué pour enquêter sur les plaintes—La requérante soutient que dans *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1988] 1 C.F. 209, la Cour d'appel fédérale a déjà jugé que sa politique tenait à une «exigence professionnelle normale»—Les deux affaires présentent de nombreuses similitudes—À la lumière des progrès récemment acquis en médecine dans la stabilisation du diabète, il n'est pas clair que «le refus d'employer des diabétiques non stables peut se justifier»—Question de fait relevant du tribunal des droits de la personne, et non de cette Cour—Depuis *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561, la Cour suprême du Canada a rendu d'autres décisions autorisant le tribunal des droits de la personne à déterminer s'il existe une autre solution pratique



**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

que l'adoption d'une règle discriminatoire—Demande rejetée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 10, 15, 49(1).

CANADIEN PACIFIQUE LTÉE C. CANADA (TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-2397-91, juge Pinard, ordonnance en date du 8-7-92, 7 p.).

**GRC**

Action visant à faire déclarer inconstitutionnel le Tribunal de la GRC au motif que le défendeur Gaudet ou tout autre officier de la GRC est partial et dépendant—Le demandeur allègue violation des droits qui lui sont garantis par les art. 7 et 11*d*) de la Charte canadienne et l'art. 23 de la Charte du Québec—Il a été accusé, en vertu de l'art. 25*o*) de la Loi de la Gendarmerie royale du Canada, d'avoir refusé de collaborer à une enquête de nature criminelle relativement à l'achat de valeurs mobilières et de répondre aux questions à ce sujet—Cette Loi a été modifiée en juin 1988 et ce sont les nouvelles dispositions de cette Loi qui s'appliquent en l'espèce—En vertu de ces nouvelles dispositions, les procédures engagées contre le demandeur étaient fondées sur un manquement au code de déontologie—Celui-ci s'est appuyé notamment sur la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Généreux* (1992), 133 N.R. 241, selon laquelle un Tribunal tel celui de la GRC n'aurait pas le caractère indépendant et impartial requis—Les procédures engagées par la GRC en l'espèce étaient strictement de nature interne et disciplinaire et ne revêtaient pas un caractère public—Puisqu'il s'agit d'une procédure interne, l'art. 11 de la Charte canadienne ne peut s'appliquer en l'espèce—L'art. 7 de la Charte ne peut non plus s'appliquer car il n'y a pas eu atteinte à la vie, la liberté ou la sécurité du demandeur—La Loi étant de compétence fédérale, la Charte québécoise ne s'applique pas—Action rejetée—Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 25*o*), 38 mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 16), 39(1) (mod., idem), 40 (mod., idem), 41 (mod., idem), 43(1) (mod., idem), 45.12(3),(4) (mod., idem)—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<sup>o</sup> 44], art. 7, 11*d*).

LANDRY C. GAUDET (T-656-90, juge Joyal, jugement en date du 8-6-92, 11 p.).

**IMMIGRATION**

Demande en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant la décision de l'agente d'immigration de refuser la demande de droit d'établissement au Canada pour le motif qu'il n'existait pas suffisamment de raisons d'ordre humanitaire ainsi qu'en vue de l'obtention d'un *mandamus* obligeant le Ministère à tenir compte des raisons d'ordre humanitaire dans l'examen de la demande—La requérante est citoyenne de la Trinité et Tobago et a été admise au Canada en 1986 parce qu'elle fuyait son mari qui la battait—L'agente d'immigration n'a pas fait de recommandation de dispense des conditions normalement exigées pour l'obtention d'un visa en vertu de l'art. 114(2) de la

**IMMIGRATION—Suite**

Loi sur l'immigration—L'agente d'immigration n'a pas entravé le pouvoir discrétionnaire qui lui était délégué par la Loi—La décision ne renferme aucune erreur telle qu'elle aurait justifié une intervention judiciaire au moyen d'un *certiorari*—La requérante a obtenu une entrevue équitable et tous les arguments ont été soigneusement examinés—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2).

MAYERS C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1830-91, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 14-8-92, 8 p.).

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance rejetant la demande d'autorisation d'intenter une action en contrôle judiciaire, pour défaut de diligence—Le 31 mars 1992, après avoir ordonné le renvoi des requérants du Canada, l'arbitre a informé ces derniers qu'ils avaient le droit de demander l'autorisation d'en appeler de la décision dans un délai de 15 jours—Demande déposée le 9 avril 1992—L'intimé a allégué que le requérant avait indûment tardé à présenter sa demande en vue de contester la décision rendue par le tribunal le 31 décembre 1991 au sujet de la question du minimum de fondement—Dépôt d'une photocopie d'une formule datée du 31 décembre 1991, indiquant que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention n'était pas fondée—Compte tenu des nombreuses procédures étranges et inexplicables, à savoir le retard survenu entre les audiences relatives aux enquêtes et les audiences sur le minimum de fondement, lesquelles n'ont pas été enregistrées, la justice n'est pas établie en l'espèce—Requête rejetée—L'art. 82.1(6) de la Loi sur l'immigration peut être invoqué lorsqu'il s'agit de proroger, au nom de l'équité, le délai de dépôt de la demande d'autorisation—Une prorogation de dix jours est accordée en vue du dépôt des exposés de faits et de droit sur présentation de la demande d'autorisation—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1(6) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19).

DOKU C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-409, juge Muldoon, ordonnance en date du 29-7-92, 6 p.).

À la suite de la présentation d'une demande fondée sur l'art. 27 de la Loi sur l'immigration, l'arbitre a refusé d'entendre la preuve concernant la détention forcée—La requérante a allégué que le fait qu'elle avait été détenue de force l'avait empêchée de partir pendant la période où elle avait prolongé son séjour—La détention forcée a cessé bien avant l'audience devant l'arbitre—Demande rejetée—Absence d'erreur révisable puisque la question de la détention forcée n'a rien à voir avec la prolongation du séjour ou avec l'expiration du visa de visiteur—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(2*e*).

MANGARING C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-978, juge Joyal, ordonnance en date du 9-9-92, 2 p.).

Le requérant, qui est citoyen de l'Uruguay, est arrivé au Canada à titre de visiteur en 1988—La revendication du statut de réfugié au sens de la Convention a été rejetée—À l'expira-

## IMMIGRATION—Suite

tion de son visa de visiteur. le requérant est demeuré au Canada illégalement—Il a épousé une citoyenne canadienne en octobre 1989—En janvier 1990, il a demandé le droit d'établissement depuis le Canada—En avril, il a demandé à être soustrait à l'application de l'art. 9(1) de la Loi sur l'immigration et à être autorisé à demander le droit d'établissement à l'intérieur du Canada—Le couple s'est séparé en septembre 1990, s'est réconcilié en mars 1991 et s'est séparé de nouveau en novembre 1991—La conjointe du requérant a retiré son parrainage—Un décret pris en août 1991 a soustrait le requérant aux exigences de l'art. 9(1)—La demande de résidence permanente a été rejetée en décembre 1991 pour le motif que le mariage n'avait pas été contracté de bonne foi, mais qu'il l'avait principalement été dans le but d'obtenir l'admission au Canada—Le décret soustrayant une personne à l'obligation d'obtenir un visa, énoncée à l'art. 9, ne confère pas à celle-ci le droit à la résidence permanente—Il permet simplement de demander le droit d'établissement depuis le Canada—Distinction faite avec les affaires dans lesquelles la décision au fond sur la demande était fondée sur l'octroi d'une exemption en vertu de l'art. 9(1)—La Cour n'est pas convaincue que le requérant n'a pas été informé, au cours de l'entrevue qui a eu lieu en novembre, des doutes de l'agent d'immigration quant à savoir si le mariage avait été contracté de bonne foi, mais les notes de l'agent d'immigration portant sur l'entrevue qui a eu lieu en décembre montrent que le requérant a été informé de ces doutes à ce moment-là—L'agent d'immigration disposait de suffisamment de renseignements pour justifier sa conclusion au sujet de la question de savoir si le mariage avait été contracté de bonne foi—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2, art. 9.

FERRERYA C CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1017-92, juge Reed, jugement en date du 8-9-92, 10 p.)

Appel d'une décision rendue en 1988 par la Commission d'appel de l'immigration—En 1982, l'appelant a parrainé la demande de droit d'établissement d'une fille adoptée en vertu de la Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956 (HAMA)—Au moment de l'adoption, il avait déjà adopté une autre fille en vertu de la même Loi—L'HAMA prévoit que toute adoption contraire à ses dispositions est nulle—Selon l'HAMA, les parents ne doivent pas avoir une fille hindoue vivante au moment de l'adoption—L'art. 8 de la Loi sur l'immigration prévoit qu'il incombe à quiconque cherche à entrer au Canada de prouver que le fait d'y être admis ne contrevient pas à la Loi—La Commission a reçu en preuve une version de la HAMA qui est antérieure, de quatre ans, à l'adoption—Question de savoir si la Commission a commis une erreur de droit en acceptant comme une preuve digne de foi la version antérieure de la HAMA sans la preuve qu'elle était en vigueur au moment de l'adoption—Appel rejeté—Il incombe à l'appelant d'établir que l'adoption n'était pas nulle en vertu de la HAMA—L'appelant était tenu de soulever la question de savoir si la Loi était en vigueur au moment de l'adoption et de présenter, à l'audience, des preuves à l'appui de sa contestation—Le pouvoir discrétionnaire de la section d'appel quant aux éléments de preuve qu'elle admet comme étant dignes de foi est défini de

## IMMIGRATION—Suite

façon générale à l'art. 69.4(3)c) de la Loi sur l'immigration—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2, art. 8(1), 69.4(3)c) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18).

SINGH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-859-88, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 22-9-92, 4 p.)

## EXPULSION

Demande de sursis à l'exécution de la mesure de renvoi prise contre le requérant tant que celui-ci n'aura pas vendu son entreprise et que la demande d'autorisation n'aura pas été tranchée—Il incombe au requérant de montrer qu'il existe une question sérieuse à trancher, qu'il subira un préjudice irréparable si le sursis n'est pas accordé et que la prépondérance des inconvénients joue en sa faveur—Le requérant est venu au Canada dans l'intention de se rendre aux E.-U.—Il n'avait pas l'intention de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention—Il est demeuré au Canada après l'expiration de son visa de visiteur, sachant fort bien qu'il était passible d'arrestation s'il était appréhendé, mais il ne s'est jamais présenté devant les autorités de l'immigration pour dire qu'il voulait déposer une revendication du statut de réfugié—Avant de quitter l'Égypte, il avait reçu quatre lettres l'appelant au service militaire—Le fait qu'il puisse être emprisonné s'il retournait en Égypte, parce qu'il ne s'est pas acquitté de son obligation d'accomplir son service militaire, ne constitue pas de la persécution—Existence d'une preuve soutenable montrant que le requérant n'a pas compris certaines choses à l'audience—La Cour n'est pas convaincue que le requérant serait persécuté parce que sa religion est différente de celle de la majorité des Égyptiens—La perte d'une somme d'argent considérable découlant de l'impossibilité de se départir d'une entreprise avant l'expulsion constitue un préjudice irréparable—Les raisons pour lesquelles le requérant a investi 92 000 \$ dans une entreprise alors que son statut au pays était incertain sont contestables, mais la Cour a supposé que celui-ci avait honnêtement saisi l'occasion de se lancer en affaires—Quant à la prépondérance des inconvénients, il est dans l'intérêt public d'exécuter les mesures d'expulsion le plus tôt possible—Étant donné que la mesure d'expulsion est contestée, l'intimé ne subirait pas de préjudice sérieux si le requérant n'était pas immédiatement expulsé—Possibilité de préjudice en raison de la religion du requérant—Demande accueillie—La Cour accorde un mois au requérant pour vendre son entreprise.

SEDAROUS C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-72, juge Teitelbaum, jugement en date du 6-7-92, 6 p.)

Demande présentée en vertu de l'art. 18 en vue de l'obtention d'une ordonnance empêchant le ministre de l'Emploi et de l'Immigration d'expulser le requérant du Canada—L'expulsion du requérant du Canada vers la Chine a été ordonnée—Une audience d'urgence a été tenue peu de temps avant l'expulsion—Le certificat de mariage produit par le requérant est un faux—Aucune raison légitime de présenter la demande peu de temps avant l'expulsion—La demande présentée de façon urgente en vue de la suspension de l'ordonnance d'expulsion constitue un emploi abusif des procédures—Absence de ques-

**IMMIGRATION—Suite**

tion sérieuse à trancher—Le requérant ne subirait aucun préjudice irréparable si la demande n'était pas accordée—Demande rejetée.

NANANSO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-626, juge McGillis, ordonnance en date du 17-9-92, 3 p.)

**PRATIQUE**

Demande de suspension des procédures—Le requérant revendique le statut de réfugié au sens de la Convention—Il s'agit d'une personne visée par l'art. 3(2)d(ii) du Règlement sur la catégorie admissible des demandeurs du statut de réfugié puisqu'il n'a pas comparu à la reprise de l'enquête—L'affidavit du requérant n'est pas satisfaisant—Demande rejetée à certaines conditions.

JUAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-659, juge Muldoon, jugement en date du 21-7-92, 10 p.)

Rejet de la demande, fondée sur l'art. 82.1 de la Loi sur l'immigration, en vue de l'obtention de l'autorisation de demander, en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale, des brefs de *certiorari* et de *mandamus* relativement à l'évaluation défavorable des raisons d'ordre humanitaire invoquées par les demandeurs adultes—Le juge Denault a également conclu qu'il n'était pas nécessaire d'obtenir une autorisation pour tenter une action en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que l'art. 4 du Règlement sur l'immigration est invalide—Les demandeurs ont ensuite déposé devant la Cour fédérale une «déclaration» visant à l'obtention d'un bref de *certiorari* annulant la décision pour des raisons d'ordre humanitaire ainsi qu'un bref de *mandamus* enjoignant au défendeur d'effectuer un réexamen et de rendre une décision favorable, selon laquelle le mineur a droit à un jugement déclaratoire portant que le Règlement est inopérant pour le motif qu'il constitue de la discrimination envers les mineurs et à un jugement déclaratoire portant que l'enfant mineur a le droit de parrainer ses parents—Le défendeur a demandé la radiation de l'action pour le motif que si les allégations concernant la décision relative aux raisons d'ordre humanitaire étaient radiées, le juge Denault ayant déjà refusé d'autoriser l'examen de la question, il ne restait rien qui permette de demander qu'il soit déclaré que les dispositions en question sont invalides—Les parties de la «déclaration» se rapportant à la question de la validité de la décision concernant l'examen des raisons d'ordre humanitaire et concernant la question de la mesure d'expulsion prise contre les demandeurs adultes sont radiées avec l'autorisation de modifier la «déclaration» de façon que les faits allégués soient conformes au reste des conclusions sollicitées—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2, art. 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. (1990), ch. 8, art. 53)—Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/78-172, art. 4—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 401c), 419.

MIRZAD C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1633-92, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 21-9-92, 5 p.)

**IMMIGRATION—Suite**

Demande en vue du réexamen de l'ordonnance refusant une prorogation du délai de production d'affidavits et d'observations écrites—Aucun arrêt ni aucune règle ne permettent le réexamen de l'ordonnance—L'ordonnance initiale était fondée sur le manque de sérieux de la demande—Demande rejetée.

RAFIQUE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-991, juge Reed, ordonnance en date du 17-9-92, 2 p.)

Appel de la décision de la Commission d'appel de l'immigration—L'appelant a prétendu adopter deux enfants hindous en Inde en vertu de la loi hindoue—La preuve d'expert produite devant la Cour d'appel établit la nullité des adoptions—Appel rejeté.

CHAUDHARI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-285-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 22-9-92, 2 p.)

**STATUT DE RÉFUGIÉ**

Appel de la décision par laquelle la section du statut a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant est un citoyen tamoul du Sri Lanka—En février 1988, il a été arrêté par la FIMP aux funérailles d'un cousin membre des LTTE que la FIMP avait tué—Il a été interrogé, battu et relâché à la condition de se présenter toutes les semaines—Il s'est présenté jusqu'en mai 1988, lorsqu'en se présentant, il a de nouveau été battu—Il s'est caché jusqu'en avril 1989, moment où il s'est échappé du Sri Lanka—La section du statut a conclu que le requérant était soupçonné par l'armée sri-lankaise d'être membre des LTTE et par la FIMP d'être un informateur—Le tribunal a également conclu que le requérant craignait avec raison d'être persécuté, mais que le fait qu'il avait vécu dans d'autres régions du Sri Lanka, après le mois de mai 1988, sans éprouver de difficultés, dénotait qu'il n'y avait pas lieu de continuer à craindre d'être persécuté—Il a également conclu que le retour au Sri Lanka de réfugiés vivant en Inde était un point pertinent—Appel accueilli—Dire qu'une personne qui parvient à se cacher de celui qui la persécute qu'elle n'éprouve pas de difficultés est une conclusion inique—Il est déraisonnable de conclure que le passage à tabac dont le requérant a été victime en mai 1988 a contribué à entretenir la crainte fondée de persécution qu'il éprouvait jusqu'à ce moment-là et, ensuite, que la conduite du requérant, expliquée de façon plausible, durant les onze mois où il s'est caché, démontrait que sa crainte n'était plus fondée—Dire que le requérant aurait pu se réfugier ailleurs dans le même pays, puisqu'il aurait pu se réfugier chez ses frères, est une conclusion inique puisqu'il vivait dans une zone de conflit entre les LTTE et l'armée—Le retour des réfugiés est un point non pertinent—Rien ne prouve que la situation des rapatriés est analogue à celle du requérant.

SABARATNAM C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-536-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 2-10-92, 6 p.)

Appel d'une décision de la section du statut ayant rejeté la revendication de la requérante—En rendant sa décision, le tribunal n'a tenu compte ni de l'expérience vécue par la requé-

## IMMIGRATION—Fin

rante ni de la preuve au dossier qu'à la date de l'audience, la situation politique en Haïti était encore extrêmement instable et dangereuse—Appel accueilli.

ARISTIL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-902-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 28-9-92, 2 p.)

Appel de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que l'appelant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—La Commission a déclaré qu'elle n'était pas «convaincue» que l'appelant courait un risque raisonnable d'«être» persécuté en raison de ses opinions anticomunistes s'il retournait à Sofia et a refusé de lui accorder «le bénéfice du doute»—Appel accueilli—La Commission a commis une erreur car elle a imposé à l'appelant une norme de preuve trop élevée.

CHICHMANOV C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-243-91, juge en chef Isaac, jugement en date du 3-9-92, 2 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU

## CALCUL DU REVENU

*Allocation du coût en capital*

Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a conclu que le matériel n'avait pas principalement été utilisé pour la fabrication ou la transformation de marchandises en vue de la vente ou de la location—Maritime Hydraulic Repair Centre Limited s'occupe de la vente, de la fabrication et de la «répartition et remise à neuf» de composants hydrauliques et pneumatiques utilisés dans divers secteurs—Cette entreprise comporte la vente de pièces et d'accessoires hydrauliques fabriqués par d'autres; le remplacement de pièces défectueuses de systèmes hydrauliques par des pièces fabriquées par d'autres; la fabrication de composants ou de systèmes hydrauliques faits sur commande; la réparation et remise à neuf de systèmes hydrauliques, opération consistant à remplacer une pièce par une pièce fabriquée par la contribuable—Seuls les deux derniers volets comprennent la fabrication ou l'utilisation du matériel—Les biens en question étaient du matériel d'atelier—La contribuable a réclamé la déduction pour amortissement pour le motif que les biens faisaient partie de la catégorie 29 de l'annexe II du Règlement de l'impôt sur le revenu, ainsi qu'un crédit d'impôt à l'investissement relativement à certaines dépenses, en vertu de l'art. 127(5) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le ministre a rejeté ces déductions, reclassifiant le matériel sous la catégorie 8, réduisant ainsi les déductions pour amortissement et rejetant les crédits d'impôt à l'investissement—Les nouvelles cotisations reposaient sur la décision que le matériel n'avait pas été utilisé principalement pour la fabrication ou la transformation de marchandises en vue de la vente—En confirmant la décision du ministre, la Cour de l'impôt a conclu qu'aucune vente ou location n'était envisagée par rapport à la «répartition et remise à neuf»—Elle a estimé qu'elle était liée par *Crown Tire Service Ltd. c. La Reine*, [1984] 2 C.F.

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

219 (1<sup>re</sup> inst.)—Question de savoir si *Crown Tire* s'applique compte tenu de *Halliburton Services Ltd. c. Canada*, [1990] 1 C.T.C. 427 (C.A.F.) et de *La Reine c. Nowsco Well Service Ltd.* (1990), 90 DTC 6312 (C.A.F.)—Appel accueilli—Depuis l'audition de l'affaire, la Section de première instance a rejeté la démarche suivie dans *Crown Tire*, dans *Rolls-Royce (Canada) Ltd. c. La Reine* (1991), 91 DTC 5579, et dans *Stowe-Woodward Inc. c. La Reine*, T-2494-89, juge Dubé, jugement en date du 30-1-92, encore inédit—L'art. 127(10) et la catégorie 29 ont pour objet de fournir des incitatifs liés aux dépenses engagées à l'égard du matériel acquis pour être utilisé dans la fabrication ou la transformation de marchandises en vue de la vente ou de la location—Cette activité dépend de la relation qui existe entre la contribuable et ses clients et de la nature inhérente des fonctions que la contribuable assume en utilisant le matériel, ces fonctions étant en l'espèce reconnues comme constituant de la fabrication—Le client comptait sur les services de la contribuable pour démonter et remonter le matériel défectueux, ainsi que sur son savoir-faire dans la fabrication des pièces de rechange—La relation existant entre la contribuable et ses clients reposait sur un contrat de services et de transfert de propriété des pièces de rechange moyennant un prix, c'est-à-dire une vente—Le fait que le prix du travail effectué par la contribuable n'était pas fixé uniquement en fonction du produit fourni (comme c'était le cas dans *Nowsco* et *Stowe-Woodward*), mais plutôt en fonction des matières premières utilisées et de la main-d'œuvre requise pour démonter le matériel du client et le remonter, ainsi que pour fabriquer les pièces de rechange, ne devrait pas masquer la nature véritable de l'utilisation du matériel par la contribuable—Il s'agit d'un fractionnement formaliste de l'activité commerciale de la contribuable que de reconnaître l'utilisation du matériel à titre d'incitatif lorsque la contribuable fabrique des pièces d'après les prescriptions d'un client, mais non lorsque le client laisse à la contribuable des composants hydrauliques défectueux à réparer et que le matériel de la contribuable est utilisé exactement de la même façon pour produire des pièces qui remplaceront des pièces défectueuses—Un produit fabriqué à partir de matières premières appartenant à la contribuable est la propriété de cette dernière jusqu'à ce que le produit soit payé—Comme c'est l'acquisition du matériel utilisé pour la fabrication de marchandises en vue de la vente qu'aident les incitatifs prévus par la Loi, lorsque la relation entre les parties vise à la fois des travaux et des matériaux, ou des services, l'utilisation du matériel pour la fabrication de produits distincts avant que ces derniers soient fixés de quelque manière à un bien appartenant à un client est un facteur important au point de vue de l'application des incitatifs—La façon dont la vente est conclue, au point de vue des méthodes de facturation, ou la façon dont est fixé le prix de vente du produit ne revêt aucune importance pour le transfert ultime de la propriété du produit fabriqué—*Crown Tire*, où la contribuable s'occupait du rechapage de pneus, distingué—Dans cette affaire-là, la contribuable ne produisait rien avant que les travaux effectués et les matériaux fournis ajoutent à la propriété du client par suite de l'adhésion de matériaux—En l'espèce, le matériel servait à fabriquer des marchandises, des pièces pour composants hydrauliques, fabriquées d'après les prescriptions techniques du client, ou des pièces de rechange pour des composants défectueux—Les pièces de rechange appartenaient à la contribuable tant qu'elles n'étaient pas fixées aux composants du client à l'étape du

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

remontage—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)a), 125.1 (édicte par S.C. 1973-74, ch. 29, art. 1), 127(10)b) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 71, art. 9; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 73), c)(i)—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 1100, annexe II, catégories 8, 29.

COOPERS & LYBRAND LTD. C. M.R.N. (T-1784-89, juge MacKay, jugement en date du 19-8-82, 22 p.)

*Revenu ou gain en capital*

Appel des nouvelles cotisations d'impôt sur le revenu établies pour les années d'imposition 1976 et 1977 du demandeur—Le demandeur a calculé son revenu comme s'il ne résidait pas au Canada conformément aux art. 114 et 115 de la Loi de l'impôt sur le revenu—Au début des années 1970, le demandeur ainsi que d'autres experts-conseils ont créé A.R.A. Consultants Ltd. (A.R.A.)—A.R.A. a passé un contrat en vue d'agir comme expert-conseil auprès du MAS, qui devait fournir des services au Nigéria—Le contrat prévoyait que le demandeur devait lui-même fournir les services sur place au Nigéria—Des dispositions ont été prises en vue du départ—Question de savoir si le demandeur a cessé de résider au Canada en juillet 1976 et est devenu résident du Nigéria—Il faut à cet égard tenir compte des faits de l'affaire et de l'effet cumulatif de multiples critères—La notion de «résidence» n'exige pas la présence physique constante du contribuable—Le demandeur n'a pas rompu ses liens avec le Canada et n'a pas établi de liens importants ou permanents avec le Nigéria—Il n'est pas nécessaire qu'un contribuable soit longtemps absent du Canada pour cesser d'être un résident canadien—Le demandeur n'a pas rompu les relations commerciales qu'il avait établies au Canada et est demeuré intéressé aux activités de la succursale de Toronto—Pendant son séjour au Nigéria, il ne s'est jamais présenté comme conseiller indépendant—Il n'est pas établi que le demandeur a établi des liens importants au Nigéria et qu'il s'est intégré à la société nigérienne—Appel rejeté.

GLOW C. CANADA (T-1567-84, juge Rouleau, jugement en date du 28-8-92, 11 p.)

Appel du jugement par lequel la Cour de l'impôt a conclu que puisque le bénéficiaire réalisé par la défenderesse était imposable en Suisse, il ne l'était pas au Canada—La compagnie défenderesse a été constituée en vertu de la loi panaméenne afin de protéger un placement dans un complexe commercial (Place Crémazie) à Montréal—Les administrateurs résident en Suisse—L'hypothèque, détenue par Mirlaw Investments, a fait l'objet d'une inexécution et la créancière hypothécaire a intenté une action pour entrer en possession de l'immeuble—En 1979, la défenderesse et Mirlaw ont conclu un accord par lequel cette dernière consentait une option à la défenderesse, lui permettant d'acquérir une part individuelle de 50 % des droits que Mirlaw pourrait acquérir sur l'immeuble de la Place Crémazie pour la somme de 250 000 \$—L'accord a été modifié de façon à consentir à la défenderesse l'option d'acheter tous les droits que Mirlaw avait sur l'immeuble, sous réserve du droit de Mirlaw de résilier l'opération, à son gré, moyennant le versement à la défenderesse de la somme de 250 000 \$ et le remboursement des sommes payées par la défenderesse—En 1980, Mirlaw a exercé son droit d'annuler l'accord et a

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

payé la somme de 250 000 \$ à la défenderesse—Dans sa déclaration de revenus, la défenderesse a demandé le remboursement des impôts retenus à la source—Elle a prétendu que la somme n'était pas imposable au Canada—La Couronne a considéré le produit comme un gain en capital—Elle a conclu qu'en sa qualité de non-résidente ayant disposé d'un bien canadien imposable (à savoir un droit sur la Place Crémazie), la défenderesse était assujettie à l'impôt en vertu des art. 2(3)c) et 115 de la Loi de l'impôt sur le revenu—Il incombe au contribuable de repousser les hypothèses de fait à partir desquelles une cotisation est établie—Appel rejeté—L'établissement commercial de la défenderesse n'était pas situé au Panama ou au Canada, mais en Suisse, ses administrateurs étant des résidents ou des citoyens suisses—Les activités de la défenderesse au Canada en 1979 se limitaient à ses négociations pour sauvegarder autant que possible les intérêts des investisseurs—Aucun bureau au Canada—La défenderesse agissait par l'entremise d'un mandataire—Les documents renferment de nombreuses incohérences, mais ils ont suffisamment de cohérence pour ne pas modifier les conclusions de la Cour de l'impôt au sujet de la nature de l'opération—La défenderesse s'engageait simplement à faire en sorte que le bien soit transmis à l'appelante si jamais elle en devenait propriétaire—Jusqu'à ce qu'elle soit déclarée propriétaire par un jugement d'un tribunal compétent, elle ne pouvait pas prendre d'engagement contractuel à l'égard du bien—En ce qui a trait à l'obligation fiscale de la défenderesse en vertu des lois suisses, la «résidence» de celle-ci était située en Suisse—La défenderesse est visée par la définition de «résidence» à l'art. IV.1 de la Convention fiscale entre le Canada et la Suisse et elle peut se prévaloir des dispositions limitatives énoncées à l'art. VII.1—La défenderesse a gagné son bénéfice à titre de non-résidente du Canada, où elle n'avait aucun établissement permanent—L'opération n'a pas donné lieu à un revenu provenant de biens immobiliers, lequel aurait autrement été imposé au Canada en vertu de l'art. VI.1, et n'a pas non plus donné lieu à un capital constitué par des biens immobiliers, lequel aurait également été assujéti à l'impôt canadien en vertu de l'art. XXI.1—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 64, art. 2(3)c), 115(1)a)(ii), 248, 253b)—Loi sur la Convention Canada-Suisse en matière d'impôt sur le revenu (1976), S.C. 1976-77, ch. 29, annexe VI, art. IV.1, VI.1, VII.1, XIII.1, XXI.1—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 494(8).

CANADA C. PLACREFID LTD. (T-1789-86, juge Joyal, jugement en date du 31-8-92, 18 p.)

Appels des nouvelles cotisations établies par le MRN à l'égard des années d'imposition 1980 et 1981 des demandereses—Question de savoir si le produit de la vente par les demandereses des permis de vente de bois constitue un revenu à titre de produit de la vente d'un «avoir forestier» au sens de l'art. 13(21)d.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—La disposition ne s'applique qu'aux avoirs forestiers acquis après le 6 mai 1974—Le MRN a considéré le produit de la vente des avoirs forestiers par les deux demandereses comme un revenu—La faculté de couper une certaine quantité de bois par année, c'est-à-dire un quota, n'est pas une entité distincte du permis—Les ventes de quotas doivent être effectuées par la vente de permis—Un permis est un «droit initial» de couper et de retirer du bois et le quota fait partie de ce droit initial—L'art. 13(21)d.1) s'applique aux renouvellements, prolonga-

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

tions ou remplacements de droits initiaux acquis avant le 6 mai 1974—L'expression «acquis» a un sens suffisamment large pour englober les prolongations, les renouvellements ou les remplacements—Des droits initiaux peuvent devenir des avoirs forestiers s'ils ont initialement été obtenus, renouvelés, prolongés ou obtenus en remplacement de droits antérieurs après le 6 mai 1974—La demanderesse Kettle River a acquis le permis de vente de bois A04361 après le 6 mai 1974—Les droits dont ont disposé les demanderesse à titre d'avoirs forestiers constituent des «biens amortissables»—Les demanderesse avaient le droit de demander une déduction pour amortissement en vertu de l'art. 20(1)a) de la Loi et de l'annexe II, catégorie 33, du Règlement—Les avoirs forestiers en question sont des «biens amortissables» visés par la définition de l'art. 13(21)b)—Conformément à l'art. 39(1)a)(iv), la disposition d'un avoir forestier ne donne pas lieu à un gain en capital—En vertu de l'art. 13(21)f), le produit de la disposition doit être inclus dans le revenu—Le coût en capital des permis qui ont fait l'objet d'une disposition doit être établi—L'établissement du coût en capital est justifié aux fins de l'art. 13(21)f)(i)—Le coût en capital devrait être calculé à partir de ce qui a été payé pour les permis nouvellement acquis après le 6 mai 1974, ou à partir de la valeur marchande des permis avant leur premier renouvellement, après le 6 mai 1974—Le coût en capital devrait être établi en fonction de la première acquisition de l'avoir forestier après le 6 mai 1974—Cotisations du ministre concernant le produit de la disposition des permis confirmées, mais établissement du coût en capital desdits permis déferé pour nouvelle cotisation—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 13(21)d.1) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 6(7)).

KETTLE RIVER SAWMILLS LTD. C. M.R.N. (T-35-87, T-36-87, juge Strayer, jugement en date du 4-9-92, 21 p.)

Appel de la décision par laquelle la Section de première instance ([1990] 3 C.F. F-47) a conclu que la somme de 300 000 \$ négociée à la suite de l'annulation d'un contrat de distribution exclusive passé avec la demanderesse visait à compenser la perte d'un revenu—Le juge de première instance n'a commis aucune erreur justifiant l'intervention de la Cour—Le fait que le juge a incorrectement exposé certains faits est sans importance—Principes juridiques correctement appliqués—L'organisation commerciale de l'appelante n'a pas été substantiellement bouleversée ni ébranlée—Appel rejeté.

CHARLES R. BELL LTD. C. CANADA (A-817-90, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 9-9-92, 2 p.)

## NON-RÉSIDENTS

Appel d'un jugement de la Section de première instance ([1990] 3 C.F. F-47) concernant un montant retenu par le ministre du Revenu national à titre d'avantage reçu par l'appelant au cours de l'année 1984 alors que ce dernier avait exercé des droits rattachés à des options d'achat d'actions et avait reçu de son employeur un montant de 125 212,50 \$ moins une retenue d'impôt de 35 547,83 \$—L'appelant avait démenagé en Angleterre lorsqu'il exerça ses options—Il s'agit de savoir si l'appelant a exercé un emploi au Canada en 1984 au sens de l'art. 15(1) de la Convention Canada-Royaume-Uni en matière d'impôt sur le revenu—L'art. 248(1) de la Loi de l'impôt sur le

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

revenu écarte l'application de l'art. 5 qui seul utilise les mots «le traitement, salaire et autre rémunération»—L'appelant n'a pas démontré qu'il y a incompatibilité réelle entre l'art. 7 de la Loi et l'art. 15(1) de la Convention—La présomption de l'art. 7(4) de la Loi fait en sorte que l'emploi qu'a quitté l'appelant le 1<sup>er</sup> août 1983 est un «emploi exercé» au Canada selon l'exception prévue à l'art. 15(1) de la Convention—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 5, 7(4), 248(1)—Convention Canada-Royaume-Uni en matière d'impôt sur le revenu, S.C. 1980-81-82-83, ch. 44, Partie X, annexe X, art. 15(1).

HALE V. CANADA (A-820-90, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 5-6-92, 6 p.)

## PRATIQUE

Demande en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant la décision prise par le MRN d'établir deux cotisations et une nouvelle cotisation pour le motif que les cotisations avaient été déposées tardivement et que la demanderesse était une corporation dissoute—La dissolution a pris effet le 3 avril 1985—La délivrance d'un avis de cotisation ou de nouvelle cotisation en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu est une procédure administrative au sens de l'art. 241(1)b) de la Loi sur les compagnies de l'Ontario—Les cotisations contestées ont été établies dans le délai de cinq ans et sont donc valides—En vertu de l'art. 241(1)b) de la Loi, une action intentée contre une corporation dissoute doit se poursuivre comme si cette dernière n'avait pas été dissoute—L'appel interjeté devant la Cour par la demanderesse contre la décision de la Cour de l'impôt du Canada n'équivaut pas à l'introduction de procédures judiciaires, mais constitue plutôt l'étape finale de la procédure d'appel—La «procédure» visée par l'art. 241 est engagée au moyen de la délivrance d'une cotisation ou d'une nouvelle cotisation et toutes les autres mesures prises par la contribuable résultent de l'établissement de la cotisation par le ministre—Demande rejetée—Loi sur les compagnies de l'Ontario, 1982, L.O. 1982, ch. 4, art. 241(1).

460354 ONTARIO INC. C. CANADA (T-2433-88, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 3-9-92, 5 p.)

Interprétation d'une renonciation faite par le demandeur conformément à l'art. 152(4)a)(ii) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Question de savoir si la renonciation signée par le contribuable permet au ministre de fixer de nouveau l'impôt exigible à l'égard du gain en capital résultant de l'augmentation du prix de base rajusté des actions de Goose Lake Broadcasting Co. Ltd.—Il est reconnu qu'il s'agit d'un impôt visé par la Partie I—Nature de la renonciation visée par l'art. 152(4)a)(ii) examinée par le juge Joyal dans *CAL Investments Ltd. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 199—La mention de la Partie II dans la renonciation a été faite par erreur—Les parties n'ont présenté aucune preuve concernant les circonstances entourant la renonciation—La renonciation n'est pas nulle aux fins de l'établissement, à l'égard du contribuable, d'une nouvelle cotisation portant sur l'impôt visé par la Partie I—L'erreur est un vice matériel qui ne nuit pas à la substance de la renonciation—Le ministre demandait plus de temps pour étudier la nouvelle cotisation relative au prix de base rajusté des actions afin de calculer l'impôt que devait payer le demandeur en conséquence du gain en capital découlant de la disposition

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

des actions—L'instruction selon laquelle il faut indiquer la partie applicable de la Loi de l'impôt sur le revenu dans la renonciation est de nature directrice et non impérative—Cette instruction existe au profit du ministre et du contribuable—L'erreur n'a entraîné aucun préjudice pour le demandeur—Le juge répond à la question par l'affirmative—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 152(4)(ii).

SOLBERG C. CANADA (T-942-89, juge Reed, ordonnance en date du 13-8-92, 8 p.)

Demande de détermination d'une question de droit—Le requérant est l'avocat du contribuable, dont l'arriéré remonte à 1983—Le 29 janvier 1992, le client du requérant a été déclaré coupable de ne pas avoir donné suite à un avis l'obligeant à fournir des documents—Amende payée à l'aide du compte en fidéicommiss du requérant—L'intimé a demandé par écrit au requérant de fournir tous les relevés de comptes en fidéicommiss se rapportant à des opérations effectuées pour le contribuable ou des personnes qui, autant que l'on sache, agissaient pour le compte de celui-ci, entre le 29 janvier et le 18 mars 1992—Depuis lors, le contribuable a payé plus de la moitié du solde—Question de savoir si une enquête est en cours—Question de savoir si la mise en demeure concernant des personnes non désignées est assujettie à l'autorisation judiciaire en vertu de l'art. 231.2(2)—L'avis exige seulement les documents se rapportant aux opérations effectuées entre le 29 janvier et le 18 mars, mais il est établi qu'on tente d'effectuer le recouvrement depuis 1983, ce qui indique l'existence d'une enquête en cours—Étant donné que la mention «personnes qui, autant que l'on sache», se rapporte à une exigence imposée à des personnes non désignées, l'avis est invalide en l'absence d'ordonnance judiciaire—Cela n'invalide pas l'exigence concernant le requérant—Le privilège des communications entre client et avocat visé par l'art. 232(1)e ne vise pas les relevés de compte en fidéicommiss—Le requérant est tenu de fournir les documents—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.2(2) (édifié par S.C. 1986, ch. 6, art. 121), 232(1)e).

PAQUETTE C. M.R.N. (T-1130-92, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 18-6-92, 9 p.)

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE**

Requête en vue de l'annulation du refus d'accorder la libération conditionnelle totale en vue du départ volontaire du requérant pour la Jamaïque, ainsi qu'en vue de l'obtention d'une ordonnance prescrivant la tenue d'une nouvelle audience—Le requérant, détenu à l'établissement de Warkworth, purge actuellement une peine de 13 ans pour vol qualifié, entrée par effraction et séquestration—La Commission nationale des libérations conditionnelles a conclu qu'[TRADUCTION] «en l'absence de toute preuve très convaincante indiquant clairement que le risque de nouvelle infraction serait absolument minime», l'octroi d'une libération conditionnelle totale constituerait un risque trop grand—La Loi sur la libération conditionnelle confère à la Commission la compétence exclusive et le pouvoir discrétionnaire absolu d'accorder la libération conditionnelle—L'art. 16(1)a prévoit que la Commission peut accorder la libération conditionnelle à un détenu, si sa mise en liberté ne cons-

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin**

titue pas un risque trop grand pour la société—Le requérant soutient que l'art. 16(1)a a pour objet de restreindre la compétence de l'intimé en fixant les critères déterminés qu'il faut prendre en considération au moment de déterminer l'admissibilité d'un détenu à une libération conditionnelle, et que la Commission a outrepassé sa compétence en recourant à une norme plus sévère que celle qui est expressément prescrite pour déterminer l'admissibilité à une libération conditionnelle—Requête rejetée—L'art. 16 ne limite pas le pouvoir discrétionnaire que possède la Commission d'accorder la libération conditionnelle—La Commission «peut» tenir compte des critères énoncés à l'art. 16(1)a lorsqu'elle détermine si la libération conditionnelle doit être accordée—Cela ne l'empêche pas de prendre en considération des facteurs qui n'y sont pas expressément mentionnés, pas plus que cela n'exige qu'elle applique de manière stricte le libellé de la Loi dans la rédaction de sa décision—Quand un pouvoir discrétionnaire est exercé judicieusement et d'une manière conforme aux principes d'équité et de justice naturelle, la Cour ne peut pas intervenir—Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 13 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 35, art. 4), a) (mod., idem, art. 5).

LOGAN C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-833-92, juge Denault, ordonnance en date du 22-9-92, 5 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****CONTREFAÇON**

Demande d'injonction interlocutoire interdissant aux défenderesses d'utiliser les marques «Blockbuster» ou «Blockbuster Video» en liaison avec un magasin de location de vidéocassettes jusqu'à l'instruction de l'action en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que les défenderesses ont violé le droit exclusif que possède la demanderesse d'utiliser ces marques—Il est admis que la demanderesse a une cause défendable—La demanderesse compte sur le franchisage pour donner de l'ampleur à son entreprise—S'il était permis aux défendeurs de continuer d'utiliser les marques en litige, les franchisés éventuels pourraient hésiter à investir des milliers de dollars pour obtenir l'autorisation d'utiliser la marque de commerce—La preuve selon laquelle les négociations avec un franchisé éventuel ont été suspendues en attendant qu'il soit statué sur la question de la présumée violation de la marque «Blockbuster Video» montre l'existence d'un préjudice irréparable—Les défendeurs pourraient sans grands inconvénients exploiter deux magasins à Dartmouth (Nouvelle-Écosse), ouverts après qu'ils eurent été informés de la présumée violation, sous un nom commercial ou une marque différents—Il est très difficile pour les deux magasins de Welland (Ontario), exploités depuis 1988, de changer de nom—Demande accueillie, sauf à l'égard des magasins de Welland.

BLOCKBUSTER ENTERTAINMENT CORP. C. INCORPORATED FIRST VIDEO (T-2560-91, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 19-8-92, 12 p.)

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

## ENREGISTREMENT

Appel de la décision par laquelle le registraire des marques de commerce a refusé d'enregistrer la marque de commerce «Pet Plan» de la requérante pour le motif qu'elle décrivait clairement des services de la requérante et qu'elle était inadmissible en vertu de l'art. 12(1*b*) de la Loi sur les marques de commerce—«Pet Plan» est un régime complet d'assurance-maladie pour animaux domestiques—La requérante soutient que les mots «Pet Plan» ne décrivent pas clairement un régime d'assurance et que l'enregistrement de la marque a donc été rejeté à tort—Le critère fixé par la Cour d'appel fédérale est de savoir si le registraire s'est trompé—Le registraire s'est trompé en concluant que la marque en question est à ce point descriptive qu'elle contrevient à l'art. 12(1*b*) de la Loi—La première impression que donnent les mots «Pet Plan» n'est pas que le service offert est un régime complet d'assurance-maladie pour animaux domestiques—Le mot «Plan» ne décrit pas clairement un régime d'assurance-maladie, pas plus qu'il ne désigne une caractéristique ou une fonction d'une assurance—Il y a lieu de douter que la première impression est que la marque de commerce projetée décrit clairement la nature des services—Appel accueilli—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 12(1*b*).

REED STENHOUSE CO. LTD. C. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (T-2957-90, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 30-9-92, 5 p.)

## RADIATION

Demande de radiation de l'enregistrement de la marque de commerce «Everdata» pour le motif que l'inscription n'exprime ou ne définit pas exactement les droits existants de la personne paraissant être le propriétaire inscrit de la marque—STD Computer Inc. a demandé l'enregistrement de la marque de commerce «Everdata» destinée à être employée en liaison avec des ordinateurs, des systèmes informatiques et des périphériques—La demande a été cédée à Everdata Computer Inc. et la marque a été enregistrée au nom de cette dernière—La requérante allègue que l'enregistrement est invalide étant donné que l'auteur de la demande d'enregistrement, à savoir le prédécesseur en titre de l'intimée, n'est pas la personne ayant le droit d'obtenir l'enregistrement en vertu de l'art. 16(3) de la Loi sur les marques de commerce parce que la marque «Everdata» crée de la confusion avec sa marque «Everex» antérieurement employée au Canada—Elle allègue également l'absence de caractère distinctif—Lorsqu'une marque de commerce déposée est contestée en vertu de l'art. 18 pour le motif que l'auteur de la demande d'enregistrement n'est pas la personne ayant le droit d'obtenir l'enregistrement, il incombe à la personne qui demande la radiation d'établir qu'il y a un risque de confusion—L'art. 17 prévoit que la personne qui demande la radiation doit établir qu'elle n'a pas abandonné la marque de commerce créant de la confusion à la date de l'annonce de la demande ayant donné lieu à l'enregistrement de la marque de commerce—On doit se reporter à l'art. 6(5), qui énonce les conditions permettant de déterminer s'il y a confusion—La marque «Everex» a un caractère distinctif inhérent plus prononcé que la marque «Everdata»; selon les chiffres d'affaires, elle est mieux connue; elle a été employée pendant plus longtemps et d'une façon plus répandue—Étant donné qu'il est

## MARQUES DE COMMERCE—Fin

raisonnable de conclure que la nature des commerces est identique, les deux produits pourraient être vendus au même endroit—Les marques ne sont pas identiques, mais le fait qu'elles ont le même préfixe, est un facteur important vu la famille de marques «Ever» créée par la requérante—Lorsqu'il existe une famille de marques, il est encore plus probable que le public pense qu'un autre mot de cette famille désigne un autre produit fabriqué par la personne qui a fabriqué les marchandises associées à la famille de marques: *Kabushiki Kaisha Edwin, faisant également affaires sous la dénomination sociale Edwin Co. Ltd., c. S.D.B. Design Group Inc.* (1986), 9 C.P.R. (3d) 465 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—L'acheteur moyen ayant un souvenir général de la gamme de matériel informatique Everex conclurait que la marque «Everdata» est un prolongement logique et désigne un autre produit de la ligne «Everex»—La requérante s'est acquittée du fardeau de prouver l'existence d'un risque de confusion à la date pertinente—La requérante n'a jamais abandonné la marque «Everex»—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(5), 16(1), (3), 17(1), 18(1).

EVEREX SYSTEMS, INC. C. EVERDATA COMPUTER INC. (T-2364-91, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 5-8-92, 12 p.)

## PRATIQUE

## AFFIDAVITS

L'intervenante demande la radiation de l'affidavit produit à l'appui de la demande d'annulation de la décision de l'arbitre—Le requérant allègue que l'arbitre a excédé sa compétence, qu'il a commis une erreur de droit et qu'il a violé les règles de justice naturelle—Selon la jurisprudence, l'affidavit du procureur et de l'avocat inscrit au dossier n'est pas admissible, mais l'engagement pris par le requérant de retenir les services d'un autre avocat pour comparaître à l'audition de la demande pourrait remédier à ce vice—Le requérant conteste principalement le quantum de la décision arbitrale, car il a été reconnu qu'il y avait eu congédiement injuste—Si l'arbitre a commis une erreur de droit, il faut prouver qu'il s'est trompé sur le texte à appliquer au point d'avoir rendu une décision qui n'a jamais été prévue par le législateur—Le paragraphe 3, qui est réputé résumer les arguments présentés à l'arbitre par la plaignante, est radié car il n'est pas pertinent et n'est pas admissible dans un recours en contrôle judiciaire—Les paragraphes 8 et 9, visant à l'obtention d'une seconde audience sur la question de la réintégration, présentant de nouveaux éléments de preuve et visant à produire une nouvelle argumentation par référence aux arguments présentés devant l'arbitre, font ressortir des lacunes internes de composition, mais non une erreur de la part de l'arbitre—Le paragraphe 10 dans lequel est cité un passage du manuel de politique et dans lequel des remarques sont faites au sujet de ce que la plaignante a déclaré pendant le contre-interrogatoire, est radié—Il n'est pas allégué que la manière dont l'arbitre a traité l'affaire est manifestement déraisonnable—Le paragraphe ne démontre aucun excès de compétence—L'art. 243 du Code canadien du travail prévoit que les ordonnances de l'arbitre sont définitives et non susceptibles de recours judiciaires—Si l'arbitre, en toute équité et sans qu'un



## PRATIQUE—Suite

parti pris soit prouvé, tranche l'affaire dans le cadre de l'art. 242 (qui dit que si l'arbitre décide que le congédiement est injuste, il peut, par ordonnance, enjoindre à l'employeur de réintégrer le plaignant, de lui payer une indemnité ou de prendre toute autre mesure qu'il juge équitable), la décision ne peut pas être modifiée, en vertu de l'art. 243, si elle n'est pas manifestement déraisonnable, et ce, malgré toute erreur de procédure, de fait ou de droit—Rien ne permet de déroger aux dispositions privatives de l'art. 243—Mention de textes portant sur l'acquiescement ainsi que d'arrêts de la C.S.C. portant sur les clauses privatives et la retenue judiciaire—Même si l'affidavit du procureur était accepté, on ne pourrait pas déroger aux clauses privatives—Le requérant a allégué le parti pris, sous forme de préjugé racial, compte tenu de la conjecture émise par l'arbitre quant à la question de savoir s'il avait été mis fin à l'emploi de la plaignante parce qu'elle n'était pas autochtone—Vu les autres éléments de preuve présentés devant l'arbitre, n'importe quelle personne intelligente, perspicace et sensible aurait probablement émis une conjecture similaire—L'arbitre n'aurait pas dû faire cette observation, mais il n'est pas pour autant coupable de préjugé—Le critère relatif aux préjugés, énoncé dans *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, est appliqué—Aucune appréhension raisonnable de préjugé—En outre, s'il est allégué que le tribunal avait une compétence incontestée, puis l'a perdue en raison d'une faute, comme une manifestation de préjugé, la plainte doit être faite immédiatement pour être vraisemblable—L'affidavit produit à l'appui est radié—Étant donné que la demande d'annulation de la décision de l'arbitre n'est fondée sur aucun autre affidavit, elle doit être rejetée—Aucune raison valable de proroger le délai de façon à permettre au requérant d'obtenir d'autres affidavits—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 242, 243.

WEST REGION TRIBUNAL COUNCIL C. CANADA (ARBITRE DÉSIGNÉ EN APPLICATION DU CODE CANADIEN DU TRAVAIL) (T-493-92, juge Muldoon, ordonnance en date du 28-8-92, 27 p.)

## COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Appel du jugement par lequel la Section de première instance a confirmé en partie et modifié en partie une ordonnance du protonotaire en chef concernant certaines questions posées et demandes de production faites pendant l'interrogatoire préalable du représentant de la défenderesse—L'interrogatoire se déroulait dans le contexte d'un renvoi visant à déterminer l'importance de la contrefaçon du brevet de la demanderesse concernant un élément d'une machine à papier (une presse) et les profits en découlant—La défenderesse avait vendu un certain nombre de machines à papier complètes contenant la pièce contrefaisant le brevet—Le renvoi vise à déterminer quelle partie du profit tiré de ces ventes doit être comptabilisée et le montant y afférent—Le juge des requêtes a commis une erreur en rejetant les questions se rapportant aux recettes et aux frais liés à la vente des machines à papier complètes—Il semble avoir accepté l'argument de la défenderesse selon lequel la demanderesse avait seulement droit aux profits découlant directement de la vente des presses contrefaites—Il n'existait

## PRATIQUE—Suite

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—Les demandes de dossiers d'où découlaient des documents que la défenderesse avait produits ont été rejetées avec raison—Il n'existe aucun principe voulant que, lorsqu'un document est tiré d'un dossier, le dossier tout entier devient par là pertinent—Le contexte n'est pas nécessaire lorsqu'il s'agit de déterminer la pertinence des documents en l'espèce—Le juge des requêtes a également commis une erreur en refusant d'admettre les questions se rapportant aux profits tirés de la vente des pièces contrefaites et des machines à papier par la filiale—Les profits réalisés par la défenderesse par l'entremise de filiales ou de compagnies liées, comprenant des redevances versées à la défenderesse, mais ne se limitant pas ces redevances, doivent être comptabilisés—Le fait que la filiale a également été poursuivie n'est pas pertinent—Le risque théorique du fait pour la demanderesse de recouvrer les mêmes profits deux fois peut être tranché, au besoin, à un stade ultérieur—Le montant du financement ou des subventions se rapportant à la fabrication et à la vente des machines incorporant la pièce contrefaite doivent peut-être être pris en compte en vue de la comptabilisation des produits—Les questions se rapportant à l'enquête antidumping sont différentes de celles soulevées à l'occasion du renvoi et les réponses y afférentes n'ont pas à être produites.

BELOIT CANADA LTÉE C. VALMET OY (A-66-89, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 10-9-92, 9 p.)

*Interrogatoire préalable*

Appel de la décision par laquelle le protonotaire adjoint a enjoint à la défenderesse de répondre à la question n° 401 de l'interrogatoire préalable—La décision du protonotaire adjoint est erronée parce que le fait que la défenderesse ait ou non donné des documents ou des preuves matérielles à un tiers est sans importance—La demanderesse devrait attendre de prendre connaissance de l'affidavit déposé par la défenderesse conformément à la Règle 448—Appel accueilli—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 448.

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. C. WESLO DESIGN INTERNATIONAL INC. (T-1153-85, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 17-8-92, 2 p.)

Appel de l'ordonnance enjoignant à l'appelante de répondre à certaines questions figurant dans les interrogatoires—Appel rejeté—Il n'a pas été prouvé que le juge en chef adjoint se soit fondé sur un principe de droit erroné ou que l'ordonnance entraînerait une injustice—Rien ne permet d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au juge.

BANDE INDIENNE WEWAIKAI C. CANADA (A-697-92, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 15-9-92, 1 p.)

*Production de documents*

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant à la défenderesse Canpotex Shipping Services Ltd. de se conformer à l'ordonnance du juge Teitelbaum et de produire tous

## PRATIQUE—Suite

les documents concernant la relation existant entre la société mère Canpotex Ltd. et elle relativement au transport de potasse—Requête accueillie.

PHILIPPINE PHOSPHATE FERTILIZER CORP. C. ELOUNDA DAY (LE) (T-685-91, juge Reed, ordonnance en date du 1-9-92, 3 p.)

## FRAIS ET DÉPENS

Mémoire de frais du requérant présenté pour taxation entre parties au montant de 980,98 \$—Le requérant réclame des honoraires en vertu de l'art. 1(1)(c), (g) et (j) du Tarif B—L'intimé conteste la réclamation de 150 \$ fondée sur l'art. 1(1)(g) ainsi que les frais réclamés pour des appels interurbains et deux «fax»—Les frais auxquels le requérant a droit sont ceux qui se rattachent à la requête accordée avec dépens—Les débours ont été encourus pour l'exécution du jugement—Les montants suivants sont taxés et alloués: 100 \$ (art. 1(1)(g)), 300 \$ pour deux demi-journées et 125 \$ (art. 1(1)(j))—Un certificat de taxation est émis au montant de 947,22 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, tarif B, art. 1(1)(c), (g), (j).

CHEEMA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-301-91, officier taxateur Daoust, taxation en date du 9-9-92, 3 p.)

## JUGEMENTS ET ORDONNANCES

*Exécution*

Requêtes en annulation de la vente forcée d'un immeuble appartenant à la défenderesse—À la suite d'une proposition concordataire acceptée par la majorité des créanciers et homologuée par le tribunal, le syndic a transmis un avis de surseoir aux procédures de saisie et de vente des équipements et immeubles de la défenderesse—Il y a eu vente forcée de l'immeuble en dépit d'un règlement intervenu entre les parties quant à la dette principale et d'une mainlevée de la saisie immobilière—L'objet du litige ayant été réglé entre les parties dans le cadre d'une proposition concordataire, les procédures de vente forcée de l'immeuble n'auraient jamais dû se rendre à terme—Les biens d'un débiteur étant le gage commun de ses créanciers, lorsqu'ils sont vendus en justice pour satisfaire une créance, la procédure doit être suivie à la lettre tant pour sauvegarder les droits des créanciers, des adjudicataires que du débiteur—La preuve ne permet pas de conclure que le shérif et les adjudicataires ont été avisés, avant la vente, de l'existence d'une proposition concordataire, qu'un avis de surseoir leur avait été envoyé, ni même qu'une entente signée par toutes les parties mettait fin au litige—L'argument des requérantes relatif à une entente entre les enchérisseurs en vue d'écarter toute enchère lors de la vente en justice du 10 mars 1992 est également irrecevable—Le shérif du district de Beauharnois a confié à un huissier le mandat de saisir l'immeuble en question et à un autre huissier le mandat de vendre ledit immeuble—Il s'agit là d'une irrégularité grave qui entraîne la nullité de la vente—Aux termes des art. 13 et 55 de la Loi sur la Cour fédérale, seul le shérif ou le shérif adjoint du district où se trouve l'immeuble saisi est habilité à procéder à la vente judiciaire—En agissant comme il l'a fait, le shérif s'est usurpé un pouvoir de délégation qu'il n'avait pas—Comme il s'agit d'un vice fatal, la vente doit être annulée—L'avis adressé au huissier ins-

## PRATIQUE—Suite

trumentant l'obligait à suspendre l'exécution du bref dans la mesure où il agissait en tant que mandataire de la demanderesse et était assujéti à la même obligation—Requêtes accueillies—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 13, 55, 56—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 360.

HANCOR INC. C. SYSTÈMES DE DRAINAGE MODERNES INC. (T-2126-85, juge Denault, ordonnance en date du 10-7-92, 7 p.)

*Suspension d'exécution*

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance suspendant l'exécution de la décision rendue par un arbitre, annulant l'ordonnance de saisie-arrêt et obligeant la demanderesse à déposer une garantie pour le remboursement de la somme à payer—La demanderesse s'est vu accorder un redressement pour congédiement injuste—Le défendeur demande que la décision soit annulée car il ne serait pas en mesure de payer les factures et serait obligé de suspendre les programmes d'études—Le risque que présente l'annulation possible de la décision de première instance, en appel, doit-il toucher les demandeurs dont les moyens sont modestes?—On ne doit éprouver aucune compassion envers le défendeur, mais uniquement envers les contribuables canadiens—Les art. 89 et 90 de la Loi sur les Indiens ne s'appliquent pas de façon à empêcher la saisie-arrêt du compte du défendeur car ce dernier n'est ni un Indien ni une bande indienne, mais une société—Les sociétés doivent assumer la responsabilité habituelle des actes illicites qu'elles commettent—Il n'existe aucun motif légal d'empêcher la demanderesse d'avoir droit aux dommages qui lui sont accordés pour congédiement injuste—Requête du défendeur rejetée—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 89, 90.

KOSTYSHYN C. WEST REGION TRIBAL COUNCIL INC. (T-607-92, juge Muldoon, ordonnance en date du 28-8-92, 12 p.)

## PARTIES

*Qualité pour agir*

Validité de l'autorisation donnée à la demanderesse d'intenter l'action—Avant que l'action ne soit intentée, la demanderesse individuelle, Mary David, qui était l'unique actionnaire, administratrice et dirigeante d'Olympia Interiors Ltd., avait fait faillite—Les actions ont été dévolues au syndic—David a été libérée de la faillite et le syndic n'a pas effectué en sa faveur un transfert en bonne et due forme des actions—Il n'y a pas eu transfert en *equity* car il ne s'agit pas de la simple omission de dresser et de signer des actes officiels, mais de l'absence de pouvoir de le faire—Comme elle n'était pas actionnaire, David ne pouvait pas s'élire administratrice ni se nommer dirigeante et n'avait donc pas le droit de faire intenter une action par la société—Société constituée en Ontario—L'art. 128 de la Business Corporations Act de l'Ontario, S.O. 1982, ch. 4, prévoit que les actes accomplis par les administrateurs ou les dirigeants sont valides en dépit de la découverte postérieure de l'irrégularité de leur élection ou de leur nomination, ou de l'absence de qualité—L'incapacité de David n'a été

## PRATIQUE—Suite

découverte qu'à la suite du dépôt de la déclaration—Requête contestant l'introduction de l'action rejetée—Business Corporations Act, S.O. 1982, ch. 4, art. 128.

OLYMPIA INTERIORS LTD. C. CANADA (T-1436-92, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 21-9-92, 4 p.)

## PLAIDOIRIES

## Détails

Requête en annulation d'une décision du protonotaire-chef ayant rejeté une requête pour détails fondée sur la Règle 415(3)—Les précisions demandées, au nombre de 32, portent sur plusieurs paragraphes de la défense et demande reconventionnelle produites par la défenderesse—Un tel exercice est vexatoire et abusif—Sur le fond, il ne fait aucun doute que la requérante a droit à certaines précisions—Requête accueillie en partie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 336(5), 415(3).

WIC INC. C. AGRIMÉTAL INC. (T-984-91, juge Joyal, ordonnance en date du 26-8-92, 3 p.)

Appel de l'ordonnance par laquelle le protonotaire adjoint a enjoint à la défenderesse de fournir un exposé plus ample et plus précis de certaines allégations contenues dans l'exposé d'opposition—En réponse à l'action en contrefaçon de brevet, la défenderesse a nié la contrefaçon et a sollicité un jugement déclaratoire portant que le brevet des demanderesses était valide pour le motif que l'invention décrite n'était pas nouvelle, qu'elle avait un caractère évident et qu'elle n'impliquait pas une activité inventive—La défenderesse soutient que la requête en vue de l'obtention de détails n'est pas étayée adéquatement par un affidavit—Demande rejetée—La Cour est convaincue que le protonotaire adjoint a soupesé tous les éléments de preuve qui lui ont été présentés et qu'il n'a pas commis d'erreur de droit en rendant son ordonnance—Le refus de donner des détails repose entièrement sur le motif que les demanderesses connaissaient les détails exigés—Il incombe à la défenderesse d'établir les faits sur lesquels elle appuie son allégation d'invalidité—Le simple renvoi à une liste d'autres brevets et à de nombreux articles publiés dans divers périodiques, joint à la prétention que les demanderesses les connaissent, ne suffit pas à décharger la défenderesse de cette obligation—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 415(1).

WELLCOME FOUNDATION LTD. C. NOVOPHARM LTD. (T-2998-91, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 9-9-92, 4 p.)

## Requête en radiation

Demande en vue de la radiation de certains paragraphes de la défense et de la demande reconventionnelle modifiées pour le motif que la Cour n'a pas compétence pour examiner les questions soulevées et le redressement demandé—Les demanderesses fabriquent et vendent un système de brouillage et désémbrouillage de la transmission par satellite des télécommunications, dont la programmation de la télévision payante—La défenderesse First Choice vend une programmation télévisuelle à des abonnés de câble et utilise le système pour brouil-

## PRATIQUE—Suite

ler et désémbrouiller la programmation—Elles allèguent la violation du droit d'auteur et des brevets et sollicitent une injonction ainsi que des dommages-intérêts—Conformément à l'ordonnance Anton Pillar autorisant la saisie de certains appareils contrefaits ainsi que d'articles et de matériaux connexes, on a saisi une disquette contenant une mémoire d'ordinateur très confidentielle—Ordonnance de confidentialité rendue à l'égard des renseignements obtenus par suite de l'exécution de l'ordonnance Anton Pillar—Ordonnance portant justification rendue par suite de la violation possible de l'ordonnance de confidentialité—Les demanderesses soutiennent que les actes de procédure contestés ne reposent pas sur le droit fédéral, les défendeurs n'ayant pas revendiqué de droit d'auteur ou de droit sur un brevet, mais mentionnent simplement le préjudice subi par suite de la mauvaise utilisation par les demanderesses des renseignements très confidentiels obtenus au cours de l'exécution de l'ordonnance Anton Pillar—Elles soutiennent également que les allégations concernant le rapport contractuel entre First Choice et les défendeurs ne relèvent pas de la compétence de la Cour—La Cour applique le critère énoncé dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics et autres*, [1986] 1 R.C.S. 752 pour déterminer si la Cour fédérale a compétence—Demande rejetée—Le litige contractuel n'empêche pas la Cour d'avoir compétence, pourvu que l'objet porté principalement sur un brevet, une marque de commerce ou un droit d'auteur: *Kellogg Company v. Kellogg*, [1941] S.C.R. 242—Les défendeurs allèguent principalement que les demanderesses ont abusivement exécuté la réparation accordée dans l'ordonnance Anton Pillar et que l'ordonnance de confidentialité a été violée—Les actes de procédure portent de manière incidente seulement sur le contrat intervenu entre les parties et étayent le moyen de défense fondé sur la non-violation—Les allégations relatives à la violation du contrat visent non à l'obtention d'une réparation pour rupture du contrat, mais étayent le moyen de défense fondé sur la non-violation—Contrairement à *Flexi-Coil Ltd. c. Smith-Roles Ltd.*, [1981] 1 C.F. 632 (1<sup>re</sup> inst.), on ne demande pas à la Cour de déterminer si le contrat est valide ni s'il a été violé—Il s'agit avant tout de savoir si le droit d'auteur a été violé—La Cour a compétence à l'égard des allégations figurant dans les actes de procédure des défendeurs—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 401, 419(1).

TITAN LINKABIT CORP. C. S.E.E. SEE ELECTRONIC ENGINEERING INC. (T-129-91, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 4-9-92, 8 p.)

## PREUVE

Requête en vue de l'obtention de l'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve—L'avis de requête introductif d'instance vise à l'obtention d'une ordonnance de *mandamus* enjoignant au ministre de se conformer au Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement relativement à des opérations forestières dans les vallées Walbran et Upper Carmanah, sur l'île de Vancouver—Après l'audience, le juge Collier a indiqué que la requête ne serait pas accueillie—Motifs non encore délivrés—À l'audience, on a présenté une preuve par affidavit disant qu'il n'avait pas encore été établi que le nid découvert dans la vallée Walbran était un nid d'alque marbrée—Le requérant possède maintenant un enregistrement sur bande

## PRATIQUE—Suite

magnétique d'une conversation subséquente dans laquelle l'affiant dit que le nid est valide et affirme que son affidavit est du «charabia juridique».—Le requérant soutient également qu'un second nid a été découvert.—La Cour a le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la présentation de nouveaux éléments de preuve après l'audience et avant qu'un jugement formel (soit le prononcé) soit signé et délivré.—En l'espèce, le jugement n'a pas encore été prononcé.—Il s'agit d'une affaire dans laquelle il convient d'autoriser la présentation de nouveaux éléments de preuve découverts après l'audience.

WESTERN CANADA WILDERNESS COMMITTEE C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-2913-90, juge Collier, ordonnance en date du 5-9-92, 4 p.)

Requête en vue de l'obtention de directives confirmant que la Cour doit tenir compte de la lettre dans laquelle on demandait au ministre des Pêches et des Océans de préciser le nombre de fois où il avait utilisé les art. 35(2) et 37(3) de la Loi sur les pêches et de la réponse donnée par le sous-ministre adjoint ou en vue de l'obtention de l'autorisation de déposer de nouveaux éléments de preuve.—Le juge des requêtes a décerné un bref de *mandamus* enjoignant au ministre des Pêches et des Océans, à titre de chef d'un ministère responsable, d'appliquer le processus fédéral d'évaluation des répercussions environnementales et sociales, établi par le Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, au projet hydro-électrique Eastmain.—Il s'est appuyé sur *Friends of Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.) pour soutenir que les responsabilités dévolues au ministre à l'égard de la protection des pêcheries et de l'habitat du poisson entraînent l'application du Décret sur les lignes directrices—Depuis lors, dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, la Cour suprême du Canada a examiné le sens de l'expression «participe à la prise de décision» faisant partie des conditions énoncées en vue de l'application du Décret sur les lignes directrices—Les conditions légales nécessaires en vue de l'application du Décret sur les lignes directrices ont été examinées dans *Conseil de la tribu Carrier-Sekani c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1992] 3 C.F. 316 (C.A.)—Les requérants soutiennent que si la Cour examinait plus amplement la nature du régime de réglementation de la protection de l'habitat du poisson, elle devrait prendre connaissance des documents afin de comprendre la nature du régime de réglementation—Requêtes rejetées—La Cour ne prend pas connaissance d'office de ce genre de documents—Quant à la requête en vue de l'obtention de l'autorisation de déposer de nouveaux éléments de preuve, si le régime de réglementation est établi dans la Loi, la Cour interprétera celle-ci et le nombre de fois où le ministre a exercé son pouvoir législatif n'est pas pertinent.—En outre, puisque la preuve n'est pas «concluante dans la pratique» en ce qui concerne la question de savoir si les fonctions législatives constituent une prise de décision, la demande ne satisfait pas au troisième volet du critère, soit que la Cour doit être convaincue que l'élément de preuve ne pouvait pas, avec une diligence raisonnable, être découvert avant la fin du procès, que la preuve est tout à fait vraisemblable et qu'elle est concluante dans la pratique à l'égard de la question (*Mercer et al. v. Sijan et al.* (1976), 72 D.L.R. (3d) 464 (C.A. Ont.)—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 35, 37—Règles de la Cour fédérale,

## PRATIQUE—Fin

C.R.C., ch. 663, Règle 1102—Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

BANDE EASTMAIN C. CANADA (A-1071-91, juge Décary, J.C.A., ordonnance en date du 24-9-92, 7 p.)

## SUSPENSION DES PROCÉDURES

Requête présentée en vertu des Règles 341A et 1909 en vue de la suspension de l'exécution de l'ordonnance par laquelle le juge Rouleau a annulé la décision du registraire des marques de commerce et en vue de la suspension des procédures engagées devant la Commission des oppositions des marques de commerce en attendant qu'il soit définitivement statué sur l'appel de ladite ordonnance.—L'arrêt qui fait autorité en ce qui concerne la suspension des procédures est *Manitoba (procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110.—L'appel de l'ordonnance du juge Rouleau soulève une question sérieuse—La question du préjudice irréparable est tranchée en faveur de l'intimée Lipton—La suspension de l'exécution de la décision du juge Rouleau est justifiée dans l'intérêt de la justice et pour des raisons pratiques—Requête accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 341A, 1909.

AULT FOODS LTD. C. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (T-372-91, juge Collier, ordonnance en date du 31-8-92, 7 p.)

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance suspendant les procédures du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés pour une période de 30 jours après qu'il aura définitivement été statué sur une demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par le Conseil ainsi qu'en vue de l'obtention de directives qui auraient pour effet d'accélérer l'audition de ladite demande de contrôle judiciaire—Le caractère sérieux de la question de la compétence a clairement été établi par les requérantes et n'est pas contesté par le Conseil—Les requérantes ont également établi qu'elles subiraient un préjudice irréparable si les procédures du Conseil n'étaient pas suspendues—La prépondérance des inconvénients joue en faveur des requérantes—Demande accueillie—Les directives doivent être suivies.

GENENTECH INC. C. CANADA (CONSEIL D'EXAMEN DU PRIX DES MÉDICAMENTS BREVETÉS) (T-2317-92, juge Pinard, ordonnance en date du 25-9-92, 6 p.)

## SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL

Demande en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire interdisant au Bureau des drogues dangereuses et au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de communiquer à des pharmaciens un avis les informant de ne pas exécuter les ordonnances de médicaments contenant un stupéfiant rédigées par le requérant ou de révoquer tout avis déjà communiqué—Action principale en contrôle judiciaire de la décision selon laquelle le requérant a enfreint l'art. 53(2)b) du Règlement sur les stupéfiants—Le 18 mars 1991, le directeur par intérim de la Division de la surveillance intérieure du

**SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL—Suite**

Bureau a envoyé au requérant une lettre dans laquelle on donnait la liste des ordonnances de stupéfiants et de drogues réglementées rédigées par le requérant pour sept patients—On demandait au requérant de confirmer l'authenticité des ordonnances et de fournir un compte rendu détaillé au sujet des patients, y compris le diagnostic pour lequel les médicaments avaient été prescrits, et on demandait également si deux patients l'avaient informé qu'ils avaient obtenu des stupéfiants d'autres praticiens—Le requérant a répondu en juillet et, le 3 décembre, il a été informé qu'une enquête interne avait été menée et que le Bureau avait conclu qu'il avait violé l'art. 53(2)b) du Règlement—Le Règlement exige que le praticien fournisse au ministre, sur demande, tout renseignement concernant les ordonnances de stupéfiants qu'il délivre—Il incombe au praticien d'établir que l'ordonnance de stupéfiants était exigée par l'état qui faisait l'objet du traitement—Le ministre peut, s'il conclut que l'art. 53(2)b) a été violé, après consultation avec les autorités chargées de délivrer les permis, communiquer aux distributeurs autorisés le nom et l'adresse du praticien auquel le cas est applicable—Demande accueillie—Il y a une question sérieuse à trancher—Il appert à première vue que la procédure suivie par le Bureau ne respectait pas les principes de justice naturelle—Le requérant n'a pas été informé, avant le 3 décembre, qu'il était accusé d'avoir enfreint le Règlement, et des conséquences en découlant, et on ne lui a pas donné la possibilité de répondre à l'accusation, compte tenu du fait qu'il incombe au praticien d'établir qu'il s'est conformé à l'art. 53(2)b)—L'existence d'un préjudice irréparable a été établie—L'affidavit du requérant montre que celui-ci risque de subir des conséquences graves et permanentes sur le plan de sa carrière—Une justice de haute qualité est exigée lorsque le droit d'une personne de continuer à exercer sa profession ou son emploi est en jeu: *Kane c. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 R.C.S. 1105—La prépondérance des inconvénients favorise le requérant—Le requérant a établi qu'il subira un préjudice s'il n'est pas en

**SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL—Fin**

mesure de prescrire des médicaments qui contiennent des stupéfiants—Les intimés n'ont présenté aucune preuve au sujet des inconvénients—En ce qui concerne l'injonction contre la Couronne, les arrêts *Lodge c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 775 (C.A.) et *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social), Directeur du Bureau des drogues dangereuses et le College of Physicians and Surgeons (B.C.)*, (1986), 6 F.T.R. 83 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) sont appliqués—Il n'y a aucune raison empêchant la délivrance d'une injonction interlocutoire du simple fait que Sa Majesté est désignée comme l'un des intimés—La demande est présentée en vertu de la Règle 469, qui s'applique uniquement si l'action sous-jacente est introduite par voie de déclaration—L'action sous-jacente a été intentée au moyen d'un avis de requête introductif d'instance en contrôle judiciaire—L'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que la Section de première instance peut prendre les mesures provisoires qu'elle estime appropriées avant de rendre sa décision définitive—Si la Règle 469 ne s'applique pas, l'art. 18.2 confère à la Cour le pouvoir de prononcer une injonction interlocutoire—Étant donné que les avis ont déjà été communiqués, un avis de révocation doit être envoyé—Les ordonnances de faire sont rarement accordées, mais il est opportun d'en accorder une en l'espèce, car le risque de préjudice irréparable ne peut être atténué qu'en exigeant la prise de mesures positives à l'étape interlocutoire—La preuve ne permet pas de conclure que l'intimé subira des inconvénients importants s'il est obligé d'envoyer une lettre de révocation—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 469—Règlement sur le contrôle des stupéfiants, C.R.C., ch. 1041, art. 32, 53, 55, 56, 57, 58, 60—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.2 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

SMOLING C. CANADA (T-2162-92, juge Rothstein, ordonnance en date du 16-9-92, 19 p.)